

Sobre los fundamentos reales del orden lógico- formal del Derecho

Jorge Millas

¿POR QUÉ OBLIGA el Derecho? Uno de los resultados más valiosos del formalismo kelseniano es su demostración de que la voluntad, esto es, el efectivo querer de tales o cuales *contenidos* normativos, puede separarse de la obligatoriedad o validez de la norma, en forma tal que ésta se constituye y subsiste independientemente de aquélla.

La tesis de Kelsen es, en este sentido, extrema: para él la obligatoriedad del Derecho es un carácter puramente formal o lógico de la norma, que no tiene fundamento alguno en el querer individual o colectivo. Semejante punto de vista nos parece, en su radicalismo, contrario a la naturaleza del fenómeno jurídico tal como se da en la experiencia. Es lo que nos proponemos demostrar en la presente comunicación.

Por lo pronto tiene importancia una cosa: el Derecho, que autorregula su propia génesis, como autorregula un organismo su crecimiento y conservación, incorpora a través del proceso democrático de la propaganda política, las elecciones y las votaciones en el Parlamento, el querer colectivo a los mecanismos de validación. Que este querer opere realmente como tal o no opere, en el sentido de ser idénticos su objeto y el de las normas, carece aquí de importancia, pues, en todo caso, el Derecho lo llama al proceso de su constitución. En el Derecho se trata casi siempre no de la voluntad real, sino de la voluntad como conducta significativa: tales o cuales expresiones proferidas en el Parlamento “significan” para el Derecho “querer parlamentario”; en todo caso, pues, la validez del Derecho está ligada a una conducta significativa de voluntad, si no siempre a un acto de voluntad real.

Pero es cierto que las normas pueden valer sin respecto a un querer que apruebe sus contenidos; más aún, pueden valer contra el querer expreso no sólo de quienes las votaron en el Parlamento, sino, lo que es más, contra el querer expreso de la totalidad de los súbditos, aun de aquellos que deben aplicarlas. Porque, en efecto, en tanto una norma no sea derogada, *vale* en el sentido de que obliga a la conducta prescrita al súbdito, por su contenido secundario, y al órgano encargado de aplicar

la sanción dispuesta, por su contenido primario. Y la validez deriva, naturalmente, de otras normas válidas, generalmente las normas constitucionales, que disponen cómo entran en vigencia y cómo se derogan las leyes. La validez es derivativa: las normas valen porque otras normas valen; se explica entonces que, no obstante haberse dejado de querer sus contenidos, las normas sigan obligando: obligan porque así lo disponen otras normas.

Mas llevemos el problema a su límite, como corresponde hacerlo en un análisis filosófico: hasta ahora podíamos decir que las normas pueden valer sin respecto a la voluntad de nadie, porque hay otras normas que las validan, pero éstas, las constitucionales, cuya obligatoriedad no puede ya provenir de otras normas del sistema, ¿no han de ser, ellas, sí, queridas? El Derecho vendría de este modo a apoyar su validez primaria —la de la Constitución— en el querer de todos o de la mayoría. Mas nada impide que la Constitución misma deje de ser aceptada, que todos, por ejemplo, la repudien y estén ya dispuestos a cambiarla. Y, sin embargo, en tanto no se la deroga, conserva su validez. En este caso parecería haberse, por fin, mostrado la absoluta separabilidad del Derecho y de la voluntad como fundamento de su validez. Pero no es difícil darse cuenta que nos encontramos aquí —como que estamos en una situación límite— con una modificación fundamental de la noción de validez: para todas las otras normas la validez es una propiedad derivada, definida según la fórmula expuesta más arriba: “las normas valen porque valen otras normas”. Pero, tratándose de la Constitución, la validez ya no es derivada, ya no es una propiedad lógico formal: se convierte en un hecho; ahora sólo *vale en tanto que “vale”*, es decir, en tanto que es eficaz, que se la aplica. Y esto no es posible, si no se funda en un acto de voluntad, si no se quiere efectivamente por lo menos su vigencia. Este querer tiene que existir, para que, como condición de validez de todo el orden jurídico, ella sobreviva a sus propios contenidos. Lo que en este caso se quiere no son ya esos contenidos concretos, sino el orden jurídico que la validez de la norma hace posible; todos pueden haber dejado de aprobar esos contenidos, pero se sigue queriendo el orden de Derecho en general, que en ese momento pende de la validez de la Constitución. La validez de las normas se halla, en última instancia, supeditada a la eficacia del orden jurídico total. Mas, como la eficacia es un fenómeno real de conducta, no puede entenderse sino en conexión con el fenómeno real de la voluntad. Traspasado el límite de las relaciones de validez formal

entre la norma, y planteada la cuestión de la existencia de un orden jurídico, el querer real aparece como un supuesto básico del Derecho.

De esta manera venimos a descubrir, tras de toda la estructura jurídica, como fundamento suyo inamovible, un acto de voluntad, de voluntad real: la de que haya un orden de Derecho, la de que imperen la seguridad, la paz, la justicia, la de que se realicen tales y cuales valores éticos, la de que prevalezcan éstos o aquéllos fines políticos y económicos; en suma, el querer del Derecho. Es claro que este querer no necesita ser precisamente de los súbditos, ni de todos ellos, ni de una mayoría, ni de una minoría. Podemos teóricamente concebir un Estado (cuyo ejemplo podríamos, quizás, encontrar en algunos momentos del Imperio Romano y en las antiguas monarquías orientales) en que los gobernados no tengan ingerencia alguna en la formulación del Derecho escrito. El orden jurídico, ni originaria ni derivativamente considerado, podría descansar en actos de voluntad de los súbditos. Pero en este caso tampoco flotaría en el vacío volitivo, porque se apoyaría en la voluntad del autócrata, fundamento volitivo real de todo el orden jurídico.

Claro que nada nos impide llevar teóricamente el problema al caso límite extremo: que la idea misma de un orden de Derecho no sea ya querida por nadie, que la totalidad de los miembros de una comunidad estatal abroguen toda norma, aún las constitucionales, y no quieran sustituirlas por ninguna. Mas este caso, con ser utópico y ucrónico, no hace sino probar nuestra tesis sobre el fundamento real volitivo del Derecho: porque entonces, justamente, en la medida en que ha desaparecido todo querer normativo, ha desaparecido también toda ordenación prevista, toda regulación anticipatoria de la conducta, y por lo mismo, el Derecho. Sólo hay Derecho ahí en donde existe un querer fundamental tácito de alguna forma de orden jurídico.

Esta conclusión nos lleva, evidentemente, mucho más allá del formalismo de Kelsen, sin obligarnos a renunciar a él. La doctrina del insigne filósofo vienés constituye un método insustituible para la inteligencia de la estructura o forma del pensamiento normativo. Las formas no pueden ser entendidas *qua* formas sino por modo formalista. Pero en esto mismo reside la limitación del procedimiento, que ya no nos sirve para dilucidar otra clase de cuestiones que las puramente formales. Así, por ejemplo, es legítimo eliminar el fenómeno de la voluntad como fundamento de la norma mientras nos atengamos a su validez, que es, según se ha visto, una relación puramente formal entre regiones limitadas del campo jurí-

dico, entre normas de grado diferente, y mientras nos limitemos a considerar la norma en su *estructura* de proposición normativa, esto es, en su esencia lógico formal. Pero nos ha bastado traspasar el límite de la validez y considerar la totalidad (no ya regiones) y la existencia (no ya mera esencia), de las normas, para descubrir que la validez se confunde con la eficacia y que, en definitiva, el orden jurídico se sostiene por la voluntad efectiva de un pueblo, de una clase, de un partido —hasta de un autócrata— que quieren tal orden, tal justicia, tal política. Pero con esto no hemos hecho sino rechazar el problema a un plano más profundo, sin haberlo resuelto. Pues es indudable que con el descubrimiento del querer fundamental de un orden, de la idea de una regulación jurídica de la convivencia, no hemos descubierto el principio de validación de las normas que en ese querer se apoyan. El querer es un hecho, y un hecho puede explicar fenoménicamente otros hechos, pero no validarlos normativamente. Que se quiera la ordenación jurídica de la sociedad puede explicarnos que tal ordenación exista, pero no responde a la pregunta “por qué obliga”. Kelsen ha levantado más de alguna vez este punto, y le asiste toda la razón. Y, sin embargo, aquí también nos vemos nosotros forzados por la exigencia de traspasar el puro formalismo, esto es, el principio de que la obligatoriedad jurídica sea en definitiva un concepto de enlace formal entre normas.

Convenimos en que, tratándose de normas aisladas dentro de un orden jurídico dado, su obligatoriedad o deber ser consiste en la imputabilidad de una consecuencia para el caso de transgresión: que yo *esté obligado* o *deba* respetar la vida ajena significa, desde el punto de vista jurídico (y la norma jurídica es tal precisamente en cuanto expresa ese punto de vista), que soy el sujeto potencial de una pena para el caso de que yo mate. Pero la obligación sólo existe cuando la norma es válida y la norma es válida sólo cuando se encuentra en determinadas relaciones con ciertas otras normas igualmente válidas. La cuestión es hasta aquí, según se ve, puramente formal, y la pregunta “¿por qué obligan las normas?” se traduce en el problema de buscar las otras normas del mismo orden que hacen obligatorias las primeras.

Llega un momento, sin embargo, en que la pregunta cambia por completo de naturaleza. Al alcanzar, en efecto, a las normas supremas, las normas constitucionales, la obligatoriedad del Derecho tiende a perder su carácter derivativo, puramente formal: ya es más difícil decir que estas normas obligan porque hay otras normas que las hacen obligatorias. Kel-

sen ha podido, sin embargo, salvar el formalismo hasta este límite con su doctrina de la norma fundamental: las normas de supremo grado derivan su validez, de la validez —supuesto indispensable, a priori, del orden jurídico y de su conocimiento— del principio “obedece al primer legislador”. La norma de obediencia al legislador originario vendría a ser entonces la condición formal para la obligatoriedad de las normas que, a partir de ella, se derivan.

Kelsen ha detenido su análisis en este punto, en perfecta consecuencia con el método de su Teoría Pura, el cual exige la explicitación de lo jurídico en elementos estrictamente jurídicos. La norma fundamental le permite alcanzar el límite de esta exigencia, pues aunque aquélla no es una norma positiva, pertenece al orden jurídico como ingrediente necesario de su estructura: si no estuviéramos obligados a obedecer al primer legislador, ninguna norma sería formalmente obligatoria. En buena jerga kantiana esto es equivalente a decir que la norma fundamental (¿por qué no categorial?) es una condición trascendental de la posibilidad de lo jurídico.

Pero si la Teoría Pura se detiene en esta frontera, el pensamiento tiende a traspasarla. La Filosofía es el ejercicio del pensamiento en el límite, pero el límite del análisis filosófico se encuentra aquí más allá de la norma categorial, porque frente a ésta aún es posible preguntarse ¿por qué obliga la norma categorial?, ¿por qué debemos obediencia al primer legislador? Acaso pudiera argüirse que el a priori es siempre un límite de fundamentación, en el orden de las conexiones formales, y que, por consiguiente, la norma fundamental kelseniana es un principio de fundamentación primario, respecto al cual carece de sentido indagar por un ulterior fundamento. Y la objeción fuera quizás decisiva si el problema planteado fuera de razón pura teórica, esto es, estrictamente gnoseológico. Como en el sistema de pensamientos normativos enlazados por relaciones de validez derivada va implícito el supuesto a priori de la obediencia al primer legislador —diríamos— son posibles, gnoseológicamente hablando, esas relaciones de validez. Y, en efecto, la norma fundamental es para Kelsen nada más que eso: un supuesto a priori del conocimiento jurídico. Pero en lo que parece no haber reparado es en que, tratándose del Derecho, el problema de su conocimiento no es de razón teórica sino de razón práctica y que, por consiguiente, sus categorías no son del pensar, sino del hacer. Y porque de eso se trata, la norma categorial sólo podría ser un último fundamento a priori si tuviera el carácter de un imperativo

categorico, de un deber ser axiológico, que indudablemente no tiene. Nada hay, en efecto, del carácter de un deber en el pensamiento “obedece al primer legislador”. El principio sólo puede operar gnoseológicamente en un sistema de relaciones teóricas de validación: sólo si vale ese principio, se dice, valen todas las normas. Pero nótese que “valer” sólo significa aquí “está validada por”, o “se funda en” (otra norma anterior): relación puramente lógico formal entre pensamientos. Mientras estemos en las regiones interiores de la pirámide jurídica no hay propiamente problema: la relación puramente lógico formal de validez remite su fundamento práctico a la norma superior; en definitiva, quien tiene que procurarlo a to o el sistema es la norma fundamental. Pero al llegar a ésta nos encontramos con que se trata de un fundamento hipotético, de un a priori del conocimiento teórico, mas no de una regla a priori del hacer. Lógicamente, todo el sistema de relaciones de validez entre las normas que en ella se fundan se convierte en una cadena de elementos teoréticamente trabados por una necesidad lógica del pensar, pero sin conexiones que haga de ninguno de ellos una exigencia de acción.

El a priori fundante del sistema normativo no puede ser, en última instancia, gnoseológico o teórico, justamente porque se trata de un sistema normativo, al que en definitiva incumbe el pensar sólo en cuanto regla de acción. Dada la norma categorial es necesario indagar más all' de ella preguntándose ¿por qué debemos obediencia al primer legislador?

Ahora bien. La pregunta no se refiere ya a una norma particular del orden jurídico: precisamente porque alude a la norma fundamental, alude también a la totalidad de este orden, en buenas cuentas, al Derecho propiamente dicho. Y es claro que, entonces, ya no es posible encontrar en sus propios elementos el fundamento de su obligatoriedad. Podemos aceptar que cada norma obliga porque, en definitiva, obliga la totalidad del ordenamiento. Pero la razón de la obligatoriedad del ordenamiento mismo ya no puede ser jurídica y lo trasciende: el Derecho no puede fundar su propio deber ser. Su fundamento se encuentra realmente en cosas extrajurídicas. ¿En qué cosas?

Es evidente que el fundamento de la obligatoriedad del orden jurídico no se halla en el poder que lo sustenta. El poder es condición esencial del Derecho; el Derecho es una modalidad específica del poder. Más aún, como se sabe, el deber ser jurídico, en cuanto categoría del pensamiento expresado por las normas, supone la posibilidad del acto coactivo: jurídicamente hablando una conducta debe ser en tanto y en cuanto el trans-

gresor es objeto potencial de una acción del poder público. Y, no obstante, el poder no es la fuente de la obligatoriedad o deber ser del orden jurídico. Podemos decir, es claro, que desde el punto de vista psicológico el Derecho es obedecido *porque* tememos al poder o *porque* no estamos en situación de resistirlo. Ya esto no es absolutamente exacto, pues frecuentemente el temor del poder no cuenta entre las motivaciones que nos llevan al acatamiento del orden jurídico. Pero aún en caso de que pudiéramos considerar como relación general y constante la del poder y la sumisión al Derecho, no tendríamos resuelta la cuestión de la obligatoriedad de este último. Pues la pregunta ¿por qué obliga el Derecho? no indaga por la causa, en sentido fenoménico, sino por el fundamento en sentido lógico. Es cierto que nos sentimos *forzados* a acatar el Derecho, en cuanto tememos a las consecuencias que nuestra rebeldía lleva aparejadas; mas es cierto también que nos sentimos al par *obligados* a acatarlo. Y es esta obligación la que no podemos identificar con los efectos psicológicos del poder.

¿Dónde reside, entonces, la fuente de la obligatoriedad del Derecho *in toto*? Eliminado el criterio psicológico, no nos es ya tan difícil dar con la respuesta, sobre todo si comprendemos rigurosamente la naturaleza de la obligación a que nos referimos. Esta obligación supone exigencia originaria, evidente por sí, de obrar de cierta manera: exigencia que, con ser plenamente objetiva, con aparecernos como una instancia dada o propuesta independientemente de toda arbitrariedad o creación subjetiva, es plenamente nuestra en cuanto comprendida y aceptada por nosotros, en cuanto convertida en verdadera determinación autónoma de nuestra voluntad. Pero esta modalidad de lo obligatorio es, precisamente, la de los valores: valores llamamos, en efecto, a ciertas entidades ideales que reclaman, sin otro título que una específica evidencia, su realidad plena y nuestra incondicional adhesión. El Derecho *in toto*, como idea de un orden de convivencia regido por la autoridad pública e independientemente de sus particulares modalidades, nos obliga, por consiguiente, en cuanto es él mismo un valor, en cuanto en su esencia reside un imperativo axiológico. Es decir, que debemos acatamiento al Derecho porque el Derecho es un bien. El Derecho, como totalidad, tiene, entonces, un fundamento extrajurídico, ya que la obligatoriedad jurídica es, según sabemos, axiológicamente neutra y sólo implica la imputabilidad de sanciones. Cuando las normas jurídicas declaran que una conducta debe ser, no expresan que la conducta requerida sea buena, sino que se forzarán su cumplimiento.

Mas si tomamos la totalidad de las normas, el orden general que ellas representan, constatamos que el imperativo que nos obliga a acatar el Derecho en cuanto Derecho es un imperativo axiológico. En la base del orden jurídico, y cualquiera que este sea en concreto, con tal que responda a la idea de un orden de Derecho, y más allá de la norma fundamental —que es todavía jurídica— aparece la norma extra jurídica “es bueno respetar el Derecho” o también “el Derecho es una cosa valiosa”.

Qué clase de cosa valiosa es ésta y en qué consiste su especificidad axiológica, es una cuestión que excede los límites de este ensayo. Conformémonos, pues, con formular las siguientes conclusiones.

El Derecho es un sistema lógico formalmente construido de norma de conducta, que apoyan unas en otras, según el esquema de la pirámide jurídica, sus relaciones de validez. Pero el sistema, ni en su estructura formal ni en sus funciones puede ser comprendido sino a partir de ciertos fundamentos reales, de naturaleza extrajurídica. Por una parte, las relaciones de validez descansan en un querer fundamental de la existencia de algún orden jurídico regulador de la conducta. Si nadie quiere ordenar las relaciones sociales por ningún Derecho, no puede haber norma alguna que sea válida. Por otra parte, la norma categorial de Kelsen no es, realmente, la cúspide de la pirámide jurídica. Ella sólo constituye el límite a priori de la indagación gnoseológica del Derecho. Pero como el sistema de las normas jurídicas no es un esquema teórico de razón pura, sino pensamiento normativo, es decir, de razón práctica, la norma fundamental reclama un fundamento más profundo, que sólo puede darse en un imperativo axiológico. Junto al deber ser estrictamente jurídico de las normas, fundado en la vigencia de cierto orden de Derecho, está el deber ser del orden mismo como totalidad normativa. El concepto del primero se define “dentro del” Derecho, y se caracteriza, además, por ser axiológicamente neutro; el concepto del segundo trasciende, en cambio, lo jurídico, e implica la noción de valor. El Derecho no puede fundar su propio deber ser. Las normas jurídicas tomadas aisladamente o en especies institucionales, *deben ser* en tanto y en cuanto otras normas jurídicas operan imputativamente si se violan las primeras. Pero cuando se considera la totalidad de un orden jurídico, su deber ser no supone ya normas sancionadoras, pues, tomado el orden *in toto*, no hay ya otras normas jurídicas. Nos encontramos fuera del sistema: su deber ser tiene un sentido trascendente y apunta a un valor. El Derecho obliga porque es un bien: la norma categorial se sostiene por un imperativo axiológico.