

La imperatividad del Derecho

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

La formulación del concepto del Derecho ha sido una de las preocupaciones fundamentales de la mayoría de las corrientes del pensamiento jurídico. Con mayor o menor éxito todas ellas han tratado de descubrir los elementos típicos y característicos del fenómeno jurídico. Entre esos elementos la imperatividad ha desempeñado un papel de singular relevancia tanto en sentido positivo como negativo. Quiero decir con ello que con independencia de que se defienda la imperatividad como nota característica del Derecho o, por el contrario, se niegue su existencia, en ambos casos aparece como una noción central para la explicación de la realidad jurídica. En cualquier caso, lo primero que habría que decir es que el concepto de imperatividad no tiene unos perfiles precisos y por eso el esclarecimiento de esta noción se presenta como una tarea preliminar. No pretendo ser original entre otras razones porque el asunto ha sido ya ampliamente debatido. Mi intención es mucho más modesta pero en todo caso sí me parece importante clarificar algunos aspectos en los que todavía reina una gran confusión.

Antes de proseguir quisiera hacer algunas advertencias en relación con lo que se dirá más adelante. No es mi intención analizar las diferentes teorías imperativistas y antiimperativistas que se han formulado a lo largo de la historia ¹.

1. Una exposición clara de todas estas teorías puede encontrarse en BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, trad. E. Rozo Acuña, pp. 81-112; SORIANO, R., *Compendio de teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel (2.^a ed.), 1993 p. 27-70. También MIGLIORI, P.S., «Sulla imperatività delle norme giuridiche» *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1933, pp. 364-385.

No niego que esta investigación carezca de interés pues sirve para situar el problema. Pero lo verdaderamente importante es determinar en qué consiste la imperatividad y cómo se manifiesta en el Derecho. Adelanto desde ahora que voy a mantener una posición imperativista lo cual no supone aceptar alguna de las teorías que se han defendido hasta el momento. En este sentido creo que todavía no se ha demostrado convincentemente que «el imperativismo es intrínsecamente absurdo y estéril como explicación»². Es cierto que algunas teorías imperativistas han sido criticadas en parte —y, probablemente, con mucha razón— pero el imperativismo como tal conserva todo su valor³. Una prueba de ello es que la mayoría de las doctrinas defienden esta característica como típica del Derecho. En este asunto el criterio de la mayoría no puede utilizarse como argumento suficiente para la defensa de la tesis pero parece que ese acuerdo mayoritario tiene, cuando menos, carácter indicativo.

Desde finales del XIX hasta nuestros días existe un consenso bastante generalizado a la hora de afirmar que el Derecho se expresa en forma imperativa. Utilizando las palabras de Thon —considerado el padre del imperativismo jurídico moderno— podría decirse que «todo el Derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos, que están tan estrechamente ligados entre sí que la desobediencia a unos constituye el presupuesto de lo que es ordenado por los otros»⁴. En esta definición se insiste en un aspecto que me parece fundamental para la correcta comprensión de la imperatividad: se trata de la distinción entre el todo y las partes. La consideración aislada de las normas jurídicas —aun siendo necesaria— impide en ocasiones apreciar ciertas características. Podría decirse incluso que la existencia de determinadas clases de normas jurídicas ha sido utilizada para demostrar que la imperatividad no está presente en el Derecho, es decir, la existencia de excepciones demostraría que la imperatividad sólo puede predicarse respecto de algunas normas jurídicas pero junto a ellas encontramos otras en la que no está presente. Esto es lo que ha sucedido con las llamadas normas permisivas e interpretativas.

El argumento es bien conocido: en el caso de las normas permisivas nos encontraríamos ante reglas que no imponen ningún tipo de obligación sino que simplemente facultan al interesado para elegir en-

2. COSSIO, C., «Ciencia del Derecho y sociología jurídica» en *Estudios jurídico-sociales (Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, vol. I, p. 280.

3. Hay autores que sostienen acertadamente que las tesis fundamentales del imperativismo son correctas a pesar de que en muchas ocasiones se han producido malentendidos. En este sentido TAMMELO, I., «Contemporary developments of the imperative theory of law: a survey and appraisal», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1963, p. 255-277. También ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, trad. E. Garzón Valdés, p. 34 y ss.

4. THON, A., *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, Herman Böhlau, 1978, p. 8.

tre distintas opciones. Parece que el carácter prescriptivo de la regla desaparece —o sencillamente no existe— en la medida en que no se impone una determinada conducta pues el sujeto cuenta con diferentes posibilidades de actuación. Sin embargo, las denominadas normas permisivas tienen como función limitar o atenuar las prescripciones contenidas en otras normas. Su misión sería la de modificar los efectos de otra norma cuando concurren determinadas circunstancias. Por consiguiente, representan tan sólo una excepción que restringe las consecuencias previstas en otras normas. Decía del Vecchio que «la afirmación del permiso no es algo independiente de por sí, sino que tiene un significado jurídico sólo en cuanto limita o define una excepción determinada, una obligación, un mandato o una prohibición preexistente»⁵. En una palabra: las normas permisivas no tienen ningún sentido por sí mismas y, por tanto, no cuestionan la imperatividad del Derecho.

Lo mismo sucede con las normas interpretativas. Tampoco estas normas tienen sentido de un modo aislado. Sólo si se ponen en conexión con otras normas adquieren pleno significado de modo que la imperatividad de la norma que aclaran también está presente en la norma interpretativa.

Las propiedades o características del Derecho no pueden descubrirse a través del examen de las múltiples normas que lo componen. Es necesario tener una visión más amplia porque un ordenamiento jurídico no es una mera agregación de normas. Las reglas que lo componen se relacionan de tal modo que su sentido sólo puede ser comprendido a través de sus mutuas y recíprocas vinculaciones. Tales vinculaciones ponen de manifiesto que el Derecho pretende —aunque no siempre lo consiga— determinar la conducta de los individuos a los que va dirigido; es decir, establece mandatos que generan obligaciones consistentes en actuar del modo precisamente previsto en las normas. Lo que exige el Derecho es que se realice el contenido de sus prescripciones ya sea en sentido positivo o negativo. Me parece que la única objeción sería que puede hacerse a esta visión se encontraría en lo que Bobbio ha llamado la «función promocional del Derecho»⁶.

En efecto, parece indiscutible que en los ordenamientos jurídicos actuales la finalidad de las normas no es exclusivamente protectora y represora. Junto a estas funciones que, indudablemente siguen subsistiendo, el Derecho cumple también una función promocional, es decir, alienta la realización de determinadas conductas a través de sanciones positivas (premios). Parece que en este caso nos encontramos ante meras recomendaciones; hay ciertas conductas que no son obligatorias y cuya

5. VECCHIO, G. Del, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch (9.ª ed.), 1974, trad. L. Recasens, p. 350.

6. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Debate, 1980, trad. A. Ruiz Miguel, p. 367 y ss.

realización depende de la voluntad del sujeto. Si el sujeto cumple lo previsto en la norma obtendrá ciertos beneficios pero si no lo hace su situación no sufrirá ningún tipo de alteración. Parece, por tanto, que nos hallamos ante una ausencia de mandato pues en sentido propio la norma no obliga a nada. Sin embargo, nuevamente nos encontramos ante una mera apariencia. También las normas que cumplen una función promocional en el sentido indicado tienen carácter imperativo pues sólo pueden ser comprendidas en relación con las otras normas que forman parte del ordenamiento jurídico. Si las llamadas normas permisivas limitaban las prescripciones de otra norma más general, las normas «promocionales» (el nombre no me gusta demasiado pero no encuentro otro mejor) tienen exactamente el efecto contrario, es decir, establecen consecuencias —en este caso, positivas— que no estaban previstas. Las normas «promocionales» modifican el sentido y los efectos de otras normas cuando concurren determinadas circunstancias pero en lugar de tener carácter restrictivo —como sucede con las normas permisivas— tienen carácter extensivo puesto que añaden un plus a una regulación preexistente.

En conclusión podemos decir que existen normas en las que la característica de la imperatividad no es visible pero esta circunstancia no impide que el Derecho en su conjunto pueda ser calificado como imperativo. Todos los ordenamientos jurídicos están compuestos por una multiplicidad de normas que cumplen funciones muy diferentes. Por ejemplo, establecen mandatos (positivos o negativos), atribuyen poderes o facultades, distribuyen competencias, promueven la realización de ciertas actividades, etc. Pero la finalidad de todas ellas es establecer los cauces por los que deben discurrir todas y cada una de las conductas a que se refieren. De ahí que pueda decirse que el Derecho tiene la pretensión de ordenar la convivencia de los ciudadanos y esta función es esencialmente prescriptiva. No creo que esta concepción sea «animista» o que represente —como algún autor ha dicho— «una concepción primitiva de la norma jurídica»⁷. Por el contrario, es la explicación más plausible acerca de la naturaleza del Derecho o, por lo menos, de uno de los elementos típicos de la realidad jurídica. Naturalmente esto no significa que la imperatividad sea algo que afecte exclusivamente al Derecho; hay otros sistemas normativos en los que también está presente esta característica y, por eso, no puede utilizarse como criterio de distinción del Derecho respecto de otros órdenes normativos. Pero, en cualquier caso, aunque se trate de una característica compartida no por ello deja de ser relevante.

Antes de analizar el significado de la imperatividad parece procedente evitar algunos de los equívocos y confusiones que se han producido con cierta frecuencia respecto de la doctrina imperativista. Al

7. MACHADO NETO, A.L., «Imperativismo giuridico e teoria egologica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1970, p. 209.

principio de mi exposición decía que la mayoría de las teorías imperativistas han sido criticadas por distintos motivos pero me parece que la mayoría de las críticas han seguido un camino equivocado porque no han dirigido su atención a lo que podríamos llamar el postulado básico del imperativismo que consiste en la afirmación de que el Derecho se compone de mandatos y que tales mandatos son obligatorios.

En primer lugar, habría que advertir que muchas de las doctrinas que habitualmente se califican como antiimperativistas en realidad no lo son. Esto sucede de una manera especial con las doctrinas que consideran a la norma como un juicio hipotético, como regla técnica o como juicio de valor. En todas ellas se criticaba acertadamente un modelo determinado de imperativismo pero, como ha señalado Bobbio, «aunque criticaban la identificación de las normas jurídicas con el mandato, nunca lograron superar el escollo que constituía la pertenencia del lenguaje de un sistema jurídico al lenguaje prescriptivo» y por eso lo verdaderamente importante tanto de las doctrinas imperativistas como no imperativistas es «lo que tienen en común (aunque de ello no fueran conscientes); esto es, la pertenencia de las normas jurídicas, sean éstas verdaderos y propios mandatos o imperativos personales o imperativos hipotéticos o normas técnicas, a la categoría de las proposiciones prescriptivas»⁸. En definitiva, las disputas han afectado fundamentalmente a las distintas terminologías utilizadas pero no al fondo de la cuestión. Por otra parte resulta llamativo que algunas de estas doctrinas aparezcan bajo el rótulo de no imperativistas cuando hablan de imperativos o de la naturaleza imperativa de las normas. Poco importa a estos efectos que se hable de imperativos personales, hipotéticos, independientes, etc. En todo caso parece que se está defendiendo la imperatividad del Derecho aunque ésta sea concebida de un modo diferente. A veces el lenguaje, lejos de ser un medio de comunicación, se convierte en un instrumento de confusión y me temo que en el asunto que nos ocupa esto ha sucedido con relativa frecuencia.

En segundo lugar, es incorrecto identificar el imperativismo con otras doctrinas. En este sentido podemos constatar que la defensa del imperativismo se ha asociado a menudo con la teoría estatista respecto a la creación del Derecho y con la teoría de la coercibilidad. Pues bien, habría que decir que se trata de doctrinas independientes cuya defensa no tiene que producirse de un modo simultáneo. Esto significa que las críticas que puedan dirigirse a la idea de la estatalidad del Derecho como característica definitoria del fenómeno jurídico o a la coercibilidad no afectan al imperativismo. De hecho dentro de las tesis imperativistas es posible encontrar doctrinas que niegan expresamente la coercibilidad y la estatalidad.

Por último, el imperativismo ha sido considerado siempre como una doctrina voluntarista. Creo que esta calificación es correcta pero lo

8. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 111.

verdaderamente importante es determinar a qué tipo de voluntad nos referimos cuando se dice que el Derecho es imperativo. Reale ha dicho acertadamente que «la imperatividad ha de dejar de ser interpretada como expresión de la “voluntad” o del “querer” de un Jefe»; es decir, parece conveniente eliminar «su sentido antropomórfico»⁹. Cuando se habla de voluntad del soberano en el sentido de Austin se está produciendo una personificación. La voluntad ya sea del monarca o del parlamento es entendida como una voluntad psicológica efectiva. Con estas limitaciones no se puede explicar satisfactoriamente el carácter prescriptivo del Derecho.

Es obvio que existen muchas normas jurídicas e incluso sectores enteros del Derecho —el Derecho consuetudinario— en los que no es posible hallar una voluntad efectiva que pueda ser referida a sujetos determinados. Pero esta circunstancia no impide reconocer la presencia de una voluntad aunque ésta no pueda ser atribuida a sujetos individuales. Si se quiere —y no hay ningún inconveniente en admitirlo— estamos en presencia de una voluntad hasta cierto punto ficticia. Cuando se habla de «voluntad del legislador» resulta difícil proceder a su localización exacta pero en todo caso la expresión denota la presencia de un querer colectivo que se manifiesta a través del ejercicio del poder político. En este sentido creo que el Derecho representa la expresión de un poder de mando y por eso se puede decir que es imperativo.

Sin embargo, convendría hacer una distinción entre los diferentes sentidos que tiene el término imperativo. Como ha dicho Legaz «no es exactamente lo mismo lo que menciona la palabra *imperativo* si se la toma como sustantivo que como adjetivo. En el primer sentido, el imperativo es 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. En cambio, bajo el segundo aspecto, el imperativo es el *sentido* de ciertos actos cuya consistencia está independizada de la voluntad o conjunto de voluntades que lo han producido, los cuales son incluso irrelevantes para la subsistencia del acto»¹⁰.

Si ahora nos preguntamos en qué sentido se utiliza aquí el término imperativo habría que responder que preferentemente en el segundo. Efectivamente, las normas jurídicas que forman parte de un sistema existen con independencia de la voluntad de su autor; una vez que han sido creadas tiene lugar un proceso de objetivación. La norma se desvincula de su creador y pasa a integrarse en el conjunto de disposiciones que forman un determinado ordenamiento. En este sentido no hay que olvidar que todos los ordenamientos están compuestos por infini-

9. REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979, trad. J. Brufau, p. 90.

10. LEGAZ, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch (5.^a ed.), 1979, p. 369-370.

dad de normas que han sido creadas en períodos históricos diferentes. El sentido de la mayoría de ellas es la permanencia y la estabilidad de modo que su carácter imperativo se proyecta indefinidamente.

De cualquier modo, también en el primer sentido puede decirse que el Derecho es imperativo. Pensemos, por ejemplo, en todos los actos de aplicación del Derecho (incluyendo los actos de ejecución). En estos casos sí se puede decir que hay una voluntad dirigida a sujetos determinados para que realicen el contenido del mandato. Se trata de una relación directa en la que el imperativo resulta fácilmente reconocible. No obstante, sin excluir la existencia de este tipo de mandatos, cuando se dice que el Derecho posee imperatividad se está pensando en el segundo sentido.

Una vez realizadas todas estas aclaraciones estamos en condiciones de abordar el problema de la imperatividad. Hasta ahora se ha dicho que el Derecho es la expresión o el resultado de un conjunto de mandatos, es decir, que en el ámbito jurídico no tienen ningún sentido los ruegos, los consejos o cualquier otra forma de expresión que no implique la imposición de un deber¹¹. Precisamente, la ausencia de deber implica necesariamente ausencia de imperatividad. Los mandatos en que consiste el Derecho son imperativos lo que significa que son *obligatorios*. La mayoría de los autores que defienden la imperatividad como característica del Derecho sostienen acertadamente que cuando se habla de imperativo se está presuponiendo la existencia de una obligación: «en la medida en que los imperativos jurídicos están vigentes tienen fuerza obligatoria. Las obligaciones son, pues, el correlato de los imperativos»¹²; «imperativo y obligación son dos términos correlativos: donde existe el uno, existe el otro»¹³.

Por el contrario, otros autores independizan la obligatoriedad de la imperatividad y lo hacen en un doble sentido: defendiendo la obligatoriedad del Derecho y negando la imperatividad¹⁴ o defendiendo la imperatividad pero negando la obligatoriedad. En este último caso se encuentra Olivecrona. Según este autor las normas jurídicas no crean deberes pero tienen por efecto «establecer conexiones psicológicas

11. En relación con la distinción entre mandatos, consejos y peticiones puede verse BOBBIO, N. *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 31-78; Idem., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 68-80; LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, Debate (5.^a reimp.), 1982, trad. A. Ruiz Miguel, p. 27-38.

12. ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico* cit., p. 35.

13. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, cit., p. 73.

14. MACHADO NETO afirma que «no se puede invocar el hecho evidente de la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas para justificar la necesidad de admitir el carácter imperativo de las normas, «Imperativismo jurídico e teoría egológica», cit., p. 209.

entre ideas de acciones y expresiones imperativas (órdenes y prohibiciones). La fuerza obligatoria del Derecho tiene que ser descartada»¹⁵. Sin embargo, parece que nos encontramos ante meras disputas terminológicas. Creo que cuando se habla de ciertos efectos psicológicos se está aludiendo a la obligatoriedad. Aunque la obligación no tenga una naturaleza fáctica ello no implica, en mi opinión negar su existencia. Como ha dicho Hart «donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria»¹⁶. Este es precisamente el sentido de los imperativos. En el caso del Derecho el mandato en que consiste el imperativo se ve reforzado a través del mecanismo de las sanciones. La finalidad de la sanción es la realización efectiva del mandato. En este sentido la exigencia del Derecho es absoluta: se trata de conseguir a todo trance el cumplimiento de lo prescrito en la norma y para ello se utiliza la fuerza si es necesario.

Dejemos a un lado el elemento de la fuerza para volver a la imperatividad. A partir de aquí el problema que se plantea es determinar qué tipos de imperativos establece el Derecho. En este aspecto también hay variedad de opiniones. Se ha sostenido que los imperativos del Derecho son hipotéticos, categóricos, independientes, etc. Con cierta frecuencia se ha pretendido caracterizar al Derecho a través de un tipo determinado de imperativos con exclusión de los otros. Esta forma de proceder es reduccionista puesto que no tiene en cuenta la amplia variedad de normas jurídicas. Si examinamos cualquier sistema jurídico podremos llegar a la conclusión de que los imperativos se formulan de muy diferentes maneras. Quiero decir que en el Derecho hay imperativos hipotéticos, categóricos, independientes y también personales. Todas estas especies pueden descubrirse con relativa facilidad y, desde luego, no son contradictorias entre sí. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los imperativos independientes y personales. En los imperativos independientes¹⁷ no se produce una relación personal entre sujetos, de manera que las prescripciones van dirigidas de un modo indeterminado a todos. Muchas normas jurídicas están estructuradas conforme a este esquema. Pero junto a ellas también podemos encontrar imperativos que implican una relación personal. Son órdenes o mandatos que se formulan de un modo directo. Pensemos en la orden de un agente de tráfico o en los actos de ejecución realizados por ciertas autoridades. Indudablemente se trata de actos de aplicación del Derecho que colocan a los sujetos frente a frente. En definitiva, lo que menos importa es el modo de formulación del imperativo.

15. OLIVECRONA, K., «El hecho del Derecho», en *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, trad. R.J. Vernengo, p. 222-223. Del mismo autor puede verse *El Derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980, trad. L. López Guerra y *Der Imperativ des Gesetzes*, Kopenhagen, Ejnar Munksgaard, 1942.

16. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, México, Editora Nacional (2.^a ed.), 1980, trad. G.R. Carrió, p. 102.

17. Las características de estos imperativos pueden verse en OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, cit., p. 126 y ss.

Ha llegado el momento de concluir. A lo largo de estas páginas he tratado de demostrar la naturaleza imperativa del Derecho poniendo de manifiesto que la discusión que ha originado este asunto ha sido, en la mayoría de las ocasiones, el fruto de un mal entendimiento que no implica un desacuerdo respecto del fondo de la cuestión.

