

La máquina del derecho y sus engranajes. Karl Olivecrona sobre derecho, autoridad, y normas jurídicas como imperativos independientes

*Julieta A. Rabanos**

Resumen

En este trabajo, propongo concentrar la atención en una versión específica del imperativismo no voluntarista, su correspondiente concepción de la norma jurídica y el entramado en el cual ésta se inserta: aquella sostenida por el realista escandinavo Karl Olivecrona. Para llevar adelante este análisis, primero contextualizaré la posición de Olivecrona y su rechazo al voluntarismo, reconstruyendo brevemente su posición con respecto al derecho y a la autoridad jurídica, e introduciendo el modo en el cual autoridad y normas jurídicas se articulan como engranajes de la máquina del derecho (sección 2). Luego, analizaré en profundidad la concepción de Olivecrona de la norma jurídica como imperativo independiente con carácter sugestivo, centrandó la atención en el rechazo a la norma como mandato y en los elementos de este tipo de imperativos jurídicos (sección 3). Por último, me centraré en esta particular concepción de las normas como imperativos independientes y plantearé algunos problemas que presenta, entre ellos el problema de su identificación, la oscuridad de la afirmación de que estos imperativos “guían el comportamiento”, y la adecuación o no de la categoría de “carácter sugestivo” (sección 4). Concluiré el análisis con algunas breves reflexiones sobre la posible utilidad de la categoría de los imperativos independientes para al menos dos temas relevantes y actuales de filosofía del derecho (sección 5).

Palabras clave: Karl Olivecrona. Realismo escandinavo. Normas jurídicas. Imperativos independientes. Autoridad. Máquina del derecho.

* Profesora de Argumentación y Análisis Jurisprudencial, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, jrabanos@uahurtado.cl. Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, julieta.rabanos@giuri.unige.it.

Agradezco enormemente los comentarios de la/os dos revisora/es anónima/os, que sirvieron para mejorar sustancialmente el presente trabajo.

Abstract

In this paper, I propose to draw attention to a specific version of non-voluntaristic imperativism, its corresponding conception of legal norm, and the framework in which it is inserted: that advocated by Scandinavian realist Karl Olivecrona. In order to carry out this analysis, I will first contextualise Olivecrona's position and his rejection of voluntarism; briefly reconstruct his position in relation to law and legal authority; and introduce the way in which authority and legal norms are articulated as cogs in the machine of law (section 2). I will then analyse in depth Olivecrona's conception of the legal norm as an independent imperative with a suggestive character, focusing on his rejection of the norm as a mandate and the elements of this type of legal imperative (section 3). Finally, I will focus on this particular conception of norms as independent imperatives and address some problems it raises, including the problem of their identification, the obscurity of the claim that these imperatives "guide behavior", and the appropriateness of the category of 'suggestive character' (section 4). I conclude the analysis with some brief reflections on the possible usefulness of the category of independent imperatives for at least two relevant and current topics in the philosophy of law (section 5).

Keywords: Karl Olivecrona. Scandinavian Realism. Legal norms. Independent imperatives. Authority. Legal machinery.

1. Derecho, norma jurídica e imperativos

La pregunta acerca de qué es el derecho y qué son las normas jurídicas ha sido, y sin duda sigue siendo, objeto del más arduo debate teórico. Una de las posiciones más antiguas y arraigadas a la cultura occidental es el enfoque imperativista del derecho: en pocas palabras, considerar que el derecho es esencialmente un conjunto de órdenes, mandatos o imperativos de algún tipo que ordenan o prohíben comportamientos¹. Adscribiendo al enfoque imperativista se pueden encontrar tanto autores clásicos de corte iusnaturalista (Santo Tomás de Aquino, Grocio) como autores clásicos de corte positivista (Austin, Bentham, Hobbes) y realista (Hägerström, Olivecrona)².

Algunas versiones del enfoque imperativista, en particular aquellas de Bentham y Austin, han sido sometidas a análisis crítico en el siglo XX y consideradas insuficientes o directamente inadecuadas para dar cuenta del fenómeno jurídico. Algunas de esas críticas de insuficiencia o incompletitud se encontraban dirigidas, por ejem-

¹ Chiassoni 2017: 56.

² Cfr. Bobbio 1996, Chiassoni 2017.

plo, al hecho de que el derecho fuera considerado un conjunto de órdenes hacia los ciudadanos de actuar lícitamente, y no de normas dirigidas a jueces que establecen un acto coercitivo como consecuencia de un actuar ilícito (Kelsen)³. Otras críticas de inadecuación se encontraban dirigidas al reduccionismo o uniformidad tipológico de estas versiones del enfoque imperativista, que por este motivo no podrían dar cuenta adecuada de un subconjunto clave de normas del derecho: las normas que confieren poderes (Hart)⁴.

Siguiendo a Bobbio, pueden reconocerse dos fases del enfoque imperativista: una fase de “imperativismo ingenuo”, y una de “imperativismo crítico”. La primera se caracteriza por concebir al derecho como un conjunto de mandatos dirigidos por el soberano a los ciudadanos, que no analizaría ulteriormente la estructura de estos mandatos o imperativos jurídicos. La segunda, en cambio, se caracteriza por su análisis de estos últimos bajo dos aspectos: la norma jurídica como imperativo hipotético; y como imperativo dirigido a los jueces y no a los ciudadanos⁵. A esta clasificación por fases podría agregársele una paralela: el que podríamos llamar “imperativismo voluntarista”, para el cual los imperativos que componen el derecho son producto de la voluntad (real o ficticia) de un sujeto o ente; e “imperativismo no voluntarista”, para el cual estos imperativos no son producto de ninguna voluntad del estilo.

En este trabajo, propongo concentrar la atención en una versión específica del imperativismo no voluntarista, su correspondiente concepción de la norma jurídica y el entramado en el cual ésta se inserta: aquella sostenida por el realista escandinavo Karl Olivecrona. Para llevar adelante este análisis, primero contextualizaré la posición de Olivecrona y su rechazo al voluntarismo, reconstruyendo brevemente su posición con respecto al derecho y a la autoridad jurídica, e introduciendo el modo en el cual autoridad y normas jurídicas se articulan como engranajes de la máquina del derecho (sección 2). Luego, analizaré en profundidad la concepción de Olivecrona de la norma jurídica como imperativo independiente con carácter sugestivo, centrando la atención en el rechazo la norma como mandato y en los elementos de este tipo de imperativos jurídicos (sección 3). Por último, me centraré en esta particular concepción de las normas como imperativos independientes y plantearé algunos problemas que presenta, entre ellos el problema de su identificación, la oscuridad de la afirmación de que estos imperativos “guían el comportamiento”, y la adecuación o no de la categoría de “carácter sugestivo” (sección 4). Concluiré el análisis con algunas breves reflexiones sobre la posible utilidad de la categoría de los imperativos independientes para al menos dos temas relevantes y actuales de filosofía del derecho (sección 5).

³ Cfr. Kelsen 1941: 54-ss.

⁴ Cfr. Hart 1961: 33-ss. Sobre este punto, véase la sección 4 del presente, en especial 4.1.4.

⁵ Bobbio 1996: 200-201.

2. Olivecrona: derecho, autoridad jurídica y rechazo al voluntarismo

2.1. El derecho desde el rechazo al voluntarismo

Olivecrona propone una teoría realista, no voluntarista con respecto a la naturaleza del derecho⁶. El derecho no es el conjunto de mandatos emitidos por una autoridad suprema o soberano, mandatos que serían expresión o declaración de la voluntad de ésta, como postularían tanto las teorías iusnaturalistas como las teorías positivistas⁷. No sólo porque no puede existir una autoridad previa e independientemente a la existencia de un sistema jurídico, por lo cual es imposible plantear la existencia de una autoridad suprema; sino porque la así llamada voluntad de la autoridad o el soberano no es sino una ficción. Por este motivo, las únicas autoridades existentes son aquellas cuyo poder proviene de una constitución y de un sistema jurídico en funciones; y estos últimos existen no gracias a una voluntad externa que los ha puesto en funciones, sino gracias a un complejo mecanismo psicológico de los miembros de una comunidad que los consideran existentes y con fuerza vinculante⁸.

El derecho, entonces, no es el producto de la voluntad de una autoridad suprema que lo crea, otorgándole unidad por provenir de una fuente homogénea y transmitiéndole, además, fuerza vinculante. No es producto de una única fuente, fuente que es además la fuerza motriz del sistema. Concebirlo de esta forma, señala Olivecrona, es consecuencia de «nuestra inclinación natural a encontrar causas únicas para fenómenos complejos. La idea de una voluntad en el centro del sistema jurídico satisface este deseo»⁹.

Siguiendo esta idea, Olivecrona explica que:

En realidad, no hay una fuente homogénea de las reglas reconocidas como jurídicas. El origen del centro de las reglas antiguas se ha perdido en las nieblas de la historia; y nuevas reglas fluyen a la piscina común a través de diferentes canales. La relativa unidad del sistema jurídico resulta de la estabilidad de ciertas ideas acerca de derechos y deberes, de la existencia durable de las instituciones (legislativa, judicial, y administrativa), y de la aplicación continua de un cuerpo vasto de reglas conectadas con estas instituciones. *No hay una única fuerza motriz del sistema; la aplicación regu-*

⁶ Olivecrona 1971: 84.

⁷ Cfr. Olivecrona 1971, por ejemplo pp. 62-64 y 79-85.

⁸ Olivecrona considera que las ideas y las emociones de los individuos con respecto al fenómeno jurídico no sólo son fundamentales, y por tanto se debe dar cuenta de ellas al momento de realizar un análisis teórico. También considera que las nociones utilizadas en el lenguaje de estos individuos, así como el lenguaje jurídico en sí mismo, son hechos que constituyen el punto de partida para las investigaciones de la filosofía del derecho. Por este motivo, la investigación acerca de cuál es el contenido de estas nociones “internas” ocupa un lugar fundamental en el discurso de Olivecrona. Especialmente, porque es a través de estas nociones que puede comprenderse el contenido de las ideas y emociones que causan el comportamiento de los individuos.

⁹ Olivecrona 1971: 77.

lar de las reglas y su eficacia en gobernar la vida de la sociedad depende de una red de factores psicológicos y materiales (ideas acerca de derechos y deberes, hábitos, creencia en la autoridad, temor a las sanciones, etc.). La teoría voluntarista substituye, con una voluntad imaginaria, esta infinitamente complicada realidad¹⁰.

Por esta misma razón, Olivecrona rechaza incluso el uso metafórico que se hace de la noción de “voluntad legislativa”. Por ejemplo, señala, Ross «defiende [el uso de Radbruch y Kelsen] del término ‘voluntad’ como forma de “personificar figuradamente la unidad sistemática del sistema jurídico”. En su opinión, esto sirve para enfatizar que el orden jurídico es “un orden, una unidad, y no sólo un conglomerado de reglas”»¹¹, y luego que «Ross continúa diciendo que muchos de los detentores de posiciones oficiales son considerados como órganos de un poder único, “el Estado”, que es la expresión del hecho de que están coordinados en una unidad sistemática; él piensa que es natural usar el término ‘voluntad’ para designar su unidad en una actividad»¹².

Sin embargo, Olivecrona considera que esta actitud es no sólo inútil, sino altamente engañosa. La razón es simple: se estaría adscribiendo una unidad ficticia, a través de lenguaje figurativo, a masas de elementos que en los hechos no la tienen. Esto vale, por una parte, para la masa de precedentes que constituye por ejemplo el *common law* inglés. Por otra parte, también vale para la masa de actividades de cientos o miles de funcionarios públicos, donde adscribir todas estas actividades a una única voluntad «es dar una impresión errada de los hechos»¹³.

En conclusión, para Olivecrona y la teoría no voluntarista que defiende:

(...) no hay derecho “positivo” en el sentido del término como usado por los positivistas jurídicos. Ninguna regla de derecho es la expresión de la voluntad de una autoridad existente antes del derecho en sí mismo. Lo que tenemos frente a nosotros es un cuerpo de reglas que ha ido cambiando y creciendo lentamente a través de los siglos. No tendría utilidad llamar derecho positivo a este cuerpo de reglas. El adjetivo “positivo” es completamente superfluo; puede ser engañoso porque está conectado con la idea de que el derecho es “puesto” [“posited”] en el sentido de ser la expresión de la voluntad de un legislador [“lawgiver”]¹⁴.

Olivecrona es consciente de que su definición de derecho puede parecer oscura y vaga. En efecto, señala que una teoría no voluntarista como la que propugna no tiene la ventaja psicológica de las teorías voluntaristas: la ventaja de permitir una

¹⁰ Olivecrona 1971: 77. La traducción al castellano, y las cursivas, son propias. De ahora en más, todas las citas que se encuentren en castellano de Olivecrona 1971 son traducciones propias.

¹¹ Olivecrona 1971: 76.

¹² Olivecrona 1971: 77.

¹³ Olivecrona 1971: 77.

¹⁴ Olivecrona 1971: 77-78.

definición aparentemente clara y comprensible de derecho¹⁵. Sin embargo, sí tiene la ventaja de ofrecer una desmitificación de aquellas fórmulas reduccionistas, y de permitir una visión menos distorsionada de lo que la realidad del derecho es: una realidad demasiado vasta y complicada para ser recogida adecuadamente en una fórmula breve¹⁶. Olivecrona llega incluso a afirmar que: «una definición del supuesto concepto de derecho no puede ser dada. Al final de la investigación, sólo podemos indicar algunas realidades dispares pero interconectadas que están abarcadas por el término»¹⁷.

2.2. Derecho, autoridad e imperativos “jurídicos”

Olivecrona sostiene que los individuos conciben a la autoridad como un sujeto o grupo de sujetos que posee un derecho a emitir mandatos que poseen fuerza vinculante y hacia los cuales, por tanto, existe un deber objetivo de obediencia. Para los individuos, el derecho al mandato, el deber de obediencia y la fuerza vinculante existen como realidades objetivas. Todo aquello que provenga directa o indirectamente de la constitución en funciones¹⁸, tanto las autoridades como aquellos imperativos a los cuales las autoridades califican de “jurídicos”, participa de ese deber objetivo de obediencia. Como consecuencia, y por derivación, los individuos generalmente guían sus conductas de acuerdo con los imperativos que han sido calificados como jurídicos. La calificación de un imperativo como “jurídico” reconduce causalmente esta idea de deber objetivo de obediencia, presente en las mentes de los individuos, de la constitución hacia el imperativo particular.

De esta forma, el fenómeno jurídico, la autoridad y el derecho se explican para Olivecrona de un modo no voluntarista: el poder (causal) o la eficacia para guiar el comportamiento de los individuos no están dado porque los imperativos hayan

¹⁵ Al respecto, Olivecrona dice: «[e]l sistema de reglas “jurídicas” no es un sistema cerrado que puede ser identificado por criterios formales. Es un sistema “abierto” sin límites fijos» (Olivecrona 1971: 272). Incluye dentro del sistema jurídico, por ejemplo, no sólo reglas sobre la organización del Estado y sus actividades, sino todas las reglas dictadas de acuerdo con la constitución, reglas basadas en precedentes, y el indefinible cuerpo de principios, usos, y técnicas enunciadas en libros de textos, transmitidas en tradición oral, y empleadas por aquellos a quien se les ha encargado la aplicación de las reglas (Olivecrona 1971: 272).

¹⁶ Olivecrona 1971: 80. Olivecrona menciona, como ejemplo de otras teorías no voluntaristas dentro de la teoría del derecho, a aquellas de los realistas estadounidenses, como O.W. Holmes; de Leon Petrazycski; de H.L.A. Hart; y de otros realistas escandinavos como A. Hägerström y A. Ross (cfr. Olivecrona 1971).

¹⁷ Olivecrona 1971: 272.

¹⁸ Con “constitución (en función/es)”, Olivecrona hace referencia al conjunto de «reglas fundamentales para la organización de la comunidad» (Olivecrona 1939: 60). Entre estas reglas, las más importantes son las reglas sobre la organización del Estado y sus actividades, que incluyen las formalidades requeridas para introducir y eliminar normas del sistema jurídico. Se trata, en general, del conjunto de reglas acerca de quiénes, a través de qué procedimientos, y en qué circunstancias, pueden hacer uso del poder de la organización estatal.

sido dictados por alguien (como un soberano), sino por las ideas acerca del deber objetivo de obediencia que ya poseen los individuos en relación con la constitución en funciones. Las normas jurídicas no son mandatos de una autoridad suprema sino imperativos independientes, no relacionados con la voluntad de nadie, cuya eficacia está dada porque hayan sido calificados como “jurídicos” por parte de las autoridades del sistema.

Así, puede verse cómo para Olivecrona el rol que ocupan estas autoridades del sistema es esencial, aunque no fundacional. Por un lado, llevan adelante procesos pacíficos y eficaces para introducir y quitar normas jurídicas del sistema en funciones (autoridades legislativas). Por el otro, llevan adelante procesos de aplicación de esas normas y de aplicación de sanciones en los casos de incumplimiento (autoridades judiciales). De esta manera, llevan adelante la compleja maquinaria de la institución organizada que actualmente se llama Estado, cuyo poder surge de los estados psicológicos de los individuos y sus actitudes de respeto hacia la constitución y el derecho¹⁹.

Las autoridades del sistema guían eficazmente la conducta de los individuos, por tanto, a través de la fuerza sugestiva de imperativos emitidos de acuerdo con el cumplimiento de formalidades constitucionales, y del uso de un lenguaje regularizado y estable compuesto en gran parte por lo que Olivecrona llama “palabras vacías”: ‘derechos’, ‘deber’, ‘ley’, ‘autoridad’, etc. «El propósito principal del lenguaje jurídico no es reflejar la realidad sino moldear la realidad», señala Olivecrona. «A este fin, se usan palabras que apelan a las emociones, palabras que incitan a la acción o inhiben la acción, y palabras con una función técnica»²⁰.

Al mismo tiempo, las autoridades del sistema contribuyen a mantener estable en el tiempo a la actitud de respeto a la constitución, a través del uso de la fuerza o la coerción. El más importante de los efectos de este uso no es el directo (esto es, la aplicación efectiva de sanciones o el ejercicio efectivo de coerción), sino el indirecto. Este último efecto funciona de modo escondido, y actúa a nivel psicológico volviendo a los individuos más propensos a aceptar la fuerza sugestiva de las normas jurídicas. Por este motivo, la fuerza o la coerción es un elemento esencial en el discurso de Olivecrona, y uno del cual la filosofía del derecho no puede no dar una cuenta acabada al analizar el fenómeno jurídico²¹.

¹⁹ En este punto, el pensamiento de Olivecrona puede considerarse un refinamiento de las bases propuestas por Hägerström. Para una síntesis de la postura de este último, cfr. por ejemplo Hägerström 1939.

²⁰ Olivecrona 1962: 190-191.

²¹ Reenvío, para un análisis de esta cuestión en Olivecrona y una propuesta de por qué un concepto de autoridad (y, derivado, de derecho) que no incluya como propiedad a la coerción no es adecuado para la teoría del derecho, a Rabanos 2020.

2.3. La máquina del derecho y sus engranajes

El rechazo al voluntarismo, el rol asignado a la autoridad (legislativa) y la particular concepción de las normas jurídicas como imperativos independientes se articulan para dar lugar a una particular concepción del derecho y los sistemas jurídicos: la concepción del derecho como una máquina, de la cual autoridades humanas (y las normas jurídicas) no son sino meros engranajes²².

Como se ha visto, el rol de la autoridad legislativa es el de tomar la decisión de asignar del rótulo ‘ley’ a un determinado texto, que generalmente se realiza con un acto de promulgación²³. Esta promulgación, si es hecha por determinados individuos de acuerdo con determinadas formalidades, funciona como “fulcro”: hace que la actitud de obediencia que los individuos ya poseen hacia una constitución en funciones sea direccionada hacia el texto rotulado como ‘ley’²⁴. En otras palabras: traslada, causalmente, esas ideas generales de fuerza vinculante y obediencia de la constitución hacia las leyes individuales (los imperativos independientes)²⁵. Produce, así, un importante efecto a nivel psicológico²⁶.

Olivecrona utiliza una metáfora para ilustrar el complejo entramado anterior, que muestra el funcionamiento de la máquina del derecho. El mecanismo legislativo, del cual participan las autoridades legislativas como parte esencial y cuyo resultado son normas entendidas como imperativos independientes, puede ser comparado con una central eléctrica:

The common attitude towards the constitution corresponds to the water in the river. In the power-plant the energy of the current of water is transformed into electricity, which is distributed round the country-side to give light and heat and to set hammers and looms in motion. The power-lines are particular laws, promulgated according to the constitution. The significance of the act of legislating is that a new power-line is attached to the power-plant²⁷.

Esta metáfora ilustra bien la postura no voluntarista que propugna Olivecrona, donde el poder (o la capacidad de causar efectos) del derecho es preexistente e

²² La idea del derecho como una máquina no es invención de Olivecrona sino una propuesta de A. Hägerström, compartida luego por al menos dos de sus discípulos (Olivecrona y Lundstedt), aunque con diferentes exigencias y objetivos de fondo. En este sentido, Hägerström propuso la expresión «*social machine*» para referirse al derecho (cfr. Hägerström 1939); V. Lundstedt, por su parte, propuso la expresión «*legal machinery*» (cfr. Lundstedt 1956).

²³ Olivecrona 1971: 88.

²⁴ Olivecrona 1971: 130.

²⁵ Aunque no exista, para Olivecrona en su calidad de no-cognitivista moral, nada en el mundo a lo que ‘fuerza vinculante’ pueda referir.

²⁶ Olivecrona 1971: 90.

²⁷ Olivecrona 1939: 57.

independiente de cualquier autoridad. Lo que hacen las autoridades es simplemente redirigir este poder, siempre que sigan determinados procedimientos formales establecidos por el derecho preexistente e independiente²⁸. En este sentido, el procedimiento en general, el rol que desempeña cada uno de esos individuos, y su ‘derecho’ de tomar parte en esos actos, se encuentra determinado por normas de la constitución en funciones²⁹.

Además, nada de lo descrito anteriormente depende de, o es expresión de, ninguna de estas autoridades (o de todas ellas en conjunto). La primera razón es que, por los motivos desarrollados en el punto anterior, Olivecrona sostiene que las leyes *qua* normas jurídicas no son expresión o declaración de la voluntad de nadie. Esta voluntad atribuida a una figura, como un soberano, es una ficción: como máximo, es una forma mediadora imaginaria entre los imperativos independientes y las mentes de los individuos. Es aún más ficticia cuando se trata no de un individuo, sino de un grupo colegiado como un parlamento. En este caso, hay cientos de voluntades diferentes, las cuales sólo a través de una ficción podrían ser colapsadas en una sola voluntad, la del “legislador”³⁰.

La segunda razón es quizás más sencilla: el mecanismo legislativo, en realidad, no requiere de ninguna voluntad. No es necesario que las autoridades legislativas, los sujetos competentes que participan en el mecanismo legislativo, posean ninguna intención o motivación particular. Pueden incluso no estar de acuerdo con lo que votan aprobar y, más aún, pueden no tener ni siquiera idea de qué es lo que están votando. A los efectos de la adscripción del rótulo de ‘ley’ a un texto, lo único que importa es que participen en el procedimiento legislativo tal como está establecido, y que además participen en la toma de decisión de promulgar el texto. Qué piensen, qué deseen, cuáles sean sus voluntades o estados emocionales, nada eso importa: lo que importa es que realicen oportunamente aquel acto que, de acuerdo con las formalidades establecidas, implica su decisión por la afirmativa o negativa para la transformación del texto en ley³¹.

²⁸ También, como se señaló al final del punto 2.2, la otra función de las autoridades es aquella de mantener estable a través del tiempo esa la actitud de respeto a la constitución a través del uso de la fuerza o la coerción.

²⁹ Olivecrona 1971: 88-89.

³⁰ Cfr. También Hägerström 1939, especialmente p. 356.

³¹ En esta línea, Hägerström señala que «[...] the law exists, as an item of the legal order, when certain formal actions connected with a declaration have taken place in due constitutional manner. This is quite independent from the legislator’s will [...] those voting in the majority do then generally intend that the declaration shall actually come to force [...] but this purpose in itself has not the least significance for endowing the law with force» (Hägerström 1939: 354).

3. La norma jurídica como imperativo independiente con carácter sugestivo

3.1. Elementos de las normas jurídicas como imperativos

Una norma o regla jurídica³² es, para Olivecrona, el resultado de emitir y proclamar un texto como “ley” de acuerdo con la constitución. Es un medio utilizado para ejercer influencia en las mentes de los individuos y por consiguiente en sus comportamientos, con el objetivo de restringir o limitar determinadas actividades y de promover otras. La forma en la cual esta influencia es ejercida, señala Olivecrona, es simple. El texto debe ser capaz de provocar («*call forth*»)³³ ciertas ideas relacionadas con la conducta humana en la mente de un lector o de quien escucha su preferencia. Y no sólo eso: debe provocarlas de modo tal que «*impress people with the feeling that the pattern ought to be followed when occasion arises*»³⁴.

Estas dos cuestiones se reflejan en los dos elementos que, para Olivecrona, pueden encontrarse en toda norma jurídica. El primero es un elemento acerca de la representación ideal del patrón de conducta, que hace al contenido de la norma: el elemento ideacional, o *ideatum*. El segundo es un elemento acerca de la forma de expresión, relacionada con el fin que se persigue: el elemento imperativo, o *imperatum*³⁵.

Olivecrona concibe al *ideatum* como una idea de que debe realizarse una determinada conducta en una determinada situación. Está, a su vez, compuesto por dos elementos ulteriores: el *requisitum* y el *agendum*. El *requisitum* representa los requerimientos que deberían estar presentes cuando la acción debe ser llevada a cabo. El *agendum*, por su parte, es la acción en sí misma.

Ahora bien, ninguno de estos dos elementos puede ser completamente reconstruido si se toma en cuenta un único texto o, incluso, un único sector del derecho:

There is, indeed, no case where a single legal provision can be regarded in isolation by the judge or by any other person called upon to decide what sort of action confirms to the law in a given situation. Each provision is like a piece in a puzzle (...)

³² Usaré en lo que sigue, intercambiabilmente, los términos ‘regla’ y ‘norma’. Ésta no es una elección teórica ni una toma de posición, sino una elección simplemente lingüística. En sus escritos en inglés, Olivecrona utiliza las expresiones «legal rule» y «rule», mientras que en castellano generalmente se habla de «norma jurídica» y «norma» (cuando no quiere hacerse una diferencia expresa entre reglas y principios, como diferentes tipos de norma).

³³ Hago aquí esta salvedad pues «*call forth*» puede ser ambiguo en este sentido: puede significar tanto “causar” como “proponer” o “sugerir”, e incluso “dar lugar a”. Esto, que parece una mera cuestión terminológica, puede tener consecuencias importantes si se toma en cuenta la posición de Olivecrona con respecto al origen de la eficacia de la constitución y, en consecuencia, de las normas jurídicas. Baste aquí señalar que sería posible entender la expresión usada por Olivecrona en varios sentidos no completamente equivalentes.

³⁴ Olivecrona 1971: 115.

³⁵ Olivecrona 1971: 115, 118.

The *requisitum* and the *agendum* of the respective legal provisions are the material out of which the final *requisitum* and *agendum* are built. In many cases the purpose of the pieces is to contribute to determining the *requisitum* or the *agendum* laid down in a number of other rules³⁶.

Esta circunstancia, así como las diferentes técnicas existentes en diferentes tiempos y lugares, hacen que la composición del *ideatum* de las normas jurídicas sea materia de controversia. Lo más importante para Olivecrona, sin embargo, es señalar que cada norma debe establecer una situación en la cual la acción debe llevarse a cabo. Si no lo hiciera, entonces fallaría como medio para dirigir la conducta humana³⁷. Todas las normas jurídicas tienen ese objetivo, incluso aquellas que no parecen en principio destinadas a dirigir la conducta sino a la creación, cambio y eliminación de ‘derechos’ y ‘deberes’³⁸. Como veremos más adelante, Olivecrona entiende que nociones vacías como esas tienen tanto una función directiva como informativa, por lo cual su afirmación se sostiene.

En cuanto al *imperatum*, Olivecrona argumenta que la forma de expresión de las normas jurídicas está determinada por el propósito de guiar la conducta. Por su rechazo al voluntarismo, Olivecrona rechaza que esta forma pueda ser la expresión de un deseo por parte de alguna autoridad; y también rechaza que pueda tratarse de consejos, dado que no tienen una forma condicional relacionada con la obtención de algún resultado deseado por el agente. Dada esta incondicionalidad³⁹, Olivecrona concluye que la forma de expresión de las normas jurídicas es el imperativo⁴⁰.

La formulación de una norma puede ser tanto en modo imperativo como en modo indicativo, como de hecho sucede habitualmente⁴¹. Al respecto, sostiene Olivecrona que:

³⁶ Olivecrona 1971: 117. Esta idea de Olivecrona tiene algunos puntos de similitud con la idea de Kelsen acerca de los “fragmentos de norma”, destinados a formar parte del antecedente o acto antijurídico de una norma genuina (cfr. Kelsen 1993). La diferencia fundamental radicaría en que Olivecrona no propone una “norma genuina” de la cual otras, que no respondan a su estructura, están llamadas a ser parte como fragmentos.

³⁷ Olivecrona 1971: 118.

³⁸ Olivecrona 1971: 118. Incluso normas jurídicas como las del derecho penal, que Olivecrona entiende como dirigidas principal o exclusivamente hacia la conducta de las autoridades encargadas de la aplicación de sanciones, también se dirigen (aunque indirectamente) hacia la conducta de los ciudadanos en general. Nuevamente, no es difícil pensar a la cercanía entre esta idea y las categorías kelsenianas de norma primaria y norma secundaria (cfr. Kelsen 1993).

³⁹ No debe entenderse aquí “incondicional” en el sentido usual de “norma categórica” o sin presencia de una hipotética situación que deba ser el caso para que la conducta sea requerida. Es incondicional en el sentido de que no se ofrece una ventaja como la razón por la cual se debería actuar de la forma prescrita. Cfr. Olivecrona 1971: 118-119.

⁴⁰ Olivecrona 1971: 118.

⁴¹ Olivecrona 1971: 127.

Lo importante es que el derecho en su conjunto sea presentado en un sentido imperativo. El texto es publicado en una forma conocida por ser efectiva en hacer que la gente se sienta obligada a comportarse en conformidad con los patrones [de conducta] enunciados. Es sólo una cuestión de estilo si los patrones de conducta son expresados en la forma indicativa o como imperativos⁴².

3.2. El rechazo a las normas jurídicas como mandatos: el resabio del voluntarismo

Si las normas jurídicas son imperativos, ¿no significaría eso que se trata de mandatos? Si así fuese, entonces se necesitaría una autoridad que los emitiese. De este modo, se llega a la conclusión de que la existencia de una autoridad suprema es necesaria, a la que mínimamente pudieran reconducirse todos los elementos que componen el sistema jurídico, tal como lo afirman las teorías voluntaristas. Esto, según Olivecrona, parecería llevar a un dilema: por un lado, las leyes tienen un carácter claramente imperativo; por el otro, por las razones que ya hemos visto, no puede afirmarse ni la existencia de una autoridad que comanda ni los mandatos pueden emitidos vía legislación.

La clave para salir de este dilema se encuentra, para Olivecrona, en la noción de imperativo. El dilema asume que los únicos imperativos son los mandatos, pero esa es una premisa errónea. Existe al menos otra categoría de imperativos, los imperativos impersonales, cuya consideración disuelve el dilema. De estos imperativos nos ocuparemos en el punto siguiente. Aquí veremos qué entiende Olivecrona por mandato, y cuáles son las razones por las cuales rechaza que las normas jurídicas sean concebidas como tales.

Olivecrona sostiene que una forma tradicional de entender los mandatos, como aquella presente en las teorías de Austin y Bentham, los define como declaraciones de voluntad de quien manda, cuyo contenido es la expresión de un deseo de que el destinatario del mandato actúe de determinada manera. Para Austin, además, la efectividad de un mandato depende de que sea acompañado de una amenaza plausible. Olivecrona, por su parte, considera que ambas cosas son erróneas. En primer lugar, un deseo puede ser un motivo para proferir una frase imperativa, pero no es el único motivo posible. Además, la proferencia de la frase imperativa es generalmente un medio para conseguir la realización del deseo, no una mera expresión del deseo o una aseveración acerca de su existencia. En segundo lugar, si bien se eleva la posibilidad de obediencia con la presencia de una amenaza, es perfectamente posible pensar en situaciones donde la efectividad no dependa de la existencia de una amenaza. Por ejemplo, situaciones donde el emisor tenga una fuerte personalidad⁴³.

⁴² Olivecrona 1971: 119. La cursiva me pertenece.

⁴³ Olivecrona 1971: 123. Sin duda, este sería el caso cuando se trata de un líder carismático en términos de Weber (cfr. Weber 2013).

En la forma moderna de entender los mandatos, por su parte, Olivecrona entiende que el requerimiento de poder en el emisor del mandato «aparece en la forma de que se dice que es necesario que tenga un derecho al mandato. El concepto de mandato es presupuesto. Dado que los mandatos pueden ser emitidos sin ninguna pretensión de un derecho a hacerlo, el significado debe ser que un mandato puede no tener efecto a menos que el emisor posea el derecho al mandato»⁴⁴. Olivecrona, sin embargo, también considera que debe rechazarse esta postura por dos razones.

La primera razón es que la existencia de un derecho al mandato sólo puede tener alguna importancia si este «derecho tuviese alguna fuerza mística que compela a la obediencia. Pero esta sería una suposición absurda»⁴⁵. Olivecrona, como no-cognitivista y comprometido con una metodología realista, considera que el único requerimiento que racionalmente puede existir es un requerimiento psicológico relativo a la eficacia del mandato. Y desde un punto de vista psicológico, señala Olivecrona, un derecho al mandato sólo puede tener importancia como idea en la mente del destinatario:

El derecho en sí como realmente existente (y eso si pudiera decirse que un derecho realmente exista) no puede ejercer influencia en el comportamiento del destinatario excepto a través de la mediación de [la] idea [del destinatario] acerca de su existencia: y si el destinatario tiene esta idea, es irrelevante si el derecho realmente existe⁴⁶.

La segunda razón, conectada estrechamente con lo anterior, es que sin duda la idea de un derecho al mandato tiene gran relevancia como parte de aquello que causa que el destinatario obedezca. Sin embargo, la obediencia puede acaecer por otras razones (como el miedo, el hábito, la pura sugestión, el respeto personal por el emisor del mandato, o una combinación de éstas). En este sentido, Olivecrona sostiene que la idea de un derecho al mandato «sólo es un elemento contingente en una situación psicológica complicada»⁴⁷. Su propia concepción acerca de las causas de la obediencia reafirma esta idea.

Tampoco funcionaría reducir los imperativos a indicativos o “preferencias constatativas”, sea como enunciados acerca de la mente del hablante o enunciados acerca de ocurrencias futuras que implican que sucederá algo desagradable si el destinatario no actúa de una determinada manera. Habiendo rechazado el primer tipo, Olivecrona también rechaza el segundo pues supone una visión demasiado racionalista del comportamiento humano, que entiende falsa. Un mandato no sólo es no condicional, en el sentido de que no hace referencia a un fin o valor del desti-

⁴⁴ Olivecrona 1971: 123-4.

⁴⁵ Olivecrona 1971: 124.

⁴⁶ Olivecrona 1971: 124.

⁴⁷ Olivecrona 1971: 124.

natario (como puede ser su no sufrimiento o su placer), sino que además funciona a través de la sugestión y no del razonamiento. La fuerza imperativa está dirigida a la parte volitiva de la mente del destinatario, no a la parte intelectual⁴⁸. Es una característica esencial de los mandatos que tengan una función sugestiva, característica que Olivecrona encuentra olvidada si se conciben a los mandatos como indicativos o constatativos⁴⁹.

Cuando se trata de mandatos, Olivecrona sostiene que hay dos elementos claves para su eficacia. Por un lado, la expresión y el porte del hablante son muy importantes, así como el modo en el cual es proferida la frase en modo imperativo. Por el otro, si se quiere eficacia a gran escala, se debe acostumbrar a los destinatarios a recibir mandatos de ese hablante. Cuanto más acostumbrados se encuentren, menos esfuerzo personal deberá hacer el hablante para lograr a obediencia. Es justamente en este marco donde se ve lo que Olivecrona señalaba, acerca de qué rol tienen las ideas de la existencia de ‘autoridad’ o ‘derecho al mandato’ en la mente de los individuos:

The contention that ‘authority’ or ‘right to command’ is needed for a command to be effective stems from the experience that some preparation in the recipient is generally required. *But the legal or moral relationship expressed by words like ‘authority’ and ‘right’ is substituted for the actual psychological factors that cause one man’s behaviour to be directed through the commands of another*⁵⁰.

Se puede apreciar aquí por qué Olivecrona sostiene que un rasgo esencial del mandato, y del imperativo en general, es poseer fuerza sugestiva. El *imperatum* se dirige hacia la parte volitiva de la mente del destinatario, no a la parte intelectual. Se dirige, para Olivecrona, de la siguiente manera: la idea de que el comportamiento debe ser realizado es provocada («*aroused*») por el elemento ideacional o *ideatum* del mandato. Así, es el *ideatum* el que provoca, o hace surgir, determinadas emociones relacionadas con la necesidad o la compulsión de hacer aquello representado por la imagen mental. Dice Olivecrona: «[e]l eco del *imperatum* en la mente del destinatario es “yo debo” o algo parecido. Pero no se evoca otra idea a parte de la imagen mental de las palabras mismas. Nada es significado por el “debo” o sus equivalentes»⁵¹.

Los *imperatum* pueden ser tanto espontáneos como estandarizados o convencionales. Los espontáneos generalmente son la forma del lenguaje, el modo en el cual se habla, y el porte del hablante. Los estandarizados o convencionales, por su parte, se establecen para hacer que sea cosa natural que personas en determinadas posiciones

⁴⁸ Olivecrona 1971: 128.

⁴⁹ Olivecrona 1971: 126.

⁵⁰ Olivecrona 1971: 127-128. La cursiva me pertenece.

⁵¹ Olivecrona 1971: 128.

deban seguir órdenes de personas en otras posiciones. Entre los más importantes, señala Olivecrona, se encuentran las formalidades que se usan para llevar a cabo diferentes pronunciamientos.

Las formas (y formalidades) tienen un papel fundamental para el discurso de Olivecrona, que afirma: «las formas son necesarias en toda sociedad como un medio de señalar qué pronunciamientos tienen que ser tomados como guías de acción y, por sobre todas las cosas, tomados como jurídicamente relevantes»⁵². Aquí, Olivecrona está pensando en las formalidades establecidas para la promulgación de las leyes, que es justamente en el marco de las cuales las autoridades (legislativas) llevan adelante su rol esencial para el fenómeno jurídico.

3.3. Las normas jurídicas como imperativos independientes

Rechazado por las razones anteriores que las normas jurídicas sean mandatos, quedaría por responder la pregunta de qué serían. Para Olivecrona, es claro que se trata de imperativos. Pero son imperativos que no participan del tipo especial de relación que implican los mandatos, un tipo de relación cara-a-cara entre dos individuos. Ésta es una relación personal que claramente uno no encuentra en el caso de las normas jurídicas; y es además un tipo de relación de la cual no participan, necesariamente, todos los imperativos⁵³. En este sentido:

Hábitos del lenguaje nos vuelven propensos a pensar en ‘imperativos’ como algo idéntico a los mandatos en el sentido estricto de la palabra. Parece incluso haber alguna dificultad psicológica para concebir a los imperativos sin referirlos a un *imperator* dirigiéndose a alguien más. La cuestión es, sin embargo, muy simple. Las frases imperativas pueden ser formuladas de muchas formas y diseminadas a través de muchos canales. No es necesario un *imperator*. El destinatario puede ser una audiencia de millones⁵⁴.

No es difícil ver cómo esto se conecta con la postura no voluntarista que Olivecrona propugna. De la misma forma que el derecho no “necesita” (ni siquiera conceptualmente) de una autoridad suprema que le dé fuerza obligatoria o unidad, o que sea una expresión de su voluntad, los imperativos no requieren necesariamente (ni siquiera conceptualmente) de la existencia de un individuo que ocupe el lugar de emisor o ser expresión de la voluntad de alguien. Ambas afirmaciones están relacionadas si se asume que el derecho sea, o esté compuesto de elementos de tipo, imperativo.

⁵² Olivecrona 1971: 128.

⁵³ Para una lista más extensa de las diferencias entre mandatos e imperativos independientes, véase Castignone 1995.

⁵⁴ Olivecrona 1971: 129.

Sobre esta idea se apoya Olivecrona cuando introduce la categoría de imperativo independiente. Estos se definen como imperativos que son independientes de la relación personal que caracteriza a un mandato. Es decir, se trata de imperativos que existen sin una relación personal entre dos individuos, especialmente una de proximidad física (cara a cara). Esto hace que la categoría de imperativos independientes sea muy amplia, comprendiendo desde enunciados éticos hasta actos legislativos. Comparten con los mandatos, sin embargo, una característica básica: aquella de ser un medio para inculcar un cierto comportamiento en una forma categórica⁵⁵. O, en otras palabras: ser un modo de expresión usado en una forma sugestiva para influenciar el comportamiento de las personas⁵⁶.

Frente a esta definición, se impone comprender cuándo exactamente existe una relación personal y cuándo no. Aquí, Olivecrona señala que no existe una forma tajante de diferenciar entre mandatos e imperativos independientes justamente porque lo que llama “relación personal” puede ser una de mayor o menor cercanía. Cuanta más separación se produzca entre los individuos, los imperativos que originalmente fueron mandatos pueden asumir el carácter de imperativos independientes⁵⁷. Una persona cualquiera o un dios pueden ser imaginados, señala Olivecrona, como un modo de mediar esta distancia.

Concebidas como imperativos independientes, las normas jurídicas o «*rules of law*»:

forman un vasto complejo de estas expresiones [las usadas en una forma sugestiva para influenciar el comportamiento de las personas] que contienen patrones de conducta que son más o menos universalmente seguidos al interior de un grupo de personas. Su eficacia depende de un conjunto de actitudes relativamente firmes entre las personas que, a su vez, tienen causas múltiples y profundamente arraigadas⁵⁸.

Como puede verse, Olivecrona asocia íntimamente a la norma jurídica con el concepto de eficacia; y la eficacia, entendida como el seguimiento más o menos universal de ésta, se debe a un conjunto complejo de razones que son heterogéneas. Probablemente, estas razones no son las mismas para todos los miembros de ese grupo de personas, pero definitivamente asentadas se encuentran con firmeza en las mentes y las emociones de los individuos⁵⁹.

⁵⁵ Olivecrona aclara, en nota al pie, que éste es el mismo concepto que Ross llama “directivas” (Olivecrona 1971: 129, n. 12).

⁵⁶ Olivecrona 1971: 130.

⁵⁷ Ésta es, de hecho, parte de la explicación que Hägerström ensaya con respecto a la idea de “deber objetivo”. Para Hägerström, lo que empezó como mandatos fue objetivándose lentamente con la distancia física y personal cada vez mayor entre individuos una vez que las sociedades comenzaron a complejizarse y a crecer exponencialmente de número.

⁵⁸ Olivecrona 1971: 130.

⁵⁹ Olivecrona 1971: 130.

Olivecrona señala que el *imperatum* de las «normas de derecho» no es el mismo en todos los casos, dado que no todas las normas que integran el derecho tienen el mismo tipo de origen. En este sentido, Olivecrona reconoce al menos tres tipos de casos: derecho promulgado, derecho consuetudinario antiguo, y derecho judicial. En cada uno de ellos, el *imperatum* de estos imperativos independientes es diferente.

Con respecto al derecho consuetudinario antiguo, Olivecrona considera que nada puede decirse específicamente dado que las condiciones y formas son muy diversas y han cambiado enormemente según los lugares y las épocas⁶⁰. Con respecto al derecho judicial, Olivecrona señala que éste no coincide con los pronunciamientos (en casos concretos) de los tribunales⁶¹. Son las decisiones de los tribunales y de los juristas con peso en la doctrina los que deciden aceptar que determinadas decisiones han de ser guías para sus propias conductas, lo más cercano a algo parecido a la promulgación de una ley⁶².

Con respecto al derecho promulgado, o derecho legislativo, se tratan de imperativos independientes que han pasado a través de una serie de actos formales. Así, el *imperatum* de cada una de las leyes promulgadas es el escenario completo en el cual tiene lugar la promulgación. Este escenario, siguiendo a Olivecrona, surge de una constitución en funciones y de la organización que funciona de acuerdo con sus reglas. Cuando esta constitución en funciones está establecida firmemente, «las personas responden automáticamente aceptando como vinculantes los textos proclamados como leyes a través del acto de promulgación. Gracias a esta actitud entre los destinatarios, el *imperatum* se vuelve eficaz»⁶³.

⁶⁰ Olivecrona explica, por ejemplo, el caso de este tipo de derecho en Suecia, donde finalmente encuentra que se usaban formas que incluían tanto el lenguaje imperativo como diversos otros elementos, que contribuían a crear una sensación de sacralidad de las reglas y de tomarlas como guías incondicionales de conducta (cfr. Olivecrona 1971: 131).

⁶¹ Aunque también dice que «el rol real del tribunal es aquel de ser un legislador [*lawgiver*] para casos particulares. Las reglas jurídicas, ya sea estipuladas a través de actos de legislador o desarrolladas de otra forma, no pueden dar patrones de conducta para cada contingencia (...) Esta tarea es encargada a los tribunales. Ésas suplementan las reglas abstractas de derecho mediante la estipulación de reglas particulares para casos particulares» (Olivecrona 1971: 211). Y aún más: «Los tribunales no son solo espectadores (...) Representan una fuerza dinámica en la sociedad, moldeando las relaciones de las partes como legisladores [*lawgivers*] suplementarios y directores de la fuerza ejecutiva del Estado» (Olivecrona 112-211 :1971).

⁶² Olivecrona 1971: 132.

⁶³ Olivecrona 1971: 130.

4. Algunos problemas de la concepción de norma jurídica como imperativo independiente con carácter sugestivo

4.1. El problema de la identificación vía un elemento formal estructural

4.1.1. Reduccionismo y no exclusividad en el derecho

Bobbio considera que la propuesta de Olivecrona es una entre las tantas, en teoría del derecho, que intentan encontrar un rasgo característico de las normas jurídicas en relación con otros tipos de normas, prescindiendo de la consideración de los propósitos o del contenido. Es decir: encontrar un elemento formal que contribuya a esa identificación. Lo que la hace novedosa, en opinión de Bobbio, es que Olivecrona encuentra esa característica formal no en el sujeto pasivo o en la acción objeto de la norma jurídica, sino en su sujeto activo⁶⁴.

Hay dos críticas que Bobbio dirige a la propuesta de la norma jurídica como imperativo impersonal, considerada como un intento de encontrar un rasgo característico de las normas jurídicas en un elemento formal. La primera es que se trataría de una teoría reduccionista, pues intentaría reducir todas las normas jurídicas a un solo tipo de imperativos. Una teoría de este tipo, según Bobbio, es «unilateral y está destinada a empobrecer arbitrariamente la riqueza de la experiencia jurídica», dado que «el ordenamiento jurídico es un conjunto complejo de reglas y como tal está compuesto de reglas de diferente tipo»⁶⁵. Bobbio considera, además, que sería muy difícil demostrar que todos los imperativos jurídicos sean impersonales tal como planteados por Olivecrona. Como ejemplo, cita la sentencia de un pretor (imperativo jurídico, aunque referido a una persona determinada), la ordenanza de un funcionario administrativo regional (sujeto activo claramente identificado), y una orden impuesta por un rey absoluto o un déspota (también sujetos activos claramente identificados).

La segunda crítica es que, incluso si se considera que los imperativos impersonales son el tipo o bien exclusivo o prevalente en el derecho, de todas formas es difícil que este tipo de imperativo no se encuentre también en otras esferas normativas que no sean jurídicas. Como ejemplo, Bobbio cita a los diez mandamientos (también citados por Olivecrona) y las «así llamadas normas sociales en las cuales la impersonalidad es todavía más evidente que en las leyes emanadas por un parlamento»⁶⁶.

4.1.2. Una respuesta sobre la no exclusividad jurídica

En relación con esta última crítica, Olivecrona podría responder que existe una confusión por parte de Bobbio con respecto a su postura. Bobbio parece asumir que

⁶⁴ Bobbio 1993: 86-87.

⁶⁵ Bobbio 1993: 87. La traducción del italiano es propia.

⁶⁶ Bobbio 1993: 87. La traducción del italiano es propia.

la calificación de “norma jurídica” estaría dada por el hecho de que un imperativo sea un imperativo impersonal. Pero el criterio para determinar si algo es una norma jurídica o no, señalaría Olivecrona, es que haya sido incorporada como tal por parte de una autoridad del sistema siguiendo una serie de formalidades constitucionales⁶⁷. Así, tanto “no matarás” (Diez Mandamientos) como “al que matare a otro se le aplicará pena de prisión de ocho a veinticinco años” (art. 79, Código Penal argentino) serían para Olivecrona imperativos independientes; pero sólo el segundo, por haber sido proclamado ‘ley’ por la autoridad legislativa constitucional argentina, es una norma jurídica. Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que no todos los imperativos independientes son normas jurídicas; pero todas las normas jurídicas, según Olivecrona, serían imperativos independientes.

Esto parece sugerir que Bobbio se equivocaría al sostener que Olivecrona pretende encontrar un criterio formal, en el sentido de un elemento estructural de las normas, para su calificación o no como jurídicas. El criterio es efectivamente formal, pero relacionado con su pertenencia a un sistema jurídico determinado: una pertenencia determinada por su incorporación por ciertas autoridades del sistema con arreglo a determinadas formalidades establecidas en la constitución en funciones.

De hecho, la insistencia de Olivecrona en señalar que las normas jurídicas son imperativos independientes tiene que ver no con su estructura sino con su funcionamiento (del cual esta estructura es reflejo). Son imperativos independientes porque funcionan, esto es son eficaces en causar el comportamiento, independientemente de quién sea el sujeto activo. Es decir, no es el sujeto activo quien (por su voluntad o cualquier otra característica) les da “poder” o “fuerza vinculante”, como pasaría en el caso de otros imperativos dependientes. Funcionan porque su declaración como ‘norma jurídica’ o ‘ley’, bajo determinadas condiciones, logra direccionar el previo “respeto a la constitución” de los individuos hacia el imperativo independiente particular, y así establecer una conexión psicológica entre el patrón de conducta y un sentimiento de restricción hacia la realización de la acción⁶⁸. Lo mismo pasa con cualquier otro imperativo independiente, el cual puede tener idéntico carácter sugestivo; pero su eficacia no podría explicarse de esta manera.

4.1.3. Una respuesta sobre el reduccionismo en sí: imperativos performatorios

Queda en pie, sin embargo, la primera crítica en cuanto a que la teoría sería reduccionista. Esta crítica no sólo es planteada por Bobbio, con relación a elementos

⁶⁷ Cfr. también Hägerström 1939, especialmente p. 355.

⁶⁸ Recuérdese aquí la metáfora del legislador como central eléctrica o «*power-plant*» de Olivecrona (Olivecrona 1939: 57). Para la misma idea, Hägerström usó una metáfora diferente: el legislador como el conductor de un automóvil (cfr. Hägerström 1939: 355). Agradezco al/la referí anónimo/a que señaló la necesidad de mostrar aquí explícitamente la fuerte similitud, y probablemente dependencia, del pensamiento de Olivecrona al de Hägerström sobre el punto.

estructurales de las normas, sino es también relevada por el mismo Olivecrona, en relación con la calificación misma de imperativos de todas las normas jurídicas⁶⁹.

En este sentido, Olivecrona releva la sugerencia de que las normas jurídicas de un sistema no sólo parecen dirigidas a las conductas de los individuos cuando tratan acerca de “preguntas jurídicas” relativas a, por ejemplo, la adquisición, transferencia y pérdida de derechos o calidades jurídicas⁷⁰. En estos casos, «the rules governing these legal questions are not imperatives because they do not say that you shall behave in this or that way»⁷¹. Por lo cual, concebir a las normas jurídicas como imperativos independientes no sólo sería reduccionista por considerar que todas corresponden a un único tipo de imperativos, sino también por considerar que *todas* son imperativos.

Olivecrona ensaya una respuesta a esta crítica con la introducción, posterior a la primera edición de *Law and Fact*⁷², de la idea de los así llamados “performativos jurídicos”. Primero, señala que la objeción se basa en una asunción sin fundamentos: que los imperativos son «necessarily imperatives of conduct»⁷³. Esta sería una idea preconcebida a la cual ni siquiera se adecúa nuestro lenguaje real, donde se usan formas imperativas muchas veces para actos que no implican una orden. Un ejemplo de esto sería «‘This shall be your property’», proferido por un padre a su hijo al mismo tiempo que le entrega su reloj. Aquí parece claro, para Olivecrona, que el imperativo no está dirigido a que el hijo haga nada sino a que el hijo adquiera la propiedad del reloj⁷⁴.

Olivecrona sostiene que, aunque este tipo de lenguaje resulte extraño, es un hecho que lo tenemos, lo utilizamos, y que es una parte muy importante del lenguaje jurídico. A este tipo especial de imperativos, tomando la terminología de J.L. Austin, Olivecrona los llama imperativos performatorios («*performatory imperatives*»), y los define de la siguiente manera:

Their meaning is that something should come to pass: a right should be created or transferred; a person should acquire a legal quality. This effect is held to be brought about through these imperatives⁷⁵.

Los imperativos performatorios son especiales dado que no están dirigidos a nadie en particular (carecen de un sujeto pasivo determinado) y tienen la intención

⁶⁹ Como señala Olivecrona, ésta es una crítica general que se ha dirigido hacia todas las teorías agrupadas bajo la etiqueta de “imperativistas”, que conciben al derecho como un conjunto de imperativos de algún tipo.

⁷⁰ Olivecrona 1971: 133.

⁷¹ Olivecrona 1971: 133.

⁷² Lo hace por primera vez en Olivecrona 1962, cuando se ocupa el problema de la “unidad monetaria”, y la consolida en la segunda edición de *Law as Fact* (Olivecrona 1971).

⁷³ Olivecrona 1971.

⁷⁴ Olivecrona 1971: 134.

⁷⁵ Olivecrona 1971: 134.

no de ordenar que alguien haga algo sino de evocar determinados efectos, los cuales se espera que sigan de la preferencia bajo un conjunto correcto de circunstancias⁷⁶. Olivecrona entiende que no es problemático pensar en un imperativo sin sujeto pasivo determinado, pues hay inmensa cantidad de ejemplos de su uso habitual en la legislación⁷⁷. Sí merece particular atención esos “efectos evocados”, los así llamados “efectos jurídicos”, que Olivecrona considera que no pueden ser otra cosa que efectos psicológicos.

La idea básica de Olivecrona en este punto es la siguiente⁷⁸. Es claro que no existen los llamados “efectos jurídicos” en el mundo espaciotemporal, sino (en todo caso) en una realidad suprasensible: la “esfera del derecho”. Sin embargo, los individuos no sólo tienen ideas acerca de la existencia de estos “efectos jurídicos”, sino que además tienen ideas sobre los comportamientos correctos que se seguirían de la existencia de estos efectos. En este marco, los imperativos performativos funcionarían de la siguiente manera. Por un lado, son el nexo entre ambas realidades: perteneciendo al mundo espaciotemporal, se considera que refieren y moldean aquella realidad suprasensible de la “esfera del derecho”. Por el otro, pronunciados bajo las condiciones correctas, dan la idea a los individuos de que se producen estos “efectos jurídicos” y, en consecuencia, se vuelven operativas aquellas ideas sobre los comportamientos correctos que se siguen de la existencia de los “efectos jurídicos”⁷⁹.

Se ve así cómo, para Olivecrona, las normas jurídicas que conciernen derechos, deberes y calidades jurídicas son también imperativos. Tal como en las otras normas jurídicas, se dirigen a guiar el comportamiento de los individuos. A través de su proferimento en determinadas circunstancias correctas, son considerados por los individuos como evocando efectos no-psicológicos (efectos jurídicos); y esa evocación conecta, a nivel psicológico, el supuesto acaecimiento de estos efectos jurídicos con una serie de comportamientos correctos que deben seguirles.

Como puede apreciarse, éste es un mecanismo de causa y efecto. Una preferen-

⁷⁶ Olivecrona 1971: 219.

⁷⁷ Olivecrona 1971: 221.

⁷⁸ Olivecrona usa como punto de partida un análisis de algunas figuras jurídicas de la Antigua Roma, explicando que allí los imperativos performativos eran pronunciados bajo solemnidades rituales asociadas con la magia y la religión. Olivecrona realiza un extenso análisis acerca del posible origen de los imperativos performativos, que se conecta con sus ideas acerca del origen de la primera constitución (en su búsqueda de analizar la actitud de “respeto por la constitución”). Una de sus conclusiones es que, en tiempos modernos, la eficacia causal de los imperativos performativos que primero se encontraba en esta idea de la magia o la religión ha pasado a encontrarse en la ficción de la “voluntad” de una autoridad suprema. Cfr. Olivecrona 1971: 226-233, y cap. 9. También sobre este punto, el pensamiento de Olivecrona puede verse como una refinación del pensamiento de Hägerström, el primero de los realistas escandinavos en proponer este enfoque. Cfr., para un resumen, Hägerström 1939.

⁷⁹ Usando terminología de Hägerström, se activaría así la “disposición moral positiva” (cfr. Hägerström 1939: 352, 355).

cia hecha bajo determinadas circunstancias correctas⁸⁰ establece el supuesto acaecimiento de un hecho (creación de determinados efectos jurídicos) y, de allí, se sigue un efecto psicológico causal que vincula un patrón de conducta determinado con un sentimiento de constricción hacia su realización. También en este caso, la eficacia del imperativo performativo está basada en la previa e independiente existencia de estas ideas en los individuos (ideas acerca de ‘derechos’, ‘deberes’, ‘calidades jurídicas’; ideas acerca de comportamientos correctos que se siguen de determinados acaecimientos); y funciona como medio para redirigir estas ideas y sentimientos a determinadas acciones y situaciones⁸¹.

4.1.4. El balance de la respuesta: imperativos, normas permisivas y normas de competencia

¿Es esta respuesta de Olivecrona suficiente para hacer frente a las críticas de reduccionismo? Entiendo que depende, por un lado, de cómo se entiendan estos imperativos performativos y, por el otro, de cuán dispuesto se esté a aceptar las bases ontológicas y metodológicas de Olivecrona.

En cuanto a lo primero, parecería ser que las normas jurídicas que son imperativos performativos son, a su vez, imperativos independientes. Ello así porque, siendo imperativos, participan de las mismas características de estos últimos: no existe una relación personal entre dos partes, como en los mandatos; no existe un sujeto pasivo determinado; su eficacia no dependería del sujeto activo (quien sólo es relevante en cuanto cumpla las formalidades del caso); y pueden ser convertidos a afirmaciones sin mayores inconvenientes. Si esto es así, entonces la primera crítica de Bobbio parecería continuar en pie.

Ahora bien, incluso si efectivamente Olivecrona redujera todas las normas jurídicas a “imperativos”, ¿tendría este reduccionismo las consecuencias que Bobbio

⁸⁰ Las circunstancias correctas refieren al uso de determinadas reglas: «[t]o fulfill its social functions, speech cannot be disorderly. There are certain rules governing its use» (Olivecrona 1971: 249). Aquí creo que podría parangonarse esta afirmación de Olivecrona a las “condiciones de felicidad” de J.L. Austin (Austin 1962). De hecho, Olivecrona toma fuertemente en cuenta a J.L. Austin (cfr. por ejemplo Olivecrona 1971: 233-238).

⁸¹ Las palabras ‘derecho subjetivo’, ‘deber’, ‘calidad jurídica’ son palabras vacías, cuya «function in our language is primarily to serve as guides to action. When used according to rules, or at least when supposed to be used in such a what, they become points of reference for consequential ideas concerning correct and obligatory behaviour. Such consequential ideas are inculcated from an early age, regulated through rules, and impressed by means of sanctions (social and legal). The result is that real positions of power are established, real bonds are created, and certain attitudes in relations to personas and things are formed» (Olivecrona 1971: 252). Olivecrona entiende además que el uso regularizado de estas palabras lleva a que, cuando supuestamente son usadas de modo correcto, se encuentran conectadas con ideas uniformes acerca de comportamiento correcto, actitudes fijas y escalas de valor relativamente comunes; se transforman en un instrumento de control social y permiten el desenvolvimiento de la vida social en sentido amplio. «The mediating idea that the words signify suprasensible entities and qualities covers up the real function of our legal language» (Olivecrona 258 :1971).

le asigna? Esto es, ¿«empobrecería la riqueza de la experiencia jurídica» o, en cualquier caso, empobrecería las herramientas teóricas para dar cuenta de normas jurídicas como las normas permisivas o las normas que confieren potestades?⁸² Este último punto sería de particular relevancia, también, para dar cuenta de otro tipo de crítica como la de H.L.A., no directamente dirigida a Olivecrona, sino a otras corrientes consideradas como “imperativistas” como la de J. Austin⁸³.

En mi opinión, la posición “reduccionista” de Olivecrona no parece participar de esas consecuencias negativas señaladas: podría perfectamente dar cuenta tanto de normas jurídicas permisivas, por un lado, y de normas jurídicas que confieren potestades, por el otro (y, en sentido más general, de normas constitutivas en sentido amplio). La piedra angular de ello puede ser encontrada en el expreso rechazo de Olivecrona a la equiparación de “imperativo” a “imperativo de conducta”: esto es, la equiparación de ‘imperativo’ a ‘orden’⁸⁴.

Además de la consecuencia ya analizada, esto es que el imperativo independiente como tal no proviene de la voluntad de nadie, este rechazo tiene otra importante consecuencia en relación con las normas jurídicas. Para Olivecrona, un imperativo tiene definitivamente como objeto guiar (producir) causalmente la conducta; sin embargo, esto es más amplio que lo que generalmente se entendería como “guiar la conducta” a través de órdenes (concebidas tradicionalmente como prohibiciones y/o obligaciones⁸⁵). También abarcaría una guía o producción de conducta directa, aunque menos intensa, como a través de permisiones⁸⁶; y una guía o producción indirecta de conducta, a través de la “evocación de efectos jurídicos”, como podría ser a través de estos “imperativos performativos”⁸⁷.

Bajo esta mirada, parecería que el enfoque “reduccionista” de Olivecrona de todas formas podría dar cuenta de normas jurídicas como las normas permisivas y como las normas que confieren potestades. En relación con las primeras, independientemente de qué posición se tome con respecto a su carácter⁸⁸, para Olivecrona éstas no serían sino un modo más en el cual las normas jurídicas ejercen influencia en las mentes de los individuos y por consiguiente en sus comportamientos.

⁸² Agradezco al/la referí anónimo/a que sugirió la importancia de considerar explícitamente este punto en el marco del presente trabajo.

⁸³ Cfr. Hart 1961.

⁸⁴ Cfr. Olivecrona 1971: 134-ss.

⁸⁵ Cfr., por ejemplo, Austin 1998.

⁸⁶ Cfr. para una idea muy similar Von Wright 1970, que entiende a las normas permisivas como parte de las prescripciones (también compuestas por normas de obligación y de prohibición).

⁸⁷ Como se verá en el punto siguiente, para Olivecrona existe una característica esencial de las normas jurídicas como imperativos pero olvidada por el resto de los autores: su carácter sugestivo.

⁸⁸ El estatus, función, relevancia y autonomía de las normas permisivas ha sido objetivo de gran controversia (cfr., por ejemplo, von Wright 1970, Kelsen 1993). Aquí me limitaré a dejar abierta esta posibilidad, dado que no puedo desarrollar el punto en esta sede. Para un análisis crítico y exhaustivo al respecto, cfr. por ejemplo Poggi 2004.

Promoverían así la realización de las actividades entendidas como permitidas y, dependiendo de cómo se conciban los permisos, también limitarían o restringirían la incidencia de comportamientos que impedirían esas actividades.

En relación con las segundas, las normas que confieren poderes (o normas de competencia), ha de recordarse que también existe una ardua controversia acerca de qué tipo de carácter tienen. No puedo entrar en esa controversia en detalle⁸⁹; sin embargo, vale lo siguiente. Si son normas que establecen obligaciones indirectas o normas que conceden permisos a determinados sujetos para realizar “acciones normativas”, quedan sin duda abarcadas dentro de la categoría de Olivecrona por las razones anteriores. Por su parte, si son concebidas como normas constitutivas, en al menos una interpretación de las normas constitutivas como algo diferente de las normas regulativas y/o de las normas prescriptivas⁹⁰ entiendo que pueden ser consideradas bajo la óptica de los “imperativos performativos” tal como propuestos por Olivecrona⁹¹. Incluso si se considera que son definiciones o reglas conceptuales, y por tanto no formuladas de modo imperativo, Olivecrona podría recordar lo siguiente: «Lo importante es que el derecho en su conjunto sea presentado en un sentido imperativo»⁹².

Habiendo analizado lo anterior, queda considerar si la introducción de estos “imperativos performativos” es suficiente para hacer frente a las críticas de reduccionismo, si es que no se comparten las bases ontológicas y metodológicas de Olivecrona. En este caso, por ejemplo, un realista moral no podría aceptar la visión propuesta. Los efectos jurídicos serían considerados reales, sea pertenecientes a este mundo sea pertenecientes a otro mundo (digamos, moral) con el cual puede conectarse. La función primaria de esas normas jurídicas no sería en todo caso guiar la conducta sino efectivamente realizar cambios en este otro mundo u otro nivel de la realidad o, en todo caso, «*trigger*» determinados hechos de ese otro mundo. En todo caso, los efectos serían reales en el sentido de objetivos, independientemente de aquello que subjetivamente consideren los individuos.

Sin embargo, el no compartir estas bases ontológicas y metodológicas (o, al menos, no considerarlas válidas) no presentaría únicamente un problema para la cate-

⁸⁹ Del mismo modo que en el caso de las normas permisivas, en esta sede no puedo entrar en la controversia. Me limitaré a dejar abierta la cuestión, y reenviar a Ferrer Beltrán 2000 y Calzetta 2016 para un análisis crítico y pormenorizado de las diferentes posibles concepciones de normas de competencia.

⁹⁰ Como en el caso de J. Searle (Searle 1969) y de G.H. von Wright (Von Wright 1970), respectivamente. También acerca de este punto, en esta sede no puedo entrar en la controversia acerca de las normas constitutivas. Me limitaré a dejar abierta la cuestión, y a reenviar por ejemplo al introductorio Guastini 1986.

⁹¹ Esta interpretación sería cercana a la primera posición que A. Ross adoptó en relación con las normas de competencia, entendiéndolas como normas de conducta indirectamente expresadas (Ross 1963). Posteriormente, sin embargo, Ross abandonó esa posición para entenderlas como normas constitutivas, las cuales no considera normas de conducta sino fijan condiciones de validez (Ross 1968).

⁹² Olivecrona 1971: 119, 122.

goría de “imperativos performatorios” de Olivecrona: se trataría de una digresión base que afectaría la apreciación de todo su aparato teórico, y probablemente así invalidaría su propuesta, conclusiones, y consecuencias.

4.2. ¿Qué significa que las normas jurídicas “influyen el comportamiento”?

Olivecrona reprocha a otros autores, especialmente aquellos que conciben al derecho como un conjunto de mandatos expresión de voluntad de una autoridad suprema, el pasar por alto la característica esencial de las normas jurídicas como imperativos: su carácter sugestivo. Este carácter sugestivo es aquello que, según Olivecrona, permite que puedan influenciar el comportamiento de los individuos y, producto de esta influencia, puedan causarlo. Se trata del establecimiento de una conexión psicológica entre la idea de una acción y una “expresión imperativa”, como prohibido u obligatorio. Y esta conexión, que aparecería a las mentes de los individuos como objetiva y no empírica, se explica a su vez a través de la actitud de respeto por la constitución. Así, la eficacia de las normas jurídicas (entendida como su capacidad de causar el comportamiento) depende de que los individuos respeten la constitución.

Analizar la actitud de respeto por la constitución en profundidad excede el objeto del presente trabajo⁹³. Aquí, por hipótesis, asumiré que ésta existe, que su explicación no es circular, y que es una actitud cuyo contenido (para los participantes) puede sintetizarse como sigue: “Es objetivamente obligatorio obedecer a la constitución y a todos aquellos imperativos emitidos de acuerdo con las normas constitucionales”⁹⁴. La primera pregunta que surge entonces es cuál sería exactamente el contenido del carácter sugestivo de las normas jurídicas, tal como lo postula Olivecrona, y cuál sería exactamente el mecanismo psicológico que las volvería motivos de la conducta de los individuos. ¿Qué significa que “influyen las mentes” y que “actúan sobre la voluntad”?

La respuesta de Olivecrona a estos interrogantes es, quizás, un poco genérica. Por un lado, explica esta influencia señalando que las normas jurídicas proveen de una representación mental de una acción y que, por ser “normas jurídicas”, logran asociar esa representación con un sentimiento o idea de deber objetivo que ya se encuentra presente en los individuos (el respeto por la constitución). Cómo se produce esa

⁹³ Me he ocupado en detalle de su análisis en Rabanos 2020.

⁹⁴ Con un poco más de detalle, esta actitud de “respeto por la constitución” fundamentalmente consistiría en: la consideración de las normas de la constitución como poseyendo ‘fuerza vinculante’; la consideración de que existe un deber objetivo de obediencia hacia esas reglas; y la consideración de que existe un deber objetivo de obediencia hacia cualquier norma calificada como ‘ley’ o ‘norma jurídica’ por haber sido incorporada al sistema siguiendo las formalidades establecidas por la constitución. Por su parte, la eficacia de las normas jurídicas deriva justamente de esta incorporación, bajo estas condiciones.

asociación es algo que, más allá de señalar que se trata de una conexión psicológica, Olivecrona no provee y, en principio, considera que no es necesario proveer:

How the influence works on the individual mind is a question for psychology. For the purpose of this treatise we need only point out the general conditions which make law-giving possible as an effective instrument of governing society, the basic elements in the structure of society which are a prerequisite to the functioning of the law-giving apparatus⁹⁵.

Por el otro, explica esta influencia a través de una cadena de eficacia causal que comienza con este elemento básico para el funcionamiento del sistema jurídico: la actitud de respeto por la constitución. Olivecrona explica que los individuos consideran a la constitución como vinculante por un condicionamiento de siglos, originado en la época donde derecho y religión eran un único sistema normativo, y retroalimentado tanto por el uso de la fuerza por parte de las organizaciones políticas como por la educación y el condicionamiento social. Esta consideración como vinculante la hace eficaz: los individuos se motivan con base en ésta, y así causa sus comportamientos.

Las normas jurídicas se insertan en esta cadena causal constitución-comportamiento cuando son declaradas como tales por una autoridad del sistema de acuerdo con formalidades establecidas en la propia constitución. Los individuos consideran, como parte de su actitud de respeto por la constitución, que aquello que es así declarado participa de la fuerza vinculante originaria. Por este motivo, una vez que un imperativo independiente es así nominado “norma jurídica”, la cadena causal pasa a ser constitución-norma jurídica-comportamiento. Todo depende, por lo tanto, de que esa actitud de respeto por la constitución exista, tenga efectivamente ese contenido, y se mantenga a través del tiempo.

Ahora bien: ¿qué tipo de tesis es, para Olivecrona, aquella de que las “normas jurídicas influyen el comportamiento de los seres humanos”? Si con esto Olivecrona se refiere al hecho de los individuos (en la mayor parte de los casos) toman a las normas jurídicas pertenecientes al sistema en consideración y actúan en conformidad con éstas, la tesis parecería trivial. El propio discurso de Olivecrona presupondría este hecho: si las normas jurídicas no influenciaran a los individuos, el sistema jurídico no sería efectivo; y si no es efectivo, entonces las normas jurídicas no podrían tener eficacia causal. Para no ser trivial, la tesis debería interpretarse como afirmando algo más fuerte: algo como que el tipo de influencia que ejercen es de un tipo especial, quizás irresistible. Pero si esto es así, debería explicar por qué (y cómo es que) existen actos constantes de violación del derecho.

Ésta es la posición de Spaak, que termina concluyendo que la tesis de Olivecrona sería entonces o bien trivial (si solo quiere sostener lo primero) o bien falsa (si no

⁹⁵ Olivecrona 1939: 52.

puede explicar lo segundo). Si bien admite que puede concebir formas para explicar la violación al derecho, en términos de otros factores que pueden contrarrestar la supuesta influencia de las normas jurídicas, Spaak señala que esto atenuaría la tesis y la volvería menos interesante⁹⁶.

El punto que releva Spaak cuando señala que la afirmación sería “trivial” es interesante, dado que se conecta directamente con la pregunta sobre el origen de la eficacia del fenómeno jurídico. Este origen Olivecrona lo encuentra en la “actitud de respeto por la constitución”. Baste aquí señalar lo siguiente: en el marco de este discurso, puede establecerse una diferencia entre el origen de la eficacia de la constitución y del sistema jurídico, y el origen de la eficacia de las normas jurídicas individuales. La segunda, por su parte, depende de la primera⁹⁷.

Si se ve de esta manera, la afirmación podría no ser completamente trivial al menos en un sentido: si Olivecrona considerase que la eficacia de la constitución y del sistema jurídico no se debe a la influencia de las “normas jurídicas” en el comportamiento sino a otros factores. En este caso, la afirmación estaría entonces dirigida únicamente a las normas individuales, y quedaría por ver entonces qué tipo de explicación es dada para la eficacia de la constitución y el sistema.

A mi entender, el interés de lo relevado por Spaak está más bien en señalar que la afirmación de Olivecrona no es sino una presuposición: en otras palabras, una afirmación que da por válida sin ofrecer ninguna prueba a su respecto. En este sentido, Olivecrona *presupone* que la actuación en conformidad con las normas jurídicas (así como la crítica y la justificación de la sanción hacia quien no lo hace) es producto de la eficacia causal de éstas. Presupone, asimismo, que esta eficacia es producto de que han sido consideradas como vinculantes por haber sido declaradas “normas jurídicas” de acuerdo con ciertas formalidades por cierta autoridad del sistema.

Así, Olivecrona nunca examina seriamente la posibilidad de que las acciones de los individuos respondan a otras causas; no ofrece ninguna prueba empírica para apoyar sus afirmaciones; ni tampoco determina con claridad cuál serían los extremos que deberían acreditarse en el mundo espaciotemporal para considerar que una norma jurídica “ha influido en el comportamiento” de un individuo. Estas cuestiones parecen deficiencias de importancia en el marco un discurso comprometido con bases empíricas y científicas, y no sólo abre la puerta a posibles falsaciones empíricas (lo cual derrumbaría el discurso) sino también a críticas como las dirigidas por Spaak y otras, como por ejemplo aquellas relacionadas con la adecuación de la descripción hacia el fenómeno observado (las cuales ponen en duda las conclusiones especulativas).

⁹⁶ Spaak 2014: 134.

⁹⁷ Éste es un punto de partida compartido por otros autores, como por ejemplo Kelsen, para quien hablar de la validez de las normas jurídicas individuales presupone la existencia de un sistema jurídico eficaz. Cfr. Kelsen 1993.

Dejaré para otra ocasión la discusión acerca de la posibilidad, e implicaciones, de que la eficacia de la constitución y el sistema (y consecuentemente de las normas jurídicas particulares) provenga de otras situaciones no consideradas por Olivecrona. Me ocuparé aquí de la segunda alternativa que considera Spaak, que es que Olivecrona esté sosteniendo una “tesis fuerte” de la influencia de las normas jurídicas. Si bien creo que Spaak está en lo cierto al poner este punto de relieve, entiendo que Olivecrona podría responder a la crítica Spaak le plantea. Lo que sucedería, sin embargo, es que se abriría otra posible crítica la cual le sería mucho más difícil responder. Veamos esto.

La respuesta de Olivecrona a Spaak podría ser la siguiente. Debe admitirse que si el Estado (como fuerza organizada) ejerce una fuerte influencia en los individuos y causa así sus comportamientos, no siempre es suficiente. La influencia se explica a través de la “sugestión” que genera en la mente de los individuos, asociando patrones de conducta con sentimientos de constrictión a la realización de éstos. El que tenga esta influencia depende también de diversos condicionamientos que recibe el individuo a través de la educación, de su contacto social, etc. Esto podría llevar a que el individuo no se represente siquiera otra alternativa que no sea la obediencia, especialmente si sus intereses se encuentran generalmente satisfechos; o bien que se la represente, pero que sea de un peso mínimo en comparación con la obediencia.

De este modo, la violación al derecho puede explicarse en el marco del discurso de Olivecrona o bien como una falla de esos condicionamientos, por lo cual el carácter sugestivo de las normas jurídicas o no es percibido o no es suficiente; o bien por la existencia de otra alternativa que por cualquier motivo sea superior, ya sea en una situación específica o en general (si los intereses del individuo no se encuentran generalmente satisfechos).

4.3. ¿Es el “carácter sugestivo” la mejor forma de describir esta situación?

¿Es la mejor forma de describir esta situación, en todo caso, hablar de “carácter sugestivo” de las normas jurídicas? Autores como Spaak piensan que no, y que Olivecrona habría encontrado una mejor forma de describir este estado de cosas si hubiese simplemente seguido el análisis de Charles Stevenson acerca del así llamado “significado emotivo” de los términos morales. Spaak lo explica así:

Stevenson, who thinks for moral terms as means by which we may influence the attitudes of other people, explains that the emotive meaning of a word “is a tendency of [the] word, arising through the history of its usage, to produce (result from) *affec-tive* responses in people⁹⁸.”

⁹⁸ Spaak 2014: 129, citando a Stevenson 1937: 23.

En opinión de Spaak, la explicación de Olivecrona postula al carácter sugestivo como una propiedad de los imperativos independientes; es decir, postula que estos imperativos tienen una propiedad como “hacer surgir una intención avalorativa de llevar adelante la acción”. Esto no agregaría nada a la explicación de Olivecrona, señala Spaak, sino que además la volvería menos adecuada para dar cuenta del fenómeno. Así:

Just as Stevenson finds the emotive meaning of moral words *in* the affective responses in people, so that there will be no emotive meaning over and above those responses, Olivecrona might have found the suggestive character of imperatives in the disposition of people to obey imperatives, so that there would be no suggestive character over and above that disposition. In my view, an account along Stevensonian lines would have been more realistic than Olivecrona’s account, in that it does not posit entities or properties that play no real role in the purported explanation⁹⁹.

El punto de Spaak es interesante dado que le permitiría, a Olivecrona, simplemente explicar la eficacia causal de las normas jurídicas en términos de emociones¹⁰⁰. Si se leyese en esta clave, lo que estaría postulando Olivecrona sería algo como lo siguiente. Los individuos poseen, por diversas razones, fuertes emociones relacionadas con el término ‘norma jurídica’ o ‘ley’. Cada vez que se usa la palabra ‘norma jurídica’, se desata una respuesta afectiva relacionada con una disposición a la obediencia de aquello así denominado. La respuesta afectiva está en gran parte determinada por (el presupuesto de) el correcto uso de la palabra ‘norma jurídica’, que está a su vez determinado por reglas contenidas en la constitución.

Creo que esto es perfectamente compatible con el planteo de Olivecrona, especialmente en lo que refiere de las normas jurídicas creadas y eliminadas en el contexto de un sistema jurídico en funciones. Además, daría buena cuenta de por qué resulta importante el proceso de adscripción del término ‘norma jurídica’ a un imperativo independiente a los efectos de causar el comportamiento. Se trata en este caso no de la capacidad potencial de motivar a la conducta, que se supone que todos los imperativos independientes poseen, sino de la capacidad *efectiva* de hacerlo: una capacidad asegurada por la respuesta afectiva vinculada al uso del término ‘norma jurídica’. Y esto tiene perfecta cabida dentro del interés del discurso de Olivecrona: explicar cómo la creación de derecho «es un instrumento efectivo para el gobierno de la sociedad»¹⁰¹.

Se mantendrían, sin embargo, las cuestiones señaladas en el punto anterior: la

⁹⁹ Spaak 2014: 205.

¹⁰⁰ Esto estaría, además, en consonancia general con su postura no cognitivista en metaética. Para una discusión sobre si esta postura es no cognitivista o, en realidad, alineada con la teoría del error, véase Spaak 2014, especialmente capítulo 6.

¹⁰¹ Olivecrona 1939: 52.

falta de examen serio de la posibilidad de que las acciones de los individuos respondan a otras causas; la falta de prueba empírica para apoyar estas afirmaciones; y la no determinación con claridad cuál serían los extremos que deberían acreditarse en el mundo espaciotemporal para considerar que una norma jurídica “ha influido en el comportamiento” de un individuo.

Se le agregarían, además, algunas dificultades. La primera es que Olivecrona tendría que dar cuenta de por qué la reacción emocional de los individuos sería siempre la misma, es decir, la que conduciría siempre al mismo resultado; y, si no se trata de la misma emoción pero sí del mismo resultado, bajo qué condiciones esto es posible o cómo se comprobaría. La segunda es que, incluso tomándolo a nivel meramente especulativo, Olivecrona parecería presuponer una homogeneidad muy importante de emociones y personalidades entre los individuos que pertenecen a una misma sociedad. Esto último, al menos teniendo en cuenta los ejemplos empíricos de algunas sociedades modernas, parece difícil de sostener. En todo caso, Olivecrona tendría a su cargo el demostrar en qué sentido (si alguno) se daría esta homogeneidad, algo que no hace, sino que presupone.

5. Algunas breves reflexiones sobre la posible utilidad de la categoría de los imperativos independientes

La categoría de imperativos independientes propuesta por Olivecrona parece, sin duda, un intento sofisticado y original de dar cuenta de las características, función y efecto de las normas jurídicas y de los sistemas jurídicos a los cuáles éstas pertenecen. Como hemos visto a lo largo del análisis crítico de la sección 4, esta concepción de las normas jurídicas (así sus presupuestos y sus consecuencias) puede ser pasible de diferentes críticas cuyo éxito es variable. Además de ello, el hecho de que esta forma de concebir las normas jurídicas esté tan estrechamente a una visión fuertemente realista acerca del derecho (y de su estudio) puede hacer no sólo que no sea compartida, sino que ni siquiera sea considerada con la atención necesaria.

Teniendo eso en cuenta, quisiera concluir este trabajo con una reflexión más bien modesta. A mi entender, e incluso si no se comparte el marco teórico metodológico y sustantivo de Olivecrona, la categoría de los imperativos independientes podría ser de interés para dos temas relevantes y actuales de filosofía del derecho: la interpretación jurídica sin intención del legislador, y el debate acerca de las reglas constitutivas.

En relación con lo primero, la categoría de imperativos independientes es resultado directo del rechazo de Olivecrona al voluntarismo y a la idea de que exista una voluntad de un legislador o soberano que dé origen (y que esté detrás de) al derecho. Gran parte de ese rechazo, sin duda, está estrechamente vinculado al rechazo a la idea de que exista una presunta “fuerza vinculante” de las normas jurídicas montada sobre la base de esta presunta voluntad (basado en una postura de rechazo

a la existencia objetiva de hechos morales, siguiendo a Hägerström). Sin embargo, independientemente de ello, uno de los argumentos más fuertes en contra es la idea de que la “voluntad” del legislador o soberano, simplemente, no existe; ésta no sería más que una ilusión, una mera ficción, derivada de resabios de pensamientos mágicos y religiosos que nunca han dejado a las sociedades.

Esto parece estar muy en consonancia con aquellas investigaciones que concluyen que no puede existir una “intención” o “voluntad” de la autoridad legislativa, al menos no del mismo modo que la concebimos de una persona en un contexto de comunicación ordinario, y por tanto intentan explorar caminos alternativos que separan a los textos promulgados por las autoridades legislativas y la “intención” de esos promulgantes¹⁰². Si bien no es del todo claro cuál sea la postura de Olivecrona acerca de la interpretación jurídica, su concepción de las normas como imperativos independientes y su compleja visión acerca de las condiciones en las cuales estos imperativos estarían “en vigor” (esto es, serían eficaces para causar la conducta) permite repensar la cuestión de la interpretación de las “leyes”. Y lo permite de dos maneras: la primera, desplazando la discusión y el foco de la interpretación de las “leyes” del emisor al destinatario (tanto las autoridades aplicadoras como los miembros de la sociedad); la segunda, desplazando explícitamente el foco del análisis hacia el contexto y condiciones en marco de los cuales esas “leyes” son emitidas, y cuál sería el contexto y condiciones en el marco de los cuales la promulgación de una “ley” podrá tener éxito o no (esto es, ser eficaz para causar la conducta).

En relación con lo segundo, acerca de las reglas constitutivas, creo que la categoría de “imperativo performativo” (como subclase de imperativo independiente) puede ser de utilidad para repensar aquel elemento de “normatividad” que es generalmente considerado como parte indisoluble de la idea de “constitutividad” o de “regla” constitutiva. Con la categoría de “imperativo performativo”, en efecto, Olivecrona podría ofrecer tanto una explicación de aquello “constituido” (la evocación de los “efectos jurídicos” y qué son estos) como una explicación del carácter de la “constitutividad” (un carácter imperativo, a pesar de lo que pueda parecer en su forma superficial, no se limita a meramente establecer o “evocar” sino que principalmente guía o provoca conductas).

Asimismo, su explicación de cómo y bajo qué circunstancias un sujeto puede evocar eficazmente esos “efectos jurídicos”, aunque al mismo tiempo las consecuencias de esa evocación queden completamente separadas de su figura, puede contribuir a considerar con mayor seriedad la figura del emisor de la regla constitutiva en el marco de las reglas constitutivas. De este modo, podría ayudar en la reflexión de cuánto la “constitutividad” pueda depender de que el emisor posea una determinada cualificación o característica, cuánto pueda depender del contexto, y cuánto de aquellos destinatarios de aquella “regla” y sus creencias, ideas y/o expectativas.

¹⁰² Cfr., por ejemplo, el reciente Poggi 2020.

Bibliografía

- Austin, J. (1998). *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Hackett.
- Austin, J.L. (1962). *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós.
- Bentham, J. (1970). *On Laws in General* (H.L.A. Hart, ed.). Londres, The Athlone Press.
- Bobbio, N. (1993) *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli.
- Calzetta, A. (2016). *Contexto, Formas y Sistema Jurídico. Elementos para una teoría del concepto de competencia y de la producción jurídica* (disertación doctoral inédita - Università degli Studi di Genova).
- Castignone, S. (1995). *Diritto, linguaggio, realtà: Saggi sul realismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho: De Bentham a Kelsen*, Lima, Palestra.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (1986). *Six Concepts of 'Constitutive Rule'*, «Rechtstheorie» 10.
- Hägerström, A. (1939). *On Fundamental Problems of Law*, en Id., *Inquiries Into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, Almqvist & Wiksells Boktr (1953).
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon.
- Hart, H.L.A (1982). *Commands and Authoritative Legal Reasons*, en Id., *Essays on Bentham: Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press. Reeditado en J. Raz (1990), *Authority*, Nueva York, New York University Press.
- Kelsen, H. (1941). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. «Harvard Law Review», 55 (1), 44-70. <https://doi.org/10.2307/1334739>
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del derecho*. México, Porrúa, VII ed.
- Lundstedt, V. (1956). *Legal Thinking Revised*, Uppsala, Almqvist & Wiksell.
- Olivecrona, K. (1939). *Law as Fact*, 1st edition. Copenhagen, E. Munksgaard.
- Olivecrona, K. (1948). *Is a Sociological Explanation of Law possible?*, «Theoria», 14(2): 167-207.
- Olivecrona, K. (1951). *Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy*, «New York University Law Review», 26, 120-31.
- Olivecrona, K. (1962). *Legal language and reality*, Indianapolis (N.Y.).
- Olivecrona, K. (1964). *The Imperative Element in the Law*, «Rutgers Law Review», 18, 3 (primavera 1964), 794-810.

- Olivecrona, K. (1971). *Law as Fact*, 2nd edition, London, Stevens.
- Olivecrona, K. (1975). *The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "A Law"*, «The American Journal of Jurisprudence», 20 (1), 95-110.
- Olivecrona, K. (2000). *La realtà del diritto. Antologia di scritti* (Multiversum 25) (S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli, eds.), Torino, Giappichelli.
- Poggi, F. (2004). *Norme permissive*, Torino, Giappichelli.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Pisa, Edizioni ETS.
- Rabanos, J. (2020). *Modelos contemporáneos de autoridad* (disertación doctoral inédita - Università degli Studi di Genova).
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Spaak, T. (2014). *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy*, Cham, Springer International Publishing.
- Spaak, T. (2017). *Philosophy of Law of Karl Olivecrona*, en M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer Netherlands.
- von Wright, G.H. (1970). *Norma y acción*, Madrid, Tecnos.
- Weber, M. (2013). *Economy and society: An outline of interpretive sociology*, Berkeley, Univ. of California Press.

