

SOBRE LA TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA NORMA JURÍDICA

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LA NORMA JURÍDICA Y SUS ELEMENTOS. 1. La norma jurídica. 2. Elementos de la norma jurídica. II. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA NORMA JURÍDICA. 1. Supuestos filosóficos. 2. Formas históricas de formulación de la teoría imperativista de la norma jurídica. III. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN TEOLÓGICA. 1. Dios como «*potentia ordinata*». 2. Dios como «*potentia absoluta*». IV. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA. 1. Nacimiento del Estado soberano. 2. La secularización de la vida humana, social y política. 3. El problema de la titularidad de la soberanía. A. La atribución de la titularidad de la soberanía al Rey (Estado absoluto). a) J. Bodino. b) T. Hobbes. c) Concepción absolutista de la Ley. B. La atribución de la titularidad de la soberanía al Pueblo y a la Nación (Estado liberal). a) J.J. Rousseau y la soberanía popular. b) De la soberanía del Pueblo a la soberanía de la Nación. 1º. E. Sieyès. 2º. G. Fichte. c) Concepción liberal de la Ley. C. La atribución de la titularidad de la soberanía al Estado: Hegel. a) La Familia. b) La Sociedad Civil. c) El Estado. V. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICO-JURÍDICA. 1. El positivismo jurídico como teoría científica del Derecho Positivo. A. Orígenes epistemológicos. B. Caracterización del Positivismo jurídico. C. Direcciones del Positivismo jurídico. 2. Teoría imperativista de la norma jurídica. A. El imperativismo como concepción positivista del Derecho. B. Sentido moderno del imperativismo. Sus notas características. C. Algunas formulaciones doctrinales de la Teoría imperativista de la norma. a) El imperativismo ingenuo: J. Austin, A. Thon y F. Somló. b) El imperativismo crítico: 1º. R. von Ihering. 2º. H. Kelsen. D. El realismo jurídico escandinavo. 1. Noción y rasgos fundamentales. 2. La revisión crítica de la teoría imperativista de la norma por Karl Olivecrona. E. Otras manifestaciones de imperativismo jurídico.

RESUMEN: I. La norma jurídica es el elemento más simple del Derecho u ordenamiento jurídico entendido como fenómeno cultural. Desde el punto de vista lógico-formal la norma reviste la forma y estructura de una proposición condicional = si A, «debe ser» B. En dicha proposición están comprendidos los elementos esenciales de la norma = el «supuesto de

hecho» (A), la «consecuencia de Derecho» (B) y el «nexo o vínculo» («debe ser»). Este último elemento constituye el centro de gravedad de toda la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la norma. Se trata de aclarar y precisar el sentido de la «orden de validez» («deber ser») en que consiste toda norma jurídica. A este respecto ha destacado en la doctrina la tesis que ve en la norma un mero imperativo o mandato (teoría imperativista). II. La teoría imperativista de la norma descansa sobre los supuestos filosóficos del relativismo, del nihilismo y del voluntarismo. El poder (potestas) es el fundamento último de su validez y ha revestido diversas formas históricas, entre las que destacan: 1. La teoría imperativista de la ley de *fundamentación* teológica: nominalismo y voluntarismo de Ockam y negación de todo «objetivismo ético». 2. La teoría imperativista de la ley de fundamentación filosófico-política: doctrinas políticas de Marsilio de Padua, Maquiavelo, Bodino, Hobbes... Con ello la «summa potestas» que el voluntarismo teológico atribuía a Dios se traslada, en virtud de la secularización del orden político, a un sujeto temporal bajo la denominación de «soberanía». La titularidad de ese poder soberano fue atribuida sucesivamente por el pensamiento político: a) Al Rey (Monarquía absoluta), apareciendo así una concepción absolutista de la ley. b) Al Pueblo y a la Nación (Estado liberal) teorías de Rousseau, Sieyès y Fichte. Surge la concepción liberal de la ley. c) Al Estado (Hegel). El Estado en cuanto «Dios real», es el titular del poder único y supremo en que consiste la soberanía y la fuente última de toda ley. 3. La teoría imperativista de la norma de fundamentación científico-jurídica. Aparición del positivismo jurídico como teoría científica del Derecho que se despliega en diferentes formulaciones de signo normativista, sociológico, etc (Austin, Thon, Ihering, Somló, Kelsen...). Últimas formulaciones doctrinales del imperativista: el Realismo jurídico escandinavo y otras recientes manifestaciones de la teoría imperativista.

PALABRAS CLAVE: Norma jurídica y elementos de la misma; diferentes concepciones de la «orden de validez» que la norma jurídica entraña = norma, mandato, precepto; teoría imperativista de la norma; teoría imperativista de fundamentación teológica; teoría imperativista de fundamentación política; teoría imperativista de fundamentación científico-jurídica.

ABSTRACT: I. Legal norm is the most basic element of Law as a cultural phenomenon. From a logic-formal point of view, a norm shows the structure of a conditional proposition: «If A, it ought to be B». In this proposition are included the essential elements of a norm: the facts of the case (A), the legal consequence (B) and the link or connection («ought to be»). This last element is the core of all doctrinal discussion about the nature of norm. The question is to clarify the meaning of the «validity order» («ought to be») which is essential to all legal norms. In this sense I have underlined the doctrine that conceives the norm as a mere imperative or command (imperativist theory). II. The imperative theory of norm is based on philosophical assumptions of relativism, nihilism and voluntarism. Power (potestas) is the last foundation of its validity and it has appeared historically in different ways, i.e.: 1. The imperative theory of law, of theological foundation: Ockham's nominalism and voluntarism, negation of moral objectivism. 2. The imperative theory of law, of philosophical-political foundation: political doctrines of Marsilio de Padua, Machiavelli, Bodin, Hobbes... In this case, the «summa potestas», an attribute of God, according to theological voluntarism, becomes, with the secularization of political order, an attribute of men under the name of

«sovereignty». The ownership of sovereign power was successively attributed by the political thought to: a) The King (absolute Monarchy), which implies an absolutist conception of law. b) The People and the Nation (liberal state): theories of Rousseau, Sièyes and Fichte. This is the liberal conception of law. c) The State (Hegel). The state, as a «real God», is the owner of the supreme and unique sovereign power, which is the source of all laws. 3. The imperative theory of norm, of legal-scientific foundation. Birth of legal positivism as a scientific theory of Law, deployed in different formulations, such as normativism, sociologism, etc. (Austin, Thon, Ihering, Somló, Kelsen...). Last doctrinal formulations of imperativism: legal Scandinavian realism and other recent forms of the imperative theory.

KEY WORDS: Legal norm and its elements; conceptions of «validity order»: norm, command, rule; imperative theory of norm: theological, political and legal-scientific foundations.

I. LA NORMA JURÍDICA Y SUS ELEMENTOS

1. La norma jurídica

El Derecho, en cuanto creación humana, constituye un fenómeno histórico-cultural que, en cuanto tal, supone una *síntesis de valor y realidad* (un valor que se ha concretado, materializado, haciéndose realidad o una realidad que se ha hecho valiosa en virtud de la actividad transformadora o creadora del hombre).¹

El valor que de algún modo sintetiza y realiza el Derecho, encontrando en su orientación hacia él y su realización el criterio propio (pero no exclusivo) de su especificación, es el valor de la justicia.

Este valor implica, junto a otros, como elemento esencial, constitutivo de la misma, la idea, el valor, de la seguridad jurídica. Hasta tal punto es ello así que la seguridad puede existir sin la justicia (es posible una situación segura pero injusta) pero la justicia no puede existir sin la seguridad. En la medida en que un orden social y político es inseguro por esa misma deficiencia es ya (en mayor o menor medida) un orden injusto. La seguridad es una exigencia primaria, fundamental, de la naturaleza humana, de la vida humana, y por ello constituye un elemento esencial de la justicia; del orden social justo.

El Derecho se expresa y hace patente a través de las normas jurídicas; consiste en un sistema de normas jurídicas. La norma jurídica como elemento más simple del fenómeno que denominamos Derecho consiste siempre en la expresión de un «*deber ser*». Y ello con independencia de las *formas y funciones específicas* que cada

1 MAYER, M.E. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la 2ª ed. Alemana de L. Legaz Lacambra, Editorial Labor, Barcelona, 1937, págs. 80 y 81. Véanse las págs. 75 y ss.

norma o grupo de normas cumplan en la economía de ese todo normativo que llamamos ordenamiento jurídico.

Esas funciones específicas de las normas (que no alteran su esencial «naturaleza normativa» –expresión de un «*deber ser*»– cualquiera que sean los modos y los tiempos lingüísticos empleados en su formulación) son múltiples. En este sentido cabe distinguir: normas de conductas y normas de organización (reconocimiento, cambio y competencia),² normas de cualificación, de imputación, constitutivas, etc.

2. Elementos de la norma jurídica

La teoría tradicional de la norma jurídica entiende que toda norma jurídica completa está integrada por tres elementos: el supuesto de hecho, la consecuencia de derecho y de nexo o vínculo que une al primero con la segunda.

- A.** *El supuesto de hecho* consiste, en términos generales, en una acción o en un hecho imaginados como posibles y descritos de forma general y abstracta.³ Un ejemplo claro de ello tenemos en el artículo 217 del vigente Código Penal (1995) cuando dispone: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».
- B.** *La consecuencia de Derecho*, constituye una transformación que se produce en el ámbito de la validez jurídica («deber ser»), siempre que tiene lugar un comportamiento o hecho del tipo previsto en el supuesto de hecho de la norma. Dicha transformación operada en el plano de la validez jurídica puede consistir en diversos fenómenos. Entre ellos tenemos: nacimiento, modificación o extinción de deberes jurídicos, de derechos subjetivos, del *status* o condición jurídica que corresponde a una persona o cosa, etc.⁴
- C.** El *nexo o vínculo* que une el supuesto de hecho con la consecuencia de Derecho consiste siempre en un «*deber ser*»; esto es, en una «*orden de validez*»,⁵

2 Véase, por ejemplo, HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, 2ª ed. (Reimpresión), trad. esp. de G.R. Carrió, págs. 116 y ss.

3 LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de la 4ª. ed. alemana, por M. Rodríguez Molinero, 2ª. ed. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, págs. 243 y ss; ENGLISH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. de E. Garzón Valdés y presentación de L. García San Miguel, Edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 11, 33, 34 y 43.

4 Así, por ejemplo, el reo del delito de hurto resulta obligado a sufrir «la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas» (art. 234 del Código Penal). Sobre la consecuencia de Derecho véase: LARENZ, K. Op.cit. págs. 243 y 244; ENGLISH, K. Op.cit. págs. 11 a 18, 33 y 34.

5 LARENZ, K. op.cit. págs. 245 y 248.

cualquiera que sea la expresión lingüística, el tiempo o modo del verbo empleado por el legislador y con total independencia de la función que la norma cumpla en el ordenamiento jurídico (dirección de conductas, organización, cualificación de personas y cosas, imputación de un determinado *status jurídico* a las personas y a las cosas, atribución a un sujeto de derechos y obligaciones, constitución de una nueva realidad jurídica, etc.

El nexo o vínculo es el elemento más complejo de la norma jurídica y el que más problemas ha planteado a la doctrina científica. Toda *la discusión en torno a la naturaleza de la norma jurídica* y las consiguientes formulaciones que se han hecho de la misma giran en torno a la significación o sentido que cabe atribuir a la expresión «deber ser» mediante la cual se formula y manifiesta el vínculo.

A este respecto cabe recordar que en la historia del pensamiento jurídico aparece una pluralidad de doctrinas que se han ocupado y se ocupan de exponer y fundamentar sus respectivas concepciones de la norma jurídica en función de su modo de entender la significación o sentido que cabe atribuir al vínculo. Entre ellas destaca, por su antigüedad y aparente obviedad, la *teoría imperativista de la norma* que reduce la realidad de la misma, su esencia, a la condición de un mero imperativo o mandato.

II. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA NORMA JURÍDICA: SUPUESTOS Y FORMAS HISTÓRICAS DE LA MISMA

1. Supuestos filosóficos

A la teoría imperativista de la norma subyace el relativismo cuando no el nihilismo ético. Relativismo o nihilismo hacen posible y exigen en orden al obrar (praxis) un nudo *voluntarismo*, un acto de voluntad absolutamente libre que, sin ninguna limitación, determine, en cada momento, lo que hay que hacer y lo que no se debe hacer.

Desde estos supuestos cabe afirmar que el núcleo esencial de la teoría imperativista de la norma jurídica consiste en entender que toda norma jurídica constituye un mandato o imperativo de la voluntad de un sujeto que, por alguna razón o motivo, tiene reconocida la facultad de establecer o disponer, con absoluta libertad, que siempre que acontezca A (supuesto de hecho) debe suceder B (consecuencia de Derecho). Dicha facultad de disponer implica en este caso el poder de exigir obediencia a lo previamente dispuesto o establecido.

El voluntarismo así concebido –como consecuencia del relativismo o nihilismo que le sirve de base o fundamento– desconoce o niega, como ya se ha apuntado, la existencia de valores éticos que deban ser reconocidos por el legislador y que vin-

culan su voluntad. La voluntad del legislador es completamente libre y ello significa que dicha voluntad (con independencia de quien sea su titular) se erige en criterio supremo para la determinación de lo que se debe hacer y de lo que no se debe hacer. Las ideas de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, en cuanto categorías éticas, desaparecen (o deben desaparecer) del horizonte de nuestras consideraciones. Si por inercia de la conciencia y del pensamiento nos empeñamos en mantenerlas será a cambio de reducirlas a una categoría puramente formal según la cual lo que vale como bueno y justo es lo que está mandado (*mala quia iussa*), y lo que entendemos como malo e injusto es lo que está prohibido (*mala quia prohibita*).

Desde estos supuestos el fundamento de la validez u obligatoriedad de la norma, en cuanto expresión de un «deber ser», no reside en *algo material* (la racionalidad, bondad o justicia de lo que se manda: *legitimidad*, o la irracionalidad, maldad o injusticia de lo que se prohíbe: *ilegitimidad*), sino en algo puramente *formal y neutro*: en el mero querer de la voluntad de quien manda, del titular de la *potestas* (*legalidad*).

Todo esto requiere una aclaración. Es evidente que quien manda o prohíbe algo tiene sus razones, sus motivos para hacerlo, porque mandar o prohibir, en cuanto manifestación de una acción consciente y libre, presupone siempre una finalidad o motivo. La acción humana es siempre finalista. Lo que acontece con la *teoría imperativista de la norma*, en cuanto manifestación de una concepción positivista y formalista del Derecho y de la Ciencia jurídica es lo siguiente:

Para el jurista positivista (el paradigma sería Kelsen) es *científicamente irrelevante* tanto lo que se manda o prohíbe como las razones o motivos por los que se hace. El estudio y consideración de todo ello no es tarea de la Ciencia jurídica sino de otros tipos de saberes (Moral, Política, Economía, Técnica, etc.). Lo *relevante para la Ciencia jurídica* es el mandato en sí mismo considerado. Este obliga a su destinatario por el sólo y simple hecho de estar formalmente mandado. El fundamento de su obligatoriedad no reside pues en su contenido ni en su finalidad sino en el hecho de estar mandado por quien puede hacerlo; esto es, estar mandado por un sujeto u órgano (individual o colectivo, persona física o jurídica) al que se atribuye o reconoce la facultad de dictar normas jurídicas.

2. Formas históricas de formulación de la teoría imperativista de la norma jurídica

A lo largo de la Historia del pensamiento jurídico-político la teoría imperativista de la norma ha sido objeto de diferentes formulaciones doctrinales llevadas a cabo desde distintos supuestos epistemológicos. En dichas formulaciones la diferencia no consistirá en la *concepción* preconizada de la *norma* –que siempre será entendida como un mandato de la voluntad– sino en el *sujeto capaz* de dictarla, el cual varia-

rá en función de la perspectiva o punto de vista desde el que se acomete la tarea de comprender y definir la norma.

De acuerdo con estos supuestos resulta tan fácil como atractivo plantear el tema tomando como apoyo heurístico el esquema de la *Filosofía de la Historia* expuesto y desarrollado por Augusto Comte.

Para Comte el curso y sentido de la evolución histórica del pensamiento se desarrolla a lo largo de tres etapas o estados cada uno de los cuales es intelectualmente superior al anterior. Dichas fases o estados de la evolución mental de la humanidad, según Comte, son: el *estado teológico*, el *metafísico* y el *positivo*.⁶ Según Comte, en el *estado teológico* o ficticio el hombre explica el mundo y todo lo que acontece por la acción de divinidades y espíritus sobrenaturales;⁷ en el *estado metafísico o abstracto*, todo se explica acudiendo a principios y categorías metafísicas, entidades o abstracciones personificadas (esencias, naturalezas, causas finales, etc.) que constituyen el objeto propio de la *ontología*;⁸ por último, en el *estado positivo o real* (científico) la razón humana abandona «la inaccesible determinación de las causas propiamente dichas» y se centra en la investigación de las leyes, es decir, de las relaciones constantes que existen entre fenómenos observados». No se indaga ya el *porqué* de las cosas sino el *cómo*, desvelando las leyes a las que se ajusta el desenvolvimiento de la realidad.⁹

Desde estos supuestos cabe perfectamente la posibilidad de concebir y explicar la teoría imperativista de la norma (*ley* en pensamiento tradicional) en función de los supuestos *teológicos*, *metafísicos o filosóficos* y *positivos* o científicos que, en líneas generales, constituyen una significativa nota diferencial –aunque no exclusiva– de los periodos de la Historia conocidos habitualmente como *medieval*, *moderno* y *contemporáneo*.

De esta forma nos encontramos en la Historia del pensamiento jurídico con tres tipos de formulación de la teoría imperativista de la ley (norma jurídica) que difieren entre sí por razón de los supuestos que sirven de base a la comprensión, justificación y explicación de la misma. Se trata, en definitiva, de las doctrinas imperativistas de fundamentación *teológica*, *metafísico-ideológica* y *positiva o científica*.

6 COMTE, A. *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. esp. de J. Marías. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1934, págs. 7 y ss.

7 Ibid. págs. 8 y ss.

8 Ibid. págs. 18 y ss.

9 Ibid. págs. 25 y ss.

III. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN TEOLÓGICA

La idea cristiana de la existencia de un Dios creador y ordenador del universo constituye el punto de partida y el fundamento de una *teoría teológica de la ley* que encuentra la justificación última del orden moral y jurídico en Dios.

Dicha teoría teológica de la ley ha encontrado dos formulaciones que son consecuencia de dos formas distintas de entender y explicar la idea de Dios.

1. Dios como «*potentia ordinata*»

Esta es la tesis fundamental de la escolástica tomista que parte de la existencia de un mundo de principios y de categorías éticas objetivas –Ley natural– (que valen *per se*: lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto) trascendentes a Dios y que constituyen un criterio de actuación y un límite a la misma voluntad de Dios (Dios no puede dejar de querer y hacer el bien; Dios no puede hacer el mal, porque ello es contrario a su propia esencia. De ahí que el tomismo no puede concebir la ley como un puro mandato de la voluntad (imperativismo), porque ésta aparece sometida y limitada por el orden ético, sino como *precepto*, en el cual la voluntad que manda encuentra su fundamento y límite últimos en la bondad, en la justicia, de lo que se manda, categorías éticas que preexisten, preceden y fundamentan, en última instancia, el acto de mandar. Este es el sentido que tiene la idea tomista de *ley humana positiva* definida como «*ordenación de la razón al bien común* (momento racional de fundamentación ético-material) *promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad*» (momento de la voluntad de quien está legitimado para gobernar).¹⁰ Aquí, insistimos, la ley no es un nudo *imperativo* (*voluntas*) sino *precepto*, que implica un juicio o dictamen de la razón acerca de lo que es bueno o justo, de un lado, o malo o injusto, de otro lado. Junto a ese dictamen de la razón (*ratio*) el precepto implica un mandato de la voluntad (*voluntas*) que ordena hacer lo bueno, lo justo y prohíbe lo malo, lo injusto. El precepto supone, por tanto, la conjunción del intelecto y de la voluntad (*ratio ac voluntas*).

10 TOMÁS DE AQUINO, *Summ. Theol.* (Tratado de la Ley), I, II, q. 90. a.4. Véase GILSON, E. *Santo Tomás de Aquino*, trad. esp. de N. González Ruíz, M. Aguilar Editor, Madrid, s.a. págs. 219 y ss. Véanse también las notas explicativas de FERNÁNDEZ-ALVAR, C. a SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La Ley*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, págs. 175 y 176. Véanse las págs. 173 y ss.

2. Dios como «potentia absoluta»

Quien mejor personifica esta tesis posiblemente sea el franciscano escocés Guillermo de Ockham. Supuestos de su pensamiento son el nominalismo y el voluntarismo radicales, enraizados ambos en el «mandamiento supremo del amor a Dios y al prójimo».

El amor lleva, frente al realismo tomista, al *nominalismo*. No se ama lo general o abstracto que no se ve ni puede tocarse y que en realidad no es más que una creación del intelecto, sino lo individual y concreto que es lo que realmente se conoce. Las grandes categorías lógicas (humanidad, hermandad, etc.) son, para Ockham, meras palabras (*nomina*), simples productos del pensamiento, que no se concretan y materializan en realidades capaces de suscitar sentimientos de amor, amistad, etc. El mandamiento de amor, por la propia condición de éste, sólo puede manifestarse y practicarse en relación con lo individual y concreto: en relación con ésta o aquella persona, individuales y concretas, que vemos y oímos, que conocemos y que están ahí junto a nosotros, sufriendo, amando, etc. (que nos son «próximos» –prójimos–) y respecto de las cuales es posible establecer vínculos de amistad, de amor... porque las conocemos (sólo se puede amar lo que se conoce).¹¹

En segundo lugar el mandamiento de amor lleva a la exaltación de *la voluntad* –que es la potencia que ama– por encima de todas las demás facultades o potencias, incluidas la razón o el intelecto. Lo que Dios exige de nosotros, y sólo por ello nos salva, es que le amamos a él y al prójimo (al próximo), y amar es siempre un acto de voluntad.

Desde estos supuestos la voluntad es la potencia más noble y suprema y ello vale tanto para Dios como para el hombre: En Dios la voluntad es una potencia absoluta (Dios es entendido como «*potentia absoluta*»)¹². Por ello no existe una relación estable, necesaria, entre Dios y lo creado, sino que esa relación es contingente. Dios creó al mundo y al hombre tal como son porque quiso (*quia voluit*). Nada le obligaba a ello y pudo crearlos tanto con su forma actual, como con otra forma.

11 Vid. WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (Derecho natural y justicia material), trad. esp. de F. González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, págs. 81, 82 y 85.

12 En un sentido más estricto y preciso podemos decir que en el nominalismo y voluntarismo teológico Dios es al mismo tiempo *potentia absoluta* y *potentia ordinata* porque en Dios, al ser su voluntad ley, el hecho de que Dios en un determinado momento obrase de manera diferente a lo dispuesto en la ley ello, en rigor, sólo implicarían que Dios deroga una ley y establece otra nueva. Véase TRUYOL Y SERRA, A. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, T. 1. De los orígenes a la Baja Edad Media, 10ª. Edición revisada Alianza Editorial, Madrid, 1991, pág. 383.

Esa relación no necesaria sino contingente entre Dios y el mundo creado la trasladó Ockham al orden ético-jurídico destruyendo todo objetivismo ético. De este modo, para Ockham, no existe nada que sea bueno o malo por naturaleza (*per se*) sino que lo bueno es bueno porque Dios lo ha mandado (*quia iussum*) y lo malo es malo porque Dios lo ha prohibido (*quia prohibita*). De esta forma llega a afirmar Ockham que el robo, el adulterio e incluso el mismo odio a Dios serían acciones buenas, saludables, virtuosas si Él las hubiese mandado.¹³

Desde estos supuestos la idea misma de *ley natural* es desplazada y sustituida por la de *ley divina positiva*, fundada exclusivamente en la voluntad de Dios.¹⁴ De este modo, y desde una perspectiva teológica, la *normatividad* tendría una significación *puramente imperativista* y la Ley de Dios sólo podría consistir en un imperativo. La *imperatividad*, en cuanto libre expresión de la voluntad de Dios, se constituiría en la categoría adecuada para comprender y explicar la naturaleza de todo orden moral y jurídico. *La ley, toda ley, consistiría siempre en un imperativo.*

IV. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA

El paso de la Edad Media al Mundo Moderno supuso fundamentalmente –por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere– dos cosas: 1. El nacimiento de una nueva realidad política: El Estado soberano. 2. La secularización de la vida humana, social y política.

1. Nacimiento del Estado soberano

El nacimiento del Estado soberano fue el resultado de un largo proceso, articulado en tres momentos, que van del pluralismo político (*orden feudal*) al dualismo político (*orden estamental*) y de éste al monismo político (*orden propio del Estado soberano*).

¹³ OCKHAM, W. *Sent*, I, d. 17, qu.2, *Ibid.* I, d. 47, qu. 1G; *Ibid.* II, qu. 19 O; *Ibid.* III, qu. 11, X; *Ibid.* IV, qu. 14. Aquí indica Ockham: «Deus potest praecipere, quod voluntas creata odiat, eum (...) odire Deum potest esse actus rectus in via, puta si praecipiat a Deo»; OCKHAM, W. *Principios de Teología*, (traducción de original *Tractatus de Principiis Theologiae*), por L. Farré, Ed. Sarpe, Madrid, 1985, págs. 29 a 31.

Véase también WELZEL, H. *op.cit.* págs. 83 a 85; TRUYOL Y SERRA, A. *op.cit.* pág. 414; PARADA NAVAS, J.L. *Teología moral y política*, cap. VIII, del «Manual de Teología franciscana», coordinado por J. A. Merino y F. Martínez Fresneda, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2003, págs. 462 y 463.

¹⁴ TRUYOL Y SERRA, A. *op.cit.* pág. 414; WELZEL, H. *op.cit.* págs. 83, 84, 85, 87 y 88.

Esta última fase del proceso se alcanzó mediante la reducción del dualismo político, Rex-Regnum, propio de la sociedad estamental, al monismo político, a la unidad política cuya nota esencial es la constituida por la existencia de un *poder soberano*. La consecución de esta unidad fue posible a través de una doble vía: El sometimiento del *Regnum al Rex* (monarquía autoritaria, primero, y absoluta después –tal fue el caso de Francia–) o el sometimiento del *Rex al Regnum* (monarquía limitada, en primer lugar y parlamentaria más tarde, como aconteció en Inglaterra tras la Revolución Gloriosa).

El nacimiento del Estado soberano implicó un cambio sustancial en la convivencia política suponiendo, como indica García Pelayo, el paso de la «ordenación» medieval a la «organización» política moderna. Dicho cambio estribó en que mientras la *ordenación medieval* comprendía un orden concreto que emergía espontáneamente de la realidad social, la *organización política* era el resultado de un plan racional que trataba de adecuar medios a fines. El Estado se configuró así como una «organización» o «empresa racional» que se justificaba y legitimaba por las funciones que cumplía al convertirse en instrumento necesario de la tarea de gobierno de un pueblo. En este sentido Maquiavelo concibió el Estado como un «mecanismo» o «aparato de poder» cuya esencia era la fuerza.¹⁵ Por su parte F. González Vicén, insistiendo en el cambio sustancial que en el plano de la convivencia supuso la aparición de la organización estatal, ha subrayado la significación histórica del Estado como forma específica, concreta, de convivencia política.¹⁶

2. La secularización de la vida humana, social y política

La secularización de la vida humana significa la desvinculación de la misma respecto de la idea de Dios y de todo principio y categoría teológica, y la afirmación de

15 GARCÍA-PELAYO, M. *Hacia el surgimiento histórico del Estado moderno*, en «Idea de la política y otros escritos», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 113 y ss, 131 y ss; *Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno*, en el libro «Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político». Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 141 y ss; MARAVALL, J.A. *Estado moderno y mentalidad social* (siglos XV a XVII), Tomo I, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1972, págs. 53 y ss.

16 Indica González Vicén que el término Estado «no designa (...) una forma de convivencia política cualquiera, sino, muy al contrario, una organización política concreta que se abre paso con los siglos modernos, y cuyas características, entre otras, son el poder soberano, la racionalidad de la administración, la hacienda pública, el ejército permanente, la neutralización religiosa, rasgos todos que no son casuales, sino que reciben su sentido propio en un proceso de independización y concentración frente a instancias del pluralismo político medieval». GONZÁLEZ VICÉN, F. *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pág. 208.

la plena autonomía del orden social y político, y sus instituciones, en relación con toda idea o principio sacro o religioso.

No obstante debe advertirse que la secularización no se produjo de un modo repentino, súbito, sino a través de un largo y lento proceso en el cual, admitida la idea de la independencia del Estado respecto de la Iglesia, no obstante subsistieron ideas, principios y creencias de carácter «sacro», «teológico» respecto al origen de poder, la legitimación de su titular y las funciones del mismo.

Existe así, en relación con la configuración del poder soberano, un proceso gradual en el que cabe distinguir claramente dos momentos:

a) El primer momento estaría constituido por la que W. Ullman ha denominado «*realiza o monarquía teocrática*»¹⁷, institución que hunde sus raíces en el mundo medieval pero que, en muchos de sus rasgos, ha subsistido en la Edad Moderna y, en algunos lugares, hasta nuestros días. Se trata de la aparición de la figura del «rey por la gracia de Dios» (*rex Dei gratia*), el cual no recibe su poder del pueblo (teoría ascendente del poder, según la tipología de Ullmann) sino de Dios (teoría descendente del poder)¹⁸, en virtud de las ceremonias de la unción y la coronación por parte de la Iglesia (unge y corona el Papa o un obispo).¹⁹ Sólo a partir del momento de la consagración por la Iglesia alcanza el príncipe la condición de rey.

El rey, en virtud de la consagración eclesiástica, adquiere un *status* de mediador entre Dios (de quien recibe como don o gracia el reino) y el pueblo, que le está sometido y cuyo gobierno le viene encomendado por Dios.²⁰ Mediante la consagración el rey alcanza una condición *sacra* convirtiéndose en «vicario de Dios» en la tierra.²¹ En cuanto tal, el rey participa de la *potentia Dei* y se le reconoce la potestad legislativa, configurándose la ley como un producto de la voluntad

17 ULLMANN, W. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, trad. esp. de G. Soriano, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1971, págs. 121 y ss.

18 Ibid. Págs. 24 y ss.

19 KERN, F. *Derechos del Rey y derechos del Pueblo*, trad. esp. y estudio preliminar de A. López Amo, Ed. Rialp, Madrid, 1955, págs. 68 y ss.; GARCÍA PELAYO, M. *El Reino de Dios, arquetipo político*, (Estudios sobre las formas políticas en la Alta Edad Media), en «Obras Completas», I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, en especial págs. 816 y ss.

20 ULLMANN, W. Op.cit. págs. 121 y ss, 129 y ss, 149 y ss.

21 GARCÍA PELAYO, M. *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit. 771 y ss, en especial págs. 777 y ss, 803 y ss, 807, 808, 811, 815 y ss, 820 y ss, 824 y ss, 830 y ss, 840, 845 y ss, 847 y ss, 848 y ss; ULLMANN, W. Op.cit. págs. 26, 51 y ss, 62 a 68, 70 y ss, 78 y ss; BERMAN, H. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. esp. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 98, 100 y 101.

real.²² Se trata no obstante de un voluntarismo moderado o limitado por la creencia en un orden ético-objetivo integrado por la ley divina y la ley natural.

- b) En un segundo momento el voluntarismo adquirirá una significación más firme y radical en conexión con el nominalismo, el averroísmo político y el fideísmo (Marsilio de Papua, Ockham) y la consiguiente secularización del orden político,²³ sobre todo a partir de la Edad Moderna (Maquiavelo, Bodino, Hobbes...). En este orden de cosas el fenómeno fundamental estuvo constituido por la secularización de la idea de *potentia Dei absoluta* de Ockham –que en cuanto tal era lógicamente una categoría teológica– mediante su atribución a un sujeto temporal (persona física o jurídica) a quién se denominó *soberano*.

El pensamiento político moderno vio en la *summa potestas* o *soberanía* el elemento esencial, constitutivo del Estado,²⁴ lo que realmente distinguía al Estado de las otras instituciones políticas con las que frecuentemente se había confundido.²⁵ Y la soberanía fue considerada como la suprema y única fuente originaria del Derecho. La primera cualidad o signo del poder soberano se cifró en la facultad de dar leyes («el primer atributo del príncipe soberano –dirá Bodino– es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular»),²⁶ viéndose en la ley, en cuanto expresión de la voluntad del soberano,²⁷ el único criterio o medida de lo justo y de lo injusto.²⁸

3. El problema de la titularidad de la soberanía

El voluntarismo radical que implicó el proceso de secularización de la vida social y política supuso, como denominador común, la concepción del Derecho, de la Ley (aquí el Derecho se reduce a la *Ley*) como la mera *expresión de la voluntad del poder soberano*. A la soberanía como poder absoluto, corresponde en su plenitud,

22 ULLMANN, W. Op.cit. págs. 125 a 127 y 132; PASSERIN D'ENTRÈVES, A. *La noción del Estado*, trad. esp. de A. Fernández Galiano, Centro de Estudios Universitarios, La Editorial Católica, Madrid, 1970, págs. 118 y ss.

23 Vid. TRUYOL Y SERRA, A. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit. Págs. 409 y ss.

24 BODIN, J. *Les six livres de la Republique*, Lib. I, cap. 2.

25 PASSERIN D'ENTRÈVES, A. Op.cit. págs. 107, 111, 115 y ss.

26 Op.cit. Lib. I, cap. 10. «Corresponde a la soberanía –dirá HOBBS– todo el poder de prescribir leyes», *Leviatán*, Parte II, cap. 18,7.

27 Para BODINO, «el propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía», op.cit. Lib. I, cap. 8, véase el Lib. I, caps. 8 y 10; HOBBS, T. Op.cit. Parte I, cap. 15.

28 HOBBS, T. Op.cit. Parte I, cap. 15, y Parte II, cap. 18, 4.

como primera y específica cualidad, la potestad de dictar leyes. De ahí que en lo sucesivo la Ley sea entendida como emanación y creación de las decisiones del poder soberano.

Admitido este supuesto el problema central del pensamiento y de la lucha política se va a centrar en la determinación del sujeto a quien legítimamente corresponde *la titularidad de la soberanía*. La Historia del pensamiento político va a reducirse, prácticamente, en el moderno mundo secularizado, a la reflexión y estudio de la idea de *soberanía*, como poder absoluto, la cual se constituye en el centro de gravedad de la política. De este modo se explica que, desde esos supuestos, el cambio, la evolución y la transformación del mundo político venga simbolizada y marcada por el cambio del titular de la soberanía.

En este sentido, en el panorama de las ideas y del mundo político y jurídico, constituyen etapas decisivas de su evolución y desarrollo el reconocimiento y la atribución de la titularidad de la soberanía al Rey, al Pueblo y al Estado.

A. La atribución de la titularidad de la soberanía al Rey (Monarquía absoluta)

Tal es la posición de los teóricos de *monarquía absoluta* que ven en la soberanía un derecho del Rey, con fundamento, ya en el Derecho divino ya en el Derecho natural.

En su versión moderna y racionalista destacan aquí las figuras de Bodino y Hobbes.

a) J. Bodino

Para J. Bodino, que mantiene una posición más moderada (moderación impuesta por el reconocimiento de la Ley de Dios y la Ley natural, como límites al ejercicio del poder) «la *soberanía* es el poder absoluto y perpetuo de una República», entendiendo por perpetuo que la atribución del poder dura «por la vida de quien tiene el poder». Dicho poder es «*absoluto y soberano*, porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan».

Dicho poder, explica Bodino, se configura como la suprema y única fuente originaria del Derecho pues «el propio término *ley* implica –dice Bodino– el mandato de quien tiene la soberanía». De esta forma, añade Bodino, «el primer atributo del príncipe soberano es –como ya se ha indicado– el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular». Y puntualiza Bodino: «El carácter principal de la majestad soberana y poder absoluto consiste principalmente en dar leyes a los súbditos en general sin su consentimiento».

Para Bodino el fundamento de la validez y obligatoriedad de la ley se encuentra sólo en la voluntad del soberano. Ella es la razón, aclara Bodino, de que «al final de

los edictos y ordenanzas (veamos) estas palabras: *Porque tal es nuestra voluntad*, con lo que se da a entender que las leyes del príncipe soberano, por más que se fundamenten en buenas y vivas razones, sólo depende de su pura y verdadera voluntad». ²⁹

b) T. Hobbes

Voluntarismo más radical, que ya no cuenta con el límite de las leyes divinas y natural (Ley natural en su acepción tradicional) es el preconizado por T. Hobbes. ³⁰

Hobbes parte de dos supuestos clave:

- De un lado, *el nominalismo ético* (no existe lo bueno y lo justo «per se», ni tampoco lo malo e injusto por naturaleza). ³¹
- De otro lado, *el pesimismo antropológico*. El hombre es un ser esencialmente egoísta al que sólo importa su autoconservación y seguridad.

Resultado de todo ello es que la vida humana, en su *estado natural*, es un estado de guerra: lucha de todos contra todos. ³² Como dicho estado de cosas no conviene al hombre, su discurso racional le aconseja abandonar, mediante un pacto, el estado de naturaleza y entrar en la «sociedad civil» (República) en la que la existencia de un *poder soberano* garantiza el orden, la paz y protege y asegura la vida de todos. ³³

Dicho *poder soberano* (abstracto, ilimitado, indivisible e intransferible) ³⁴ se sirve para su tarea del Derecho positivo que, limitando la libertad de todos y exigiendo obediencia a la ley, hace posible el orden y la paz. ³⁵

29 BODINO, op.cit. Lib. I, caps. 8 y 10.

30 Hobbes habla de *leyes naturales* pero lo que él denomina «leyes naturales» no son leyes propiamente dichas sino conclusiones intelectuales sobre lo que el hombre ha de hacer o no con el fin de conservar su integridad personal en el «Estado de naturaleza». Así escribe Hobbes: «Una Ley de naturaleza (lex naturalis) es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebate los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla». HOBBS, T. *Leviathan*, trad. esp. de A. Escotado e introducción de C. Moya, Editorial Nacional, Madrid, 1979, Parte I, (Del hombre), cap. 14, pág. 228. Véanse las págs. 227 y ss, y el cap. 15 págs. 240 a 254.

31 Ibid. Parte I, cap. 6, pág. 159.

32 Parte I, cap. 13. págs. 222 y ss.

33 Ibid. Parte II (De la Republica), cap. 17, págs. 263 y ss.

34 Ibid. Parte II, cpa. 18, págs. 268 y ss, 275 y ss.

35 Ibid. Parte II, cap. 26, págs. 349 y 350.

El poder soberano se caracteriza fundamentalmente porque a él corresponde de modo exclusivo la facultad de dictar leyes³⁶ y mediante ellas (leyes positivas) establece, determina, en cada momento, en qué consiste lo justo y lo injusto.³⁷ Para Hobbes la esencia de la ley reside no en su racionalidad (constituir un juicio de razón acerca de lo que es justo o injusto) sino en ser un mandato de la voluntad: *auctoritas, non veritas facit legem*.³⁸

c) Concepción absolutista de la Ley

Desde los supuestos de la teoría *de la monarquía o del Estado absoluto*, que por lo general atribuye la soberanía al Rey —«en mi persona sólo reside el poder soberano», advertiría Luis XIV al Parlamento de París (3 de marzo de 1766)—,³⁹ y al ser el soberano la fuente primaria fundamental de la legislación, es posible llegar a una caracterización de la *concepción absolutista de la ley*, diferenciada de la concepción liberal de la misma. Así tenemos: *La concepción absolutista de la ley* ve en ésta (producto de la voluntad del monarca absoluto) un instrumento al servicio de la «razón de Estado» (cuyo contenido se confunde con frecuencia con los intereses del príncipe) mediante el cual el soberano llevó a cabo su pretensión de conso-

36 Ibid. Parte II, cap. 18. Escribe a este respecto Hobbes «...corresponde a la soberanía todo el poder de prescribir leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos». Ibid. Parte II, cap. 18, pág. 273.

37 «Las leyes —dice Hobbes— son las reglas de lo justo y lo injusto, no siendo reputado injusto nada que no sea contrario a alguna ley». Con anterioridad da una definición de la ley civil en los siguientes términos: «La Ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto; esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla». Ibid. Parte II, cap. 26, pág. 347. Véanse las págs. 346 y ss.

38 «La ley, en general, —afirma Hobbes—, no es consejo sino mandato» (Ibid. Parte II, cap. 26 pág. 347). Y más adelante puntualiza, precisa esta idea al indicar: «...todas las leyes escritas y no escritas extraen su fuerza de la voluntad de la república, esto es, de la voluntad de su representante (que en una monarquía es el monarca, y en otras repúblicas es la asamblea soberana (...)) la ley es un mandato, y de que un mandato consiste en una declaración o manifestación de la voluntad de quien manda, mediante viva voz, escritura o algún otro signo bastante de lo mismo, podemos comprender que el mandato de la república sólo es ley para quienes tienen medios de conocer su existencia.» Ibid. Parte II, cap. 26, págs. 350 y 352.

39 Sobre la significación de la «razón de Estado» véase MEINECKE, F. *La idea de la «razón de Estado» en la Edad Moderna*, trad. esp. de F. González Vicén y estudio preliminar de L. Díez del Corral, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, en especial las págs. 3 a 23. Respecto de la concepción absolutista de la ley véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 97 a 99, 101, 102, 115 y 116.

lidar, fortalecer y engrandecer al Estado, sometiendo al pueblo, mediante un doble proceso: de un lado, quebrantando y desplazando el «viejo Derecho histórico medieval» de carácter plural y vario (Derecho local, Derecho señorial, Derecho corporativo...) así como los poderes sociales que lo sustentaban, y eliminando los privilegios y libertades que dicho Derecho reconocía y protegía; de otro lado, sustituyendo el mencionado Derecho viejo por un nuevo Derecho legal y uniforme, producto de la voluntad real, orientado fundamentalmente a la organización y fortalecimiento del Estado y a facilitar y garantizar el ejercicio y la eficacia del poder político.⁴⁰

B. La atribución de la titularidad de la soberanía al Pueblo y a la Nación (Estado liberal)

El desenvolvimiento y desarrollo de la Teoría y la Filosofía política, en conexión con los acontecimientos históricos, determinó que, tras el triunfo de la ideología que nutrió e impulsó la Revolución Francesa, se impusiese una nueva concepción de la titularidad de la soberanía la cual recaería, primero, en el pueblo (*soberanía popular*) y luego en la Nación (*soberanía nacional*).

a) Rousseau y la soberanía popular

Para Rousseau el paso del «estado de naturaleza» al «estado de sociedad» mediante el *contrato social* –paso, tránsito que es irreversible– convierte al pueblo en un «cuerpo moral y colectivo» que adquiere en virtud del citado contrato la condición de soberano.⁴¹ Según Rousseau ese cuerpo moral o político resultante del contrato social es titular de una «voluntad general» con cuyo ejercicio identifica la soberanía. La soberanía no es otra cosa que el ejercicio de «la voluntad general», la cual consiste en un poder absoluto cuyo titular es el pueblo organizado y constituido en sociedad civil, en cuerpo político (República, Estado).⁴²

Para Rousseau esa voluntad general o poder soberano es, por naturaleza, inalienable, indivisible e infalible (la voluntad general no puede errar).⁴³ Ello significa que la voluntad general quiere siempre el interés general; el bien y la justicia.

40 ROUSSEAU, J.J. *Contrato social*, trad. esp. de F. De los Ríos, prólogo de M. Tuñón de Lara, 5ª. ed. revisada, Col. Austral, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1990, Lib. I, cap. 6, 47 y ss, cap. 7, págs. 50 y ss.

41 Ibid. Lib. I, caps. 6 y 7, págs. 50 y ss, 52 y 53; Lib. II, cap. 1, pág. 57.

42 Ibid. Lib. II, caps. 1, 2 y 3, págs. 57 a 62.

43 Ibid. Lib. II, cap. 6 págs. 68 y ss.

De ahí resulta que la *ley positiva*, en cuanto expresión y concreción del ejercicio de la voluntad general, sea siempre –como la voluntad general que la genera– recta y justa.⁴⁴

A la concepción jurídica y política de Rousseau subyace también un nihilismo ético que desconoce que exista el bien y el mal *per se*, la justicia y la injusticia por naturaleza. Desde los supuestos de su optimismo antropológico él fía la determinación de lo bueno y de lo justo a la *ley positiva* la cual en virtud del proceso mecanicista que transforma la denominada *voluntad de todos* (suma de de las voluntades individuales de los miembros de la sociedad civil, que están cargadas de intereses individuales y egoístas) en la *voluntad general* que (necesariamente ha de ser siempre recta, justa y servir en todo momento al interés general).⁴⁵

El nihilismo ético subyacente al pensamiento de Rousseau y su mitificación (divinización) de la «voluntad general» conduce a dicho pensamiento a incurrir en un voluntarismo radical,⁴⁶ que en la práctica se hace patente con cierta frecuencia en la vida política que se autodenomina «democrática».

b) De la soberanía del Pueblo a la Soberanía de la Nación: Sieyès y Fichte

1º. E. Sieyès.

Defensor de esta tesis es el abate E. Sieyès. Su pretensión revolucionaria era transformar la *asamblea* de carácter estamental constituida por los «*Estados Generales*», en la Francia del Antiguo Régimen, en una *Asamblea Nacional*.

Los «Estados Generales» estaban integrados por tres estamentos: la nobleza, el clero y el pueblo o estado llano (*tercer estado* en la terminología de Sieyès)⁴⁷ y la situación real, de cuyo análisis y crítica parte Sieyès, era que mientras nobleza y clero participaban de forma efectiva en las decisiones políticas el estado llano no contaba nada.⁴⁸ Afirma Sieyès que el tercer estado hasta ahora no ha sido nada y lo que pide es llegar a ser algo.⁴⁹

Frente a las teorías políticas anteriores entiende Sieyès que el centro de gravedad del orden político no está constituido por la Monarquía (*Estado* o *Leviathan* de Hobbes) en cuanto suma de todos los individuos, ni por el Pueblo (sociedad individualista de Rousseau) sino por la *Nación*.

44 Ibid. Lib. II, cap. 3 págs. 60 y ss.

45 Sobre el voluntarismo de Rousseau véase la rigurosa y bella síntesis que hace WELZEL, H. Op.cit. págs. 163 y ss.

46 Ibid. Págs. 168 y ss.

47 SIEYÈS, E. *¿Qué es el tercer estado?*, introducción, traducción y notas de F. Ayala, Editorial Aguilar, Madrid, 1973, págs. 39 y ss, 40 y ss.

48 Ibid. cap. 1, pág. 3 16 y ss.

49 Ibid. caps. 1 y 3, págs. 3, 25 y ss.

¿Qué supone esta nueva idea? Fundamentalmente tres cosas:

1. La aparición de una nueva categoría política, *la Nación* entendida como «un cuerpo de asociados que viven bajo una ley *común* –no existen leyes especiales ni privilegios– y representados por la misma legislatura». ⁵⁰ Aclara Francisco Ayala que el concepto de Nación que Sieyès aporta significa que los «individuos aislados que quieren reunirse y que *por ese solo hecho* forman ya una Nación provista de todos los derechos, está forjado en la ignorancia racionalista y voluntarista de la sustantividad nacional. Intuía, sin embargo (...añade Ayala) esta sustantividad como algo valioso en sí mismo (...cuya significación se manifiesta en axiomas como estos: «*La nación existe antes que todo, es el origen de todo, su voluntad es siempre legal, es la ley misma*».)⁵¹

2. *La nación está integrada por el «tercer estado» que del no ser nada pasa a serlo todo.* Escribe Sieyès: «El Tercero abraza, pues, todo lo que pertenece a la Nación; y todo lo que no es el Tercero no puede ser mirado como de la Nación. ¿Qué es el Tercero? Todo.»⁵²

El tercer estado es el constituido por la burguesía laboriosa y productiva –en contraste con la nobleza y el clero que nada producen–. La identificación de la burguesía con la Nación fue el principio que dotó a la burguesía de una conciencia y de una fuerza moral y revolucionarias que la convirtieron y legitimaron ética y políticamente como el protagonista principal de la Revolución.⁵³

3. *La Nación es el origen y titular de todo poder; del poder constituyente y, por tanto, fuente de toda ley.* En este sentido dice Sieyès: «La Nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el Derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de las *leyes positivas* que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término *las leyes constitucionales*, que se dividen en dos partes: las unas

50 Ibid. cap. 1. pág. 13.

51 AYALA, F. *Introducción*, cit. págs. XVII y XVIII. Las máximas que aparecen subrayadas pertenecen al texto de Sieyès, cit. cap. 5, pág. 75.

52 Op. cit. cap. 1. págs. 14 y 15.

53 Escribe a este respecto F. AYALA: «La identificación del Tercer estado –es decir, de la entonces nueva clase burguesa que se acercaba a la plenitud de su nivel histórico–, con la nación, entendida como el *totus* de la comunidad política, expresa el factor moral más importante del proceso revolucionario que tanto contribuyó Sieyès a desencadenar con su célebre alegato. La gran fuerza revolucionaria de la burguesía, el principio de su energía moral, radicaba en su convicción de ser ella misma idéntica a la nación. Esta convicción es para la Democracia burguesa el equivalente del contenido de conciencia a que responde, para la Monarquía absoluta, la repetida frase de Luis XIV: «L’Etat c’est moi». Desde el centro de su poder institucionalizado, el rey; desde la polémica opositora, el Tercer estado a través de su portavoz, se afirman uno y otro con igual decisión –en sus respectivos momentos de apogeo histórico– idénticos al todo, para justificar así su poder político, efectivo o pretendido. La conciencia de totalidad es, en efecto, lo que presta al poder político su justificación ética.» Op.cit. pág. 15.

regulan la organización y las funciones del *cuerpo legislativo*; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas *fundamentales* no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la constitución con es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son *fundamentales*. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están *fundadas* por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa *especial*. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la Nación. No ofrecemos aquí –concluye diciendo Sieyès– sino una idea fugitiva, pero es exacta».⁵⁴

Para remachar la idea de que la soberanía reside en la Nación (que es el tercer estado) afirma Sieyès a modo de conclusión: «Los *Estados generales*, aun cuando se reunieran, son pues, incompetentes para decidir nada sobre la constitución. Este derecho pertenece solo a *la Nación*, independiente, no cesemos de repetirlo, de todas las formas y de todas las condiciones posibles».⁵⁵

2º. J. G. Fichte.

1. Fichte piensa, actúa y escribe en unos años de crisis y agitación política (en especial 1780-1805) en Alemania, en los que los intelectuales alemanes toman parte y reclaman su derecho a existir como Nación.

El pensamiento de Fichte es palpitante, complejo y dinámico. En él se combinan elementos racionalistas e ideas revolucionarias francesas con otros de carácter romántico o prerromántico. En él se mezcla lo racional con lo instintivo y pasional. Sobre todo al ocuparse del tema de la Nación.

Elementos esenciales de su pensamiento, para nuestro propósito, son los siguientes:

1. La idea de sociedad civil.
 2. La idea de Estado y
 3. La idea de Pueblo o Nación.
2. *Significación y alcance de esas ideas.*
– *Individuo y sociedad civil.*

Piensa Fichte que todos los seres humanos, en comunidad con otros, son titulares de unos *derechos originarios (Urrechte)* –derechos a la libertad, a la intangibilidad del cuerpo, a la propiedad...– que deben ser declarados y protegidos

⁵⁴ SIEYÈS, E. op.cit. cap. 5, págs. 75 a 77.

⁵⁵ Ibid. cap. 5 págs. 87 y 88.

por leyes que son la expresión de la voluntad común.⁵⁶ Pero la sociedad civil precisa del complemento y la garantía del Estado.

– *Necesidad del Estado.*

La garantía de los derechos del individuo y de la ley exigen la existencia del Estado; la existencia de un poder público, de un Estado, creado mediante un «contrato civil» (*Bürgervertrag*) que asegure el cumplimiento coercitivo de las leyes. Dicho Estado consiste, para Fichte, en una institución artificiosa cuya tarea última es «la dirección de todas las fuerzas individuales a la finalidad de su especie»⁵⁷ mediante «el mantenimiento de la paz interna, de la propiedad, de la libertad, de la vida y del bienestar de todos».⁵⁸ Subraya Fichte que es también tarea del Estado promover las técnicas, las artes y las ciencias para favorecer y hacer posible el progreso de la especie humana así como también asegurar a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y a la propiedad. Insiste Fichte que todos los ciudadanos tienen derecho a la propiedad (para poder subsistir) y el deber de trabajar.⁵⁹

Las tesis de Fichte sobre la misión del Estado implican ya el paso del *Estado liberal* al *Estado social de Derecho*, que culminará en lo que Fichte denomina «*Estado perfecto*», cuya finalidad última es la «moralidad»; esto es, la posibilidad de que la vida del hombre, gracias a su racionalidad, sea regulada por la «ley moral».⁶⁰ Ello será posible, según Fichte, gracias a la difusión y promoción de la «cultura» por parte del Estado, que se configuraría como Estado de Cultura (*Kulturstaat*), posibilitando con ello el acceso al último momento, en la última etapa del proceso de su Filosofía de la Historia («plan del mundo»), constituida por el «arte de la razón» (*Vernunftkunst*), el cual supone ya el hecho de que la humanidad viva libremente de acuerdo con la razón.⁶¹

56 FICHTE, J.G. *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la Ciencia*, trad. esp. de J. L. Villacañas Berlanga. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, en especial págs. 191, 192, 193 y ss, 198 y ss, 212, 213, 220 y ss.

Una completa, documentada y rigurosa exposición de conjunto del pensamiento de Fichte encontramos en TRUYOL Y SERRA, A. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo 3, Idealismo y positivismo, Alianza Editorial, Madrid, 2004, págs. 11 a 25.

57 FICHTE, J.G. *Los caracteres de la Edad Contemporánea*, trad. esp. e introducción de J. Gaos, Revista de Occidente, Madrid, 1976, pág. 130. Véanse las págs. 142 y ss.

58 FICHTE, J.G. *Discursos a la Nación alemana*, Estudio preliminar y trad. esp. de M^a. J. Varela y L. A. Acosta, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 144. Véase también la pág. 153.

59 Ibid. págs. 149 y ss; *Fundamento del Derecho natural...*cit. págs. 273 y ss, 276 y ss.

60 FICHTE, J.G. *Los caracteres...* cit. págs. 147 y ss.

61 Ibid. págs. 130 y ss, 142 y ss.

– *La supremacía de la Nación.*

La idea central de Fichte es la de la *supremacía de la Nación sobre el Estado*.⁶² Para Fichte el pueblo como Nación o Comunidad nacional es algo superior al Estado y el verdadero titular de la soberanía. El pueblo, la Nación, entiende Fichte, es de hecho y de derecho el poder supremo, la fuente de todo poder y sólo a ella corresponde el poder de dirigir al Estado. A la Nación, en cuanto «formación eterna» –impulsada y guiada por el «amor a la patria»–⁶³ afirma Fichte, es a quien corresponde «dirigir en todo momento, incluso en épocas de paz, la fuerte vigilancia sobre la administración del Estado y es sólo ella quien puede salvar la independencia del pueblo cuando se encuentra en peligro».⁶⁴

Fichte entiende por Nación o Pueblo «en el sentido superior de la palabra y desde el punto de vista de un mundo espiritual», «..el conjunto total de hombres que conviven en sociedad y que se reproducen natural y espiritualmente de manera continuada, que está sometido en su totalidad a una determinada ley especial del desarrollo de lo divino a partir de él. Lo común de esta ley especial –añade– es aquello que en el mundo eterno, y por tanto también en el temporal, une a esta multitud en un todo natural y consciente de sí mismo». (...) Esta ley determina por completo y consume lo que se ha llamado carácter nacional de un pueblo: aquella ley del desarrollo de lo originario y divino».⁶⁵

Fichte indica además que la libertad no la alcanza el ciudadano en el Estado sino en la Nación, siendo Alemania, considerada como un todo (comunidad germánica o Nación alemana), el lugar donde «se dio el más alto grado de libertad de investigación y de comunicación que jamás haya poseído un pueblo».⁶⁶

62 «Pueblo y patria en este sentido, como portadores y garantía de la eternidad terrena y como aquello que puede ser eterno aquí en la tierra, son algo que está por encima del Estado en el sentido habitual de la palabra; están por encima del orden social tal y como se entiende en un concepto simple y claro y se establece y conserva de acuerdo con este concepto. El Estado quiere una cierta justicia y una paz interna, quiere que cada individuo encuentre con su trabajo el alimento y la prolongación de su existencia física mientras Dios quiera conservársela. Todo esto es sólo medio, condición y estructura de aquello que realmente quiere «el amor a la patria», del florecimiento aquí, en el mundo, de lo eterno y de lo divino, cada vez más puro, más perfecto y más adecuado dentro del desarrollo infinito. Precisamente por esto, este amor a la patria tiene incluso que regir al Estado como autoridad primerísima, última e independiente, al limitarle a la hora de elegir los medios para su objetivo inmediato, la paz interna». FICHTE, J.G. *Discursos...*, cit. pág. 142. Ver también la pág. 143. Más adelante concluye FICHTE: «...El amor a la patria tiene que ser quien gobierne al Estado en el sentido de proponerle incluso una «meta superior» a la común del mantenimiento de la paz interna, de la propiedad, de la libertad personal, de la vida y del bienestar de todos. Ibid. pág. 144. Véase también la pág. 151.

63 FICHTE, J.G. *Discurso...* cit. págs.140 a 142 y 144 a 148.

64 Ibid. pág. 150.

65 Ibid. págs. 139 y 140.

66 Ibid. pág. 151.

Fichte subraya el reconocimiento de la existencia de la *identidad de la Nación alemana*, como entidad histórica y cultural, por encima del pluralismo estatal existente en Europa y en la propia Alemania de su tiempo, hablando, como ya se ha indicado, de un *carácter nacional* que viene *determinado* por la ley del desarrollo de lo divino. Fichte piensa que cada *pueblo se realiza y llega a ser realmente él mismo* cuando cobra conciencia de la misión que le caracteriza según el plan trazado por la Divinidad, en el que cada pueblo o Nación constituye una unidad de destino.

En conexión con todo esto hay que subrayar la evolución que experimenta el pensamiento de Fichte que va desde un inicial cosmopolitismo al nacionalismo y al reconocimiento del Estado como *Estado nacional*, cuya misión es salvar, fortalecer y garantizar la libertad, la integridad y la continuidad de la Nación por medio de la educación y fomentando el amor a la Patria.⁶⁷

Desde estos supuestos Fichte concluye resumiendo la finalidad de sus discursos. En este sentido dice: «Estos discursos vienen a traerles a ustedes el único medio que aún queda, después de haber utilizado en vano los otros, para impedir la aniquilación de toda emoción noble que brote entre nosotros con proyección al futuro y este hundimiento de nuestra nación. Vienen a proponerles fundamentar profunda e indismorronablemente en todos los ánimos por *medio de la educación*, el amor auténtico y todopoderoso a la patria, entendiendo a nuestro pueblo como pueblo eterno, como ciudadanos de nuestra propia eternidad. En los próximos discursos hemos de ver qué educación es capaz de esto y de qué forma».⁶⁸

c) Concepción liberal de la ley

Desde los supuestos de pensamiento individualista y revolucionario francés es posible inducir una *concepción liberal de la ley* de signo totalmente opuesto a la concepción absolutista de la misma. Dicha concepción se fundamenta en la vinculación ideológica del poder político soberano al Pueblo o a la Nación.

La *concepción liberal de la ley* hunde sus raíces en el pensamiento de la ilustración y se impuso a partir de las Revoluciones americana y francesa con el consiguiente triunfo del pensamiento liberal. Este supuso en el orden de las ideas y de las formas políticas la inversión de los principios y de las instituciones fundamentales del absolutismo y, con ello, *una nueva concepción de la ley* entendida como instrumento al servicio de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. La nueva idea de la ley se asentó sobre los siguientes supuestos:

⁶⁷ Ibid. págs. 150, 151. Sobre los contenidos de esa «educación nacional» vid. Ibid. págs. 36 a 40, 41 a 50 y 52.

⁶⁸ Ibid. pág. 154.

1º. El cambio de la titularidad de la soberanía [la soberanía pasa del rey al pueblo (Rousseau) y luego a la nación (Sieyès y Fichte)] y la secularización del poder político que (depurado de toda significación y adherencia de carácter histórico, teológico o mítico) busca su justificación y legitimidad en expedientes puramente racionales (doctrinas del contrato social y de la representación).⁶⁹

2º. La concepción de la ley como «expresión de la voluntad general», la cual (la ley), como exigencia lógica de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, ha de ser general y abstracta («la misma para todos»).⁷⁰ Ello significó el triunfo de la idea de uniformidad en el Derecho frente a la diversidad o variedad (localismo, particularismo), característica del viejo Derecho medieval y del Antiguo Régimen.

3º. Concebida así la ley, ésta dejó de ser un instrumento del poder al servicio de la «razón de Estado» y, con ello, un medio de sometimiento y dominación del pueblo por el rey para convertirse en un instrumento de liberación popular que reconocía y garantizaba por igual a todos los ciudadanos la libertad y los demás derechos individuales.⁷¹

4º. La concepción liberal de la ley y del poder político hizo posible la armonía entre el goce y disfrute de los derechos individuales y el ejercicio del poder. La clave de ello residió en *el gobierno de la ley (nomocracia)*. Esto significaba que el poder sólo podía ejercerse en virtud de la ley y por medio de la misma. En última instancia ello suponía que el ejercicio del poder sólo podía consistir en la aplicación de lo dispuesto en la ley. Desde estos supuestos la ley vino a ocupar en el Estado liberal, el lugar que en la monarquía absoluta había correspondido al rey.⁷²

C. La atribución de la titularidad de la soberanía al Estado: Hegel

1. Para Hegel el Estado es el titular de la soberanía

La comprensión en toda su dimensión y plenitud de esta tesis exige tener en cuenta los diferentes momentos en que se despliega y desarrolla el complejo pensamiento de Hegel (idealismo absoluto), expuesto inicialmente en su *Enciclopedia de las Ciencias filosóficas* (publicada en Heidelberg, en 1917) y articulada en tres grandes capítulos:

69 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op.cit. págs. 102 a 108 y 109.

70 ROUSSEAU, J.J. op.cit. Lib. II, cap. 6.

71 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op.cit. págs. 103 a 105, 110 y 114 a 122.

72 Ibid. págs. 108 a 112, 125 a 137.

1. *La Ciencia de la lógica* (que tiene por objeto la idea: el «ser» en cuanto «ser en sí» [Metafísica]);⁷³ 2. *La Filosofía de la Naturaleza* (que se ocupa del estudio de la «idea fuera de sí», exteriorizada y objetivada como naturaleza).⁷⁴ 3. *La Filosofía del Espíritu*, cuyo objeto lo constituye la idea «en sí» y «para sí» que adquiere conciencia de sí misma.⁷⁵

A su vez, el movimiento dialéctico del espíritu pasa por tres fases o momentos: 1. *El espíritu subjetivo* (que se realiza como alma en unión con el cuerpo y adquiere «conciencia en sí»);⁷⁶ 2. *El espíritu objetivo* (que dotado de racionalidad y libertad se realiza en los momentos constituidos por el Derecho, la moralidad y la Eticidad)⁷⁷ y, 3. *El espíritu absoluto* (unidad del espíritu subjetivo y objetivo que unifica lo ideal y lo real en la plenitud del ser y se manifiesta bajo las formas de Arte, Religión y Filosofía).⁷⁸

2. Desde la específica perspectiva de nuestro trabajo interesa centrar la atención en el *espíritu objetivo* y, en concreto, en la *Eticidad*, en cuanto moral objetivada y realizada socialmente y que implica la vinculación entre la individualidad y la universalidad, entre el individuo y la sociedad.⁷⁹

En la *Moralidad* la conciencia personal conduce al individuo a un «aislamiento moral» del que sólo puede salir elevándose a la vida racional de la *Eticidad*, que

73 HEGEL, G.W.F. *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, trad. esp. de E. Ovejero y Mauri, Estudio, introducción y análisis de la obra por F. Larroyo, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 1973. Primera Parte, *La Ciencia de la Lógica*, Parágrafos 19 a 244, págs. 17 a 116.

74 Ibid. Segunda Parte. *Filosofía de la Naturaleza*, Parágrafos 245 a 376, págs. 119 a 198.

75 Ibid. Tercera Parte, *Filosofía del Espíritu*, Parágrafos 377 a 577, págs. 255 a 304.

76 Ibid. Primera sección de la *Filosofía del Espíritu*, Parágrafos 387 a 482, págs. 205 a 254.

77 Ibid. Segunda sección de la *Filosofía del Espíritu*, Parágrafos 483 a 552, págs. 255 a 289.

78 Ibid. Tercera sección de la *Filosofía del Espíritu*, Parágrafos 353 a 577, págs. 290 a 304.

79 Por diferentes razones, aunque la *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, nos ofrecen una visión completa y sistemática de la Filosofía de Hegel, para las consideraciones que siguen tomamos como punto de apoyo la posterior obra de Hegel, *Filosofía del Derecho*, publicada en Berlín en 1821. En ella se estudiaba con más amplitud y profundidad la temática correspondiente al *espíritu objetivo*: el Derecho, la Moralidad y la Eticidad.

Existe una obra póstuma de Hegel, incluida entre los manuscritos dejados por el maestro, y que fue mencionada por primera vez por J.K.F. Rosenkranz, discípulo de Hegel, por el título de *Sistema de Eticidad* (*System der Sittlichkeit*). La edición definitiva de dicha obra es la de G. Lasson que la incluyó en 1913 en el volumen *Hegel, Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*.

Existe una edición española: G.W.F. HEGEL, *El sistema de la Eticidad*, trad. esp. de L. González-Hontoria con introducción de D. Negro Pavón, Editora Nacional, Madrid, 1983.

El hecho de que dicha obra constituya un trabajo innecesariamente enrevesado, difícil y oscuro es una de las razones de que en lo sucesivo, como ya hemos indicado, nos remitamos siempre a la *Filosofía del Derecho* de Hegel.

constituye la síntesis de los momentos anteriores (Derecho y Moralidad) y supone la realización efectiva del «espíritu del pueblo» y de sus instituciones que integran los ámbitos específicos de la vida social humana. Esas instituciones son la familia, la sociedad civil y el Estado.⁸⁰

a) La familia

La familia es la comunidad basada en el impulso natural (comunidad de sentimientos o amor). «Amor –dice Hegel– significa consciencia de mi unidad con otro, de manera tal que no estoy para mí aislado, sino que consigo mi autoconciencia al abandonar mi ser por sí y saberme como unidad mía con el otro y como unidad del otro conmigo».⁸¹

b) La Sociedad Civil

Por su propia naturaleza la familia está destinada a disolverse a causa de la emancipación de los hijos y la muerte de los padres.⁸² Ahora bien, «la familia se divide (a su vez) en una *multitud* de familias que se comportan unas respecto de otras como personas concretas e independientes y por tanto de un modo exterior»,⁸³ y añade Hegel: «La ampliación de la familia como tránsito de la misma a otro principio (*sociedad civil*) se da en la existencia, por una parte, en la ampliación que desemboca en la formación de un *pueblo*, de una *Nación*, que tiene por lo tanto un origen natural común, y, por otro, en la reunión de comunidades familiares dispersas (...)».⁸⁴

Indica Hegel que «la sociedad civil contiene los tres momentos siguientes:

a) La mediación de las *necesidades* y la satisfacción del *individuo* por su trabajo y por el trabajo y la satisfacción de las necesidades de todos *los demás*: *el sistema de necesidades*.

b) La realidad efectiva de lo universal de la *libertad* contenido en ese sistema, la protección de la propiedad por la *administración de justicia*.

c) La prevención contra la contingencia que subsiste en aquel sistema y el cuidado de los intereses particulares como algo *común* por medio del *poder de policía* y la *corporación*».⁸⁵

80 HEGEL, G.W.F. *Principios de Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Ciencia Política*, trad. esp. de J. L. Verma, Biblioteca de Filosofía, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, Parágrafos 142 y ss, págs. 195 y ss. Véase WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (Derecho natural y justicia material), trad. esp. de la 4ª ed. alemana por F. González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, págs. 184 a 188.

81 HEGEL G.W.F. *Principios de Filosofía del Derecho...* parágrafo 158 (adición), pág. 205.

82 Ibid. Parágrafos 177 y ss. págs. 220 y ss.

83 Ibid. Parágrafo 181, pág. 225.

84 Ibid. Parágrafo 181, pág. 226.

85 Ibid. Parágrafo 188. pág. 233.

Para Hegel la sociedad civil posee su propia dialéctica que le lleva más allá de sí, mediante la ampliación de sus relaciones con otras sociedades y el recurso de la colonización.⁸⁶

c) El Estado

La concepción del Estado de Hegel supone una transformación completa de la idea del Estado en el plano del pensamiento filosófico. Para Hegel el Estado no tiene su origen en el contrato social ni agota su finalidad en la mera protección y garantía de las libertades individuales, sino que surge, por encima de la voluntad de los individuos, por una necesidad ineludible de la vida espiritual colectiva («espíritu objetivo»), para realizar los más altos fines de la Humanidad. El Estado lo piensa Hegel como una *totalidad ética* que engloba dentro de sí a la familia y a la Sociedad civil, a la Moral y al Derecho. El Estado es para Hegel, «la realidad efectiva de la idea ética».⁸⁷ El Estado es «lo racional en sí y por sí». El Estado constituye «una unidad sustancial (que) es el absoluto e inmóvil fin último (El Estado es un fin en sí) en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que –añade Hegel– este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo *supremo deber* es ser miembro del Estado».⁸⁸ Sólo en cuanto miembros del Estado adquieren los hombres «existencia y moralidad verdaderas».⁸⁹ En el Estado la libertad se convierte en norma igualmente válida para todos.

El Estado, en cuanto «Dios real», «señala el paso de Dios sobre la tierra».⁹⁰ En este sentido el Estado constituye una unidad indivisible de poderes, «un único todo individual», contenido en su propia constitución, y en lo cual consiste la *soberanía* que reside en el Estado y constituye «el poder absoluto sobre la tierra». Para Hegel el Estado es el titular del poder único y supremo en que consiste la soberanía.⁹¹

De acuerdo con esto la voluntad del Estado es la fuente suprema del Derecho. Por ello entiende Hegel que el Derecho positivo es únicamente un momento de la totalidad del Estado: «el Derecho –explica Hegel– sólo existe como rama de un totalidad, como planta que crece en torno a un árbol firme en y por sí» (el Estado).⁹²

86 Ibid. Parágrafos 246 y ss, págs. 275 y ss.

87 Ibid. Parágrafos 257, pág. 283 y 258. Adición pág. 290.

88 Ibid. Parágrafo 258, pág. 283. Añade Hegel en la adición al parágrafo 258: «El Estado en sí y por sí es la totalidad ética, la realización de la libertad, y es un fin absoluto de la razón que la libertad sea efectivamente real», pág. 287.

89 Ibid. Parágrafo 258, págs. 283 y ss.

90 Ibid. Parágrafo 258, Adición págs. 289 y 290.

91 Ibid. Parágrafo 331, pág. 377.

92 Ibid. Parágrafo 3, págs. 30 y ss, y 141, Adición, págs. 191 y 192.

No existe en Hegel una verdadera «separación o división de poderes» (poderes ejecutivo y legislativo), con lo cual estaría «inmediatamente puesta la desintegración del Estado».⁹³

Para Hegel la existencia del Estado implica la unidad de poder. Pero por razones de índole práctica distinguió Hegel, en el campo del Estado, tres órganos –miembros o momentos organizados del cuerpo del Estado– cuyas respectivas funciones concurrían, como en un organismo vivo, a la vida del todo uno e indivisible en que consiste el Estado. A cada uno de esos órganos o miembros atribuyó Hegel una función que él denominó poderes. Así distinguió un *poder legislativo*, un *poder gubernativo* y el *poder del Príncipe*, en el cual, dice Hegel, «se reúnen los diferentes poderes en una unidad individual, que es por lo tanto la culminación y el comienzo del todo, y constituye *la monarquía constitucional*».⁹⁴ Dicha forma política representa para Hegel la mejor forma de gobierno.⁹⁵

Para Hegel «el poder del Príncipe contiene en sí mismo los tres momentos de la totalidad»,⁹⁶ lo cual hace de ese poder el poder supremo. «Pero es supremo –aclara y recuerda Truyol– en cuanto abarca a los demás poderes. Únicamente en la unidad inseparable de los poderes distintos radica la soberanía. El Estado –concluye diciendo– es una unidad de los poderes y el Príncipe representa o simboliza y encarna la unidad superior del Estado».⁹⁷

Para Hegel el problema de la justificación del Estado, explica Welzel, corre a cargo de la tesis según la cual «lo real es, a la vez, lo racional».⁹⁸

V. TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICO-JURÍDICA

1. El positivismo jurídico como teoría científica del Derecho positivo

A. Orígenes epistemológicos

El positivismo jurídico constituye una corriente del pensamiento jurídico que nace y se desarrolla fundamentalmente en los siglos XIX y XX, y cuya pretensión esencial es hacer del conocimiento jurídico un saber auténticamente científico. Con esta finalidad rechaza toda especulación apriorística y metafísica (entre ellas el Derecho

93 Ibid. Parágrafo 272 Adición, pág. 317.

94 Ibid. Parágrafo 273, págs. 318 y ss.

95 Ibid. Parágrafos 278, págs. 325 y ss, y 286, Adición, págs. 337 y ss.

96 Ibid. Parágrafo 275 en conexión con el 272, págs. 323 y 316 y ss.

97 TRUYOL Y SERRA, A. op.cit. pág. 93.

98 WELZEL, H. op.cit. pág. 190.

natural) y se consagra al estudio de los datos, de los hechos experimentales que le ofrece el mundo físico natural.

De acuerdo con estos supuestos el positivismo entendió que el camino más cierto y seguro para elevar la jurisprudencia al rango de auténtica ciencia consistía en aplicar al estudio del Derecho –y de las demás ciencias sociales también– los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, que en los últimos siglos habían experimentado un desarrollo y progreso espectacular. Dicho método suponía la fijación y análisis de los diferentes hechos sociales, el estudio de sus conexiones o relaciones con otros fenómenos de la misma naturaleza y la búsqueda y formulación de los principios y leyes científicas capaces de explicar científicamente los acontecimientos del mundo social.⁹⁹

B. Caracterización del positivismo jurídico

El positivismo jurídico se caracteriza, ante todo, por su visión del Derecho. Para el positivismo jurídico el Derecho consiste en un hecho del mundo empírico desprovisto de toda dimensión axiológica o valorativa. El Derecho es un hecho empírico y no un valor,¹⁰⁰ y no hay más Derecho que el Derecho positivo consistente en un sistema de normas jurídicas de carácter imperativo. La esencia del Derecho consiste en ser un mandato, un imperativo,¹⁰¹ que se caracteriza fundamentalmente por tres notas o rasgos formales. Estos son:

- a) Sus *fuentes de producción*. Estas están constituidas por los *órganos* a los que se les reconoce competencia para crear Derecho y los *procedimientos* formales a través de los cuales ha de crearse ese Derecho para poseer la condición de «Derecho válido» (validez jurídica).¹⁰² Dichos procedimientos, desde el punto lógico y ontológico se reducen a tres: el uso, el pacto y la decisión.
- b) *Su formalismo radical*. Negación del Derecho natural en cuanto categoría metafísica y la afirmación de que el Derecho positivo puede asumir como propio

99 BODENHEIMER, E. *Teoría del Derecho*, trad. esp. de V. Herrero, cuarta reimpresión de la primera edición española, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 305 y 306; GONZÁLEZ VICÉN, F. *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», Facultad de Derecho de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, págs. 48 y ss.

100 BOBBIO, N. *Il Positivismo giuridico*, (Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra, Anno Accademico 1960-1961, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese-Editrice, Torino, págs. 160 y ss.

101 Ibid. pág. 162.

102 Ibid. pág. 161 y ss.

cualquier contenido (moral, inmoral o indiferente)¹⁰³ sin que ello afecte en modo alguno a su validez. La validez del Derecho depende exclusivamente de los requisitos formales de la competencia del órgano que lo ha creado y del procedimiento a través del cual ha sido creado.

- c) *La coercibilidad* o coactividad entendida como posibilidad de hacer valer la norma jurídica, cuando no es voluntariamente obedecida, mediante el ejercicio de la fuerza.¹⁰⁴

Cabe advertir que esta caracterización del positivismo jurídico es el resultado de un proceso de evolución que implica la reducción del Derecho al Derecho positivo y en el cual ha distinguido F. Wieacker dos momentos sucesivos pero de alcance y significación diferentes. Dichos momentos son los constituidos por el *positivismo científico* y el *positivismo legalista*.

- 1º. *El positivismo científico* supone que el jurista, dotado de una gran cultura, ante el fenómeno de la codificación entiende el Derecho como Derecho positivo pero, al mismo tiempo, sabe que en la ley positiva están recogidos, alientan y palpitan los principios vivos de la tradición ética (Derecho natural que impulsó el proceso de la codificación), de la justicia que ha inspirado y se ha plasmado en esas normas positivas que ahora interpreta y se dispone a aplicar.
- 2ª. *El positivismo legalista* se hace patente en la siguiente generación de juristas que, formados sólo en el estudio y manejo del Derecho positivo, carecen de la cultura ético-jurídica que caracterizó a la anterior generación, y no ven ya en la norma legal más que un mandato del legislador que puede asumir como propio y dotar de carácter jurídico cualquier contenido, aunque sea inmoral. Y ello porque ahora la validez de la norma jurídica, como explica Kelsen, no se hace depender de valores éticos o políticos sino en un criterio puramente técnico y formal: «Una norma jurídica es válida –dice Kelsen (con independencia de su contenido)– en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello».¹⁰⁵

103 A este respecto afirma Kelsen «Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no puede ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello». KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, segunda edición, quinta reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, págs. 133.

104 BOBBIO, N. op.cit. pág. 161.

C. Direcciones del positivismo jurídico

Como acabamos de observar el positivismo jurídico no constituye una única corriente de pensamiento sino que se diversifica en una pluralidad de direcciones. F. González Vicén ha distinguido dentro de la Filosofía del Derecho positivista las siguientes direcciones de la misma: 1. *La Filosofía del Derecho como Teoría de la Ciencia jurídica*, y dentro de ella, la «Teoría General del Derecho» y la «Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales». 2. *La Filosofía del Derecho como Teoría de la Causalidad jurídica*, englobando dentro de esta dirección diferentes ramificaciones: (Escuela del Derecho comparado y la doctrina de J. Kohler). 3. *El sociologismo*, donde estudia las doctrinas de Duguit y de Ehrlich. 4. *La Filosofía de la inmanencia* (W. Schuppe) y 5. *El Psicologismo* (I. Vanni, y A. Levi).¹⁰⁶

Más simple y sencilla es la clasificación hecha por E. Bodenheimer al distinguir dentro del positivismo jurídico sólo dos direcciones fundamentales: la *jurisprudencia analítica* y el *Positivismo sociológico*, compartiendo ambas corrientes la pretensión de eliminar del estudio científico del Derecho toda especulación metafísica y ética, limitándose a la investigación y estudio de los fenómenos del mundo empírico y tratando el Derecho como un fenómeno empírico más.¹⁰⁷

- a) *La dirección analítica* se caracteriza en términos generales por concebir el Derecho como un orden o mandato del poder del soberano, como un imperativo del Estado, limitando la tarea de la Ciencia jurídica al estudio sistemático e interpretación de las normas jurídicas positivas vigentes.
- b) *La dirección sociológica* aparece vinculada en su génesis y desarrollo al nacimiento de la *Sociología*, concebida por A. Comte como física de la sociedad. En este sentido el estudio sociológico del Derecho se ocupa de la investigación, análisis y descripción de los factores o *fuerzas sociales* que influyen en la génesis y desarrollo del Derecho y de los efectos (*eficacia*) que éste produce en los sectores de la vida social que trata de ordenar.¹⁰⁸

105 KELSEN, H. op.cit. pág. 133. Sobre el proceso de distinción entre *positivismo científico* y *positivismo legalista*, véase WIEACKER, F. *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. esp. de F. Fernández Jardón, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 417 y ss. VERDROSS, A. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, (Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 272; WELZEL, H. op.cit. págs. 192 a 195, 198 y 199.

106 GONZÁLEZ VICÉN, F. op.cit. págs. 57 a 128.

107 BODENHEIMER, E. op.cit. págs. 306 y 307.

108 Ibid. pág. 306.

Desde la perspectiva del objeto de nuestro estudio (la teoría imperativista de la norma jurídica) interesa centrar nuestra atención en la corriente doctrinal representada por la *jurisprudencia analítica* que coincide sustancialmente con la que González Vicén denominó «*Filosofía del Derecho como Teoría de la Ciencia jurídica*» y que comprende las llamadas «Teoría General del Derecho» y la «Teoría de los ««conceptos jurídicos fundamentales»».¹⁰⁹

Denominador común de estas corrientes del pensamiento jurídico es entender que el Derecho es una creación del poder soberano del Estado mediante una decisión soberana, y que todo lo que éste mande será Derecho por virtud del hecho mismo de estar mandado.

2. Teoría imperativista de la norma jurídica

A. El imperativismo como concepción positivista del Derecho

Como ya indicamos el rasgo propio del positivismo es la reducción del Derecho al Derecho positivo, y de éste a un puro hecho social desprovisto de todo valor o significación ética.

El Derecho así entendido puede manifestarse de dos formas básicas:

- Como *costumbre*, que es generada a través del uso social. Tal es el caso del *positivismo sociológico* y, de modo más concreto, del *sociologismo jurídico* (E. Ehrlich).
- Como *Ley* que nace de una *decisión* del legislador.

Sin embargo, a partir de la Revolución Francesa, en especial del Código Civil de Napoleón (1804), y del desarrollo y expansión del pensamiento positivista de signo normativista, la noción de Derecho se reduce a la ley escrita llegando a negarle a la costumbre su condición jurídica.

El Derecho es entendido así como la orden dada por el órgano que tiene competencia reconocida para ello y cuya esencia radica en consistir en un mandato, en un imperativo. Desde esta perspectiva el Derecho se configura como un mero mandato o imperativo que tiene como fuente y fundamento único la voluntad del Estado.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ibid. págs. 306 y 307. En análogo sentido véase DU PASQUIER, C. *Introducción a la Théorie Générale et a la Philosophie du Droit*, 16ª ed. Delachaux et Niestlé, Editeurs, Neuchâtel-Paris, 1988, 249, 250 y ss, 253 y ss.

¹¹⁰ Cfr. VEDROSS, A. *op.cit.* págs. 283 a 285.

B. Sentido moderno del imperativismo. Sus notas características

Al afirmar que para el positivismo jurídico normativista la norma jurídica constituye un imperativo entendemos que el término imperativo tiene aquí un sentido *sustantivo* y no meramente *adjetivo*, como acontece cuando se afirma que el Derecho posee la nota de «imperatividad», aunque posea normas, como las «permisivas», que tienen carácter imperativo pero no son, no constituyen «imperativos». ¹¹¹ La idea de *imperativo*, en sentido *sustantivo*, significa, indica Legaz, que «el imperativo en un acto que patentiza, en forma de orden o mandato, la existencia de una voluntad dirigida a otra voluntad, compeliendo a ésta a realizar el acto querido por la primera». ¹¹² En esta línea de pensamiento, dice Del Vecchio, que no es positivista, que la imperatividad constituye una dimensión esencial, constitutiva de la norma jurídica. «No podemos imaginarnos –escribe Del Vecchio– una norma que no tenga carácter imperativo, aunque sea bajo determinadas condiciones». ¹¹³

La concepción del Derecho como imperativo o mandato de la voluntad del Estado implica una serie de rasgos o notas que contribuyen a definir y a especificar a la norma jurídica. Dichas notas son:

1. *La legalidad*. Ello significa que el Derecho, en cuanto expresión de la voluntad del poder soberano del Estado, se manifiesta bajo la forma de Ley. El Derecho consiste en un conjunto de normas que poseen la condición de leyes. ¹¹⁴
2. *La estatalidad*. Ello es consecuencia lógica y necesaria de que el Estado sea la única fuente del Derecho, el cual, como ya se ha indicado, se expresa bajo la forma de Ley, único modo de manifestación del poder normativo estatal. Por ello la norma jurídica, en cuanto creación del Estado, está marcada por el cuño, por el signo de la estatalidad.
3. *La imperatividad*. El Derecho en cuanto expresión de la voluntad soberana del Estado consiste siempre en un mandato, en un imperativo; de ahí que la *imperatividad* se configure como una dimensión esencial, constitutiva, del Derecho que se traslada y dota de sustantividad a la norma jurídica: *Teoría imperativista de la norma jurídica*. De acuerdo con dicha teoría la función de la norma jurídica no es explicar, pedir, aconsejar, exhortar, sino ordenar, mandar, exigiendo obediencia. ¹¹⁵ La norma jurídica, en cuanto imperativo, implica una

111 LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, 2ª. ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 361; DU PASQUIER, op.cit. págs. 250 y ss.

112 LEGAZ Y LACAMBRA, L. op.cit. pág. 359. Véanse las págs. 356 y 357.

113 Ibid. pág. 356.

114 DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches, 9ª ed. corregida, aumentada y revisada por L. Legaz Lacambra, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1991, pág. 344.

115 BOBBIO, N. op.cit. págs. 231 y ss.

pretensión de obediencia. Quien manda lo hace para ser obedecido. En este sentido la norma jurídica, en cuanto mandato, en cuanto orden de validez, se nos presenta como una exigencia, que implica el deber de obediencia a la misma, al Derecho.

La teoría imperativista de la norma jurídica –en la cual se han distinguido diferentes especies– ha experimentado, en el tiempo, una evolución, habiéndose distinguido en la misma dos momentos o fases:

- a) *El imperativo ingenuo*, que ve el Derecho como un conjunto de mandatos del soberano dirigidos a los súbditos (Austin, Thon...) y
- b) *El imperativismo crítico*, que se desenvuelve fundamentalmente a partir de Kelsen y ve en la norma un imperativo cuyos destinatarios no son los ciudadanos sino los jueces.¹¹⁶

4. *La coactividad o coercibilidad*. En cuanto posibilidad de hacer cumplir la norma jurídica mediante el uso de la fuerza, constituye una exigencia de la seguridad jurídica, y es la garantía de la pretensión de obediencia que el Derecho, en cuanto imperativo, implica.

La coactividad, en cuanto tal, es algo connatural a la estatalidad de la norma y a su imperatividad, cuyo fundamento último reside en el poder soberano del Estado. En este sentido decía Ihering: «La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho; una regla de Derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es fuego que no quema, una antorcha que no ilumina».¹¹⁷

C. *Algunas formulaciones doctrinales de la Teoría imperativista de la norma jurídica*

Observa Bobbio que la formulación de la teoría imperativista de la norma jurídica ha experimentado una evolución en la que, como ya dijimos, pueden distinguirse dos fases: las constituidas por el *imperativo ingenuo* y el *imperativismo crítico*.¹¹⁸ De acuerdo con esta apreciación puede trazarse el siguiente esquema elemental de las teorías imperativistas de la norma jurídica:

¹¹⁶ Ibid. págs. 232 y ss; BOBBIO, N. *Teoría della Norma giuridica*, G. Giappichelli-Editor, Torino, 1958, págs. 119 y ss; LUMIA, G. *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. esp. de A. Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1991, págs. 32 y ss.

¹¹⁷ BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, cit. págs. 160 y ss, y 252.

- a) *El imperativismo ingénuo*. Este se caracteriza por entender el Derecho como un conjunto de mandatos que el soberano dirige a los ciudadanos para ordenar su conducta. A este tipo de imperativismo pertenecen, entre otras, las teorías de J. Austin, A. Thon y F. Somló.
1. J. Austin pone especial énfasis en la significación de la imperatividad como elemento esencial del Derecho. En este sentido afirma: «Todo Derecho positivo, o simplemente todo Derecho en sentido estricto, es establecido por una persona o cuerpo soberano, de personas, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo». ¹¹⁹ Indica Austin, en otro lugar, que todo mandato impone a quien se dirige un deber de obediencia y que si este se incumple el obligado por el mandato sufrirá un mal (*sanción*). ¹²⁰
 2. Por su parte A. Thon entiende que «todo el Derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos tan estrechamente ligados entre sí que la desobediencia de unos constituye a menudo el presupuesto para lo que se ordena en otros». ¹²¹
 3. El eco del imperativismo de Austin lo encontramos también en el jurista húngaro F. Somló quien partiendo de la idea del poder soberano («poder jurídico») definió el Derecho como «el conjunto de las normas generalmente obedecidas, emanadas de un poder supremo, permanente y omnicompreensivo». ¹²²
- b) *El imperativismo crítico*. Resultado de una profunda reflexión sobre la significación del imperativo o mandato, de una parte, y la estructura y funcionamiento del sistema jurídico, de otra parte, el imperativismo crítico se caracteriza por dos notas. Estas son:
- a) La norma jurídica es un imperativo hipotético.
 - b) La norma jurídica es un imperativo cuyos destinatarios no son los ciudadanos sino los jueces. ¹²³

118 IHERING, R. von. *El fin en el Derecho*, trad. esp. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 159.

119 BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, cit. pág. 252.

120 AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence*, Ed. Campbell, 4ª ed. 1879, vol. I, pág. 225.

121 Ibid. pág. 89; BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, cit. págs. 125 y ss. HART, *El concepto de Derecho*, trad. esp. de G. R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 23 y ss, 26 y ss.

122 THON, A. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, (Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre), Weimar, 1878, pág. 16.

123 SOMLÓ, F. *Juristische Grundlehre*, 2ª Aufl. Leipzig, 1927, pág. 105.

A esta línea de pensamiento pertenecen los planteamientos de los siguientes autores:

1. *R. von Ihering*. Las concepciones jurídicas de Ihering, por lo que respecta al tema de nuestro estudio, parten de la idea de la existencia de un proceso en el que cabe distinguir como momentos diferenciados las ideas de individuo, asociación y Estado. *La persona*, el individuo, en cuanto ser libre en el mundo, para alcanzar sus propósitos, se integra en la *sociedad*. Esta constituye una «unión de personas» que se han organizado para alcanzar, mediante la «cooperación», una finalidad común. En la sociedad aparece ya, como ingrediente de la misma, la coacción.¹²⁴ Ese proceso de integración social culmina en el *Estado*, lo cual supone la transición del ejercicio irregular de la fuerza por el individuo en la sociedad hasta la regularización de la fuerza por el Estado.¹²⁵

Para Ihering el Estado constituye un grupo organizado cuya esencia es la fuerza. El Estado es el portador y titular de la fuerza coactiva, organizada y disciplinada, que ejerce en régimen de monopolio absoluto. «El Estado –explica Ihering– es la sociedad usando su poder coactivo; para ejercer este poder (la sociedad) toma la forma de Estado. El Estado es, pues, la forma del ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social; brevemente dicho: (El Estado) *es la organización de la coacción social*»,¹²⁶ constituyendo la aparición de la coacción social organizada lo que separa la sociedad del Estado.

Al Estado corresponde pues el monopolio de la coacción, de la fuerza, pero el Estado no debe ejercer esa fuerza de modo caprichoso, arbitrario, sino con el fin de garantizar la unidad, la permanencia y la seguridad de la sociedad.¹²⁷ Ello lo consigue mediante la producción y aplicación de las normas coactivas en que consiste el Derecho. El Estado se configura así como la única fuente del Derecho.¹²⁸ Según Ihering no hay más Derecho que el Derecho Estatal y ese Derecho, creado en régimen de monopolio por el Estado, se constituye, al mismo tiempo, en límite y cauce del poder del Estado. El ejercicio de la fuerza, del poder por parte del Estado, no debe incurrir en arbitrariedad.¹²⁹

El Estado, en sus actuaciones, debe estar «subordinado (...) a las leyes por él mismo dictadas¹³⁰ y aplicarlas, hacerlas cumplir, mediante sus órganos específicos (jurisdicción y administración).¹³¹ Por esta razón llega Ihering a afirmar que el De-

124 BOBBIO, N. *Il positivismo...*cit. págs. 193 y 194.

125 IHERING, R.v. *El fin en el Derecho*, cit. págs. 35 y ss. y 145.

126 Ibid. págs. 48, 145 y ss, 148 y ss, 152 y 158.

127 Ibid. pág. 153.

128 Ibid. págs. 204 y 205.

129 Ibid. págs. 157, 158 y 159.

130 Ibid. págs. 175 y ss, 183 y ss, 203 y ss.

131 Ibid. pág. 183.

recho es «el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción».¹³²

Para Ihering el Derecho no es –explica Battaglia–, una «inconsistente formación irreflexiva, producida por un vago espíritu popular (como creía Savigny y la Escuela Histórica), sino un *medio técnico* a través del cual la cooperación humana tiende a sus fines de progreso realizándolos».¹³³ El Derecho, resume Ihering, integrado por «el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción»,¹³⁴ consiste, explica Ihering, en «el conjunto de condiciones de vida de la sociedad (tomando esta palabra en su sentido lato) aseguradas por el poder público mediante la coacción externa».¹³⁵

Para Ihering el Derecho, en cuanto sistema de normas imperativas, constituye un instrumento técnico que impulsa y hace posible la cooperación humana, atendiendo a sus necesidades y fines de progreso y promoviendo el desarrollo y la elevación de la vida civil y moral de la sociedad.¹³⁶

Para concluir, podemos indicar que el Derecho, como instrumento técnico de ordenación, control y perfección social, puede llevar a cabo las indicadas tareas –según Ihering– en cuanto aparece constituido por un sistema de normas de comportamiento, de observación necesaria, caracterizadas por las siguientes notas:

- a) *La coercibilidad*, como nota esencial constitutiva del Derecho sin la cual el Derecho sería inimaginable.¹³⁷
- b) *La estatalidad*, que es consecuencia lógica, necesaria, de la concepción del Estado como único detentador del poder de coacción y fuente única del Derecho. No existe más Derecho que el Derecho estatal.¹³⁸
- c) *La generalidad y abstracción*. Ihering piensa que el cumplimiento de la tarea asignada al Derecho exige que las normas de éste consistan en imperativos generales y abstractos que son aquéllos que prescriben «un tipo de acción para todos los casos de cierta especie».¹³⁹

132 Ibid. págs. 188 y ss, y 203.

133 Ibid. pág. 158.

134 BATTAGLIA, F. *Curso de Filosofía del Derecho*, Vol. I, trad. esp. de la 3ª. ed. italiana por F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pág. 339.

135 IHERING, R. von, op.cit. pág. 158.

136 Ibid. pág. 245.

137 *El fin del Derecho*, cit. págs. 204 y ss, 210 y ss, 213; Véase BATTAGLIA, F. op.cit. pág. 339; BODENHEIMER, E. op.cit. págs. 312 y 314; FRIEDRICH, C.J. *La Filosofía del Derecho*, trad. esp. de M. Álvarez Franco, 3ª reimpresión, 1982, pág. 227.

138 IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op.cit. pág. 159. Véanse también las págs. 126, 127, 160, 161 y 166.

139 Ibid. págs. 158 y 166.

2. *H. Kelsen*. Como es sabido la pretensión de Kelsen fue elaborar una «Teoría pura del Derecho» que depurada de todo contenido (fáctico, moral, ideológico...) se configura como una ciencia formal diferenciada de las *Ciencias de los hechos* (ciencias de la naturaleza, historia, sociología...) y de la *Metafísica* (ética, moral...). Por esta vía Kelsen redujo la Ciencia jurídica a una auténtica «geometría del Derecho» que sólo estudia «formas sin contenido».¹⁴⁰

Puntos esenciales de la concepción jurídica de Kelsen son:

a) *La norma como «mero juicio hipotético»*. Inicialmente Kelsen concibe el Derecho como sistema de normas de conducta humana cuya especificidad no radica en los contenidos de los mismos (irrelevantes como se ha indicado ya para el pensamiento jurídico) sino en su *forma normativa* (lo propio del Derecho es consistir en normas) la cual constituye un «juicio hipotético» que vincula (*Zurechnung*) a determinados actos una consecuencia o efecto jurídico (si alguien roba «debe ser» castigado). La expresión «debe ser» no tiene aquí un carácter imperativo ni valorativo (ético) sino puramente lógico: Se trata de una forma de pensar que se expresa mediante un «juicio hipotético» (si A, «deber ser» B) en el que se enlazan un «supuesto de hecho» condicionante con una «norma jurídica» por él condicionada, y cuyo «ser», cuya «existencia», consiste en su «validez» (en cuanto contenido de sentido).¹⁴¹

En la medida en que las normas jurídicas (independientes de todo juicio o valor ético) tienen como característica esencial regular la conducta humana vinculando a determinados comportamientos una sanción, el Derecho se configura y reduce a una técnica de ordenación y control social.

b) *Inversión de las relaciones entre normas primarias y normas secundarias*. Ello es la consecuencia directa de la concepción de la norma como juicio hipotético y que hace que Kelsen denomine *norma primaria* a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y *norma secundaria* a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción».¹⁴² De esta forma, según Kelsen, el

140 KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, (Introducción a la Ciencia del Derecho), trad. esp. de M. Nilve, 30^a ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, págs. 15, 16, 34 y ss; *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado* (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), trad. esp. de la 2^a ed. alemana por W. Roces, Ed. Porrúa, México, 1987, págs. 79 y 80.

141 KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 1^a ed. cit. págs. 27 y ss, 35; *Problemas capitales...* cit. págs. 61 y ss; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, trad. esp. de E. Garzón Valdés, 4^a ed. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, núm. 11, Distribuciones Fontanara, México, 1995, págs. 15 y ss.

142 KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 1^a ed. pág. 77; Véanse las págs. 76 y ss, así como su tratamiento de las nociones de *responsabilidad* y *obligación*, *ibid.* pág. 93 y ss.

centro de gravedad de la regulación jurídica del orden social reside, no en las normas que debieran dirigirse a los ciudadanos para ordenar su comportamiento sino en las normas dirigidas a los jueces para que sancionen a los ciudadanos cuando realicen determinados comportamientos.¹⁴³

- c) *Distinción entre «norma jurídica» y «regla de Derecho». Carácter imperativo de la norma jurídica.* Posteriormente, y como consecuencia de su contacto con la sociología americana, Kelsen revisó su doctrina introduciendo en la misma la distinción entre «norma jurídica» (*Rechtsnorm*) y «regla de Derecho» (*Rechtssatz*).

La *regla de Derecho* o enunciado jurídico, según Kelsen, es la proposición que formula la Ciencia jurídica (lenguaje de los juristas) cuando habla de las normas que constituyen su objeto. Las reglas jurídicas, dice Kelsen, son «las proposiciones mediante las cuales la Ciencia jurídica describe su objeto».¹⁴⁴ Dichas proposiciones, entiende Kelsen, tienen un carácter puramente lógico y se expresan mediante un juicio hipotético.¹⁴⁵

La *norma jurídica* (*Rechtsnorm*) tiene ahora, para Kelsen, un carácter imperativo. Kelsen acoge, en este segundo momento, la *teoría imperativa de la norma* que inicialmente había sometido a crítica,¹⁴⁶ admitiendo que la norma jurídica «es un acto de voluntad» que puede «presentarse bajo la forma de un imperativo».¹⁴⁷ Las normas jurídicas, añade Kelsen, «no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido –aclara Kelsen– son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos» (que incluyen también permisiones y autorizaciones).¹⁴⁸

143 PÉREZ LUÑO, A.E. *Teoría del Derecho* (Una concepción de la experiencia jurídica), Editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs. 199 y 200.

144 *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed. cit. pág. 46.

145 Ibid. pág. 47. Las proposiciones o enunciados jurídicos, explica Kelsen en al 2ª ed. de su *Teoría Pura del Derecho*, «son proposiciones condicionales que expresan que conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, debe producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes imperativas; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones; en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el Derecho con la Ciencia del Derecho, información instructiva». *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de 2ª. ed. alemana de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 84.

146 *Problemas capitales...* cit. págs. 105 y ss, 139 y ss, 163 y ss.

147 *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed. cit. pág. 47.

148 *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. pág. 84. Véanse las págs. 84 y ss. Véanse también KELSEN, H. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, 5ª. reimpresión de la 2ª. ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, págs. 52 y ss.

- d) *Imperatividad y coactividad de la norma jurídica*. Debe añadirse que en el pensamiento de Kelsen ese imperativo en que consisten las normas jurídicas viene cualificado por su *dimensión coactiva* lo cual perfila y potencia la concepción kelseniana del Derecho como un instrumento técnico que tiene como finalidad la ordenación y control de la vida social mediante la coacción. Explícitamente indica Kelsen al respecto: «La *técnica específica del Derecho*, que consiste –recordémoslo– en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el Derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, *el Derecho es una técnica de coacción social* estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener». ¹⁴⁹

En su obra póstuma, *Teoría general de las normas*, Kelsen reitera el carácter imperativo y coactivo de la norma jurídica. ¹⁵⁰

D. El realismo jurídico escandinavo

1. Noción y rasgos fundamentales

- a) *El positivismo lógico como supuesto epistemológico*. El realismo jurídico escandinavo constituye una corriente del pensamiento filosófico jurídico surgida a principios del siglo XX en Suecia y Dinamarca y cuyo centro espiritual fue la Universidad de Uppsala. Los representantes más significativos de dicha escuela fueron, A. Hägerström, A.W. Lundstedt, K. Olivecrona y A. Ross. ¹⁵¹

El citado movimiento –que no tiene conexión directa con el realismo americano– parte de los supuestos de un positivismo radical (*positivismo lógico*) que toma en consideración exclusivamente los hechos verificables por la experiencia y eli-

¹⁴⁹ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 1ª ed. cit. pág. 74. Véase también *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. cit. págs. 46 y ss.

¹⁵⁰ KELSEN, H. *Teoría general de las normas jurídicas*, trad. esp. de H.C. Delory Jacobs, Ed. Trillas, México, 1994, págs. 43 y 44.

¹⁵¹ Sobre la significación y rasgos del realismo jurídico nórdico en general véase: CASTIGNONE, S. *La macchina del Diritto*, (Il realismo giuridico in Svezia), Edizioni di Comunità, Milano, 1974; HIERRO, L.L. *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981; PATTARO, E. y otros, *Contributi al realismo giuridico*, Dott. A. Guffré Editore, Milano, 1982. Contiene los siguientes estudios: PATTARO, E. *Per una critica della dottrina pura*, págs. XI y ss; FARALLI, C. *Diritto e magia, Saggio su Axel Hägerström*, págs. 5 a 169; HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Diritto e Scienza, Saggio su Alf Ross*, págs. 173 a 271; FASSÓ, G. *La Filosofia del Diritto dell'Ottocento e del Novecento*, (Nuova edizione aggiornata a cura di C. Faralli e G. Zanetti, Ed. Il Mulino, Bologna, 1996, págs. 247 y ss.).

mina en el estudio del Derecho todo elemento de carácter espiritual, valorativo y todo resto o adherencia de signo metafísico.¹⁵² En este sentido rechaza no sólo el iusnaturalismo sino también el positivismo normativista, viendo en el mismo, incluido Kelsen, ideas y conceptos contaminados de iusnaturalismo.

- b) *La concepción del Derecho como hecho*. Denominador común de esta corriente de pensamiento es entender el *Derecho como un hecho* del mundo empírico desprovisto de todo ingrediente o dimensión no ya metafísica o valorativa sino incluso psíquica. La concepción del Derecho como fenómeno psíquico colectivo lleva a ver en el mismo un fenómeno de la imaginación que admite la existencia de deberes, obligaciones, derechos subjetivos, etc. Para el movimiento realista, dado su radicalismo antimetafísico, el Derecho no es más que un hecho, un fenómeno de la experiencia sensible que funciona como técnica de control social.
- c) *La reducción de la Filosofía del Derecho a Teoría de la Ciencia jurídica*. Este modo de entender el Derecho condiciona también su concepción de la Ciencia jurídica y de la Filosofía del Derecho.

Para esta corriente de pensamiento jurídico no existe más ciencia que la que tiene por objeto el conocimiento de la realidad empírica, de los hechos. Desde los

152 Respecto de los supuestos epistemológicos del positivismo lógico hemos indicado en otro lugar: «Al positivismo lógico subyace un radical empirismo epistemológico que sostiene que todos los conocimientos acerca de la realidad proceden de la percepción sensible y de la introspección, posición esta que desemboca en una decidida actitud antimetafísica. El neopositivismo está animado de un espíritu receloso, atento fundamentalmente al rigor y a la claridad de la ciencia, actitud que manifiesta especialmente en su preocupación por el análisis y la depuración del lenguaje; tareas que eleva a objeto fundamental de su quehacer científico y filosófico. Significativas de esta posición son las palabras de Wittgenstein: «Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo» (...). Como señalábamos al principio, el positivismo lógico parte del dato empírico y postula un empirismo radical que sitúa la única fuente de conocimiento en la sensación, la cual no capta más que acontecimientos singulares y materiales, haciendo del *principio de verificabilidad* –‘comprobación’ del sentido de una proposición; operación que incluye tanto el examen como el resultado y que sólo puede extenderse a las proposiciones empíricas; sólo hay verificación empírica– el criterio en virtud del cual se determina la verdad o la falsedad de las proposiciones. Junto a las proposiciones fácticas, verificables empíricamente, están las proposiciones formales como las de la lógica y las matemáticas puras (tautologías). Para el neopositivismo solamente estas dos categorías de proposiciones son significativas. De ahí resulta –el objeto de la experiencia es exclusivamente la sensación– que toda la problemática metafísica es un pseudo-problema, un sin sentido que, en consecuencia, debe ser excluida del ámbito de la filosofía. Como sólo hay verificación empírica tenemos que los enunciados metafísicos y axiológicos constituyen –por inverificables– un ‘sin sentido’, meros pseudoproblemas. Al no ser posible verificar la existencia de las cosas, pues sólo nos encontramos con sensaciones, toda la problemática de la ‘realidad’, toda ontología, deviene un sin-sentido, y lo mismo acontece a la axiología y a la ética...». MONTORO BALLESTEROS, A. *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Prólogo de Rodrigo Fernández-Carvajal, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1983, págs. 37, 42 y 43.

supuestos de su empirismo radical y del positivismo lógico el realismo jurídico reduce la *Filosofía del Derecho* a *Teoría de la Ciencia jurídica*. Esta tiene por objeto dotar al lenguaje jurídico de rigor y coherencia, depurando sus términos de toda adherencia de significación metafísica, emocional o ideológica y buscando la correspondencia de dichos términos con datos de la realidad empírica.¹⁵³

Esta ideas iniciadas por A. Hägerström y A.W. Lundstedt, fueron desarrolladas especialmente por sus discípulos K. Olivecrona y A. Ross.

Por lo que se refiere la imperativismo crítico nos vamos a ceñir, por razones de espacio, dentro de esta corriente doctrinal, a hacer una breve referencia a la revisión de la teoría imperativista de la norma jurídica llevada a cabo por Karl Olivecrona.

2. La revisión crítica de la teoría imperativista de la norma por Karl Olivecrona

a) Supuestos epistemológicos

El pensamiento de K. Olivecrona descansa sobre los supuestos del positivismo lógico y de un empirismo radical.

Desde esta base Olivecrona se enfrenta con el lenguaje jurídico ordinario repleto de términos que denotan una indudable significación metafísica, ideológica, emocional y muestra su perplejidad. Escribe Olivecrona: «Se considera que los efectos jurídicos se producen porque el Derecho dice que ellos deben producirse. Hablamos como si el Derecho tuviese el poder de establecer una relación causal entre los hechos operativos y los efectos jurídicos. Los derechos (subjctivos) y los deberes son creados; los derechos son transferidos mediante declaraciones verbales. Las calidades o potestades jurídicas son conferidas a personas o cosas mediante ceremonias y declaraciones de las autoridades. La causalidad puede también afectar al pasado tal como ocurre cuando las consecuencias jurídicas de un acto son anuladas con efecto retroactivo. Cuando usamos este lenguaje, parece que nos moviéramos en una esfera de realidad diferente a la del mundo sensible. Sin embargo, esto no molesta en lo más mínimo a los juristas ni a los legos. Parece perfectamente natural que, en cuestiones jurídicas, se hable de esta manera... (pero) el teórico se encuentra en una situación diferente. Está inclinado a preguntar qué es todo esto. Supongamos que quiere utilizar sólo conceptos científicamente correctos, entendiendo por tales aquellos que corresponden a la realidad. En este caso tiene que preguntar qué es realmente un derecho (subjctivo) o un deber, en qué consisten en realidad las cali-

¹⁵³ BOBBIO, N. *Teoría della Scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950, págs. 214 y ss. GIORGIANI, V. *Neopositivismo e Scienza del Diritto*, Roma, 1956, págs. 186 a 191, 259 a 270, 271 y ss.

dades jurídicas y cómo pueden ser creadas por hechos operativos tales como declaraciones verbales (...) aquí comienzas las perplejidades».¹⁵⁴

Desde la perplejidad y turbación que dicho lenguaje causa a Olivecrona éste entiende que la tarea primaria de la Ciencia jurídica es la depuración del lenguaje jurídico y la redefinición de los conceptos jurídicos fundamentales.

b) La revisión de los conceptos jurídicos fundamentales como tarea primordial de la Ciencia jurídica

Esta tarea implica, nos dice Olivecrona, un cambio de los conceptos de cuño metafísico, ideológico o sobrenatural por otros dotados de base empírica.¹⁵⁵ Con esta intención estudia y replantea en su libro *El Derecho como hecho* los conceptos de Derecho, norma jurídica, carácter imperativo de la norma jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, objeto de Derecho, persona jurídica, etc.

Al objeto de nuestro estudio interesa, de modo especial, su revisión de la noción de Derecho y de la teoría imperativista de la norma jurídica.

c) Noción de Derecho y revisión de la teoría imperativista de la norma jurídica

1º. *El Derecho como sistema de reglas que regula el uso de la fuerza.*

Para Olivecrona, fiel a sus supuestos epistemológicos y metodológicos, el Derecho es un puro hecho o fenómeno social con forma imperativa, un simple fenómeno de fuerza organizada, cuyo ejercicio corresponde el régimen de monopolio al Estado.¹⁵⁶ El Derecho, en cuanto fenómeno de fuerza, posee dos dimensiones: El Derecho es fuerza *psíquica* (que ejerce sobre las personas un poder de sugestión) y fuerza *física*, poder de coacción que apoya –y en su caso genera– la sugestión. El Derecho, para Olivecrona, no consiste en normas garantizadas por la fuerza (Ihering), sino en una organización de fuerza, en normas relativas al uso de la fuerza.¹⁵⁷

154 OLIVECRONA, K. *Legal language and reality*, en «Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound», Bobbs Merrill Company, Inc. Indianapolis, New York, 1962, págs. 152 y 153. Hay trad. esp. de E. Garzón Valdés: *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, 1968.

155 OLIVECRONA, K. *El Derecho como hecho*, presentación y trad. esp. de la 1ª ed. de G. Cortés Funes, Roque Depalma, Editor, Buenos Aires, 1959, págs. 135 y ss; *Lenguaje jurídico y realidad*, cit. pág. 18.

156 OLIVECRONA, K. *El Derecho como hecho*, cit. pág. 133.

157 Escribe Olivecrona, desarrollando estas ideas: «Si descartamos la idea supersticiosa de que el Derecho emana de un Dios, es obvio –dice– que toda norma jurídica es una creación de los hombres. Las normas siempre han sido establecidas, por medio de la legislación o en otra forma, por gente de carne y hueso; en otras palabras, son el producto de causas naturales. Por otra parte, sus efectos también son naturales en cuanto ejercen presión sobre los miembros de la comunidad. Las normas del Derecho son motivos naturales –entre otros– de las acciones de los jueces en caso de litigio, así como de la conducta general de las personas en sus relaciones recíprocas... (Por esta razón, señala Olivecrona), nunca podemos eludir la conclusión de que el Derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto.

De ahí se deduce que en Olivecrona se produzca una reducción del Derecho a mera técnica; a un instrumento técnico de ordenación y control mediante la organización y regulación del uso de la fuerza.

2º. *Crítica y revisión de la teoría imperativista de la norma jurídica.*

Karl Olivecrona intenta llevar a cabo una «redefinición de los conceptos jurídicos lo cual supone, según nos dice él mismo,¹⁵⁸ un cambio de los conceptos de cuño metafísico, sobrenatural, por otros dotados de base empírica. Con esta pretensión se enfrenta con la teoría imperativista de la norma y toda la problemática implicada por ella.

La concepción imperativista de la norma cuenta con una larga tradición en el pensamiento jurídico occidental que halla su consagración definitiva en la doctrina del positivismo jurídico.¹⁵⁹ Esta doctrina implica una identificación entre norma jurídica y orden, soslayando la significación psicológica propia de la orden. Para el positivismo jurídico la norma jurídica consiste en una orden, en una manifestación de la voluntad que se presenta bajo la forma de un imperativo. Dicha idea aparece ya claramente enunciada, como ya hemos indicado, por John Austin y alcanza su formulación clásica en August Thon.

Tiene, por lo tanto (el Derecho, añade Olivecrona) un lugar entre los hechos del mundo del tiempo y del espacio, pero entonces no puede pertenecer al mismo tiempo a otro mundo. El Derecho no puede, por una parte, ser un hecho (como lo es indudablemente) con causas naturales y efectos naturales, y, por la otra, algo extraño al vínculo de causa y efecto. Sostener lo contrario es pura superstición». *El Derecho como hecho*, cit. págs. 6 y 7. vid. pág. 19.

Olivecrona avanza aún un paso más en el proceso de caracterización del fenómeno jurídico señalando el tipo específico de hechos a los que el Derecho pertenece: El Derecho consiste, para Olivecrona, lo mismo que para Lundstedt, en fuerza social organizada. Ibid. pág. 133. Olivecrona reconoce que la fuerza es tan peligrosa, tan destructiva para el hombre y para sus medios de subsistencia como el fuego cuando obra libremente, pero piensa que así como el fuego debe ser puesto al servicio del hombre si él ha de elevarse por encima del nivel de los animales, también la fuerza debe estar a su servicio si es que él ha de alcanzar un grado más alto de civilización. Ordenar la fuerza al servicio del hombre constituye la función primordial del Derecho; es más, en ello consiste el Derecho mismo. Lo que denominados Derecho, dice Olivecrona, «es una fuerza organizada y regulada que se emplea contra criminales, deudores y otros según los moldes establecidos por los legisladores (...) El Derecho incluye fuerza o, más exactamente, existe en todo Estado una organización abrumadora de fuerzas que funciona según las normas llamadas Derecho. Por medio de esa organización (fuerza legal organizada) se mantiene en jaque otras formas de fuerza (la fuerza de carácter ilegal) (...) El Derecho, puntualiza Olivecrona –el cuerpo de normas resumido en el concepto de Derecho– consiste principalmente en normas concernientes a la fuerza, normas que contienen cánones de conducta para el ejercicio de la fuerza. (Pues aunque existan normas que) contienen cánones o reglas son solamente otro aspecto de las normas sobre el uso de la fuerza, y estas normas son el factor decisivo (...) (porque a la larga) todo revierte en torno del uso regular de la fuerza». Ibid. págs. 97, 98, 103 y 104.

158 OLIVECRONA, K. *Lenguaje jurídico y realidad*, cit. pág. 18.

159 BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, cit. págs. 162, 231 y ss.

La teoría imperativista de la norma jurídica presupone una concepción legalista del Derecho que hace de la voluntad del órgano encargado de crear Derecho la única fuente del mismo, y de la ley el único cauce de expresión de su poder normativo. K. Olivecrona es plenamente consciente de ello y va a hacer de ese supuesto uno de los puntos de apoyo de su posición crítica. «La llamada teoría imperativista en la Filosofía del Derecho –dice– abarca una serie de tentativas para explicar las normas legislativas como órdenes en sentido propio. A tal fin se debería suponer una voluntad estatal super-individual, 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 –concluye– es posible. La voluntad superindividual del Estado es una pura ficción. En cuanto a los que colaboran en la formación de la ley, ellos revisten 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».¹⁶⁰

Por otro lado, K. Olivecrona encuentra un vacío imposible de salvar tanto en la concepción pura del Derecho como en su fundamentación esencial. Así, a partir de los supuestos epistemológicos de la filosofía del lenguaje, Olivecrona se propone desarrollar consecuentemente el programa del realismo positivista y, concretamente, las doctrinas de sus maestros Axel Hägerström y Andrea Wilhem Lundstedt,¹⁶¹ con el fin de despejar el mundo del pensamiento jurídico de todas las ficciones, de todos los fantasmas metafísicos, que han impedido contemplar los fenómenos jurídicos como son en su auténtica realidad, y uno de los cuales es la identificación, por parte de la teoría imperativista del Derecho, entre norma jurídica y orden.¹⁶²

Olivecrona, fiel a los postulados del positivismo lógico, intenta depurar el lenguaje jurídico según las leyes de la lógica encontrándose, como primer problema, con la realidad de la norma jurídica la cual, según el tópico generalizado por la doctrina imperativista, constituía un imperativo.

Desde los supuestos del positivismo lógico y la filosofía del lenguaje Olivecrona ve en la distinción de las nociones de *orden y norma jurídica*, la clave para negar que la norma jurídica sea un imperativo.

Las tesis fundamentales que trata de demostrar Olivecrona son:

1. Una orden no es una manifestación de la voluntad.
2. Una norma jurídica no es una orden en sentido propio.
3. Las normas jurídicas constituyen imperativos independientes o autónomos.

160 OLIVECRONA, K. *Der imperativ des Gesetzes*, Ejnar Munksgaard, Konpenhagem, 1942, pág. 27. Véanse las págs. 41 y 42. Hay trad. esp. de José Julio Santa Pinter, apéndice a la edición española del libro de OLIVECRONA, K. *Law as fact* (El Derecho como hecho), R. Depalma Editor, Buenos Aires, 1959.

161 OLIVECRONA, K. *El Derecho como hecho*, cit. págs. VII a XV.

162 BOBBIO, N. *Teoría della norma giuridica*, cit. págs. 132 y 133.

Olivecrona sostiene que la afirmación de que una orden es una expresión o declaración de la voluntad de la persona que manda es una falacia puesto que de una orden impartida lo único que se puede extraer es una conclusión sobre la voluntad de la persona que ordena, lo cual no significa que la orden en sí misma sea una declaración de voluntad. Una orden, para Olivecrona, es un acto por el cual una persona persigue influir en la voluntad de otra. Esto puede hacerse con palabras, con signos o simplemente con la mirada. La orden no consiste pues en un juicio en el que se afirme un hecho; su propósito es simplemente sugerir. Por el contrario la declaración de voluntad consiste en una afirmación sobre un hecho, dirigida primordialmente a transmitir conocimiento de ese hecho. Así resulta claro, para Olivecrona, que «hay evidente confusión de pensamiento al identificar las afirmaciones de que el Derecho es la voluntad del Estado y de que consiste en órdenes del Estado. En realidad ambos asertos son incompatibles. Si las leyes fuesen realmente declaraciones de la voluntad del Estado ellas no podrían ser órdenes del Estado, ya que una orden no es una declaración de voluntad».¹⁶³

La norma jurídica, según Olivecrona, no constituye una orden en sentido propio aunque revista forma imperativa. No se trata aquí, advierte él, de un nuevo problema terminológico sino de una cuestión de singular trascendencia para la determinación de la verdadera naturaleza de la norma. De ahí la necesidad de distinguir las «simples expresiones imperativas como las que se encuentran en las leyes, de las órdenes propiamente dichas: estas son algo más y la teoría imperativa ha descuidado esta distinción. Por este motivo la teoría ha derivado a construcciones irreales, a fin de adaptar la realidad del Derecho a la presunción de que las leyes son órdenes en el sentido propio de la palabra»¹⁶⁴

Desde estos supuestos la revelación del auténtico ser de la norma jurídica se presenta en el pensamiento de Olivecrona como el resultado final de un riguroso proceso de depuración de los conceptos jurídicos llevados a cabo sobre la base de la *distinción entre orden e imperativo, entre orden y norma jurídica*, como una especie de imperativo.

La primera diferencia que encuentra Olivecrona es que mientras la orden implica una relación personal (entre quien manda y a quien se manda) la norma jurídica funciona con plena independencia de la persona que manda. «Una orden –dice Olivecrona– presupone una persona que manda... por lo tanto, la teoría imperativista sólo sería admisible como explicación del Derecho si pudiese demostrarse que las normas jurídicas son órdenes de alguna persona (o personas) que pertenecen a la organización del Estado. Pero eso es claramente imposible. La maquinaria del Estado –dice– es conducida por una siempre cambiante multitud de personas (monarcas

163 OLIVECRONA, K. *El Derecho como hecho*, cit. pág. 22. Véanse las págs. 20 a 21.

164 Ibid. págs. 22 a 26.

o presidentes, jefes y miembros del gobierno, miembros del parlamento)... (así ante la complejidad del aparato legislativo y el juego desigual que en el proceso de la legislación desempeñan los diferentes factores políticos, económicos, sociales, etc. se hace evidente) la imposibilidad de definir el Derecho como un conjunto de órdenes de un individuo o de un grupo de individuos... (recurriéndose, para salvar este obstáculo, al expediente fácil pero inexacto, de definir) el Derecho como las órdenes del Estado».¹⁶⁵

Profundizando en estas ideas nos dice Olivecrona que la orden implica, en virtud de su carácter personal, no sólo la existencia de una persona que manda sino también la clara determinación de otra persona o personas a las que se manda. «Una orden –dice Olivecrona– presupone una persona que manda y otra a quien va dirigida... La orden es dada por una persona a otra mediante palabras o gestos destinados a influir en la voluntad... Una orden en sentido propio se dirige a una persona y es calculada para producir una acción de esta persona».¹⁶⁶ Este segundo término ‘ad quem’, tampoco aparece, según Olivecrona, personalmente determinado en la norma jurídica. Una norma jurídica, señala Olivecrona, «no dice a un individuo: tu harás esto o aquello, sino en abstracto; esta acción será cumplida; por ejemplo, un asesinato será condenado a muerte. Un deber –añade– aparece aquí vinculado a la idea de una acción no directamente referida a una persona. Es prácticamente imposible para los legisladores referirse directamente a los jueces presentes y futuros que puedan hallarse en situaciones como las imaginadas por la ley».¹⁶⁷

La ausencia de todo elemento, de toda relación personal en la norma, hace que esta se perfile en el pensamiento de Olivecrona, en virtud de su forma imperativa, como un específico tipo de imperativo que él califica de «independiente» e «impersonal». Olivecrona llega a esta conclusión impulsado por las exigencias de depurar y dotar de rigor al lenguaje jurídico fiel a los supuestos y a los métodos del positivismo lógico.

La conclusión de Olivecrona, respecto de la naturaleza de la norma jurídica es, en este sentido, insistimos, contundente: «...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».¹⁶⁸

Olivecrona distingue así entre un concepto genérico que denomina «‘imperativo’» y dos subespecies del mismo que son la «‘orden’» en sentido propio, y el «‘im-

165 Ibid. págs. 23 a 26.

166 Ibid. págs. 23, 28 y 29.

167 Ibid. págs. 29 y 30.

168 *Der imperativ des Gesetzes*, cit. pág. 23; *El Derecho como hecho*, cit. págs. 221 a 225, 235 y 239.

perativo independiente'». ¹⁶⁹ De este modo, según un lenguaje jurídico rigurosamente elaborado, la norma jurídica no pertenecería a la categoría de la «orden» sino a la del imperativo independiente. La norma jurídica constituye un 'imperativo independiente', un 'imperativo impersonal'.

E. Otras manifestaciones del imperativismo jurídico

Con independencia de las corrientes críticas surgidas en el seno de la teoría imperativista de la norma, algunas de las cuales hemos analizado de forma somera, debe advertirse que la concepción que Bobbio calificó de *imperativismo ingenuo* conoció un gran desarrollo y expansión tanto por Europa, incluida Inglaterra, como por los Estados Unidos de América.

Denominador común de esta concepción es entender el Derecho como un sistema de jurídico de normas que son establecidas, reconocidas y en último término aplicadas coactivamente por el Estado.

E. Bodenheimer nos traza un sucinto pero completo mapa de la expansión del imperativismo de la escuela analítica de Austin por Europa y América. En este sentido nos dice: «Aunque la teoría de Austin permaneció casi ignorada durante la vida de aquél, alcanzó después una gran influencia en la Ciencia del Derecho inglesa. Los conocidos tratados de teoría jurídica de Thomas Erskine Holland, William Markby, Sheldon Amos y John Salmond, se basan en el método analítico que defendió Austin. También en otros países ha conseguido muchos adeptos la jurisprudencia analítica, muchas veces con entera independencia del influjo de Austin. En Alemania, la escuela analítica estuvo representada por Bergbohm, Bierling, Gerber, Laband, Jellinek, Otto Mayer, A. Merkel, A. Thon, Bergbohm, Zitelmann y Binding. En Hungría, Félix Somló, hizo importantes contribuciones a la escuela, Korkunov y Petrazhistskji defendieron en Rusia el positivismo jurídico. Desde la promulgación en 1804 del Código de Napoleón, la Ciencia del Derecho francesa tomó un aspecto más o menos analítico. Más recientemente Lévy-Ullman y Roguin han postulado una actitud analítica respecto al Derecho. En los Estados Unidos pueden ser clasificados como juristas analíticos Gray, Hohfeld y Kocourek». ¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Der imperativ des Gesetzes*, cit. pág. 28.

¹⁷⁰ BODENHEIMER, E. op.cit. págs. 317 y 318.