

ANUARIO

DA FACULDADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

2003

**LA NOCIÓN DE «ORDEN» O «MANDATO» EN LA TEORÍA
GENERAL DEL DERECHO DEL REALISMO ESCANDINAVO.
UNA NOTA SOBRE LAS LIMITACIONES DEL ANÁLISIS
PSICOLOGISTA DEL LENGUAJE NORMATIVO**

Oscar Vergara Lacalle

I

Mientras escribimos estas líneas todavía humean los campos de batalla en el teatro de la última guerra que ha acaparado la atención de los medios informativos de gran parte del mundo. Nos referimos a la guerra de EE UU contra Irak. Entre las dramáticas imágenes que han impresionado nuestras retinas no voy a hacer referencia a las más patéticas, las de las víctimas civiles, sino a aquellas otras que muestran a un grupo de prisioneros de guerra estadounidenses respondiendo a un interrogatorio efectuado por quienes en esos momentos los retenían. A la pregunta «¿por qué habéis venido aquí?» ellos respondieron: «¡obedecemos órdenes!». Pues bien, de eso tratan estas líneas, de la obediencia a las órdenes. Esta cuestión puede ser examinada desde dos puntos de vista. Cabe, en primer lugar, examinar *cómo* se obedecen las órdenes y, en segundo lugar, es posible plantearse *por qué* se obedecen las órdenes.

Uno de los intentos más significativos de dar respuesta a la primera cuestión es el realizado en el seno del realismo jurídico escandinavo, para quienes las órdenes son, ante todo, palabras. En efecto, desde un punto de vista empírico, el primer fenómeno, aquello que aparece con más nitidez es obviamente un conjunto de signos lingüísticos (que llamaremos mensaje) emitidos por una persona (a quien llamaremos emisor). Asociado con este fenómeno es posible captar, empíricamente también, un destinatario de la orden (a quien llamaremos receptor), que en cierto número de ocasiones responde, con palabras o con actos, a dicho mensaje. Ante este conjunto de hechos, los realistas postulan (y decimos «postulan» pues la relación de causa-efecto no se puede probar, desde su punto de vista) que el mensaje, por alguna razón, constituye la causa de la respuesta del receptor y tratan de determinar cómo sucede aquello. El que primero ensaya una explicación es Axel Hägerström, y tras él algunos de sus discípulos. Nos ocupamos aquí de los dos más conocidos, que son Karl Olivecrona y Alf Ross.

La importancia de la cuestión en el seno del realismo escandinavo es especialmente significativa —a nivel de quienes sostienen esta doctrina— en la medida en que en el fenómeno de la orden es donde más palmariamente se manifiesta un aspecto de vital importancia para comprender adecuadamente el Derecho, como es el fenómeno de la obediencia. Es más, según Olivecrona, «el concepto de orden es seguramente lo más importante para la elucidación del concepto de Derecho»¹, llegando a constituir el prototipo (*Urtypus*) de la norma jurídica².

Para los pensadores escandinavos, las posibilidades no son más que dos. O bien las palabras que constituyen el mensaje son mágicas y producen efectos suprasensibles, o bien su efecto es meramente psicológico. Es claro que los realistas suscriben esta segunda posibilidad, pues para ellos sólo existe aquello que es perceptible por los sentidos³. Esto no quiere decir que lo mágico carezca de toda eficacia en el mundo del Derecho. No hay que olvidar que para estos autores, en los orígenes del Derecho se verifica una estrecha asociación entre el Derecho, la magia y la religión. Esta tesis fue originalmente defendida por Hägerström en su monumental obra sobre el Derecho romano⁴ y a ella se adhirieron también sus discípulos, en particular Olivecrona, que además de realizar diversos trabajos acerca del origen mágico del Derecho romano, en particular lo que se refiere a la adquisición de la propiedad, hizo lo propio con algunas de las instituciones tradicionales del Derecho sueco antiguo, como la «taga konung» (provisión de rey), la ceremonia matrimonial precristiana o la ocupación del suelo⁵. Hoy día, como consecuencia de la evolución del tipo humano, las creencias mágicas sólo se desenvuelven en ámbitos marginales y en todo caso fuera de la esfera del Derecho. Pero no del todo. Los mismos conceptos que manejamos hoy (derecho, vínculo, justicia, ley, etc.) son los que se manejaban en los orígenes del Derecho. Si bien, como decimos, la mentalidad mágica ha desaparecido y con ella la sustancia de los conceptos jurídicos; la forma lingüística, como una cáscara, siempre más resistente al paso del tiempo, permanece. En opinión de Ross, los conceptos jurídicos básicos son conceptos fósiles, pero su utilidad trasciende lo historiográfico, pues dichos conceptos tienen una indudable función social (de dirección de la conducta), que viene dada por la persistente eficacia psicológica de las palabras que hoy constituyen su única «sustancia», su única realidad⁶.

1 OLIVECRONA, Karl, *Law as fact*, Copenhague-Londres, Ejnar Munksgaard-Humphrey Milford, 1939, p. 125. Esto es así también en el caso de Hägerström, como nota Pattaro: «La elucidación de en qué consiste la orden, qué efectivo proceso psicológico provoca en el destinatario, es muy importante en el examen de Hägerström con vistas a la confrontación del estado psíquico de quien experimenta un sentido del deber; confrontación que llevará, por último, a conocer la definición hägerströmiana del concepto de norma» (PATTARO, Enrico, *Il realismo giuridico scandinavo. I: Axel Hägerström*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, 1974, pp. 128-129).

2 OLIVECRONA, K., *Der Imperativ des Gesetzes*, Copenhague, Munksgaard, 1942, p. 13.

3 La justificación de esta ontología que reduce lo real a lo que está situado en las coordenadas espacio-temporales sólo puede hallarse, por lo que al realismo escandinavo se refiere, en Hägerström. Al respecto, vid. HÄGERSTRÖM, Axel, *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung, I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908. Sin embargo, esta obra, con la que Hägerström pretende haber roto con el idealismo entonces reinante en Europa (en Suecia, a través de la figura de Jacob Boström), contiene una terminología confusa, producto según el autor de su interés por hacer comprensible la nueva filosofía realista a la mentalidad idealista propia de la época. Por ello se recomienda consultar HÄGERSTRÖM, A., «Selbstdarstellung», en *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. 7, R. Schmidt (ed.), Leipzig, Felix Meiner, 1929. Existe versión inglesa: «A summary of my Philosophy», en HÄGERSTRÖM, A., *Philosophy and Religion*, trad. de R. T. Sandin, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964, pp. 31-74.

4 HÄGERSTRÖM, A., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. I, Uppsala, 1927; vol. II (*Über die Verbalobligation*), Uppsala, 1941. También se puede mencionar su trabajo *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, K. Olivecrona (ed.), Almqvist & Wiksell, 1965.

5 Cfr., entre otras obras, OLIVECRONA, K., *The Acquisition of Possession in Roman Law*, Lund, Gleerup, 1938; *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, Lund, Gleerup, 1947; *Three Essays in Roman Law*, Copenhague, Munksgaard, 1949; «Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen», en *Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundets i Lund årsberättelse*, 1956-57, pp. 1-15.

6 ROSS, Alf, *Towards a Realistic Science of Law*, Copenhague, Munksgaard, 1946. Existe versión castellana: *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 17-20. En el mismo sentido, véase la jocosa alegoría que efectúa el profesor danés en «Tû-Tû», en *Festschrift til Professor Henry Ussing*, 1951, traducido al inglés con el mismo título en *Harvard Law Review* 70 (1956/57). Existe versión castellana: *Tû-Tû*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, 1976.

Reducido, en definitiva, lo mágico a lo psicológico, los únicos efectos que pueden producir las órdenes son psicológicos.

II

En opinión de Hägerström, quien emite una orden persigue, por medio de ciertos signos, particularmente mediante la expresión de un enunciado, causar o producir una acción o una omisión en el destinatario de la orden. Para perfilar psicológicamente la noción de orden, el profesor de Uppsala intenta averiguar qué clase de idea o qué estado de conciencia en general pretende suscitar en el receptor quien emite una orden tal como «tienes que (debes) hacer tal cosa»⁷ o «¡haz tal cosa!».

Es preciso, en primer lugar, distinguir entre el contenido de esta expresión imperativa —o «conativa», como la llama Hägerström— y el contenido de una amenaza, que en ocasiones acompaña a una orden. La amenaza sirve para suscitar en el receptor la idea de que tendrá que habérselas con las consecuencias (desagradables) de no actuar de la manera indicada en la orden. Eventualmente, la amenaza puede combinarse con una advertencia, que se caracteriza porque el emisor concibe el esquema de valores del receptor, y con esta referencia trata de persuadirlo. Sin embargo, lo específico del «debes» no se manifiesta, a juicio del profesor de Uppsala, ni en la amenaza ni en la advertencia, pues cabe perfectamente la posibilidad de que una orden se exprese de modo «puro», sin advertencias ni amenazas. Esto es así porque la expresión «debes» es de carácter categórico. Su objeto no consiste en suscitar en el receptor la idea de que cierta acción u omisión debería tener lugar como medio para realizar un valor positivo o evitar un valor negativo. La amenaza o la advertencia funcionan sólo, según este autor, como un añadido a la expresión imperativa «debes», y sirven para reforzar o consolidar con una motivación adicional la voluntad del receptor⁸.

Ahora bien, si la orden no contiene referencia alguna a valores, la pregunta que se plantea es cómo la mera expresión de una orden, que no es desde este punto de vista más que una mera sucesión de palabras, pueda determinar la conducta del receptor. Hägerström descarta tres posibles explicaciones:

a) No puede simplemente reducirse a suscitar en el receptor la idea de que el propio emisor del mensaje tiene cierto deseo o cierta voluntad de que el receptor se comporte de determinada manera. Tal conocimiento, por sí mismo, carece de toda relevancia práctica, a menos que se acompañe de una amenaza o de un incentivo, en cuyo caso la expresión «debes» carecerá, en opinión del profesor de Uppsala, de todo sentido⁹. Por otra parte, hay que tener en cuenta que se puede ordenar cierta conducta sin desear o querer realmente aquello que se ordena. Por último, entender la orden como una declaración de voluntad conduce a un proceso al infinito, porque si quien ordena quiere declarar que ordena, y ordenar es querer declarar que ordena, quien ordena quiere declarar que quiere declarar que quiere declarar..., y así sucesivamente.

7 En lo sucesivo traduciremos la expresión «thou shalt» preferentemente como «debes», en lugar de «tienes que», pues permite destacar el carácter deóntico de la expresión, en consonancia con el objeto del trabajo de HÄGERSTRÖM, A., «On the Idea of Duty», en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, en que se contienen estas ideas, y evitando la equivocidad de la expresión «tienes que», que también puede expresar un sentido técnico.

8 *Ibid.*, pp. 117-118.

9 *Ibid.*, pp. 118-119.

b) Tampoco basta pensar que las palabras que integran el mensaje en cuestión sirvan directamente para dar expresión a un deseo personal de quien dicta la orden, pues tampoco esto tendría propiamente relevancia práctica para el fin de dicha orden¹⁰ (del mismo modo quizás que tampoco la tiene propiamente un suspiro).

c) Ni siquiera se trata de provocar en el receptor el deseo de actuar de cierta manera, pues tal deseo implica la referencia a algún valor que se ha de realizar o evitar a través de la acción u omisión indicada en la orden, deseo que también puede ser provocado por otros medios, como pueden ser las amenazas, las promesas o el consejo o una combinación de ellos. Una orden como tal, sin embargo, no se refiere en opinión de Hägerström al sistema de valores del receptor¹¹.

En su opinión solamente queda una interpretación posible: las órdenes tienen la finalidad de provocar de modo directo en el receptor la intención o el propósito de actuar de cierta manera. Sin necesidad de producir mediatamente ningún deseo en el receptor que actúe como motivo, la orden tiene la virtualidad de asociar directamente la idea de cierta acción u omisión con el «sentimiento de un impulso conativo». No hay motivación, que es una forma de «sugestión práctica». Lo que hay es una intención o propósito en el receptor de obrar en cierto sentido, causado por la expresión «debes» en unión con la representación ideal de una conducta. Esto —aclara Hägerström— exige la existencia de una especial relación entre el emisor y el receptor, como, por ejemplo, una relación de subordinación¹².

En ocasiones, como en el servicio militar, el soldado bien instruido ni siquiera necesita representarse la acción para llevarla a cabo, quedando su voluntad, como dice Hägerström, «paralizada». En este caso la orden funciona mecánicamente y la idea de la acción sólo está en la mente del emisor de la orden¹³. Sin embargo, no es aquí donde se manifiesta el verdadero significado de la orden para el profesor de Uppsala. Éste se da cuando concurren en el receptor impulsos que están en conflicto con la idea de acción indicada en la orden. Cuando existe oposición en la mente del receptor, es preciso actuar directamente sobre ésta. Esto se consigue acentuando la forma imperativa como tal, con el fin de quebrar la oposición de la voluntad del receptor y crear en él la intención o propósito de realizar o evitar la acción u omisión ordenadas. En este caso no es suficiente con inculcar la representación de la conducta ordenada. Para que ésta se materialice, es preciso reprimir, mediante la forma imperativa, la tendencia hacia la materialización de esos otros impulsos de signo contradictorio que pugnan por trans-

10 La imposibilidad de reducir las órdenes a enunciados, alegada por Hägerström es de orden diverso en a) y en b), como aclara Pattaro. En a) se critica la reducción de la orden a un enunciado descriptivo del tipo «es un hecho que yo deseo que tú te comportes de tal manera», o «es un hecho que yo quiero hacerte obrar de tal modo». Sin embargo, en b) de lo que se trata es de enunciados expresivos. El enunciado con significado expresivo no se identifica con el enunciado con significado descriptivo o declarativo (PATTARO, E., *Il realismo giuridico scandinavo. I: Axel Hägerström, cit.*, p. 124).

11 HÄGERSTRÖM, A., «On the Idea of Duty», *cit.*, p. 120.

12 *Ibidem*. Como nota Pattaro, esta última observación será muy bien aprovechada por Olivecrona, que hace de la necesidad de una relación personal entre emisor y receptor un carácter esencial de la orden, distinguiendo así a la norma, en la que tal relación no está presente (PATTARO, E., *Il realismo giuridico...*, *cit.*, p. 127).

13 HÄGERSTRÖM, A., «On the Idea of Duty», *cit.*, pp. 120-121. Un ejemplo podría ser, quizás, la orden «¡fuego!» dada por el instructor de tiro. El profesor de Uppsala pone como ejemplo la orden «paso ligero», que es de orden cerrado. Sin embargo, por regla general, en el orden cerrado, las voces de mando se dividen en «voz preventiva» (v. gr., «de frente») y «voz ejecutiva» (v. gr., «¡ar!»), lo que da lugar a representarse en el interin la acción a ejecutar. Incluso en el orden de combate, las órdenes, si bien desprovistas de esta doble articulación, son pronunciadas con una inflexión en el tono de voz que también da lugar a dicha representación. No obstante es verdad que el soldado bien instruido actúa automáticamente, sin necesidad de idear mentalmente la acción.

formarse en intenciones o propósitos actuales y efectivos. Por lo tanto, el imperativo, para Hägerström, funciona propiamente cuando hay una resistencia que vencer, no cuando actúa como mero auxiliar del poder, donde basta la indicación ideal de cierta acción u omisión para provocar el propósito o la intención correspondiente en la mente del receptor¹⁴.

Como vemos, la forma imperativa se dirige a la creación en el destinatario de cierto estado de conciencia o, más correctamente, de cierta asociación de estados de conciencia que hemos venido llamando intención o propósito¹⁵. No se trata de crear, pues, —aclara Hägerström— la idea de un propósito. Si un propósito es él mismo un estado de conciencia —considera—, es innecesario el rodeo de imprimir en el receptor la idea de un propósito para, por tal medio, provocar dicho propósito. De los dos factores presentes en el propósito (el sentimiento de impulso conativo y la idea de cierta acción), la forma imperativa («debes») apunta al factor conativo. Por lo tanto, el «debes» del imperativo y el «quiero» del propósito se refieren ambos al mencionado impulso conativo, pero de distinta manera. Mientras el imperativo «debes» se dirige directamente a provocar tal factor, el «quiero» del propósito es la expresión de tal factor como ya existente¹⁶.

Para que la forma imperativa sea efectiva provocando un propósito en el receptor de una orden, es preciso que constituya la verdadera expresión de un propósito también en el emisor. Es decir, el emisor tiene que tener un sentimiento de impulso conativo asociado con la idea de cierta acción por parte del receptor de la orden. La forma imperativa es eficaz produciendo en el receptor el correspondiente estado de conciencia en la medida en que es una expresión reflexiva para esta asociación. Si tal conciencia no existe en el emisor, la forma imperativa no la expresará adecuadamente. La mera enunciación de las palabras no es suficiente, siendo necesario que éstas sean pronunciadas como dando expresión a una volición ya existente. El estado de sentimiento que comprende el propósito actual del emisor imprime en la expresión un sello característico, como es cierto sentimiento de energía. Por lo tanto, el estado de conciencia que se pretende crear en el receptor también tiene que existir en el emisor de la orden, aunque referido a la acción del receptor¹⁷.

III

Esto es así también en Olivecrona, para quien la forma imperativa no tiene carácter representativo, sino directivo. Para este autor, el controvertido «debes» es sólo una palabra, sin significado pero con una función impulsiva¹⁸. En consecuencia, la forma

14 Cuando no se presenta alternativa a la acción ordenada, la forma imperativa sirve únicamente para fortalecer la eficacia sugestiva de la indicación de la acción y reprimir las ideas de otras acciones eventuales (*ibid.*, p. 121).

15 En la traducción inglesa que manejamos figura la palabra «intention», que es también la utilizada por Castignone en *La macchina del diritto*. Pattaro, manejando el original sueco, traduce, sin embargo, la palabra «föresats» (su equivalente alemán es «Vorsatz»), por «propósito» (PATTARO, E., *Il realismo giuridico...*, *cit.*, p. 129). Para el autor italiano, la palabra «intention» se corresponde con la sueca «avsikt» (o la alemana «Absicht»). La palabra italiana «propósito», que se corresponde con la homónima española «propósito», manifiesta quizás más claramente la idea de impulso de la voluntad. Por tal motivo, a partir de ahora, utilizaremos exclusivamente esta expresión.

16 HÄGERSTRÖM, A., «On the Idea of Duty», *cit.*, pp. 122-123.

17 *Ibid.*, p. 123.

18 OLIVECRONA, K., *Der Imperativ des Gesetzes*, *cit.*, p. 18. Sobre el significado del lenguaje imperativo, *vid.*, por ejemplo, OLIVECRONA, K., «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Bobbs-Merrill Inc., 1962, pp. 151-191.

imperativa con la que se expresa la orden no suscita ninguna representación en el receptor. Éste sólo se representa en su mente la conducta ordenada en unión con la palabra «debes». Pero no existe ninguna representación con un contenido que se corresponda con la palabra «debes». A este respecto, el receptor únicamente percibe la nuda palabra, y nada más, según el profesor de Lund.

Olivecrona compara la orden con la expresión de un propósito en el sentido indicado arriba. El propósito consiste en la asociación de dos estados de conciencia: la representación de una conducta determinada y un impulso de la voluntad. Este se manifiesta con la palabra «¡quiero!». No se trata de un acontecimiento futuro. Esta palabra es la expresión reflexiva del mismo impulso volitivo, que puede ser sustituida por gestos que revelen determinación o decisión. Lenguaje y mímica, para el profesor de Lund, son análogos. Para él, la exclamación es una expresión directa y espontánea de una emoción y puede ser comparada con un rostro sonriente que revela alegría.

La expresión de un propósito sirve también para autosugestionarse. Mi propósito queda fortalecido cuando digo enérgicamente «¡quiero hacer esto!». En estas palabras hay algo más que la expresión de un sentimiento o de una voluntad. Hay un elemento sugestivo que sirve para suscitar o afianzar la voluntad en un sentido determinado. Cuando un niño empieza a llorar, sucede que otro niño se contagia. Algo similar se puede decir de las manifestaciones de alegría o el decidido propósito de un hombre de intervenir en una situación de peligro. Pues bien, así como estas manifestaciones de sentimientos o de voluntad se contagian naturalmente, también es posible utilizarlas intencionalmente para influir sobre los demás —explica Olivecrona—. Esto es justamente lo que pasa con las órdenes. La expresión de las palabras «debes hacer tal cosa» puede bajo ciertas circunstancias provocar el correspondiente sentimiento de impulso conativo en el receptor que puede expresarse con las palabras «¡quiero hacerlo!». «Se trata, —a juicio de Olivecrona—, de una manifestación de voluntad que sirve para suscitar una voluntad»¹⁹.

La orden, por tanto, no sirve simplemente para comunicar o informar al receptor acerca de lo que el emisor quiere o desea que haga. Tampoco sirve para que el emisor exprese a través de ella un vaticinio acerca de la futura conducta del receptor. Tampoco hace referencia a valores. Lo característico de una orden, en opinión del profesor de Lund, es que cierta acción ha de ser incondicionalmente realizada. Por eso no requiere de ninguna amenaza y tampoco el añadido de un premio. La orden misma es un medio de sugestión²⁰. La expresión «debes» es sólo un medio para provocar un propósito en el receptor, análogo al gesto de llevarse el dedo índice a los labios en señal de silencio. Tal tipo de signos —concluye— tienen el mismo significado que la orden verbal²¹.

Como hemos visto, la orden ha de llevar el sello de la energía para tener eficacia sugestiva. Una orden dada de modo débil o mecánico carece de energía. Cuanto mayor es la resistencia psíquica que hay que vencer, mayor es la fuerza que hay que imprimir a la orden para que alcance su finalidad. Al concepto de orden pertenecen no sólo las palabras, sino también la manera de pronunciarlas, así como el rostro, los gestos y toda la actuación del emisor. Todos ellos constituyen para Olivecrona «signos imperativos», término con el que se refiere en general a toda expresión formalmente imperativa, es decir, a todo aquello que forma parte del aspecto volitivo de la orden y que provoca el correspondiente impulso volitivo —no representativo— en el receptor²².

Por último, Olivecrona clasifica las órdenes en «espontáneas» o «convencionales», según estén o no reguladas o estandarizadas. Las órdenes espontáneas tienen un origen natural, como, por ejemplo, las expresiones mímicas; mientras que las órdenes convencionales se encuentran reguladas o estandarizadas, como es el caso de las órdenes militares, cuyo significado está establecido en un reglamento. Con la estandarización se consigue una disposición en el receptor a obedecer la orden, lo cual no excluye la necesidad de una fuerza de sugestión personal por parte del emisor, que es de la mayor importancia. Lo que quiere decir con esto el profesor de Lund es que resulta una condición necesaria para la eficacia de la orden convencional que haya sido inculcada en el receptor una forma concreta de reaccionar ante un estímulo dado²³.

IV

Ross incluye las órdenes o mandatos dentro de lo que llama «directivos personales», que es una categoría más amplia que la de los imperativos personales de Olivecrona, los cuales sí pueden asimilarse directamente con las órdenes. Para el profesor danés, una orden o mandato, como subespecie de los directivos personales, puede ser «puro» (orden) o «bajo amenazas».

En opinión de Ross, es un «hecho empírico» que los «directivos» se usan para influir en la conducta²⁴. En particular, por lo que se refiere a los «directivos personales», al igual que Olivecrona, considera Ross que es fundamental la persona del emisor, porque su efecto sobre el oyente depende de que hayan sido emitidos por esa persona en particular: «Si alguien dice que se le ha mandado, pedido, aconsejado, instruido o exhortado a realizar tal acto, es razonable preguntarle que por quién, y la respuesta “por nadie” se consideraría no razonable»²⁵. No se puede decidir en abstracto cuál es la actitud apropiada ante la orden «¡cierra la puerta!», por ejemplo, si no conocemos quién nos lo ordena. Tampoco podremos decidir nuestra actitud si no sabemos la *situación* en que se ha usado la orden. En esto Ross hace un especial hincapié. Olivecrona, aunque habla de las circunstancias que rodean la emisión de la orden²⁶, apenas extrae consecuencias a partir de ahí. Sin embargo, para Ross, esto permite distinguir entre diversas clases de directivos personales.

Lo importante no es tanto la forma lingüística: la forma más apropiada para expresar directivos es el modo imperativo («¡Pedro, cierra la puerta!») o ciertas expresiones deónticas («debes», «tienes que», «estás obligado», «tienes derecho», etc.). Sin embargo, esto no es determinante, pues no hay una conexión necesaria entre la función y la expresión: «Por una parte, pueden aparecer en expresiones con significado indicativo; por otra, los directivos pueden expresarse fácilmente por medio de sentencias que no estén en el modo imperativo ni contengan términos deónticos»²⁷. Por ejemplo, si un policía dice: «Está prohibido aparcar aquí», esto debe tomarse como un directivo: el policía no está enunciando simplemente el hecho de que hay una norma que prohíbe aparcar, sino que la está aplicando con el fin de que el ciudadano cambie de lugar su vehículo. Sin embargo, si quien dice que está prohibido aparcar el coche es un amigo o

19 OLIVECRONA, K., *Der Imperativ des Gesetzes*, cit., pp. 15-18.

20 *Ibid.*, p. 12. Cfr. HÄGERSTRÖM, A., «On the Question of the Notion of Law», en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cit., p. 120.

21 *Ibid.*, pp. 18-19.

22 *Ibid.*, p. 20.

23 *Ibid.*, pp. 22-23.

24 Ross, A., *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Keagan, Paul, 1968. Existe versión castellana: *La lógica de las normas*, trad. de José S.-P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, p. 42.

25 *Ibid.*, p. 53.

26 *Vid. supra*.

27 Ross, A., *La lógica de las normas*, cit., p. 43.

acompañante del conductor, éste le puede responder: «¡Bueno, no te preocupes!», pues sólo le está informando, cosa que no es posible hacer, sin una cierta osadía, al policía. Por otro lado, también es posible emitir directivos en modo indicativo, como, por ejemplo, diciendo: «¡Mañana me traes tu carta de renuncia!». En definitiva, lo que Ross pretende poner de relieve es que el significado indicativo o directivo dependerá a menudo del contexto²⁸.

En opinión del profesor danés los directivos personales pueden dividirse en tres subclases: en interés del que habla, en interés del que escucha y desinteresados. Los primeros son aquellos directivos cuyo propósito es que el receptor realice un acto particular en interés del emisor. Aquí encontramos los directivos sancionados, que incluyen la orden o mandato bajo amenazas, la pretensión jurídica y la invitación bajo presión o tentación; los directivos de autoridad, que constituyen la orden o mandato y la invitación puros, y los directivos «con condición de simpatía», dentro de los cuales sitúa las peticiones, la sugerencia, la invitación, la súplica y el ruego. Los directivos de la segunda subclase se dirigen a la realización de acciones en interés del receptor y comprenden el consejo, la advertencia, la recomendación y la instrucción. Finalmente, los de la tercera subclase se refieren a acciones que no son específicamente en interés de ninguna de las dos partes, por lo que los denomina «directivos desinteresados», que reduce a la exhortación. De todos estos directivos a nosotros sólo nos interesan las órdenes puras y las órdenes bajo amenazas. Comenzamos por esta última clase de directivos.

A juicio de este autor, un directivo está sancionado si del contexto resulta que el emisor puede y está dispuesto a responder a las acciones del receptor, de modo que *a*) si el receptor no cumple con el directivo, será castigado con «dolor, pérdidas o frustración»; o *b*) si cumple será recompensado de algún modo. Si el receptor estima que la situación es de este tipo, se ha producido en él una motivación, por lo que se puede afirmar que el directivo es «efectivo», lo cual no quiere decir que necesariamente el receptor cumplirá el directivo, pues puede suceder que sobre su ánimo sobrepujen otras motivaciones²⁹.

Es destacable que Ross no distingue entre coacción y obligatoriedad: «Si el castigo es severo y la motivación resultante encuentra la oposición de otros motivos fuertes, el directivo, interesado o desinteresado, será experimentado como una *orden o mandato coactivo (u obligatorio)*, de cumplimiento obligado»³⁰. Es el supuesto del ladrón que atraca al cajero de un banco o el prisionero que es torturado para que revele secretos. Son casos en que el castigo es extremadamente severo y también ilegal. La diferencia con el castigo menos severo o legal es, a su juicio, sólo de grado. Sin embargo, en circunstancias normales, los directivos legalmente sancionados serán sentidos o percibidos como «una exigencia *válida* que hay que cumplir no por miedo del castigo (o al menos no exclusivamente por eso), sino por sentido del deber o por respeto a la ley y al orden»³¹. Tal situación no se tendrá por coactiva. Por ejemplo, cuando el deudor considera justa la pretensión de su acreedor. La considerará coactiva en el caso de que tenga por injusta su pretensión, pero sabe que perderá el juicio ante las pruebas falsas presentadas por el presunto acreedor.

Aparte de la coacción, legal o ilegal, hay muchas formas de presión, que casi siempre será no violenta, ya que las leyes no suelen permitir el uso de la violencia por personas particulares. Sin embargo, tales formas de presión pueden ser tan severas que

se sientan como coactivas. Son los casos, por ejemplo, de la amenaza de los padres de retirar la paga a los hijos, o la amenaza de huelga o cierre patronal; o la de interrumpir la cohabitación por uno de los cónyuges. A medida que la sanción es menos severa o toma la forma de recompensas, ya no se habla de órdenes o mandatos obligatorios o coactivos, sino de «invitaciones bajo presión o tentación (invitaciones sancionadas)»³².

La otra clase de órdenes que interesa tomar en cuenta aquí son las que Ross denomina «directivos de autoridad», que se dan cuando el receptor tiene «una actitud de espontánea obediencia hacia los directivos (al menos de ciertos tipos) que el emisor le dirige». En este caso, el receptor no obedece en virtud de ninguna sanción, sino por respeto a la autoridad del emisor, ante quien el receptor se siente obligado a obedecer. Hay que destacar que, para Ross, el poder o autoridad del emisor «no es en sí mismo nada, salvo una proyección de la actitud de sumisión de *B* [el receptor]»³³. Ejemplos de esta actitud de sumisión son la actitud de los niños hacia sus padres y profesores, la de algunos creyentes hacia la autoridad religiosa, la de los miembros de un grupo hacia su cabeza o la de los buenos ciudadanos hacia la autoridad reconocida en el poder. Análogamente a la división que Ross efectúa entre directivos sancionados bajo amenazas y las invitaciones bajo presión o tentación (invitaciones sancionadas), también distingue entre mandatos de autoridad e invitaciones de autoridad.

Pero no sólo la autoridad ejerce «poder», también lo hace un atracador. Sin embargo, para Ross ambos poderes son de índole distinta. Mientras que el atracador se dirige a los intereses de la otra parte (a su temor a alguna clase de sanción), la autoridad no apela a los intereses del que obedece, sino «a algo a menudo considerado más «esencial», perteneciente a un orden de la «naturaleza» humana «superior» a los intereses condicionados por sus necesidades, a saber, su fe en una fuerza que es *válida* —esto es, que le afecta con independencia de sus gustos, de sus intereses, de sus temores y de sus esperanzas—»³⁴.

Estas actitudes de sumisión a la autoridad son muy importantes para la vida en comunidad. Ningún orden social puede basarse solamente en sanciones. La organización política sería inviable si estuviera únicamente asentada en el miedo y en el terror, en lugar de en la autoridad de sus gobernantes³⁵. Ross descarta una explicación metafísico-religiosa para explicar este fenómeno según la cual sería posible, en su opinión, un conocimiento *a priori* de lo que es válido; por el contrario, se alinea con los que tratan de ofrecer una explicación empírico-psicológica. En particular, sugiere que puede tratarse de un fenómeno de condicionamiento, que ilustra con el ejemplo de la instrucción militar. La constante repetición de ésta tiene como efecto la obediencia espontánea del soldado al margen de toda consideración a las sanciones. Lo mismo sucede con la autoridad de los padres que se afianza con una correcta aplicación de sanciones e incluso explica la actitud de obediencia de los ciudadanos hacia el régimen político: «cualquier régimen *de facto* tiende a convertirse en un régimen *de jure*»³⁶, lo cual no quiere decir que sea razonable eliminar toda sanción, pues la obediencia del ciudadano depende de una combinación de motivos entre los que se mezcla el respeto desinteresado con el miedo al aparato legal de coacción»³⁷.

32 *Ibid.*, pp. 46-47.

33 *Ibid.*, p. 47.

34 *Ibidem.*

35 *Cfr.* Ross, A., *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1958. Seguimos la versión castellana: *Sobre el Derecho y la justicia*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 56.

36 Parece que Ross hace referencia a la idea de la «fuerza normativa de los hechos» de Jellinek. *Cfr.* JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª ed., 1905, trad. cast. *Teoría General del Estado*, F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1981, p. 254.

37 Ross, A., *La lógica...*, *cit.*, p. 48.

28 *Ibidem.*

29 *Ibid.*, pp. 45-46.

30 *Ibid.*, p. 46.

31 *Ibidem.*

V

Conviene ahora detenerse en un inciso que tiene una relevancia mucho mayor de la que aparenta. Decíamos que, para Ross, el emisor tiene el carácter de autoridad cuando el receptor «tiene una actitud de espontánea obediencia hacia los directivos (*al menos de ciertos tipos*) que A [el emisor] le dirige». Creemos que es necesario determinar algo más cuáles son esos «ciertos tipos de directivos» que tienen la virtualidad de causar la obediencia del receptor, averiguación de la que eventualmente pudiera seguirse la constancia de elementos de análisis no considerados ni por Ross, ni por los otros pensadores pertenecientes al realismo escandinavo.

Uno de los ejemplos de obediencia a la autoridad citados por Ross es el del «buen ciudadano». Sorprende un poco el calificativo de «bueno» en un realista escandinavo. El buen ciudadano no puede ser, desde este punto de vista, aquel que tiene la virtud de obedecer las órdenes de aquellos constituidos en autoridad, pues la virtud no es constatable empíricamente. El buen ciudadano ha de ser, en consecuencia, aquel que está psicológicamente condicionado para obedecer tales órdenes. De aquí hay que concluir que el buen ciudadano sólo responderá favorablemente hacia aquellos tipos de órdenes que tengan la virtualidad de incidir en el mecanismo psicomotor del receptor. Únicamente las órdenes que se sitúan en este contexto pueden considerarse eficaces, lo cual significa que la emisión de una orden que no produzca el estímulo condicionante o no esté en consonancia con las circunstancias que lo han rodeado en el proceso de acondicionamiento es un tipo de orden de aquellas que no tienen como efecto la espontánea obediencia del receptor, en este caso del buen ciudadano.

Retomemos el ejemplo de Ross del policía que ordena al ciudadano aparcar en otro lugar. Imaginemos que obedece. ¿Por qué se produce tal obediencia? Quizás un *mal* ciudadano lo haga porque se represente la inminencia de una sanción en el caso de desobediencia, pero el *buen* ciudadano, en los términos de Ross, obedecerá porque el policía es un agente de la autoridad. Pero imaginemos que el policía prohíbe aparcar a nuestro ciudadano allí donde las ordenanzas municipales y todas las señales de tráfico lo permiten, sin existir ninguna circunstancia de salubridad, obras o peligrosidad que suspendan la eficacia de tales ordenanzas y señales. En este caso es posible que cese la actitud de espontánea obediencia y que el ciudadano obre por miedo a la sanción del policía. ¿Significa esto que el buen ciudadano se convierte en mal ciudadano? Desde un punto de vista psicológico, lo que hay que decir es que las ordenanzas municipales y las señales de tráfico forman parte del contexto de acondicionamiento en el que se desarrolla la educación vial de los ciudadanos, por lo que no resulta estimulante aquella orden que se sitúa fuera de este contexto. Esto es un hecho y propiamente no se puede hablar ni de buenos ciudadanos ni de malos ciudadanos, ya que no son cualidades empíricamente verificables. Por eso Ross diría que hablar de un buen ciudadano sólo es una forma de hablar. Probablemente él la use para referirse al ciudadano que obedece espontáneamente las órdenes de la autoridad.

Olivecrona, por su parte, afirma que «hablando racionalmente sólo puede tratarse de una cuestión de requisitos psicológicos para la eficacia de la orden»³⁸. Tomemos un ejemplo del propio Olivecrona. Supongamos que llegamos a un hotel y queremos que el botones suba las maletas a la habitación que nos ha sido asignada. No hace falta expresar ningún énfasis para que la orden surta efecto³⁹. Según la tesis realista, su obediencia sería debida a su formación (en el sentido psicológico de conformación) para el trabajo. Ahora bien, imaginemos que es su primer día de trabajo. ¿Exigirá esto mayor énfasis en la orden? Pensamos que no. El botones *sabe* que su función consiste en lle-

38 OLIVECRONA, K., *Law as fact*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 124.

39 OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, Copenhague, Ejnar Munksgaard, 1940, p. 21.

var las maletas. Y si le pedimos que lave nuestro coche, no lo hará, por la misma razón. Por eso pensamos que la obediencia a las órdenes es una cuestión más de *razones* que de motivos. Volvamos al ejemplo anterior. Si el ciudadano obedece al policía no es tanto porque tenga esto por costumbre, cuanto porque sabe que el policía le impide aparcar por una razón de orden público. Su orden es, por lo tanto, razonable. Si el policía le impide aparcar arbitrariamente (por ejemplo, para dejar sitio para su propio coche), conoce que dicha orden no es razonable porque no obedece a razones públicamente expresas o expresadas. Por supuesto, lo razonable no se reduce a lo que establecen las normas, pues tan poco razonable puede ser el agente de policía como la autoridad normativa. Más que a las causas hay que mirar, pues, a los fines.

Entonces, si como dice Tammelo, «el mandato del policía “¡alto!”, dirigido al ladrón que huye, puede ser expresado sin ningún absurdo intelectual como “tienes el deber de detenerte”»⁴⁰, ello es porque la orden es razonable⁴¹, como razonable es el sistema jurídico que prohíbe y sanciona el robo⁴²; si bien es verdad, como dice Pattaro, es más idóneo desde el punto de vista de la eficacia el modo imperativo⁴³.

Otro ejemplo recurrente entre los realistas es el de la instrucción militar, como supuesto de máximo acondicionamiento. No es posible obviar la importancia de dicho acondicionamiento, pero tampoco debe exagerarse: por muy instruido que esté, un soldado no obedecerá aquellas órdenes cuyo contenido no esté razonablemente conectado con los fines propios del servicio de las armas. Más aún: es casi imposible elevar la moral de un soldado que combate en una guerra injusta o forma parte de una acción bélica que, desde el punto de vista táctico, es palmariamente desordenada⁴⁴. Dicho de otro modo, los efectos psicológicos de las órdenes militares e incluso de toda orden en general, dependen de algo más que de un ciego proceso de acondicionamiento. Sobre la voluntad no sólo inciden pulsiones psicológicas de diferente naturaleza y magnitud, sino también razones. Los realistas escandinavos olvidan esta dimensión racional, que en lo que se refiere al sistema jurídico positivo algún autor ha llamado «aspecto interno del Derecho»⁴⁵, por lo que su interpretación resulta cuando menos sesgada y debe ser completada con la luz de un nuevo estudio planteado desde la perspectiva de lo que se denomina últimamente «razones para la acción».

Lo anterior permite no sólo explicar cómo se obedece una orden, sino también comprender *por qué* se debe obedecer. Cuando alguien, en su vida cotidiana, se encuentra con la obligación de llevar a cabo una determinada conducta cuyo significado no alcanza a comprender, puede preguntar por qué ha de realizar tal conducta, y si la respuesta no es satisfactoria, puede inquirir y exigir nuevos argumentos. Ésta es la manera, de hecho, como se resuelve cualquier cuestión litigiosa, con base en argumentos aducidos por las partes enfrentadas. Decir «esto es justo» deja de ser un recurso expresivo equivalente a dar un puñetazo en la mesa⁴⁶ para pasar a expresar algún tipo de razón para

40 TAMMELO, Ilmar, «Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: a Survey and Appraisal», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1963, p. 261.

41 El policía puede dar razones de por qué ha emitido esa orden, las cuales predominarán seguramente ante las que pudiese ofrecer el ladrón, salvo el caso de estado de necesidad.

42 Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon, 1997, p. 196.

43 PATTARO, E., *Il realismo...*, cit., p. 198.

44 Sirvan a modo de ejemplo estas palabras de un oficial israelí: «El soldado israelí es un ser pensante: su motivación no tiene límites cuando cree en la misión que le han encomendado, y aun si alberga dudas, igual obedece. Pero no cuando se le quiere tratar como a carne de cañón. Entonces no responde. [...] La proximidad de la retirada no levanta la moral, sino al contrario, ya que ninguno quiere ser el último mártir de una guerra insensata» (*La Voz de Galicia*, 15 de febrero de 2000).

45 HART, Herbert L. A., *op. cit.*, pp. 89-91.

46 ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 267.

la acción. Ésta es la manera correcta de explicar, volviendo a Ross, por qué el receptor de una orden no considera ésta coactiva cuando «reconoce que la pretensión de A [el emisor] es justa»⁴⁷.

Dworkin lo expresa de esta manera: «La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa. Cada actor, en la práctica, comprende que aquello que ésta permite o requiere depende de la verdad de ciertas proposiciones que tienen sentido sólo dentro de la práctica y por ella»⁴⁸. Para este autor, tanto la perspectiva interna como la externa son perspectivas esenciales que han de tenerse en consideración mutuamente. La explicación ofrecida por los realistas es una explicación que se ofrece desde un punto de vista exclusivamente externo, que resulta insuficiente e insatisfactorio, y comprime nuestro conocimiento de lo jurídico de una manera injustificada⁴⁹. «De modo similar a lo que sucede en las obras de otros autores escandinavos de nuestro tiempo —escribe Recasens Siches—, se intenta desenvolver un rigurosísimo positivismo de *visión superlativamente angosta*, de límites infranqueables, que oprimen los temas de la teoría jurídica, dejando fuera de esos límites lo que en verdad constituye su propia esencia»⁵⁰. Si bien es verdad que estos autores resuelven muy bien la cuestión de por qué me encuentro de hecho vinculado —ha sostenido López-Calera—, que es algo que tiene que ver con la eficacia de la norma, esto es, con una cuestión sociológica; no alcanzan en cambio a explicar por qué vincula la norma jurídica, que es una cuestión que tiene que ver, más que con impulsos, con razones. Para este autor, el mundo del Derecho es un mundo de fines, valores y libertad, no exclusivamente de necesidades y de fuerza⁵¹. En este mismo sentido, podemos decir con Platón que no es una respuesta convincente el decir que Sócrates no huyó de su injusta prisión porque no movió sus huesos y sus tendones⁵².

Por tanto, el análisis realista es incisivo, pero su explicación es excesivamente parcial, reducida a un aspecto de la realidad. Exagera la importancia de lo fáctico y no justifica suficientemente la exclusión de fines y valores, que se rechazan de plano. Por eso se ha escrito acertadamente que el realismo escandinavo es un realismo a medias. Para los escandinavos nada hay cognoscible más allá de lo meramente empírico. Por tanto, huelga seguir preguntándose más; y huelga, por ende, la Filosofía del Derecho. Sin embargo, «sólo un empirismo dogmático puede descartar *a priori* una posibilidad distinta»⁵³. Autolimitarse al análisis descriptivo sólo sirve a quien tiene el autodomínio

47 ROSS, A., *La lógica de las normas*, cit., p. 46.

48 DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986. Existe versión castellana: *El imperio de la justicia*, trad. por C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 23.

49 No obstante, ellos afirman haber tenido en cuenta el punto de vista interno. Cfr. OLIVECRONA, K., *Law as fact*, cit., p. 215; opinión sostenida también por PATTARO, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1986, pp. 198-199, 231. Sin embargo, pensamos que no se puede considerar interno el punto de vista de quien explica la «aceptación del sistema jurídico» por parte del ciudadano como un producto meramente psicológico y no como resultado de una convicción racional. Sobre este particular, vid. VERGARA LACALLE, Oscar, *El Derecho como fenómeno psicológico-social y la posibilidad de una ciencia jurídica avalorativa*, tesis doctoral, Universidad de La Coruña, La Coruña, 2002, pp. 148-151.

50 RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, pág. 311.

51 LÓPEZ CALERA, Nicolás M.^a, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, Editora Nacional, 1969, pp. 28 ss. Esta opinión es sustentada también por el prof. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Archivos de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, pp. 99 ss.

52 PLATÓN, *Fedón* 98c, trad. de C. García Gual, Madrid, Gredos, 1992, p. 106.

53 OLLERO, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 37.

de preguntarse más. «Pero decir que ese análisis marca el límite de lo real es abandonar el realismo»⁵⁴. Tomando el ejemplo de la máquina, muy empleado por los escandinavos⁵⁵, Ollero señala que ningún técnico se conforma con diagnosticar que la máquina se mueve. Es preciso explicar quién, cómo y para qué se debe utilizar la máquina del Derecho. Con ello se puede determinar si el funcionamiento es correcto. No tiene sentido plegarse a los movimientos dislocados de la máquina; ello equivaldría, escribe este autor, a adorarla, regresando a la magia⁵⁶, *quod vitandum erat*.

54 *Ibid.*, p. 50.

55 Hasta el punto que uno de los libros italianos más clásicos sobre el realismo jurídico escandinavo lleva ese título: CASTIGNONE, Silvana, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milán, Edizioni di Comunità, 1974.

56 OLLERO, A., *op. cit.*, pág. 51.