

Resumo

Diz-se que uma norma jurídica está vigente ou é válida quando foi promulgada por quem tem a competência para isso e através de procedimento adequado para isso. Mas competência e procedimento sempre estão estabelecidos em uma norma superior e, portanto é possível afirmar que no direito a validade provenha sempre de uma norma superior. Mas se existe uma norma superior à constituição histórica então a constituição não é válida (paradoxo) e o resto do ordenamento tampouco (aporia). Buscar uma norma superior à constituição histórica é só uma das possíveis formas de resolver o paradoxo. Outra consiste em buscar justamente na tautologia o poder criador dos paradoxos.

Palavras-chave

Validade da Constituição; Paradoxo; Aporia.

Abstract

It is said that a rule of law is effective or valid when it is promulgated by those who have the competence for this, and when it is done through the appropriate procedure. But competence and procedure are not always established in a higher rule, therefore it can be affirmed that in the law, validity always comes from a higher rule. But if there exists a rule higher than the historical constitution, then the constitution is not invalid (a paradox), and neither is the rest of the legal system (aporia). Finding a rule which is higher than the historical constitution is just one possible way of resolving this paradox. Another way is to look to the tautology for the power which created the paradoxes.

Key words

Validity of the Constitution; Paradox; Aporia

1. La pregunta impertinente

§1. *Las tres preguntas.* En una de las paredes de la sala donde me encuentro puede verse un cartel en el que aparece dibujado un cigarrillo humeante y tachado por un aspa roja. Se trata de la expresión semiótica de una norma jurídica que en una primera lectura dice con toda simpleza “prohibido fumar aquí”. Tres son las preguntas fundamentales que cualquier ciudadano puede hacerse sobre esta norma o sobre cualquier otra: ¿es justa?, ¿es eficaz?, ¿es válida?

Si intento responder la pregunta por la justicia de la norma que prohíbe fumar en espacios cerrados utilizaré un lenguaje de tipo axiológico, es decir, argumentaré a partir de valores: por ejemplo, libertad individual frente a salud pública, estatalización de la salud frente a libertades públicas, derecho a la salud frente a acoso de los fumadores, etcétera. Si me pregunto por la eficacia de esa norma prohibitiva deberé cambiar el género del discurso y pasar al terreno fenomenológico o sociológico. Más que argumentar con valores como antes, ahora debería de comprobar hechos: es decir, mirar a mi alrededor y comprobar, por ejemplo, que nadie fuma (eficacia de cumplimiento) o que alguien fuma y no es sancionado por ello (ineficacia de sanción) o que la prohibición alcanza sus fines (efectividad) o que lo hace pero con un coste no razonable (ineficiencia).

Estas dos preguntas (la de la justicia y la de la eficacia) no son las que se hacen habitualmente los juristas y, por lo tanto, no son ni el axiológico ni el fenomenológico los lenguajes habituales del quehacer jurídico. Los juristas no tienden a preguntarse en su tarea cotidiana si la norma se cumple o no, si es justa o injusta –lo cual no quiere decir que a veces no lo hagan –, sino que más bien su problema es si la norma es o no es jurídica, si está o no está vigente, si resulta o no aplicable, si pertenece o no al ordenamiento jurídico. Todas estas preguntas y algunas más constituyen el universo de la teoría de la validez¹, probablemente la teoría jurídica por excelencia.

§2 *La pregunta por la vigencia.* Si volvemos al ejemplo inicial e intentamos responder ahora a la pregunta por la vigencia² de aquella norma de nada nos servirá comprobar hechos. La vigencia de la prescripción, su carácter jurídico, no dependerá de su cumplimiento, ni de su justicia, sino de que haya sido dictada por quien tiene la competencia para dictarla y por el procedimiento adecuado para hacerlo. Y ambas cosas (competencia y procedimiento) resultan estar establecidas no en el mundo de los valores y tampoco en el mundo de los hechos, sino en otras normas del mismo sistema jurídico, las llamadas normas de estructura (Kelsen) o secundarias (Hart). En este caso, la prohibición de fumar en esta sala está vigente no porque en ella se fume o se deje de fumar, ni porque el tabaco sea bueno o perjudicial para la salud, sino sólo porque así ha sido establecido por una disposición de rango reglamentario de la Consejería de

Salud de la Junta de Andalucía, cuya siglas y numeración aparecen en la parte inferior del cartel. La vigencia del precepto que prohíbe fumar aquí depende pues tan sólo de otro precepto. Comprobar la eficacia de la norma me exigía verificar hechos, comprobar su vigencia me exige en cambio una actuación muy diferente: busco en el estante una compilación de legislación andaluza y allí encuentro transcrito el decreto que prohíbe fumar en lugares públicos, tales como, por ejemplo, esta biblioteca. Si ahora decido comprobar la eficacia del decreto, debería de ponerme otra vez a verificar hechos, buscar otros establecimientos públicos y verificar si se fuma o no y, en este segundo caso, si se sanciona o no a los transgresores de la norma. Pero si lo que me pregunto es si este decreto que prohíbe fumar en lugares públicos está vigente, no tengo ni que levantarme de la silla: sólo tengo que comprobar que no ha sido derogado por otra norma posterior de igual o superior rango, que ha sido dictado por quien tiene competencia para ello (la Consejería de Salud) en virtud de una norma superior (el Estatuto de Autonomía de Andalucía) y por el mecanismo adecuado para este tipo de normas. Si la norma la hubiese dictado, por ejemplo, la Consejería de Obras Públicas, el decreto no estaría vigente y si la forma adecuada para este tipo de normas fuese la ley del Parlamento y no el decreto del ejecutivo tampoco podría afirmar su vigencia. ¿Y el Estatuto de Autonomía? ¿Está vigente? Sí – responderíamos –, porque fue elaborado en virtud de una norma superior que a su vez es válida (contenida en el artículo 151 de la Constitución) y por el procedimiento adecuado (ley orgánica y referéndum). La vigencia del Estatuto de Autonomía tampoco depende pues de su eficacia sino sólo del *quién* lo promulgó y del *cómo* se promulgó. ¿Y la Constitución española de 1978? ¿De dónde deriva su vigencia, dado que no hay ninguna norma jurídica por encima de ella? De otra manera, ¿cuál es el fundamento de la validez de la constitución histórica?

§3 *Una pregunta filosófica pero útil.* Esta última puede ser una pregunta fundamental o incluso **la** pregunta fundamental de la ciencia jurídica³. A analizar sus principales respuestas y a matizar sus formulaciones dedicaremos las siguientes líneas. Es una pregunta filosófica, sin duda, porque la respuesta que le demos implica, como veremos, una cierta cosmovisión. Pero si nos preguntamos si será también una pregunta inútil o estéril, podremos responder que algo menos de lo que pudiera creerse. Y ello porque determinar cuál es el fundamento de validez de una

constitución, equivale a fijar la unidad del sistema jurídico, a delimitarlo, y esto, a su vez, es requisito previo para saber si una norma pertenece o no a un ordenamiento jurídico y, finalmente, la pertenencia de una norma concreta a un sistema aplicable a un caso puede que sea la pregunta central de la práctica jurídica cotidiana. De manera que puede que al abordar la pregunta más filosófica estemos abordando la cuestión más jurídica, porque en la práctica diaria de los tribunales y otros operadores jurídicos la duda acerca de si un determinado precepto forma parte o no de un sistema jurídico y, por tanto, si puede o no ser aplicado, no es una cuestión más, sino probablemente “la” cuestión.

§4. *La pregunta que molesta.* Pero es verdad que, además de útil, la cuestión del fundamento es una pregunta impertinente⁴ porque –como dice Jesús Ignacio Martínez (1999:185)– “aspira a convertirse en punto de reposo, en el lugar esperado para que el derecho descanse y se domine” pero, lejos de ello, “el fundamento no ajusta al derecho, sino que lo desafía y lo trastorna. Nada resuelve – concluye Martínez en su trabajo magistral (1999:185) – sino que condensa e incrementa las inseguridades que inevitablemente se deslizan cuando se le da por supuesto”. En efecto, la pregunta por el fundamento de validez parece situar al derecho ante un espejo molesto y la molestia crece a medida que subimos por la escala de la jerarquía normativa, de forma que es máxima cuando aquello por lo que se pregunta es por el fundamento de validez de la constitución histórica. Cierto que en la mayoría de las ocasiones la pregunta se formula para legitimar el derecho, pero cierto también que las respuestas especulares pueden burlar al que busca la legitimación, porque a veces sitúan el derecho en el borde de sí y parecen a punto de desautorizarlo. “El derecho –dice Martínez (1999:185) – soporta mal el paso al límite y tiene miedo de la extrañeza fundadora, que no es un accidente venido desde fuera, sino que le pertenece. Quisiera tener derecho a ser derecho y esto – claro está – se le escapa siempre”.

La pregunta por el fundamento no nos conducirá pues a visiones pacíficas del derecho. Puede pasar incluso que aquello con lo que se pretendía fundamentar el orden acabe convirtiéndose en una instancia deslegitimadora, defundadora y rebelde⁵. Y es que preguntarse por el fundamento genera más incertidumbres de las que ya genera el darlo por supuesto. Por eso, no es una pregunta

apta para quien prefiere ganar a jugar. Sólo es una pregunta pertinente para los que aman el juego con independencia del resultado. Tampoco es una pregunta apta para talentos inmediatos y tajantes, de bajo perfil o realismo torpe. Es una pregunta que exige demora⁶. En lo que tiene de jurídico, el sueño racionalista es digital o binario porque la razón exige ideas claras y distintas. Las respuestas jurídicas no pueden tampoco ser turbias ni grises, sino blancas o negras y es por eso por lo que el racionalismo se desespera con la duración pertinaz de lo analógico. La lógica jurídica quisiera ser demostrativa y es argumentativa, y se irrita ante lo que la desborda sin cesar. Esto es desalentador para quien cultive el pensamiento simplista y tajante. También para todo pensamiento totalitario que ambicione el todo. Pero esta situación es estimulante en cambio para todos los que aún bajo el principio de legalidad-constitucionalidad alcanzan a preguntarse de donde le viene al derecho sus razones, su aplomo y su suficiencia.

2. La paradoja de la validez de la constitución y la aporía de la positividad⁷

§5 Tal como la formulara Leibniz [1671], la proposición del fundamento dice *nihil es sine ratione*. Traducida a términos jurídicos la proposición del fundamento diría así: *ninguna proposición es norma jurídica sin fundamento de validez*. O, en positivo, toda norma jurídica para serlo, ha de ser válida⁸. La validez es pues la *ratione* del derecho, pero éste le introduce el matiz de la jerarquía. Es decir que una norma tiene fundamento, es válida o está vigente, cuando ha sido promulgada por quien tiene la competencia para hacerlo y por el procedimiento adecuado para ello. Dado que la competencia sólo puede otorgarse y el procedimiento sólo puede establecerse en un norma superior a la que juzgamos válida, entonces puede concluirse que toda validez proviene de una norma jurídica superior a aquella que predicamos como válida. De manera que ahora podemos volver a perfilar la proposición del fundamento en términos jurídicos diciendo algo que cualquier jurista admitiría que: *ninguna norma jurídica es válida sin una norma superior que le otorgue fundamento de validez*.

Usaremos ahora esta última proposición como premisa mayor de un silogismo. Y pondremos como premisa menor esta otra proposición: *la constitución histórica es norma jurídica (válida)*. Al afirmar esto, por exigencias de la proposición del fundamento, debemos encontrar una norma jurídica superior a la constitución

que otorgue validez a ésta. Pero, si por constitución entendemos precisamente la norma superior de un sistema ya tenemos servida la paradoja:

Premisa Mayor A): toda validez proviene de una norma superior (que a su vez es válida).

Premisa menor B): no hay norma superior a la constitución histórica.

Conclusión: C) luego la constitución no puede ser válida.

§6 Muchos han sido los caminos que ha seguido el pensamiento jurídico para intentar salvar esta paradoja, pero hay uno que podríamos considerar como el más transitado a lo largo del siglo XX. Este camino vendría a decir algo así como: el fundamento de validez de la constitución histórica está en otra norma (no está en sí misma, ni en un hecho, ni en un sujeto, ni en un valor...) no escrita, sobre cuyo nombre, naturaleza, contenido y (re) fundamento caben múltiples versiones. De entre estas versiones las más conocidas y las más elaboradas serían las de Kelsen y las de Hart, considerados como los teóricos del derecho más importantes del siglo XX.

Según Kelsen (1960:208 y 213), el contenido de esa norma a la que él llama *Grundnorm*⁹ sería: “uno debe comportarse como la constitución prescribe”. Según Hart (1961:137) la *rule of recognition* sería la regla que proporciona los criterios últimos de validez jurídica y que existe como una “práctica compleja pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares”.

Sin perjuicio de diferencias profundas que iremos exponiendo, adelantamos ya que en este estudio nosotros adoptaremos como principal punto de referencia la versión kelseniana del fundamento y no la de Hart y ello por dos razones: la primera es que la versión de Kelsen es más compleja¹⁰ (y la complejidad no es un defecto) que la de Hart. Kelsen ofrece una versión del fundamento más metodológica que judicial o legislativa; la *Grundnorm* es para Kelsen el presupuesto para la construcción de una ciencia del derecho y no tanto –aunque también– el cierre de las operaciones de construcción de normas. Y no es que a nosotros nos interese más lo metodológico (la filosofía del derecho para filósofos) que lo práctico (la filosofía del derecho para juristas), sino que al formularse así la norma-base nos permitirá entroncar con tradiciones de pensamiento más ricas.

Y la segunda y más importante razón para preferir a Kelsen como interlocutor, es que la tradición de pensamiento jurídico británico a la que pertenece Hart, no puede librarse del hecho de que su constitución histórica no esté codificada. Cuando Hart y otros autores hablan del problema del fundamento plantean con frecuencia problemas que nosotros tenemos superados o que en la Europa continental son problemas de dogmática constitucional y no de teoría general. En el marco de los estados constitucionales como el español resulta preferible a nuestro juicio la tradición del derecho público europeo, que al construir el problema del fundamento no puede obviar la existencia de constituciones más o menos rígidas y más o menos fuertes, pero siempre codificadas y textuales.

§7 Pero si se intenta superar la paradoja de la validez por el recurso a una norma-base, superior y no positiva, presupuesta y no puesta, entonces aparecerá la aporía de la positividad que consiste en que al negarle a la norma-base el carácter de derecho positivo –cosa que se hace cada vez que se sostiene que no es una norma puesta, sino supuesta– conduciría a la consecuencia lógica de que a las normas jurídicas positivas y a los sistemas de normas no les correspondería ninguna positividad. Si la norma-base no es derecho positivo, el sistema que de ella deriva tampoco puede serlo. El caso es que si negamos positividad a la norma-base, habremos de negar también que pueda actuar como fundamento de validez de las normas inferiores. El razonamiento de la aporía continuaría así:

D) Si la constitución no es válida, entonces ninguna norma derivada de ella puede serlo.

E) Luego ninguna norma es válida o ningún sistema normativo es jurídico o nada es derecho¹¹

Cuando le reprocharon la aporía a la que conducía su construcción, el propio Kelsen respondió salvando a la *Grundnorm*: “dado que la positividad de un orden jurídico no reposa en la norma-base, ni es derivada de ella. De la norma-base sólo se deriva la validez objetiva de un orden coactivo positivo, es decir, fácticamente implantado y eficaz en grandes términos. La positividad consiste en la implantación y eficacia fácticas de las normas”(1960: 218). Dicho con otras palabras: la norma-base no fundamenta al derecho como sistema real del mundo real, sino sólo a una de sus funciones: la función de validación.

Pero, sea como sea, el punto de llegada del camino de la fundamentación resulta ser la paradoja y la aporía. En donde buscábamos fundamentos sólo encontramos paradojas y los fundamentos sólo son accesibles paradójicamente (Martínez, 1999: 198). A esta sensación de vacío lógico se refiere también Heidegger cuando escribe que “si nos aventuramos a ocuparnos de las proposiciones fundamentales y de los principios, nos vamos a encontrar de repente en una extraña comarca ambiguamente iluminada, por no decir peligrosa” (1956:38).

3. La identificación entre constitución y fundamento

§8 Esta paradoja de la validez no suele quitarle el sueño a los juristas. Es más, pareciera a veces que se da entre ellos la vieja técnica del avestruz, que consiste en no ver lo que inquieta. En los medios jurídicos no suele asistirse a desolados debates sobre las carencias lógicas de la fundamentación jurídica. Ni siquiera en los medios universitarios se explican bien el contenido y función de la *Grundnorm* kelseniana o de la regla de reconocimiento hartiana - que son tal vez los dos intentos más contemporáneos de superar la paradoja.

Lo que abunda entre los juristas es una identificación difusa – por no decir inconsciente – entre el fundamento y la constitución histórica. La mayoría de los cultores de la dogmática jurídica aceptarían la cadena de validez que planteábamos en nuestro ejemplo inicial, es decir aceptarían que la validez proviene siempre de una norma superior, pero detendrían su razonamiento en la constitución histórica. Pero esto conduce a otra forma de paradoja, la circularidad o tautología.

Para mostrarla, vamos a traer a colación los ejemplos de dos trabajos de Eduardo García de Enterría (1980) y de Ignacio de Otto (1988). Son dos de los mejores trabajos del iuspublicismo español y, en ellos, ambos juristas no llegan a identificar expresamente la norma-base con la constitución – es decir, no argumentan a favor de la identificación, como sí han hecho algunos autores –, sino que simplemente terminan sus cadenas argumentativas dando por supuesto que no hay un nivel de normatividad supraconstitucional. Nos parece que sus posturas deben de obedecer a una de dos razones que no son excluyentes: o la división del saber jurídico en compartimentos estancos hace que la dogmática del derecho constitucional, en el caso de Otto, o la del

derecho administrativo, en el caso de García de Enterría, vivan de espaldas a la teoría y filosofía del derecho que al menos desde 1934 – fecha de la primera edición de la *Teoría Pura* – tienen en la norma-base uno de sus temas recurrentes y centrales; o bien – lo cual es más probable –, de forma inconsciente, es decir, ideológicamente, ambos autores intentan superar la paradoja y la aporía de la positividad.

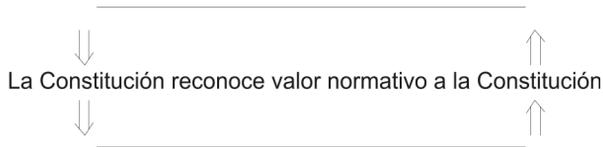
§9 Sea como sea, merece la pena detenerse un poco en el debate español acerca del valor normativo de la Constitución de 1978, porque en él vamos a aprender mucho acerca del funcionamiento del fundamento en un estado constitucional de derecho y porque – como dicen Atienza y Ruiz Manero (1996:144) – este debate es la prueba de que el fundamento de validez es un problema real y no una especulación.

El debate comenzó cuando en 1980 y en el contexto de unos comentarios a la entonces recién promulgada Constitución española, otro administrativista, Garrido Falla, sostuvo que la Constitución española – o, al menos, buena parte de ella – tenía naturaleza programática. Es decir, que – según su opinión – buena parte de los preceptos constitucionales, si no todos, precisaban de un desarrollo en forma de ley (una *interpositio legislatoris*) para poder ser utilizados por los jueces y tribunales en la resolución de casos concretos. La tesis de Garrido Falla se apoyaba fundamentalmente en la interpretación del párrafo tercero del artículo 53; párrafo éste con tan mala redacción que ha oscurecido no sólo el problema de las garantías de los derechos reconocidos en el capítulo tercero del título I, sino el sistema constitucional en su totalidad.

En el mismo año de 1980, García de Enterría en un artículo memorable que cambió la dogmática tradicional y que probablemente afectó a la propia estructura del estado constitucional español, sostuvo el valor normativo de toda la Constitución, es decir su carácter de norma directamente aplicable por la jurisdicción y, desde luego, alegable por las partes. Se basó para ello en la interpretación del párrafo uno del artículo 9, del artículo 163 y de la disposición derogatoria tercera.

Apoyado en estos tres ejes constitucionales, García de Enterría, resolvió muy bien los problemas de la *interpositio legislatoris* y del sometimiento a derecho de todos los poderes públicos. Pero, sin

embargo, desde el punto de vista lógico, su razonamiento puede parecer inválido por ser circular al menos, en el siguiente punto: “la Constitución –dice García de Enterría (1980:63)– es explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo vinculante y directo”. En gráfico:



§10 Esta afirmación circular es la prueba de que el valor normativo de la norma suprema de un ordenamiento es irresoluble en el interior del sistema jurídico porque o se incurre en paradoja o en aporía.

En una monografía conjunta de 1996, dos filósofos del derecho, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han intentado resolver esta circularidad mediante el recurso a la construcción de Hart de la regla de reconocimiento. Estos autores vienen a decir (1996:146) que en el debate entre Garrido Falla y García de Enterría, las tesis de este último obtuvieron un mayor grado de reconocimiento por parte de los intérpretes y aplicadores del derecho. Este hecho constatable por entonces de un mayor reconocimiento configuró la nueva regla de reconocimiento (o norma-base) del derecho español. De forma tal, que de haber sucedido al contrario, es decir, de haber acogido la jurisprudencia ordinaria y constitucional las tesis de Garrido Falla, se hubiese configurado de otra suerte la norma-base y con ella todo el sistema jurídico español.

Como se puede ver, el razonamiento de Atienza y Ruiz Manero se inscribe a grandes rasgos en el llamado realismo jurídico, puesto que para ellos – como para una larga tradición jurídica de impronta anglosajona – es más determinante el “hábito de obediencia” de Bentham y Austin, convertido en una suerte de “hábito de reconocimiento” por Hart; que la “constitución lógico-jurídica” de Kelsen, de fortísima impronta kantiana.

§11 *Causa y fundamento*. Pero, como el mismo Kelsen subrayó, el problema de la tesis realista es el de la confusión entre la causa y el fundamento: “Así, por ejemplo –habla Heidegger (1956:183)– el enunciado universalmente válido ‘todos los hombres son mortales’ contiene ciertamente el fundamento de que nos sea inteligible que: ‘Sócrates es mortal’. Pero ese enunciado universalmente válido no produce el efecto, no es la causa de que Sócrates

muera". La causa de que Sócrates muriese fue la cicuta, pero el fundamento de la norma que ordenaba su muerte no fue en ningún caso esta especie vegetal. Al contrario tampoco vale: se dice que el fundamento (la razón) de la aceptación de la propia muerte por Sócrates fue su empeño en distinguir entre el bien y el mal, pero es obvio que ningún certificado forense se atrevería a decir que murió por causa de la distinción, en lugar, de por causa de la intoxicación.

En el terreno jurídico la confusión entre causa y fundamento puede describirse como una confusión entre la constitución histórica (tal y como está semánticamente establecida en un texto y tal y como es pragmáticamente leída por los protagonistas institucionales) y la constitución lógica o norma-base que, a su vez, sería una suerte de expediente sintáctico que funcionaría como fundamento de la validez de la constitución semántica. Me parece que al distinguir entre constitución lógica y constitución histórica el formalismo se libra de la paradoja o, al menos, aprende a convivir con ella. Por el contrario, al convertir un hecho (el reconocimiento) en fundamento de validez del derecho, Hart y, entre nosotros, Atienza y Ruiz Manero se arriesgan a explicar con la cicuta la muerte de Sócrates.

§12 Intentaré explicar mejor esto respondiendo a la misma pregunta que Atienza y Ruiz Manero se formulan para desarrollar sus tesis: ¿qué hubiera pasado si las tesis de Garrido Falla "triumfan", es decir, obtienen más reconocimiento de la comunidad jurídica que las tesis de García de Enterría? Me parece que, en ese caso el sistema constitucional español se hubiera establecido sobre la siguiente regla:

"En la construcción de normas particulares y concretas (sentencias) el intérprete y aplicador del derecho español (jueces y tribunales) no podrá utilizar enunciados constitucionales sin contar con una previa *interpositio legislatoris*"

Se trataría de una regla constitucional en virtud de la cual el poder constituyente habilitaría en exclusiva al poder legislativo para pasar el texto constitucional de la generalidad y abstracción a la particularidad y concreción¹². La regla actualmente vigente según la doctrina del Tribunal Constitucional, dice justamente lo contrario:

"En la construcción de normas particulares y concretas el intérprete y aplicador del derecho español están sometido a todos los enunciados constitucionales que tienen, por ello, valor normativo vinculante y directo"

Me parece importante mostrar ahora que tanto la regla vigente como la hipotética contraria, serían reglas constitucionales y no constituyentes, es decir, que habitan el texto (tácito) constitucional y no el texto (presupuesto) de la norma-base. La prueba es que si ahora nos preguntásemos por qué hay que obedecer la regla que establece el valor normativo de la Constitución, la respuesta sería “porque así lo establece el poder constituyente”. Esta respuesta no cambiaría si imaginamos la vigencia de la regla contraria en virtud de la cual la Constitución sólo tiene valor programático para el legislador:

– ¿Por qué no debemos conferirle valor normativo a la Constitución?

– *Porque así lo establece el poder constituyente.*

Si la respuesta es idéntica queda probado, a mi juicio, que ambas normas pueden tener un plano de fundamentación superior y común; y que, a contrario, ambas normas pertenecen a la constitución histórica.

Es por esto por lo que la construcción kelseniana de la *Grundnorm* nos parece preferible a la *rule of recognition* de Hart. Y ello porque la respuesta que dice “porque así lo establece el poder constituyente” es de tinte kelseniano y no depende del reconocimiento de la comunidad jurídica, sino que es un presupuesto lógico-trascendental, cuya mutación –suponiendo que esta fuese posible¹³– seguiría caminos muy diferentes al cambio constitucional.

Se equivocan por ello, a mi juicio, Atienza y Ruiz Manero (1996:147) cuando sostienen que “la identificación de la fuente suprema depende de una norma que existe sólo en cuanto que compartidamente aceptada”¹⁴. Lo “compartidamente aceptado” es la constitución histórica, en nuestro caso la regla propuesta por García de Enterría, frente a la propuesta por Garrido Falla. La norma-base, en cambio, existe igual y enuncia lo mismo, tanto si la constitución histórica dice que la constitución tiene valor normativo, como si dice lo contrario.

Hay, en primer lugar, un componente de la constitución que podríamos llamar **semántico**, por analogía con aquellos elementos de la lengua que como “amigo”, “luna” o “penumbra”, tienen significado por sí, sin necesidad de complementos. Esta constitución semántica, sería el texto de la constitución histórica. Se trataría de proposiciones complejas y normativas, sustantivas, vinculantes e históricas, que determinan la interpretación semántica de las normas inferiores .

Hay, en segundo lugar, una constitución que podríamos llamar **pragmática**, por analogía con el objeto de la rama de la lingüística que estudia la lengua en su connotación y no en su denotación. De la misma forma que aquel lingüista anti-estructuralista enseñaba a sus alumnos veinte formas diferentes de decir “buenas noches”, así hay múltiples formas de interpretar la constitución semántica que, en este sentido, se escribe y modifica todos los días, según las acciones de los protagonistas sociales.

Y hay, por fin, un componente sintáctico de la constitución. Sería la constitución lógica o la norma-base, cuyo enunciado diría: si una norma viola lo dispuesto en la constitución histórica, entonces es nula. A esta constitución podríamos llamarla **sintáctica**, porque –de la misma forma que cualquiera de los enlaces sintácticos de una lengua (los más importantes del castellano son las conjunciones “y” y “que” y la preposición “de”)– carece de significado por sí misma; indica relación, pero no sustancia; y, a pesar de no tener sentido aislado, es fundamental para la construcción del sentido de una proposición. Esta constitución sintáctica viene a tener la misma extensión conceptual, significado y función que la norma-base. Se trataría de un enunciado sin contenido material, lógico por oposición a histórico, trascendente por oposición a inmanente y relacional por oposición a sustancial.

§15. Tanto el componente semántico como el pragmático de la constitución son puramente interpretativos. Por consiguiente cada constitución histórica debe presuponer, pues, una constitución lógica o sintáctica. Y la norma-base, por lo tanto, no es el producto de una libre invención. No es contingente, sino inmanente a la constitución, en el sentido de que cada constitución debe presuponer una norma-base y no puede elegir entre varias. La constitución más arbitraria e injusta que podamos imaginar necesita construir un fundamento de validez.

La norma-base no es el habla, sino el hablar. Por eso, no puede ser aplicada separadamente de la constitución histórica y lo único que puede decir es que hay que obedecer al poder constituyente, o que es inválida la norma que viole lo dispuesto en la constitución histórica, o que todo lo que cambia la constitución es constitución.

Pero si admitimos que el fundamento de validez de la constitución está en una norma-base de naturaleza sintáctica, entonces debemos de admitir que ningún significado de esta norma-base puede ser diferente de los significados de la constitución histórica. La norma-base no puede ser desgajada de la constitución histórica a la que da fundamento inmediato.

Y ello por la misma razón por la que no puedo desgajar las palabras “no” “de” “a” y “que” de la última frase que he escrito. Estos cuatro términos son los enlaces sintácticos que dan sentido a la frase: “La norma-base no puede ser desgajada de la constitución histórica a la que da fundamento inmediato”. Ahora bien si digo: “no de a que”, no digo nada con significado. Pero al contrario, si suprimo los términos sintácticos de la proposición cambio o anulo su significado.

Desde el punto de vista del significado, la sintaxis es necesaria pero no suficiente. Desde el punto de vista del sentido jurídico, la norma-base es necesaria pero no suficiente.

§16. *Caracterización del fundamento por pares de opuestos.* Para hacer más explícitos los posibles errores de nuestro razonamiento terminamos con un gráfico de recapitulación en el que caracterizamos al fundamento de validez por pares de opuestos:

LO QUE SÍ ES EL FUNDAMENTO	LO QUE NO ES EL FUNDAMENTO
Norma	hecho
“fuente” de validez	válido (agua)
fundamentante	fundamentado
fundante	fundado
inmanente a la constitución	trascendente a la constitución
inmanente a la constitución	contingente como la constitución

LO QUE SÍ ES EL FUNDAMENTO	LO QUE NO ES EL FUNDAMENTO
presupuesto	impuesto
pensado	querido
existente	real
función	falsable/verificable
constituyente	constituido
Lógico	emotivo
Lógico	histórico
sintáctico	semántico o pragmático
cerrado	abierto
básico	derivado
Norma de estructura	norma de conducta
unitario	doble
inseparable de la constitución histórica	separable de la constitución histórica
unificador del ordenamiento	disgregador
excluyente e inclusivo a la vez	a-selectivo
Límite	entorno
autopoyético	heteropoyético
invariable	mutable

Notas

1 Si es o no jurídica una determinada norma es, de alguna manera, la pregunta por el mismo *ser* de la norma, de ahí que a esta tercera pregunta se la denomine con frecuencia la pregunta ontológica del derecho. Y, por extensión, se denomina también "ontología jurídica" (Bobbio, 1954) a la Teoría General del Derecho, que sería la subdisciplina de la Filosofía del Derecho, llamada a responder la pregunta ontológica. Sobre estos particulares véase Delgado Pinto, 1980 y Serrano, 1999: 17-25.

- 2 Usamos todavía como indistintos los términos de validez y vigencia, para perfilar su alcance y significado véase Delgado Pinto, 1990 y Peña Freire, 1999.
- 3 No hay juego de palabras cuando decimos que la pregunta por el fundamento puede ser la pregunta fundamental porque “todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado [...] Todo ‘preguntar por...’ es de algún modo ‘preguntar a...’”. Al preguntar es inherente además del aquello de que se pregunta un *aquello a que se pregunta*”. (Heidegger, 1956:14)
- 4 Impertinente en la segunda acepción que el diccionario de la RAE da a este adjetivo: “que molesta”.
- 5 Sabedores de esto, los “señores del derecho” nunca plantean la cuestión del fundamento, la eluden, la dan por resuelta en la constitución histórica, la ignoran o intentan ridiculizarla. Cabe incluso amenazar con el despido laboral a los que la plantean... véase la fábula de la secretaria preguntona y su jefe indignado Bulgyn (1991: 273-274)
- 6 Decía Gadamer (*La actualidad de lo bello*, Paidós, Barcelona 1991) que hay que sumarle a la experiencia del arte el aprendizaje de la demora. Tal vez la pregunta por el fundamento, en cuanto se demora tanto su respuesta, sea la pregunta propia del arte jurídico.
- 7 Positividad, en los ámbitos de la teoría y las dogmáticas jurídicas, designa, en términos generales, el carácter estatuido del derecho. Cuando la expresión “derecho positivo” es pronunciada en sede jurídica se presupone que la positividad proviene del mismo derecho, esto es de mecanismos de producción de normas positivas que lejos de estar fuera del sistema, son una de las estructuras básicas del mismo: las llamadas fuentes del derecho. Y aquí comienza la diferenciación entre la teoría jurídica (vigencia) y la teoría sociológica (positividad) y ello porque a la sociología le resulta inadmisibles la existencia de “fuentes del derecho”. Véase Serrano 2002: 75-76)
- 8 Si formulamos en positivo la proposición del fundamento, nos aparece en seguida una tautología que, por lo pronto, eludiremos. Es la siguiente: toda norma jurídica necesita validez para ser jurídica, pero toda norma válida es jurídica, de forma que decir “norma jurídica válida” es redundancia. Como se ve, juridicidad y validez o vigencia actúan como sinónimos en la proposición del fundamento.
- 9 En cuanto a la traducción de la expresión alemana *Grundnorm*, debe descartarse de entrada la de “norma fundamental”, que el uso común del lenguaje jurídico ha reservado para las constituciones históricas y que, por lo tanto, induce a confusión. Todas las demás traducciones (norma fundante básica, norma básica, norma fundante y norma-base) valen, pero la primera -que es la que acuñó la traducción de Roberto Vernengo de la *Reine Rechtslehre*- es más una definición que un nombre. Igual le sucede a la expresión “norma fundante” que tal vez aclare demasiado pronto el sentido de la expresión. De las dos que quedan “norma básica” y “norma-base”, la segunda parece preferible aunque sólo sea porque *Grund-* en la terminología kelseniana es sustantivo y no

adjetivo. Finalmente, en cuanto a la ortografía, vale la solución del novelista italiano Antonio Tabucchi que en su novela *La cabeza perdida de Damasceno Monteiro* escribe con mayúscula ambos términos, pero parece que el castellano prefiere la minúscula para nombres comunes y el guión cuando se quiere unificarlos.

- 10 “Y esa misma estructura de su teoría –dice García Amado (1996:11) en su monografía sobre la *Grundnorm*, acaso la más completa publicada hasta la fecha–, compleja e interdependiente, se transmite a las menciones y descripciones que Kelsen hace de cada uno de sus conceptos básicos, y entre ellos el de norma fundamental. Significa esto que unas veces ofrece Kelsen una caracterización en sede jurídica, otras en sede lógica, otras en sede epistemológica, otras por referencia a postulados éticos, etcétera.”
- 11 La aporía de la positividad tiene su reflejo filosófico en la aporía del fundamento. Reproducimos a continuación una formalización lógica de esta aporía del fundamento realizada por Francisco Garrido al que agradecemos el acceso al manuscrito que la contiene: 1. Todo lo que existe tiene fundamento $\lambda xEx \rightarrow Fx$. 2. Hay algo que existe y que tiene fundamento $\forall xEx \wedge Fx$. 3. No hay nada que exista y que no tenga fundamento $\neg \forall xEx \wedge \neg Fx$. 4. No hay nada que no exista y que tenga fundamento $\neg \forall x \neg Ex \wedge Fx$. 5. Si algo existe pero no tiene fundamento entonces es que no existe $\lambda x(Ex \wedge \neg Fx) \rightarrow \neg Ex$. 6. Si algo tiene fundamento pero no existe entonces es que no tiene fundamento $\lambda x(Fx \wedge \neg Ex) \wedge \neg Ex$. 7. Luego el fundamento solo no existe $\lambda x(Fx \wedge Px) \rightarrow \neg Ex$. 8. Luego la existencia sin fundamento no existe $\lambda x(Ex \wedge Rx) \rightarrow \neg Ex$. 9. Todo lo que existe (y solo existe) es nada $\lambda x(Ex \wedge Rx) \rightarrow \neg Ex$ $\lambda x(Ex \wedge Rx) \rightarrow Nx$. 10. Todo lo que existe, existe si no existe $\lambda xEx \leftrightarrow \neg Ex$.
- 12 En abril de 1997, la sala tercera del Tribunal Supremo, decidió a requerimiento de un juez de la Audiencia Nacional, desclasificar unos documentos de los servicios secretos españoles. Para construir su decisión la Sala del Tribunal Supremo utilizó directamente enunciados constitucionales y no utilizó la vigente ley de secretos oficiales. A raíz de esta decisión judicial, Pérez Royo, en un artículo de prensa (1997), sostuvo que nos encontrábamos ante un “golpe de Estado”. El razonamiento del constitucionalista sevillano se basaba precisamente en la afirmación de que sólo el legislativo (y el Tribunal constitucional) tienen la facultad de construir normas particulares y concretas utilizando en exclusiva la Constitución, mientras que el ejecutivo y el judicial, están sometidos únicamente a la ley. Como puede verse se trata –casi veinte años después– de las mismas tesis sobre la *interpositio legislatoris* que Garrido Falla sostuviera en su polémica con García de Enterría.
- 13 Tan cierto como lo anterior es que para cambiar las normas constitucionales, sí es precisa la fuerza, la eficacia o el reconocimiento. Pero esto es ya el problema del cambio de la norma-base, sobre el que ahora no podemos detenernos.
- 14 También Peces-Barba (1984), Laporta (1984) y Ruiz Miguel (1988) hacen un esfuerzo por construir la norma-base no como proposición lógico-trascendental, sino como norma con contenido material. Atienza y Ruiz Manero (1996: 136) le

reprochan al primero su confusión entre “normas más importantes”, los valores superiores del artículo primero, y regla de reconocimiento. Ciertamente, al hacerlo, se quedan a un paso de reconocer el carácter de la norma-base como presupuesto lógico-trascendental, sin contenido material, pero en seguida rectifican para atribuirle el contenido que determine la comunidad jurídica. Contenido este que aunque indeterminado, es tan material como el de los valores superiores propugnados por Peces-Barba.

15 Sobre el desdoblamiento de la constitución en K. Vía costumbre ver GA 89-99. La mera referencia constitucional es un juego de variaciones en el que el otro polo siempre es variable. A la constitución pertenece la cara última no mencionada de todas las distinciones jurídicas. Lleva inscrito el inobservable último del pensamiento jurídico. Interpretarla consiste en el modo de permutar los fondos en el fondo. Luhm

Referências

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho. Teoria della norma giuridica*, 1954 y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1956 en edición conjunta y versión castellana por la que se cita a cargo de E. Rozo. Madrid: Debate, 1991.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa*, número 9, 1991.

CHOMSKY, Noam. *Aspectos de la teoría de la sintaxis*. Versión castellana de Carlos-Pelegrín Otero. Barcelona: Gedisa, 1999. Título original: *Aspects of the Theory of Syntax*.

DELGADO PINTO, José. La validez del derecho como problema de la filosofía jurídica. In: *Estudios en honor del Dr. L. Recasens Siches*, México: Unam, 1980.

DELGADO PINTO, José. Sobre vigencia y validez. *Doxa*, número 7, 1990.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica*. Madrid: Civitas, 1980.

HEIDEGGER, Martin. *La proposición del fundamento*, curso 1955-1956. Versión castellana y notas de F. Duque y J. Pérez de Tudela. Barcelona: ediciones del Serbal, 1991. Título original: *Der Satz vom Grund*.

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Versión castellana por la que se cita de G. Carrió. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963. Título original: *The Concept of Law*.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. versión castellana por la que se cita de Roberto J. Vernengo. México, Porrúa, 1993. Título original: *Reine Rechtslehre*. 2ª. edición revisada y aumentada.

LAPORTA, Francisco. Norma básica, Constitución y decisión por mayorías. *Revista de las Cortes Generales*, número 1, 1984.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm von, *Hypothesis Physica Nova*

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. La Constitución, fundamento inquieto del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 55, enero-abril 1999.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1991.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales. *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XVI, 1999.

RUIZ MIGUEL, A., Creación y aplicación de la decisión judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid, Trotta, 1999.

Recebido em 07/05

Avaliado em 08/05

Aprovado para publicação em 08/05