

DISCURSO DE INGRESO
DEL
Excmo. Sr. Dr. D. Gustavo Villapalos Salas

EL CONCEPTO DE NORMA
FUNDAMENTAL



I. S. B. N.: 84 - 604 - 7083 - 0
Depósito Legal: M - 23.076 - 1993

Imprenta Ideal, S. L. - Chile, 27 - Telef. 359 57 55 - 28016-MADRID

**Excmo. Sr. Presidente en funciones
de la Real Academia de Doctores,
Sres. Académicos, Señoras y Señores:**

Constituye para mí un alto e impensado honor que esta Real Academia, que cuenta entre sus miembros a tantas personas ilustres por el saber, me haya llamado a formar parte de su número, más por la bondad de los señores académicos que por mis méritos.

Mas la conciencia de esto último no enturbia el orgullo y la satisfacción profunda que este gran honor me produce. Pueden todos los ilustres miembros de esta Corporación estar completamente seguros de que pondré todo de mi parte para corresponder y honrar la medalla que hoy se me impone. Desde el sillón del que voy a tomar posesión no regatearé ningún esfuerzo para cooperar en los trabajos científicos de la Academia y en todas aquellas tareas que se me encomienden. Quienes me conocen saben que soy persona de pocas palabras y eso en mí es la mejor garantía de que las obras serán largas.

He escrito, para esta ceremonia de ingreso, tan cargada de significación, sobre un tema clásico de la ciencia jurídica —quizá ya sobre su historia— como es el de la significación que el concepto de Ley Fundamental tiene en el pensamiento normativista kelseniano.

«Überall ist das vollkommene Wissen in diesem scheinbaren Kreise dass jedes Besondere nur aus dem Allgem[eine]n dessen Theil es ist verstanden werden kann und umgekehrt. Und jedes Wissen ist nur wissenschaftlich wenn es so gebildet ist».

F. SCHLEIERMACHER (1)

1. DE LA INEVITABILIDAD DE FUNDAR

Lo hemos visto, creo, con suficiente pormenor: el universo kelseniano es un cosmos de normas, y de los sistemas construidos a partir de esas normas; normas a las que, por otro lado, la incardinación sistemática no resulta ciertamente accidental, sino, lisa y llanamente, esencial. Razón: que las normas son, ante todo, sentidos de actos de voluntad; sentidos, en primer lugar, subjetivos, cuya objetividad viene dada por el apoyo que **otra norma** le da al acto de voluntad cuyo sentido es aquella que se considera. Las normas, que por pertenecer al reino del Sollen no «son», sino que sencillamente «valen», deben pues su existencia a la fundamentación **normativa** que respalda el acto de voluntad a cuya presencia deben su peculiar forma de existir. Es por ello por lo que la pregunta por el fundamento de la existencia de una norma, confundida en todos sus términos con la pregunta por el fundamento de su validez, recibe, en el esquema kelseniano, una respuesta inmediatamente simple y satisfactoria: es válida aquella norma cuya producción ha sido previamente autorizada por una norma de rango superior. Que así, sin embargo, se abre de inmediato la amenaza de un regreso al infinito en la cadena de fundamentación, haciendo mediatamente mucho menos satisfactoria la

(1) Fr. D. E. SCHLEIERMACHER: **Hermeneutik**. Nach den Handschriften neu herausgegeben und eingeleitet von H. KIMMERLE. Carl Winter, Universitätsverlag, Heidelberg, 1959, p. 88.

solución así adoptada, es cosa que no sólo una pléyade de intérpretes y críticos (2), sino cualquier lector avisado, han podido captar sin mayor demora. El problema que entonces se abre en el propio corazón del sistema kelseniano, amenazando destruir el edificio entero de la teoría pura, es, naturalmente, el problema de la norma fundamental o «fundante», el problema de la **Grundnorm** (3).

(2) Sobre el problema de la **Grundnorm** existe, como se sabe, una amplísima bibliografía; me limitaré por ello a mencionar aquí, entre los más recientes, los trabajos de J. R. VERNENGO: «La función sistemática de la Norma Fundamental», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, pp. 3-21; R. L. BINDSCHD-LLER: «Zum Problem del Grundnorm», en *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*. Springer, Viena, 1960, pp. 67-76; V. GIORGIANNI: «Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 39, 1962, pp. 102-109; J. STONE: «Mystery and Mystique in the Basic Norm», en *The Modern Law Review*, 26, 1963, pp. 34-50; G. HUGHES: «Validez y Norma Básica», en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), 6, 1974, pp. 199-223; J. RAZ: «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, pp. 94-111; A. PECZENIK: «On the nature and function of the Grundnorm», en *Rechtstheorie*, Beiheft, 2, 1981, pp. 279-296; así como, de este mismo autor últimamente citado, «Two Sides of the Grundnorm», en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982, pp. 58-62; S. JORGENSEN: «Grundnorm und Paradox», en *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*. Hrsgb. v. W. KRAWIETZ und H. SCHELSKY, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, *Rechtstheorie*, Beiheft, 5, pp. 179-193; D. KÜHNE: «Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung», en *Id.*, pp. 193-201; W. MINCKE: «Die Grundnorm im Internationalen Privatrecht», en *Id.*, pp. 201-211; J.-M. PRIESTER: «Die Grundnorm - eine Chimäre», en *Id.*, pp. 211-245.

(3) Mantendré en mi texto, en lo posible, el término alemán de **Grundnorm**, que, eventualmente, traduciré por «norma fundamental» o «norma básica» (**basic norm**) en virtud de preferencias puramente estilísticas. Diré, sin embargo, que contra la opinión de otros intérpretes (vid. V. J. ERRAZURIZ MACKENNA: *Op. cit.*, p. 234, nota 63) considero acertada, en cuanto al fondo, la traducción de Vernengo por «norma 'fundante' —y no 'fundamental'— o «norma fundante básica». Pero mis razones serían, además de las que él propone («**Grundnorm** es traducido como 'norma fundante', para evitar la connotación de importante que 'fundamental' tiene en castellano y disminuir la tentación de confundir la **Grundnorm** con la constitución positiva»: «Nota del traductor», en TPD [II], pp. 357-358), las de que así se subraya mejor la condición esencialmente **dinámico y productora**, el puro «ser-producción-de-normas» que, a mi juicio, y como aquí se intentará hacer ver, caracteriza siempre a la mencionada **Grundnorm**.

El orden jurídico, asevera nuestro autor, es en efecto un sistema de normas. Esta expresión, sin embargo, debe ser tomada en un sentido absolutamente literal: como vimos, un sistema cuyos elementos, las normas, deben su peculiar existencia al apoyo prestado por otros elementos del sistema, hace depender la existencia de todos y cada uno de sus elementos de la existencia a su vez, del sistema mismo en el que éstos se incardinan. Y puestas así las cosas, «normas» y «sistemas», polos respectivamente singular y total del conjunto considerado, se prestan así los unos a los otros el fundamento mismo de su propia existencia; de tal forma que, como advierte Kelsen, la pregunta que interroga por la unidad de una multiplicidad de normas, esto es, la pregunta que interroga por la razón de la pertenencia de una norma dada a un ordenamiento dado, ha de encontrarse en la más estrecha de las relaciones con la que, por su parte, pregunte, simplemente, por qué vale una norma; dicho en otros términos: cuál es la última razón de que sea necesario obedecer al derecho (4).

Ya vimos también, sin embargo, cómo el hecho de que una norma sea «válida» no significa otra cosa, en el kelsenismo, sino que obliga: que convierte en «debida» una cierta conducta. Desarrollándose su existencia, por tanto, en el ámbito de un Sollen que el análisis ha mostrado radicalmente apartado (en principio) de todo posible enlace con el ser, la pregunta por el fundamento de validez de una norma (y una norma, insistimos, no existe si no «vale»; pero si «vale» es porque está fundada, con lo que preguntar por su fundamento es lo mismo que preguntar por su ser), la pregunta por (el fundamento de) la validez de una norma, digo, no puede ser contestada sino acudiendo a (la validez de) **otra norma** (5). (No otra es la trascendencia real, para Kelsen, del tipo

(4) RR (II), V, 34, a), p. 196: «Ist das Recht als normative Ordnung, als ein System von Normen, begriffen, die das Verhalten von Menschen regeln, entsteht die Frage: Was begründet die Einheit einer Vielheit von Normen, warum gehört eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung? Und diese Frage steht in einem engen Zusammenhang mit der Frage: Warum gilt eine Norm, was ist ihr Geltungsgrund?» (TPD [II], p. 201).

(5) RR (II), *ibid.* (TPD [II], *ibid.*).

de consideración inaugurado por la dinámica: ella es, en efecto, la que da cuenta de la forma de producción de un sistema cuyos elementos dependen, para su mera presencia, de su remisibilidad al elemento, metafóricamente considerable como superior (6), que determina la forma, el contenido o la forma y el contenido de su propia producción). El reino del **Sollen** no es sólo, pues, independiente; también es autosuficiente: es el Derecho quien regula la producción del Derecho; y es en general la norma la única que puede regular la producción de la norma. No hay pues «hecho» alguno, ni en el ámbito de lo jurídico ni en el ámbito de lo ético o religioso, que pueda fundamentar la presencia de un deber-ser: no hay «hecho» alguno —ni siquiera el hecho de haber sido establecido por una autoridad sobrehumana— que pueda justificar el «deber-ser» de una norma moral (7) o jurídica. En ese silogismo

(6) «Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein. Eine Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird figürlich als die höhere Norm im Verhältnis zu einer niederen Norm bezeichnet» [RR [II], V, 34, a), p. 196; TPD [E], p. 201]. **Vid.** también: «Dass die Geltung einer Norm die Geltung einer anderen Norm in der einem oder in der anderen Weise begründet, konstituiert das Verhältnis zwischen einer höheren und einer niederen Norm. Eine Norm ist im Verhältnis zu einer anderen Norm die höhere im Verhältnis zu einer niederen, wenn die Geltung dieser durch die Geltung jener begründet ist.» (ATN, 59, e), p. 207).

(7) «Da die als Obersatz fungierende Aussage besagt, dass der subjektive Sinn eines auf das Verhalten eines anderen gerichteten Willensaktes auch sein objektiver Sinn und das heisst eine gültige Norm ist, wenn dieser Akt durch eine als gültig vorausgesetzte Moral- oder Rechtsnorm ermächtigt ist, scheint dieser theoretische Syllogismus zu einem regressus in infinitum zu führen. Denn die als gültig vorausgesetzte Norm ist selbst der subjektive Sinn eines auf das Verhalten eines anderen gerichteten Willensaktes, der der objektive Sinn dieses Aktes, und sohin eine gültige Norm nur ist, wenn er durch eine als gültig vorausgesetzte Norm ermächtigt ist. Beispiel: Paul kommt von der Schule nach Hause und sagt zu seinem Vater: 'Mein Mitschüler Hugo is mein Feind, ich hasse ihn'. Darauf richtet der Vater an Paul die individuelle Norm: 'Du sollst deinen Feind Hugo nicht hassen, sondern lieben'. Paul fragt den Vater: 'Warum soll ich meinen Feind lieben?' Das heisst, er fragt, warum der subjektive Sinn des Willensaktes seines Vaters auch dessen objektiver Sinn, eine für ihn verbindliche Norm ist, oder, was dasselbe bedeutet: was der **Geltungsgrund** dieser Norm ist. Darauf der Vater: 'Weil Jesus geboten hat: 'Liebet eure Feinde''. Daraus fragt der Sohn: 'Warum soll man den Geboten

teórico que conduce a fundamentar la validez de una norma determinada, el hecho de que una autoridad haya promulgado efectivamente esa norma (o, mejor dicho, el enunciado que describe ese hecho) puede seguramente funcionar como premisa menor —y constituye, en tal sentido, la **conditio sine qua non** de la conclusión—. Pero es sólo (el enunciado que describe) la norma que hace oficios de premisa mayor la que representa la auténtica **conditio per quam** de la alcanzada validez (8). «El hecho de que alguien

Jesu gehorchen?' was soviel bedeutet wie: warum ist der subjektive Sinn dieses Willensaktes Jesu auch sein objektiver Sinn, d. h. eine gültige Norm, oder was dasselbe bedeutet: was ist der Geltungsgrund dieser generellen Norm? Worauf die einzig möglich Antwort ist: weil man als Christ voraussetzt, dass man den Geboten einer Norm, die im Denken eines Christen vorausgesetzt werden muss, um die Geltung der Normen der christlichen **Moral** zu begründen. Es ist die **Grundnorm** der christlichen **Moral**, die die Geltung aller Normen der christlichen **Moral** begründet, eine 'Grund'-Norm, weil nach dem Grund ihrer Geltung nicht mehr befragt werden kann. Es ist keine positive, d. h. keine durch einen realen Willensakt gesetzte, sondern eine im Denken des Christen vorausgesetzte, das heisst eine fingierte Norm» (ATN, 59, b) [«Die Grundnorm als oberster Geltungsgrund einer normativen Ordnung»], p. 205). Cfr.: «Die Funktion der Verfassung», en WRS, III, pp. 1071-1978, p. 1972; «On the Basic Norm», en **California Law Review**, 47, 1959, pp. 107-110, p. 108).

(8) «Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano; así, cuando se funda la validez de los Diez Mandamientos en el hecho de que el Dios Jehovah los entregó en la cima del Sinaí; o cuando se dice que se debe amar a los enemigos porque Jesús, el hijo de Dios, así lo ordenó en el Sermón de la Montaña. En ambos casos el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero sí presupuesto, no es el hecho de que Dios, o el Hijo de Dios, haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos, y la norma según la cual debe obedecerse lo que su Hijo mande. Con todo, en el silogismo cuya premisa mayor es un enunciado deóntico que expresa la norma superior —deben obedecerse los mandamientos de Dios (o los de su Hijo), y cuya conclusión la constituye el enunciado normativo que expresa la norma inferior —deben obedecerse los Diez Mandamientos (o el mandamiento de amar a los enemigos)—, el enunciado que establece una circunstancia de hecho —Dios ha dictado los Diez Mandamientos (o el Hijo de Dios ha ordenado amar a los enemigos)— constituye, como premisa menor, un miembro esencial. Premisa mayor y premisa menor son ambas condiciones de la conclusión anunciada. Pero sólo la

ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas» (9). Por lo tanto, es sólo **otra norma**, y una norma que debe ser, a su vez, válida, la que, insistamos una vez más en ello, puede proporcionar el ansiado fundamento de validez, que es aquí tanto como el fundamento del ser. Obvio es, sin embargo, que

«la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última (**letzte**), la suprema (**höchste**). Como norma suprema tiene que ser **presupuesta (vorausgesetzt)**, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse, ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (**Grundnorm**)» (10).

premisa mayor, que es un enunciado deóntico, constituye una **conditio per quam** en relación con el enunciado terminal, que también es un enunciado deóntico; vale decir, la norma enunciada en la premisa mayor es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión. El enunciado de hecho que aparece en la premisa menor es sólo **conditio sine qua non** en relación con la conclusión. Es decir, la circunstancia fáctica establecida en la premisa menor no es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión (TPD [II], **loc. cit.**, pp. 201-202; RR (II), pp. 196-197). **Vid.** también: ATN, 59, I, a), pp. 203-204.

(9) TPD (II), p. 202 (RR [II], **loc. cit.**, p. 197).

(10) TPD (II), **loc. cit.**, p. 202 (RR [II], **loc. cit.**, p. 197). **Vid.** también: «Es ist eine 'Grund'-Norm, wein nach dem Grund Ihrer Geltung nicht weiter gefragt werden kann, denn sie ist keine gesetzte, sondern eine vorausgesetzte Norm. Es ist keine positive, durch einen realen Willensakt gesetzte, sondern eine im juristischen Denken vorausgesetzte, das heisst... eine fingierte Norm. Sie stellt den letzten Geltungsgrund aller die rechtsordnung bildenden Rechtsnormen dar. Nur eine Norm kann der Geltungsgrund einer anderen Norm sein. Die Grund-

La búsqueda, pues, se nos dice, **tiene que concluir (Sie muss enden)**. Y es por eso, porque **tiene que concluir**, por lo que en rigor puede hablarse de un «sistema»: es la común remisión de todas las normas a la norma fundamental, a través de la mediación de las restantes que correspondan, la que funda en definitiva, en efecto, que esta cadena de fundamentación, sujeta a la amenaza de abismarse en un inacabable regreso al infinito («**Aber die Suche nach dem Geltungsgrund... kann nicht... ins Endlose gehen**») pueda «cerrarse» y alcanzar, así, la **consistencia** de lo que verdaderamente constituye, así, un conjunto **ordenado**, un conjunto bien **trabado** de piezas. Dicho en otros términos: es el orden lo que da su sistematicidad a los ordenamientos; es la presencia de la **Grundnorm**, su presencia «pre-supuesta», la que proporciona tanto la unidad de los sistemas normativos cuanto, por lo mismo, el criterio para su articulación; la unidad buscada de una **fáctica multiplicidad** (11):

«Todas las normas cuya validez puede remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de nor-

norm kann, muss aber nicht vorausgesetzt werden. Was die Ethik und Rechtswissenschaft von ihr aussagt, ist: Nur **wenn** sie vorausgesetzt wird, kann der subjektive Sinn der auf das Verhalten anderer gerichteten Willensakte auch als ihr objektiver Sinn, können diese Sinngehalte als verbindliche Moral- oder Rechtsnormen gedeutet werden. Da diese Deutung durch die Voraussetzung der Grundnorm bedingt ist, muss zugegeben werden, dass Soll-Sätze nur in diesem **bedingten** Sinne als objektiv gültige Moral- oder Rechtsnormen gedeutet werden können» (ATN, 59, p. 206; es el epígrafe, c), que lleva por leyenda: «Geltungsgrund einer Norm kann nur eine Norm sein. Aussagen der Ethik und der Rechtswissenschaft durch die Voraussetzung der Grundnorm bedingt»). Cfr.: «Die vorausgesetzte Grundnorm einer rechtsordnung, die den verfassunggebenden tatbestand als den Grundtatbestand der Erzeugung der Normen dieser Ordnung bestimmt, ist der gemeinsame Geltungsgrund aller zu einer und derselben rechtsordnung gehörigen Rechtsnormen, und konstituiert so die Einheit in der Vielheit der grundnormgemäss erzeugten Rechtsnormen» («Der Begriff der Rechtsordnung», en WRS, pp. 1395-1416, p. 1400).

(11) «Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados que no se contradicen» (TPD [II], p. 214; RR [II], V, 34, e), p. 209).

mas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden» (12).

Un orden (amiento) de tipo **dinámico**, como lo son los sistemas **jurídicos**; un orden(amiento), pues, cuyas normas no son válidas por el hecho de tener el contenido que tengan, sino por el hecho de que han sido producidas conforme a la manera determinada por una **vorausgesetzte Grundnorm**, no tiene por tal ninguna norma material de la que puedan deducirse otras normas a la manera en que lo particular se deriva de lo universal (13). Como vimos en su

(12) TPD [II], **loc. cit.**, p. 202 (RR [II], **loc. cit.**, p. 197). Y en otro contexto: «Un 'orden' (**Ordnung**) es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es... una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden» (TPD [II], pp. 44-45; RR [II], I, 6, a), p. 32). Cfr.: «Das Recht als Ordnung oder die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen. Und die erste Frage, die es hier zu beantworten gilt, hat die Reine rechtslehre in folgender Weise gestellt: Was begründet die Einheit einer Vielheit von Rechtsnormen, warum gehört eine bestimmte Rechtsnorm zu einer bestimmten Rechtsordnung? Eeine Vielheit von normen bildet eine Einheit, ein System, eine Ordnung, wenn ihre Geltung auf eine einzige Norm als letzten Grund diesser Geltung zurückgeführt werden kann. Diese Grundnorm konstituiert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller eine Ordnung bildenden Normen. Und dass eine Norm zu einer bestimmten Ordnung gehört, geht nur daraus hervor, dass ihre Geltung auf die —diese Ordnung konstituierende— Grundnorm zurückgeführt werden kann» (RR [I], V, 27, p. 62; TPD [F], IX, 1, p. 113; TPD [E], p. 135).

(13) RR (II), **loc. cit.**, pp. 200-201 (TPD [II], pp. 205-206). Cfr.: RR (I), **loc. cit.**, pp. 62-63 (TPD [F], **loc. cit.**, pp. 113-114; TPD [E], pp. 135-136). Es obvio que

momento, no hay conducta humana que no pueda ser objeto de regulación jurídica, no hay hombre que no sea un delincuente potencial, y el concepto kantiano de razón práctica ignora no sólo las verdaderas relaciones entre lo normativo y la voluntad, sino la tajante escisión que ha de darse, como entre el **Sein** y el **Sollen**, entre el pensar y el querer. A los sistemas jurídicos no pertenecen, ni pueden pertenecer, sino normas «(im)-puestas», normas producidas por un acto particular de imposición. Por eso es por lo que, en última instancia, la **Grundnorm** no es otra cosa que la **instauración del hecho fundante de la producción de derecho** (14); la regla fundamental según la cual se producen las normas jurídicas; la «**Ein-Setzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung**» que, constituyendo así el punto de partida (**Ausgangspunkt**) de un procedimiento determinado, no puede tener otro carácter que el **dinámico y formal** (15). La «Constitución», pues, si es que, como vimos en el capítulo anterior, hemos de considerar la pirámide que metafóricamente constituye todo sistema jurídico «bien ordenado» como teniendo a la Constitución bien en el ápice, bien en la base (según la perspectiva que adoptemos), pero, en todo caso, al inicio del proceso de producción. Pero una «Constitución» que no podrá confundirse evidentemente, con esa norma o normas que determinan el modo de producción de las normas generales: **quién o quié-**

Kelsen, como explícitamente manifiesta, se está refiriendo a los sistemas éticos, cuya **Grundnorm** es de carácter material y estático —y el proceso de obtención de normas particulares, la mera deducción a partir de lo general—. En el caso de las normas jurídicas, por contra, en la medida en que se incardinan en sistemas **dinámicos**, ocurre de otra manera: «Diese gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraftseines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden, dass ihr Inhalt einem irgendwie vorausgesetzten materiellen Wert, etwa der Moral, nicht entspricht. Als Rechtsnorm gilt eine Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde. Das Recht gilt nur als positives Recht, das heisst: als gesetztes Recht.» RR [I], V, 28, pp. 63-64; TPD [F], IX, 2, p. 114; TPD [E], pp. 136-137).

(14) TPD (II), p. 206 (RR [II], **loc. cit.**, pp. 201-202: «In diesem Sinn ist die Grundnorm die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung...»).

(15) RR (I), **loc. cit.**, p. 64 (TPD [F], p. 115; TPD [E], p. 137).

nes están autorizados a producirlas, y con arreglo a **qué procedimientos**, Sino, más bien, aquella «norma» mediante cuya presunción bien **la costumbre que ha dado origen a la constitución, o bien los actos conscientemente efectuados por un grupo de hombres, son interpretados como hechos productores de normas (y el individuo, o individuos en cuya voluntad reposa el sentido del entero sistema jurídico, como autoridades que imponen la norma.** Desde el punto de vista terminológico, la **Grundnorm** viene a ser aquí caracterizada por Kelsen, en consecuencia, como una «Constitución», sí, pero una Constitución «en sentido lógico-jurídico» (**im rechtslogische Sinne**), que como tal habrá de diferenciarse siempre de esta otra Constitución a la que nos referimos, cuyo sentido es, por contra, el jurídico-positivo (**im positiv-rechtlichen Sinne**) (16). Y ésta es, sin duda, una de las más conocidas y justamente célebres de las diversas aproximaciones intentadas por Kelsen al problema de la **Grundnorm**.

2. REHACIENDO HACIA SU FUENTE LA CADENA DE FUNDAMENTACION; CONTINUIDAD JURIDICA Y RUPTURA REVOLUCIONARIA

Cabe así rehacer hacia atrás la tantas veces aludida cadena de fundamentación: aquella cadena que, se recordará, tiene por mi-

(16) RR (II), *loc. cit.*, p. 202 [TPD [II], p. 206]. La distinción proviene de A. VERDROSS: «Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers», en *Juristische Blätter*, 1916, pp. 471-473, 481-486 (ahora en WRS, III, pp. 1545-1559. Así lo reconoce el propio Kelsen en el prólogo a la segunda edición de los **Hauptprobleme**; «El concepto de la norma fundamental considerada como la Constitución en sentido lógico-jurídico fue esencialmente desarrollada por ALFRED VERDROSS, en su estudio, publicado en 1916: 'Zum Problem...' ..., al considerarla como una hipótesis referida al material del derecho positivo, por analogía con las hipótesis propias de las ciencias naturales» (HP, p. XLVIII). En los grandes textos kelsenianos figura, al menos, desde **Das Problem der Souveränität**; *vid.* p. 97, nota 1: «Diese Rechtsvoraussetzung, dieser Ausgangspunkt, diese ursprungnorm, die ich auch als verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne...».

sión última ofrecer la posibilidad de distinguir una norma auténtica (esto es, el sentido **objetivamente** válido de un acto de voluntad) de las órdenes emitidas, eventualmente, por saltadores de caminos y, en último término, gente sólo subjetivamente provista de autoridad. O la posibilidad, por no seguir siempre el ejemplo agustiniano, de distinguir entre la «muerte» que constituye para el Derecho un homicidio y la «muerte» que, también para el Derecho, constituye por el contrario la ejecución de una pena (el ejemplo es de Kelsen). Y es que si la diferencia en cuestión viene dada —como no puede ser menos en la epistemología kelseniana— por el hecho de que tal acontecimiento puede **ser interpretado como estatuido por una norma jurídica** (individual: una sentencia), esa posibilidad deberá ser legitimada, a su vez, poniendo de manifiesto **cuál es la condición que hace posible semejante interpretación** (17). Pero ya lo sabemos: si la sentencia en cuestión es válida, y en consecuencia debe ser aplicada, es **porque** fue dictada por un órgano autorizado con arreglo al Código Penal correspondiente. Y ese Código, a su vez, es válido (esto es: pertenece al sistema jurídico en examen) porque ha sido promulgado en tiempo y forma por un órgano legislativo, que si a su vez actúa es **porque** ha sido autorizado por la Constitución del Estado para esta tarea que ha acometido de imponer normas generales. Y todavía podemos seguir: ¿no sabemos, en efecto, al menos desde Aristóteles, que la pregunta por el por qué de las cosas no puede en verdad detenerse —a menos que uno tenga educación filosófica, y comprenda que es inútil preguntar por el fundamento demostrativo de lo que, como el principio de contradicción, yace a la base de

(17) «Un análisis de las proposiciones en las cuales mentamos los actos como actos jurídicos, cuyo sentido objetivo lo constituyen normas, da la respuesta (a la pregunta por el fundamento de validez de la norma que consideramos sentido objetivo de un acto): ella muestra el **presupuesto** bajo el cual esa interpelación es posible» (TPD [II], p. 58; RR [II], I, 6, c), p. 47). Y más adelante: «La pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico estatal puede surgir... con ocasión de un acto coactivo... Con ello surgen las preguntas de cuáles sean las condiciones bajo las cuales tal interpretación es posible...» (TPD [II], p. 207; RR [II], p. 202).

toda demostración—? (18). Continuemos, pues, preguntando (pero recordando siempre que, en su momento, deberemos usar de **paidela**, y dejar de preguntar por lo que fundamenta toda respuesta, por el fundamento implícito, pre-supuesto, de toda fundamentación). La Constitución que autorizaba la legislación había sido aceptada como válida; pero ¿cuál es el fundamento de su propia validez? Lo que tal vez encontremos, profundizando en esta vía, es una constitución histórica anterior. «Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución» (19). Hacia atrás en el tiempo, siempre por este camino de la transformación constitucional, se acabaría en una primera constitución histórica, cuya validez ya no podría ser referida a una norma positiva, impuesta por una autoridad que, dentro de la línea legal seguida, fuera jurídica. La tal Constitución tendría necesariamente, por ende, que ser considerada como **revolucionaria**; esto es: como implantada en ruptura de la continuidad jurídico-constitucional preexistente en el mismo dominio de validez, o en relación a un dominio que nunca hubiese sido antes dominio de validez de un or-

(18) Así razonaba, en efecto, aquel lejano —e ignorado— predecesor de Kelsen que fue, como nos recuerda Stone, Sir John Salmond: «The problem of the basic norm of legal orders was raised more than half a century ago, in the first edition of Sir John Salmond's *Jurisprudence* (1902): 'There must be found in every legal system', said this seminal thinker, 'certain ultimate principle from which all others are derived, buth which are themselves self-existent. Before then can be any talk of legal sources, there must be in existence some law which establishes them and gives... them their authority'» (J. STONE: «Mystery and Mystic...», *cit.*, p. 34). El razonamiento aristotélico, por su parte, se explicita como se sabe en los **Analíticos Segundos**, 1, 3, 72 b 19-23: «Pero nosotros decimos que no toda ciencia es demostrativa, sino que la de las cosas inmediatas es indemostrable (y es evidente que esto es necesario: pues, si necesariamente hay que conocer las cosas anteriores y aquellas de las que [parte] la demostración, en algún momento se han de saber las cosas inmediatas, y éstas necesariamente serán indemostrables)» (ARISTOTELES: **Tratados de Lógica (Organon)**. Vol. II. Traducción, Introducciones y Notas de M. CANDEL. Gredos, Madrid, 1988, p. 320).

(19) TPD (II), p. 207 (RR [II], *loc. cit.*, p. 203).

denamiento jurídico anterior (20). Supongamos ahora que no salimos del dominio de validez de un ordenamiento jurídico nacional. Preguntar por el fundamento de validez de una «primera Constitución histórica» supone pues reconocer, si es que uno renuncia a apelar a instancias meta-jurídicas del tipo «Dios» o «la Naturaleza», que, no cabiendo ya remitirse, por hipótesis, a una Constitución históricamente anterior de la que ésta derive, la misma debe ser presupuesta como válida «si es que debe ser posible (**wenn es möglich sein soll**) interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas» (21). No se detiene aquí, pues, la

(20) RR (II, *ibid.* (TPD [II], *loc. cit.*, p. 208).

(21) TPD (II), p. 208 (RR [II], p. 203). Todo el proceso fundamentador, y el significado que tiene su horizonte presupuesto de interpretación, es expuesto así, por su parte, en otro contexto: «Partamos del caso... de un juicio en que interpretamos la muerte de un hombre por otro como la ejecución de una sentencia capital, y no como un homicidio. Este juicio reposa en que reconocemos en el acto de matar la ejecución de una decisión de un tribunal que hubiera ordenado la ejecución como pena; es decir, damos al acto del tribunal el sentido objetivo de una norma individual, e interpretamos así a los hombres que establecen la medida, como un tribunal. Hacemos tal cosa porque reconocemos en el acto del tribunal el cumplimiento de una ley; es decir, de normas más generales que estatuyen actos de coacción, normas que no consideramos solamente como el sentido subjetivo, sino como el sentido objetivo de un acto efectuado por determinados hombres, que justamente por ello entendemos como un órgano legislativo. Hacemos esto porque vemos el acto legislativo como el cumplimiento de la Constitución, es decir, de normas más generales que, según su sentido subjetivo, justamente facultan a esos hombres a dictar normas generales que estatuyen actos de coacción. Consideramos, pues, a esos hombres como el órgano legislativo. Dado que consideramos a las normas que facultan al órgano legislativo no sólo como el sentido subjetivo, sino también como el sentido objetivo de actos efectuados por determinados hombres, entendemos esas normas como una constitución. Si se trata de una primera constitución histórica, ello sólo es posible si **presuponemos** que, comportándose conforme al sentido subjetivo de esos actos, **deben** cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinen las normas designadas como constitución. Es decir, cuando presuponemos una norma cuya consecuencia es que el activo que deba ser entendido como acto constituyente

omnímada aplicabilidad del rincipio de la fundamentación: sólo una norma puede fundamentar otra norma —y siempre una norma ha de estar «detrás» de otra norma, si es que la segunda ha de ser válida—. Cambiará tan sólo el hecho de que, no pudiendo ser ya, esta norma fundamentante, norma «puesta» por autoridad alguna, sólo cabe reconocer su carácter de pre-supuesto; del horizonte presupuesto de comprensión sólo por relación al cual comprendemos un todo como jurídico:

«Cuando se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, esto es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esta norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la contitución prescribe)» (22).

«Uno debe comportarse como la (primera) Constitución (histórica) prescribe». Tal es otra de las fórmulas, y no precisamente la más desconocida, con que Kelsen ha tratado de aprehender el contenido de la **Grundnorm** (23). Toda investigación científica del dere-

sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que lo producen como la autoridad constituyente. Esa norma es... la norma fundante de un orden jurídico estatal. No ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino —como lo demuestra un análisis de nuestros juicios jurídicos—, presupuesta **cuando** se interpreta el acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos. Establecer ese presupuesto es una función esencial de la ciencia del derecho. En este presupuesto se encuentra el último fundamento del orden jurídico, un fundamento sólo condicional según su esencia, y, en ese sentido, hipotético» [TPD [II], pp. 58-59; RR [II], I, 6, c), p. 47. Una exposición paralela, pero más breve, en RR (I), V, 28, pp. 65-66 (TPD [F], pp. 115-116; TPD [E], pp. 137-138), así como en ATN, 59, b), pp. 205-206.

(22) TPD (II), **loc. cit.**, p. 208 (RR [II], **loc. cit.**, pp. 203-204).

(23) «Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre

cho debe, pues, partir, advierte Kelsen con todo énfasis, de esta hipótesis fundamental, a cuyo tenor la voluntad del primer constituyente debe ser considerada como poseedora de un carácter normativo (24). Lo que en ello tenga que ver el hecho de que, como he subrayado, no hayamos salido todavía del nivel analítico propio del derecho estatal, será examinado con posterioridad. Detengámonos ya, sin embargo, en esto de que, por lo dicho, la **Grundnorm** no tiene otra consistencia que la de un **presupuesto lógico-trascendental (eine transzendental-logische Voraussetzung)**. El presupuesto lógico trascendental que, siempre desde una interpretación kantianizante del proceso de conocer, precisa el científico que quiera reducir a unidad el material jurídico que le ofrece la experiencia (25). Su esencia, en efecto, no es otra que el referirse,

los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica. La norma fundante delega en la primera constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción. Para poder ser interpretada objetivamente como una norma jurídica, la norma tiene que ser el sentido subjetivo de un acto efectuado conforme con ese procedimiento adecuado a la norma fundante, y tiene que estatuir un acto coactivo, o estar en relación esencial con una norma semejante. Junto con la norma fundante se da por supuesta también la definición, en ella contenida, del derecho como norma coactiva (Nota: pero la norma fundante no es idéntica con la definición que contiene. En cuanto norma, no constituye un concepto» (TPD [II], p. 63; RR [I], I, 6, d), p. 51). Y en otra formulación: «Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal» (TPD [E], p. 138; RR [I], **loc. cit.**, pp. 65-66; TPD [F], pp. 115-116).

(24) En la formulación de la TPD [F], p. 115 (TPD [E], p. 138). O en la formulación ligeramente diferente de la RR (I), p. 65: «Dass dasjenige, was das historisch erste verfassunggebende Organ als seinen Willen geäußert hat, als Norm zu gelten habe, das ist die Grundvoraussetzung, von der alle Erkenntnis der auf dieser Verfassung beruhenden Rechtsordnung ausgeht».

(25) «In der Grundnorm wurzelt letztlich die normative Bedeutung aller die Rechtsordnung konstituierenden Tatbestände. Nur unter Voraussetzung der Grundnorm kann das empirische Material, das sich der rechtlichen Deutung darbietet, als Recht, das heisst als ein System von Rechtsnormen gedeutet werden.

inmediatamente, a una constitución en sentido jurídico-positivo, de origen legislativo o consuetudinario, pero eficaz en términos generales; y mediatamente, al orden coactivo que tiene en esa Constitución su fuente última de producción. Su «esencia», pues, como «fundamento» último de un sistema que, como vimos, más consta y se define por la **función** que por la sustancialidad, es con mayor razón aún el de una pura función teórica: la de ser aquella condición lógico-trascendental que, como decimos, y por analogía con el papel jugado por ciertos conceptos en el seno de la epistemología de Kant, permite interpretar el sentido subjetivo tanto de los actos constituyentes, como de los actos realizados en aplicación de la Constitución, como normas jurídicas objetivamente válidas (26). «Norma» como es, por lo tanto, se trata de una norma

Nach der Beschaffenheit dieses Materials, das heisst nach den Akten, die als Rechts-Akte gedeutet werden, sollen richtet sich auch der besondere Inhalt der eine besondere Rechtsordnung fundierenden Grundnorm. Sie ist nur der Ausdruck der notwendigen Voraussetzung jeder positivistischen Erfassung des Rechtsmaterials. Sie gilt, da sie nicht im Rechtserfahren erzeugt wird, nicht als positive Rechtsnorm, ist nicht gesetzt, sondern als Bedingung aller Rechtssetzung, alles positiven Rechtsverfahrens vorausgesetzt. (...) Mit der Lehre von der Grundnorm versucht die Reine Rechtslehre nur die transszendental-logischen Bedingungen der seit jeher geübten Methode positiver Rechtserkenntnis durch eine Analyse des tatsächlichen Verfahrens blosszulegen» [RR [I], V, 29, pp. 66-67; Cfr.: TPD [F], IX, 3, p. 116; TPD [E], p. 139]. Este fue un punto cuyo desarrollo, como se sabe, fue tarea de L. PITAMIC: «LEONIDAS PITAMIC, en su estudio titulado 'Denkonomieische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft (...), ha aportado puntos de vista muy valiosos a este problema de la determinación de la norma fundamental como premisa del conocimiento jurídico» (PC, Prólogo a la segunda edición, p. XLVIII). Como se expresa, por lo demás, en las páginas 98-99 de **Das Problem der Souveränität**, la intención epistemológica que latía en el trabajo de Pitamic, así como en el del propio Kelsen, era del todo próxima a la recogida en el principio de economía de Mach.

(26) «Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades meta-jurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho

que ya no puede ser en cambio «querida», sino solamente pensada (27); la norma que, sin arrogarse autoridad legislativa alguna, pre-piensa siempre un jurista, consciente o inconscientemente, cuando interpreta conceptualmente ciertos hechos del reino del ser en términos de derecho positivo (28).

es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica 'uno debe comportarse como la constitución lo prescribe', es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la Constitución, conforme a las prescripciones del constituyente» (TPD [II], pp. 209-210; RR [II], V, 34, d), p. 205).

(27) «Dado que esa norma fundante básica no es una norma querida y, por ende, tampoco una norma querida por la ciencia del derecho (es decir, por el sujeto que profesa en la ciencia jurídica), y dado que esa norma (o mejor: su enunciación) es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas positivas, sólo puede ser una norma pensada. Y, por ende, una norma que pensada como presupuesto cuando se interpreta un orden coactivo, eficaz en términos generales, como un sistema de normas jurídicas válidas» (TPD [II], pp. 211-212; RR [II], *loc. cit.*, pp. 206-208). La tesis es afirmada en otros pasajes: «Finalmente, corresponde advertir que una norma puede ser, no sólo el sentido de un acto volitivo, sino también —como contenido significativo— contenido de un acto de pensar. Una norma puede no sólo ser querida sino también meramente pensada sin ser querida. Entonces ya no es una norma impuesta, ya no es una norma positiva. Es decir, no es necesario que una norma sea impuesta; puede que sea supuesta solamente en el pensamiento» (TPD [II], p. 23; RR [II], I, 4, c), p. 9). Y más adelante: «Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de validez de esas normas, en manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico» (TPD [II], p. 36; RR [II], I, 4, e), p. 23).

(28) «Puesto que la norma fundante básica no es una norma querida, ni tampoco querida por la ciencia del derecho, sino solamente una norma pensada, la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento, inclusive en su tesis gnoseológica de que es la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas, aun cuando se autointerpreten de ese modo. Con su teoría de la norma fundante básica no inaugura la teoría

Presupuesto lógico-trascendental, presupuesto condicional e hipotético, pero último, la **Grundnorm** no tiene por eso menos contacto, como vimos, con la dinámica transformatoria de la vida del derecho. Una vida del derecho que tanto puede discurrir por las vías de la continuidad y la ausencia de ruptura del **phylum** jurídico, como por las vías de la quiebra revolucionaria de la fundamentación legal. Y es en esta segunda alternativa, observa Kelsen, en la que mejor puede captarse este significado esencial de la **Grundnorm** que venimos persiguiendo. Es lo común, en efecto, en la experiencia jurídica, que sean los propios ordenamientos los que, en virtud del principio de autorregulación por el derecho de su propia producción, determinen los límites de su dominio de validez, especialmente los relativos a su validez temporal. Conocemos justamente con el nombre de principio de legitimidad (**Prinzip der Legitimität**) la proposición según la cual las normas pertenecientes a un orden jurídico valen en tanto que su validez no termine de acuerdo con el mencionado ordenamiento, o sea reemplazada por la validez de otra norma del repetido orden (29). Pero este prin-

pura del derecho en absoluto un nuevo método de conocimiento jurídico. Sólo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben los hechos arriba indicados como hechos no determinados por una legalidad causal, sino cuando interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como un orden jurídico normativo, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica —es decir, a una norma impuesta por una autoridad superior a la autoridad jurídica—; cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente. La doctrina de la norma fundante básica es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado» [TPD [II], pp. 213-214; RR [II], *loc. cit.*, pp. 208-209]. Y en RR [I], p. 67: «Mit der Formulierung der Grundnorm will die Reine Rechtslehre durchaus nicht eine neue wissenschaftliche Methode der Jurisprudenz inaugrieren. Sie will nur ins Bewusstsein heben, was alle Juristen —zumeist unbewusst, wenn sie im Begreifen ihres Gegenstandes zwar ein Naturrecht ablehnen, aus dem die Geltung der positiven Rechtsordnung abgeleitet werden könnte, dennoch aber dieses positive Recht als eine gültige Ordnung, nicht als blosses Faktum von Motivationszusammenhängen, sondern als Norm verstehen» [TPD [I], *loc. cit.*, p. 177; TPD [E], p. 139-140).

(29) R [II], V, 34, f), pp. 212-213 [TPD [II], pp. 217-218].

cipio, que en rigor traduce la esencia misma de lo jurídico **en el interior de un sistema dado**, deja automáticamente de tener aplicación cuando lo que se produce es no una modificación constitucional, respetuosa de los procedimientos marcados por la que entonces esté vigente, sino, como ocurre en los supuestos de levantamiento revolucionario o de golpe de Estado, una puesta en cuestión de la validez del entero orden jurídico que se apoya en tal Constitución. Bien es verdad que pocas veces, por violenta que sea la modificación, resultan trastocadas algunas normas más que las constitucionales y las generales del primer nivel de la pirámide normativa. Pero no es eso lo decisivo; lo decisivo, desde un punto de vista jurídico, es que, se realice fácticamente como se realice la insurrección, y sea(n) quien(es) sea(n) los responsables materiales de la misma, al modificarse o sustituirse totalmente la Constitución vigente por la ulterior revolucionaria **ya no puede considerarse**, aun cuando el contenido de muchas de las antiguas normas permanezca intocado, **que el orden jurídico emergente pueda tener el mismo fundamento de validez que tenía el anterior**. «Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la Constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretados» (30). Y es que, en efecto, la **Grundnorm** no puede no referirse a una Constitución; y una **única** Constitución que, además, y tanto por medio de un acto legislativo, cuanto por medio de la costumbre, haya sido efectivamente establecida. La modificación de los hechos a

(30) TPD (II), p. 218 (RR [II], **loc. cit.**, pp. 213-214). Por eso, «sí, por caso, la vieja constitución revestía el carácter de una monarquía absoluta, mientras que la nueva es el de una república parlamentaria, entonces el enunciado jurídico que describe la norma fundante básica... reza...: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución, y, también, las normas generales e individuales que son producidas y aplicadas por el parlamento elegido conforme a la constitución, y por los órganos delegados mediante esas normas. La nueva norma fundante no permite considerar, como hacía la antigua, a determinado individuo como el monarca absoluto, sino al parlamento elegido por el pueblo como la autoridad jurídica» (*id.*, pp. 218-219; RR [II], **loc. cit.**, p. 214).

interpretar como actos de producción/aplicación de normas jurídicas produce así, en consecuencia, la modificación de la **Grundnorm**, de acuerdo con la cual el gobierno legítimo de un Estado no es otro que el gobierno que resulte **efectivo** en el interior de un territorio. ¿No dijimos en su momento, por cierto, que desde el punto de vista kelseniano **la eficacia es también condición de validez?** El fenómeno revolucionario, que históricamente ha solido colocar tan cerca a los «traidores» e «insurrectos» de ayer del «estadista» y el «salvador» de mañana, y que tan a las claras pone de manifiesto la mutua incompatibilidad entre dos **Grundnormen** que luchan por alcanzar la validez, pone en verdad de relieve, con toda crudeza, lo hondamente **limitado** que el principio de legitimidad está, en última instancia, por el mucho menos teórico, pero socialmente más atendible, principio de efectividad (31). «Estar limitado por», sin embargo, nunca quiere decir, y desde luego no quiere decir en Kelsen, «ser reducible a». No en balde es uno de los más difíciles desafíos conceptuales de la teoría pura el determinar, con algún grado de precisión, cuál es la relación exacta que corre, como caso que es de la relación más genérica entre el ser y el deber ser, entre la efectividad, la eficacia (**Wirksamkeit**) de las normas, y su pura y simple validez (**Geltung**) de las mismas. Un problema que, evidentemente, se reduce al de encontrar una vía media entre el insostenible extremo que consistiría en afirmar la inexistencia de toda relación entre validez y eficacia, como entre ser y deber-ser, y el extremo igualmente rechazable de defender que ambos conceptos son idénticos entre sí. La primera, posición típicamente idealista, ignora que tanto un sistema jurídico en su conjunto, cuanto una norma jurídica en cuanto tal, pierden su validez al dejar de ser eficaces. La segunda, posición típicamente realista, ignora por su parte que hay múltiples casos en los cuales normas jurídicas que ya no, o aún no son eficaces, se consideran como perfectamente válidas (32).

(31) RR (II), **loc. cit.**, pp. 214-215 (TPD [II], p. 219).

(32) RR (II), V, 34, g), pp. 215-218 (TPD [II], pp. 219-223). Que su análisis habría de colocar a Kelsen en posiciones muy alejadas de las de realistas como Alí Ross, apenas es necesario subrayarlo. En larga nota a pie de página de la

Entre la Escila del idealismo y la Caribdis del realismo, la «vía media» que es propia de la Teoría Pura propondrá, así, que ni se identifique la validez deóntica de la norma con su eficacia real, ni se diferencien hasta el punto de la extrañeza. Lo que hay entre validez y eficacia, por el contrario, es esa peculiar relación que corre **entre lo condicionado y su condición**; y la eficacia es condición de validez en el estricto sentido en que tanto un sistema jurídico considerado como un todo, cuanto una norma aislada, en

RR (II), **loc. cit.**, el jefe de la Escuela de Viena se apresta a poner explícitamente de manifiesto, sin embargo, cómo el intento de **Towards a Realistic Jurisprudence** de encontrar el fenómeno jurídico en el terreno de la psicología y la sociología, eliminando por consiguiente el dualismo entre validez y eficacia, y reinterpretando el elemento propiamente «jurídico», esto es, la validez, como algo no normativo, sino real, psicológico, conduce a una teoría perfectamente contradictoria. Pues Ross, aunque rechace otros intentos no menos «realistas» de reducir, como Olivecrona, el derecho a los «hechos» reales de la conducta, y acepte la necesidad de introducir el factor «validez» que especifica lo jurídico en cuanto tal, no ve en el mismo, sin embargo, sino el hecho psicológico de que una serie de personas consideran derecho un determinado orden normativo (y «autoridades competentes», por tanto, a quienes instauran el mencionado orden). Tal es el fundamento fáctico cuya «errónea racionalización» lleva el nombre de «validez objetiva». Y esto, a juicio de Kelsen, ya no es «reinterpretar», como quería Ross, el concepto de validez objetiva; es eliminarlo y dejarlo a un lado y perder así, definitivamente, lo jurídico. De ahí la contradicción pragmática interna a la teoría. Dejando aparte, observa el de Viena, que si la creencia en la autoridad es algo que debería acompañar, por lo dicho, la realización de toda conducta conforme al derecho, el supuesto no se cumple en la realidad. «En muchos casos en que los hombres actúan conforme a derecho..., el motivo de la conducta no es esa creencia; puesto que la cuestión de si la instancia instauradora de derecho es 'competente' por lo general ni pasa por las mentes de los hombres que se comportan conforme a derecho». Hay más de actitud de conducta interesada (el miedo a la sanción) que «desinteresada», como supone Ross, en el cumplimiento del derecho. La única validez esencial al concepto de derecho es pues la **Soll-Geltung**, la validez deóntica o de deber-ser; que sin duda no es algo dado a la percepción empírica, pero sí la cualidad que una interpretación determinada, bajo ciertos presupuestos, puede otorgar o no, fundada o infundadamente, pero nunca erróneamente, a ciertos hechos y actos de la realidad conductual. En conclusión, lo que Ross ha denominado «racionalización errónea» de ciertos hechos no es otra cosa que lo que la Teoría Pura, a juicio de su defensor más correctamente, ha definido como el carácter condicionado de la validez jurídica objetiva (**vid.**: RR [II], **loc. cit.**, nota a la p. 215, pp. 215-218; TPD [II], nota 125, pp. 220-223).

dejando de ser eficaces dejan igualmente de ser tenidas por válidas (33). Condición y condicionado, sin duda, no son idénticos. Pero tampoco su mutua relación es la relación correspondiente a la fundamentación. El fundamento de la validez, en efecto, es la respuesta jurídico-positiva a la pregunta de por qué se debe obedecer al derecho (34); fundamento de validez que puede ser, pues, la **Grundnorm** del sistema, de cuya presuposición se desprende que **debe** acatarse tanto la Constitución que en términos generales resulta **eficaz** cuanto, por lo mismo, las normas generales dictadas de acuerdo con esa Constitución. Si el hecho **de la instauración de una norma, y su eficacia en términos generales, son concebidos como condiciones de la validez de una norma, no es pues sino porque el fundamento de validez, la «Grundnorm», las ha impuesto como tales condiciones de validez.** «Las normas de un orden jurídico positivo valen **porque** la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez **cuando** (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz. Tan pron-

(33) Téngase siempre en cuenta, sin embargo, que «si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aun si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente» (TPD [E], p. 145; cfr.: RR [I], V, 30, d), pp. 72-73; TPD [F], p. 121).

(34) «Die Grundnorm ist die Antwort einer positivischen Rechtslehre auf die Frage nach dem Geltungsgrund einer positiven, d.i. einer im Wege der Gesetzgebung und Gewohnheit erzeugten, im grossen und ganzen wirksamen Zwangsordnung» («Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», en WRS, I, pp. 817-832, p. 827).

to la Constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez» (35). La eficacia, condición de validez, no se identifica por tanto con ella; y expresando esta opinión, que a su juicio es la única que permite captar la esencia propia de un derecho que nada tiene que ver con la realidad natural, la Teoría Pura no quiere aludir a otra cosa, en términos más concretos, que a una de sus más firmes instituciones de base —así como, dice, «una antigua verdad»: que el derecho, que ciertamente no puede sostenerse (**bestehen**) sin el poder (**Macht**), no puede identificarse sin más, sin embargo, con él; pues el derecho, que tiene al poder por condición, no «es» el poder; lo único que es es un cierto orden, una cierta organización del poder (36).

3. DINAMICA JURIDICA: LA «GRUNDNORM» EN EL HORIZONTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ahora bien: si la Teoría Pura del Derecho hubiera querido ceñir su análisis al estrecho ámbito de los Ordenamientos jurídicos estatales, el examen de la situación teórica planteada por la **Grundnorm** habría de detenerse aquí. Y habría de detenerse en un punto en el que, por lo que se ve, el ideal de una unificación teórico-trascendental del todo del Derecho ha quedado gravemente amenazado: la figura de la quiebra golpista, revolucionaria: la figura de la interrupción fáctica de la cadena jurídico-histórica de fundamentación ha mostrado bien a las claras, en efecto, lo mucho

(35) TPD (II), p. 224 (RR [II], *loc. cit.*, p. 219).

(36) Und dann ist die hier versuchte Lösung nur die wissenschaftlich exakte Formulierung der alten Wahrheit: dass das Recht zwar nicht ohne Macht bestehen kann, dass es aber doch nicht identisch ist mit der Macht. Es ist —im Sinne der hier entwickelten Theorie— eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht» (RR [II], *loc. cit.*, p. 221; TPD [II], p. 225). Cfr. la exposición del tema en la RR (I), V, 30, pp. 67-70 (TPD [I], IX, 4, pp. 117-120; TPD [E], pp. 140-143), que termina con una frase idéntica a la transcrita.

que puede alejarse la realidad empírica de los supuestos continuistas de la construcción conceptual; y qué profundas grietas que pueden llegar a abrirse en ese tejido jurídico que, para la Teoría Pura, es lo único que, a efectos jurídicos, constituye un país. Sabemos, sin embargo, que las cosas no son así. La Teoría Pura, como vimos, se ha mostrado capaz de mostrar cómo los Ordenamientos jurídicos estatales pueden llegar a ser comprendidos como partes integrantes de un sistema global, cuyo horizonte jurídico sea el Derecho Internacional; un Derecho Internacional que, a todos los efectos, merece también por su parte la calificación de jurídico. Así es que la pregunta por el fundamento de validez, lejos de detenerse en el horizonte jurídico-estatal, debe proseguir su marcha y pasar a interrogarse ahora, por el fundamento de validez del Derecho Internacional. Vimos también, sin embargo, cómo la relación entre ambos órdenes jurídicos, el internacional y los diversos nacionales, podía construirse tanto desde la óptica de la soberanía de los Estados particulares, que sólo tienen por válidas aquellas normas del Derecho Internacional que expresamente reconocen, o partiendo, por el contrario, de la supremacía de un Derecho Internacional que es quien dicta las condiciones que permiten considerar a un Estado como tal. Desde la primera perspectiva, por ende, «puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de la norma fundante básica, presupuesta y referida a la constitución vigente del Estado» (37). En este primer supuesto, la **Grundnorm** que da su validez al entero ordenamiento jurídico nacional es también, y por lo mismo, fundamento de validez de aquella parte del Derecho Internacional que, habiendo sido reconocida por el Estado en cuestión, ha pasado a formar parte de su Ordenamiento interno. Caso, en cambio, de que se vea en el Derecho Internacional un orden jurídico a todos y cada uno de los estatales, y que delimita los correspondientes dominios de validez de éstos, la situación es radicalmente la contraria: es en el ordenamiento jurídico internacional en donde debe buscarse, ahora, el fundamento de validez de los ordenamientos nacionales. Y allí se encontrará, en efecto. Se encontrará en esa norma de derecho positivo

(37) TPD (II), p. 225 (RR [II], V, 34, h), p. 221).

(internacional) cuyo correspondiente enunciado suele decir que, según el derecho internacional, el gobierno que ejerce el control sobre la población de un cierto territorio de forma independiente respecto de otros gobiernos constituye, él, el gobierno legítimo de tal territorio, y el pueblo que allí vive bajo tal gobierno, un Estado más en el concierto internacional; que ese control se ejerza con base en una constitución previa, o con apoyo en una nueva, establecida revolucionariamente, es algo que en cambio ya no presenta interés a este propósito (38).

La traducción jurídico-positiva más elemental de esta doctrina resulta pues ser ésta: el derecho internacional legitima las revoluciones triunfantes como procedimientos de producción de derecho (39). Pero la traducción teórico-jurídica, a su vez, no puede ser otra que ésta: el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares ya no estará en norma alguna presupuesta, sino que se desplaza ahora a una norma jurídica positiva, efectiva-

(38) «Mit dem Grundsatz, dass die Geltung einer Rechtsordnung eine gewisse Wirksamkeit, genauer: ein gewisses verhältnis der Entsprechung zur bedingung habe, wird jedoch nur der Inhalt einer positiven Rechtsnorm ausgedrückt; zwar nicht der einzelstaatlichen Ordnung, sondern des Völkerrechts. Dieses legitimiert... eine sich tatsächlich etablierende Macht und delegiert so die von dieser gesetzte Zangsordnung in dem Umfang, als sie effektiv wirksam wird. Dieses Prinzip der Effektivität, das ein Rechtsprinzip des Völkerrechts ist, fungiert als Grundnorm der verschiedenen einzelstaatlichen Rechtsordnungen; die von dem historisch ersten Gesetzgeber gesetzte Verfassung ist nur gültig unter der Voraussetzung, dass sie wirksam, dass der nach ihren Bestimmungen sich entfaltenden Ordnung die korrespondierende Wirklichkeit im grossen und ganzen entspricht. Auch eine im Wege von Revolution oder Staatsreich zur Macht gelangte Regierung ist als legitime Regierung im Sinne des Völkerrechts anzusehen, wenn sie den von ihr erlassenen Normen dauernd Gehorsam zu verschaffen imstande ist. Das bedeutet aber: dass eine völkerrechtsunmittelbare Zwangsordnung als legitime, verbindliche Rechtsordnung oder, mit anderen Worten, dass die durch solche Ordnung konstituierte Gemeinschaft als Staat im Sinne des Völkerrechts für eben jenen Bereich zu gelten habe, für den diese Ordnung dauernd wirksam geworden ist, richtiger für den dieser Ordnung im grossen und ganzen entsprochen wird» (R [I], V, 30, c), pp. 70-71; TPD [F], IX, 4, c), p. 120; TPD [E], pp. 143-144).

(39) RR (II), *ibid.* (TPD [II], p. 226).

mente implantada, del derecho internacional. Una norma positiva que, como tal, reabre respecto a sí misma la misma pregunta que se abre frente a cualquiera: ¿cuál es su fundamento de validez? Ahora bien: preguntar por el fundamento de validez de esa norma es tanto como preguntar por el fundamento de validez del ordenamiento jurídico en cuanto tal. Reproducido, así, a escala diferente, el mismo esquema conceptual que hemos visto ponerse en juego en el ámbito jurídico estatal. La respuesta a la cuestión sólo puede ser la análoga a la que entonces se dio: debe haber pues una **Grundnorm** del derecho internacional que establezca los presupuestos con arreglo a los cuales pueden considerarse como normas jurídicas, obligatorias para los Estados, las normas generalmente eficaces que regulan las relaciones de dichos Estados entre sí (40). Estas normas

«son producidas por vía de una costumbre constituida por el comportamiento efectivo de los Estados, es decir, por la conducta de los hombres que, según los órdenes jurídicos actuales, actúan como gobierno. Si cabe interpretarlas como normas jurídicas obligatorias para los Estados, es porque se presupone una norma fundante básica que establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho. Reza: los Estados —es decir, los gobiernos estatales, deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada. Esta es la constitución lógico-jurídica del derecho internacional» (41).

(40) RR (II), *loc. cit.*, p. 222 (TPD [II], pp. 226-227).

(41) TPD (II), *id.*, p. 227 (RR [II], *ibid.*). Caso particular, una de las normas del derecho internacional general producida por vía de la costumbre, es aquella, corrientemente formulada como **pacta sunt servanda**, que autoriza a los Estados a regular sus relaciones recíprocas mediante tratados. Las normas jurídicas de validez internacional producidas por convención encuentra en ella su fundamento de validez. El Kelsen de 1960, sin embargo, rechaza que el propio **pacta sunt servanda** sea ese **Gundlage des Völkerrechts** que, confesadamente, antaño él

Lo que así se expresa en semejante **vorausgesetzte Gundnorm** del Derecho Internacional, que establece que la costumbre en un hecho productor de derecho, no es pues otra cosa que un principio: el principio que, aplicado aquí a la recíproca entre los (órganos de los) Estados, pero constituyendo en realidad el presupuesto fundante (**die Gründvoraussetzung**) de todo derecho consuetudinario, afirma que el individuo debe comportarse del mismo modo en que los demás, considerando que así deben hacerlo, suelen comportarse (42). La **Grundnorm** del Derecho Internacional, en este sentido, no presupone contenido alguno, ningún valor determinado que fuere preciso defender, promover. Sea cual fuere el contenido que tengan las normas producidas por acuerdo entre los Estados, tales normas son válidas sólo bajo la presuposición de la **Grundnorm** que establece, como decimos, que la costumbre interestatal es un hecho productor de normas. Y puestas así las cosas, difícil será ya no poder decir, en conclusión, que fundándose la validez de los Ordenamientos estatales en una norma positiva del Derecho Internacional, este segundo constituye un orden claramente superior a quéllos; el Orden, incluso, dice Kelsen, «supremo y soberano». «Si se caracteriza aún a los Estados... como 'soberanos', esta 'soberanía' de los Estados sólo puede significar que los órdenes jurídicos estatales están sólo sometidos al orden jurídico internacional, o, expresándolo con la terminología usual, que los Estados son comunidades dependientes inmediatamente del derecho internacional» (43).

mismo pensó que pudiera ser. Mantenerla, en efecto, sólo es posible suponiendo, por ficción, que la costumbre interestatal es un contrato tácito (siendo así que, a la inversa, es la costumbre la que otorga a los contratos interestatales, su carácter de debidos): *vid.* RR (II), *loc. cit.*, nota; (TPD [II], *ibid.*, nota 131).

(42) ...der Einzelne soll sich so verhalten, wie sich die anderen, in der Meinung, sich so verhalten zu sollen, zu verhalten pflegen...» (RR [II], *loc. cit.*, p. 223; TPD [II], p. 227).

(43) TPD (II), p. 228 (RR [II], *loc. cit.*, p. 223).

4. EL RENDIMIENTO TEORICO DE UN PRESUPUESTO LOGICO TRASCENDENTAL: IUSNATURALISMO VS. TEORIA PURA.

Dibujándose así una ulterior y más alta **Grundnorm**, el sistema de la teoría pura parece haber vuelto a suturar la discontinuidad de esas quiebras que, como vimos, parecían haberse abierto, desde la perspectiva analítica del derecho estatal, en la unidad normativa de las series jurídicas. Pero lo que aquí se restaura y lleva a cumplimiento no es sólo eso, sino, con ello, algo de mayor importancia aún: la referencia a un horizonte último de comprensión, por referencia al cual pueda concebirse el entero universo jurídico (esto es: el universo, tal y como éste es aprehendido desde la perspectiva de lo jurídico) como una totalidad dotada de sentido. La **Grundnorm**, en otros términos, viene a proporcionar el horizonte común de referencia que resulta imprescindible para realizar el ideal teórico kelseniano. Y ello no sólo a título, como digo, de constituir el marco que permite pre-comprender el derecho como un todo, sino, además, a título de constituir el marco conceptual que permite pre-comprender, como desde el principio se nos dijo, el Derecho como Derecho. Entre las misiones de la **Grundnorm**, en efecto, no sólo está ésta de proporcionar la última unidad referencial al edificio completo del Derecho; está, también, el asegurar, mediante la total ausencia de contenidos éticos, religiosos, axiológicos o políticos que le es propia, que **sólo las normas justifiquen a las normas**; que **quede eliminada, a priori, cualquier posibilidad de ofrecer una justificación ético-política de cualquier ordenamiento coactivo revistiéndola con apariencia de jurídica**. «Si la cuestión del fundamento de validez del derecho positivo», escribe Kelsen, «es decir, la pregunta de por qué deben aplicarse y acatarse las normas de un orden coactivo, buscara una justificación ético-política de tal orden coactivo y un patrón firme para poder juzgar a un orden jurídico positivo como justo y, por ende, como válido, o como injusto, y, por ende, como inválido, entonces la norma fundante básica establecida por la teoría pura del derecho no provee de tal justificación, ni de semejante patrón» (44). Pero no sólo, como

(44) TPD (II), p. 228 (RR [II], V, 34, i), p. 223).

decimos, no provee de ella; impide, de hecho, que tal cosa sea teóricamente legítima, por cuanto lo que aquí ocurre es que la **Grundnorm** que se establece como condición de la validez objetiva del derecho sirve de fundamento, en realidad, a **todo orden jurídico positivo** (esto es: a todo orden coactivo, eficaz en términos generales, que haya sido instaurado mediante actos humanos) (45). Es la **validez**, no el contenido del derecho lo que tiene como fuente a la norma fundamental. «Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido» (46). ¿O acaso es otra la esencia del positivismo jurídico? Pero si algo convierte a la Teoría Pura del Derecho en una ciencia jurídico-positiva es, precisamente, su peculiar concepción de la norma fundamental. La Teoría Pura del Derecho, en efecto, dice su principal promotor,

«Describe el derecho positivo, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo. Caracteriza así esa interpretación como una interpretación posible, no como una interpretación necesaria, y plantea la validez objetiva del derecho positivo como condicionada, condicionada por el presupuesto de la norma fundante básica. Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etc., constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fun-

(45) RR (II), *loc. cit.*, p. 224 (TPD [II], *ibid.*).

(46) *ibid.*

dante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen: es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente. Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, sólo es la condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento» (47).

De forma que no otra es, por decirlo una vez más, la profunda distancia que media y mediará siempre entre una doctrina jurídica positivista y una doctrina naturalista: esta segunda, anota Kelsen, buscará más bien el fundamento de validez del derecho positivo en un derecho natural distinto del positivo, con respecto al cual el contenido del primero podrá o no concordar y ajustarse —siendo, si resulta que no, declarado inválido, literalmente «injusto»—. Para el iusnaturalista, pues, a diferencia de lo que acontece con el teórico puro del Derecho, no todo ordenamiento coactivo genéricamente eficaz ha de ser considerado como derecho objetivo, válido (48). Lo es sólo aquel que se adecúe al **contenido** de un derecho

(47) TPD (II), pp. 228-229 (RR [II], *loc. cit.*, pp. 224-225).

(48) RR (II), *loc. cit.*, pp. 225-226 (TPD [II], pp. 229-230). Por ello es, aclara Kelsen, por lo que no cabe ignorar nunca la diferencia de fondo entre el iusnaturalismo y un positivismo como el representado por la teoría pura; y por eso es por lo que la expresión, tampoco demasiado feliz, utilizada alguna vez por él mismo, de «derecho natural lógico-jurídico», debe entenderse en relación a la función gnoseológica, y no ético-política, de la norma fundamental (*vid.* TPD [II], *loc. cit.*, nota 135). Pese a sus protestas, entre nosotros se ha defendido (*vid.* R. HERNANDEZ MARIN: **Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea**, Tecnos, Madrid, 1986, p. 153) que, aun con conciencia de la vaguedad de la idea, «el pensamiento de Kelsen estaría próximo al iusnaturalismo (y a una nueva contradicción, con 'el principio de positividad de todo Derecho'), dado el carácter fundacional de la norma fundamental en relación a las normas jurídicas positivas». El autor da en la oportuna nota a pie de página la referencia a los pasajes en los que expresamente ha comparado Kelsen la norma fundamental a una norma de derecho natural; el correspondiente a la página 442 de la RR (II) («Das Problem der Gerechtigkeit») podrá encontrarlo el lector citado en nuestra nota 55. La idea fue ya expuesta, entre otros, por un autor

natural en el que sus defensores creen encontrar, observa Kelsen, un criterio firme y seguro de justicia que, sin embargo, una vez buscado se demuestra no ser tal: «natural» ha sido, para unos, la propiedad privada; «natural ha sido, para otros, la colectiva; «natural», la democracia; no menos «natural», la autocracia. Así que los ordenamientos positivos que los unos juzgan «justos», los otros los declaran «injustos» —y por ende inválidos, no derecho en realidad—. Pero ni siquiera hace falta recurrir a ese manido contraargumento con el Derecho Natural. No se juega aquí, de hecho, sino en el terreno de los principios —pero tampoco en el terreno de los principios encuentra Kelsen justificada la posición del Derecho Natural—. Y es que, a su juicio, y pese a las apariencias, el llamado Derecho Natural también es un ordenamiento positivo; lo único que le diferenciaría de los sistemas jurídico-positivos establecidos por las voluntades humanas es que, en él, la voluntad de la que sus normas constituyen el sentido sería una voluntad sobrehumana. Así que un derecho natural que fuese coherente debería ser también, en todo caso, un sistema jurídico **condicionado**: condicionado, al modo de lo que preconiza la Teoría Pura, por la presuposición de una cierta **Grundnorm** que considerase como debida la obediencia a las leyes de la naturaleza. Mas en vano se buscaría (sombras de Spinoza) una «voluntad» en la naturaleza; la naturaleza no «quiere» nada, no tiene «fines» ni propósitos; la naturaleza, para la ciencia, es sólo el sistema que forman los elementos interrelacionados por mediación de leyes causales. La única forma, pues, en que cupiese aceptar un derecho

con el que Kelsen habría de polemizar: A. P. D'ENTREVES, en efecto (en su **Natural Law** de 1955, p. 108), ya había afirmado que la norma fundamental kelseniana es «nothing but a natural-law proposition»; la contestación de Kelsen puede encontrarse en RR [II], p. 442, y nota 132). Es sabido, por lo demás, que autores vinculados a la Escuela de Viena, como René MACIC y Alfred VERDROSS, trataron de desarrollar la temática de la **Grundnorm** en una clave iusnaturalista que el primero aplicaría al derecho constitucional (vid. su «Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung», en **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht**, 13, 1983, pp. 69-90) y al derecho internacional público (vid. su «Zum Problem der völkerrechtlichen Grundnorm», en **Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg**, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1956, pp. 385-394).

natural inmanente a la naturaleza, y evidente de por sí, es mediante la presuposición de que los fenómenos naturales ocultan un designio, el designio divino, y una voluntad, la voluntad de Dios. Designio y voluntad, que sólo la revelación en cualquiera de los dos «libros», el sagrado y el de la Naturaleza (o, quizá, en esa página en blanco que se supone oculta en el «corazón» del hombre, abierta a su intuición), podría llegar a declarar. Pero, concluye Kelsen, «que Dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o de alguna otra manera— ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un conocimiento afirmado más allá de toda experiencia posible» (49).

5. APORIAS DE LA FUNDAMENTACION

Ser hasta el fin «kantiano» («...más allá de toda experiencia posible...»), y afirmar en consecuencia **la necesidad lógico-trascendental de que alguna instancia última de referencia** (aquí la **Grundnorm**) **unifique el cuerpo del conocimiento científico-positivo** (aquí, el referido a los Ordenamientos jurídicos) no significa, sin embargo, que la lucha por perfilar la naturaleza de esa instancia última haya de ser fácil —o incluso hacedera—. Lo contrario es más bien lo cierto; y en efecto: de sobra es sabido cómo Kelsen hubo de luchar, hasta el final de sus días (50), con las enormes dificultades

(49) TPD [II], p. 232 (RR [II], p. 227). Véase, para esta cuestión, todo el epígrafe j) del parágrafo 34, pp. 226-227 (TPD [II], pp. 230-232).

(50) Conviene en este punto recordar la extendida opinión según la cual el maestro de la Escuela de Viena, en cierta ocasión pública de sus últimos años, habría renunciado solemne y oficialmente a la doctrina, acariciada durante tantos años, de la norma básica o fundamental. Por decirlo con palabras ajenas: «La cabal renuncia kelseniana efectuada en el simposio de Salzburgo, 1963, reunido con el objeto de homenajear al maestro vienés, dejó boquiabiertos a los sorprendidos homenajeados, que no pudieron digerir con ligereza lo que estaban escuchando. En efecto, dijo Kelsen: '...En mi doctrina, la norma básica

teóricas inherentes a la definición de un fundamento respecto del cual, como respecto de tantos otros «fundamentos» como en la historia del pensamiento se han dado, se veía en la precisión de precisar su ambigua, oscilante posición **liminar** propia de lo que habría de ser tan inmanente como trascendente al entero conjunto de las series normativas posibles. En efecto: ya desde que advirtió Kelsen que «si el sistema del derecho debe necesariamente abarcar como una unidad tanto la norma jurídica individual como el acto de Estado individual (...), la unidad indagada sólo puede ser la **unidad de una regla de creación**», de forma que «la norma fundamental se presenta como la norma suprema, como la regla creadora que preside la unidad de todo el sistema y de la que emanan las otras normas jurídicas» (51), ya desde entonces, digo, el jurista

fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser (**Sollen**) el correlato de una voluntad (**Wollen**). Mi norma básica es una norma **ficticia** basada en un acto de volición **ficticio**... En la norma básica se concibe un acto de volición **ficticio**, que realmente no existe» (D. E. HERRENDORF: **Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho**. EDIAR, Buenos Aires, 1989, p. 94). La fuente de este dato, como se sabe, es Alf Ross (vid. su **Lógica de las normas**. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 146-147). No es mi intención dudar de la palabra de nadie. Pero sí recordaré que, dijera lo que dijera «el hombre Kelsen» (que diría Unamuno), son **sus textos** (la única fuente auténtica de que, a mi juicio, debe disponer el intérprete) los que, hasta la propia **Allgemeine Theorie der Normen**, han **mencionado** hasta el final, como **insoslayable**, el **problema** de la **Grundnorm**. Y en realidad: ¿a qué habría renunciado exactamente Kelsen en Salzburgo? ¿A la doctrina **misma** de la norma fundamental? ¿O sólo a la **lectura** particular de la misma que la hacía, como vimos, norma **pensada**, no **querida**?

(51) PC, pp. XLVII-XLVIII. El mismo, por lo demás, recuerda, como ya hemos tenido ocasión de señalar, que «Ya en nuestro estudio 'Contribución a la teoría de los negocios jurídicos públicos', publicado en 1913... se nos reveló claramente la necesidad de una consideración dinámica del derecho, es decir, de tener en cuenta como problema jurídico, al lado del ser de la norma, su devenir (su creación). Y en un estudio publicado en 1914, con el título 'La ley

vienes se vería enredado en una batalla sin fin con un concepto del que, insisto, quizá no acertó a ver, en conclusión, sino su problemática inevitabilidad. Y es que la norma básica, en efecto, resulta ser, en primer término, la respuesta a un número aparentemente excesivo de preguntas, de necesidades conceptuales internas al sistema. La norma básica «quiere resolver los problemas: 1) de la definición del concepto del derecho; 2) de la identidad y unidad del sistema jurídico; 3) de las fuentes formales del derecho; 4) de la normatividad del orden jurídico; 5) de su validez y obligatoriedad, y 6) del fundamento epistemológico de la ciencia jurídica» (52). Que, en realidad, todas estas funciones podrían ser leí-

del Reich y la ley nacional con arreglo a la Constitución austríaca' (...) exponíamos ya claramente el concepto de la **norma fundamental** como premisa y fundamento de la unidad jurídica...» (id., p. XLVIII).

(52) J. ESQUIVEL PEREZ: **Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho**. UNAM, México, 1980, p. 136. Por eso, dice este autor, la norma básica «se introduce para cumplir funciones de norma, de definición e incluso de categoría epistemológica. La consecuencia obligada es una construcción híbrida que acaba por no cumplir bien ninguna de sus funciones» (id., pp. 136-137). En el mismo sentido se expresa C. J. ERRAZURIZ MACKENNA: «A menudo se insiste en la multiplicidad de funciones que se asignan a la norma básica en la doctrina kelseniana. Algunas de ellas serían: la de presupuesto necesario de la posibilidad de interpretar un material jurídico como derecho válido; el ser fundamento de validez de todas las normas positivas; la de factor de unidad del sistema jurídico; el conferir al acto del primer constituyente y a los demás actos en él basados, el poder de crear normas; la transformación del poder en derecho; el establecer la definición del derecho y la eficacia como condición de validez, etc.» (**La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen**, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 244-245). Cfr. J. L. KUNZ: **La teoría pura del Derecho**. Imprenta Universitaria, México, 1948, p. 94. De ahí que haya podido decirse que «Notoriamente se atribuyen a esta norma fundamental —cuyo enunciado ni siquiera se precisa unívocamente— propiedades que sólo milagrosamente podría cumplir. En efecto, si se trata de una proposición primitiva —sea una definición implícita de términos, una regla de formación, un axioma o una regla de inferencia, que a todo ello da pie los textos de Kelsen— de toda ciencia positiva del derecho, cabe asombrarse que una sola proposición pueda satisfacer exigencias tan variadas y complejas. Si, en cambio, se pretende que se trata de una proposición meta-jurídica, desde luego cabe señalar que hasta la fecha la metateoría de la jurisprudencia no ha sido axiomatizada en grado alguno. Inclusive, puede sostenerse, apenas si se ha adivinado la posibilidad de una problemática de tal índole. No

das, en Kelsen, como facetas de una sola función, es algo que, sin embargo, debería haber quedado no tan oscuro para el lector de este trabajo. No es, pues, en esto donde, a mi juicio, radican los más agudos problemas planteados por la norma fundamental. Estos, a mi juicio, provienen más bien del hecho de que, como algún autor ha señalado entre nosotros (53), la norma fundamental parece tener que reunir en sí la doble —y contradictoria— condición de «norma jurídica» (por «norma») y de norma que, por «fundamental», ya no puede regirse por los parámetros propios de las normas en general. Una primera objeción, en este sentido, sería aquella que insistiera en el hecho de que, tratándose, por definición, de una norma que no contempla por sí misma las sanciones correlativas a la posibilidad de su incumplimiento, se trataría de una norma en modo alguno auténtica, independiente, sino de una norma «dependiente», que depende por ende, para su propia complección, de las mismas normas subordinadas a ella que tiene por misión fundamentar (54). Si la norma fundamental tuviese algún lugar natural en los sistemas jurídicos, pues, no podría ser otro que como parte de la Constitución (y, con base en ella, de las normas creadas con arreglo a lo dispuesto por ella), mediante las cuales alcan-

pareciera, pues, que la norma fundamental desempeñara ninguna de las funciones que se le atribuye. Bien pudiera ser que se tratara de una expresión sin sentido alguno jurídico o metajurídico, o bien, una tentativa de definición implícita e incompleta de los oscuros conceptos que Kelsen llama 'validez' y 'vigencia' (R. J. VERNENGO: **Op. cit.**, pp. 220-221).

(53) Me refiero a R. HERNANDEZ MARIN: **Op. cit.**, pp. 151 y ss.

(54) Es la posición avanzada, entre nosotros, por G. ROBLES MORCHON: «La norma fundamental está formulada en los siguientes términos: se debe obedecer la Constitución. Parece claro así, que el elemento básico que le falta para ser completa y, por lo tanto independiente, es el de la sanción o coacción. Pero si se quisiera completar la norma fundamental para hacer de ella una norma independiente, sería preciso acudir a las sanciones previstas en el resto del orden jurídico. La norma fundamental se formularía entonces de la siguiente manera: se debe obedecer la Constitución y los comportamientos contrarios serán sancionados con las sanciones previstas por las normas jurídico-positivas del resto del orden jurídico. Pero esto constituye una absoluta contradicción

zaría esa completitud que por sí misma le faltaría (55). Pero, en ese caso, ¿cómo entender las tajantes declaraciones kelsenianas en favor del carácter **jurídico**, del carácter de **Sollen** de su norma

con la idea de que precisamente esas normas jurídicas derivan su validez de la norma fundamental. ¿Cómo podrían derivar su validez de la norma fundamental si son precisamente ellas quienes la completan? La Teoría pura del derecho nos coloca así ante el siguiente dilema: o bien la norma fundamental es una norma independiente, que depende para serlo de las normas jurídicas cuya validez deriva de aquélla, o bien la norma fundamental es, sin más, una norma dependiente no susceptible de complemento que, a pesar de eso, fundamenta el orden jurídico en su totalidad. En el primer caso estamos ante una contradicción irresoluble que conduce, por deducción lógica, a la destrucción del fundamento de la validez del sistema; en el segundo caso, todo el sistema se apoya en una norma dependiente; pero una norma dependiente depende de algo, y ese 'algo' de que depende no puede ser fundamentado desde la norma. De esta manera, la norma fundamental deja de ser el fundamento último del orden jurídico, ya que ella a su vez depende de algo. Que la norma fundamental sea dependiente es, por tanto, una contradicción insuperable» (**Epistemología y Derecho**. Pirámide, Madrid, 1982, pp. 136-137). Cfr.: G. GAVAZZI: **Norme primarie e norme secondarie**. Giappichelli, Turín, 1967, pp. 108-109.

(55) Así, en la interpretación de J. RAZ: «The basic norm, in so far as this concept is acceptable, is a dynamic norm. It does not stipulate a sanction and therefore it must be regarded as a part of static norms. The basic norm 'The so and so has power to make the first constitution' becomes 'If (according to the basic norm) the so and so has power to make the first constitution... then a sanction ought to be applied'. This basic segment is part of the content of all the norms of one system. Thus, if the basic norm is accepted, there is one common relation between norms —all the norms of one system are partly identical, they all have one segment in common» (**The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System**. Oxford, Clarendon Press, 1980 [1970], p. 114). Vid. también: A. PECZENIK: «Two Sides of the Grundnorm», en **Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion**. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982, pp. 58-62, p. 58; N. HOERSTER: «Zur logischen Möglichkeit des Rechtspositivismus», en **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, 1970, pp. 43-59, p. 50. Una interpretación que acaso podría apoyarse en textos como éste: «Die Grundnorm bestimmt lediglich den Geltungsgrund... nicht den Geltungsinhalt des positiven Rechts. Dieser Geltungsgrund ist vom Geltungsinhalt völlig unabhängig. Den Inhalt des positiven Rechts zu bestimmen, überlässt die Grundnorm dem durch die Verfassung bestimmten Prozess der positiven Rechtserzeugung» («Das Problem der Gerechtigkeit», en RR [II], p. 443; cfr.: «Recht, Rechtswissenschaft und Logik», en **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, 1965, p. 545).

fundamental? (56). Bien es cierto, sin embargo, que aceptar ese carácter de **Sollen** que tiene la «Ur-Rechtssatz» de algunos textos apenas hace otra cosa, en realidad, que reabrir el problema de fondo. Y éste no es otro, como vengo insistiendo, que la necesidad de considerar simultáneamente «inmanente» a (la condición de) las normas que tiene que fundamentar a un fundamento que, en cambio, si verdaderamente ha de ser fundamento no puede ya, en rigor, compartir con aquéllas la condición que les es propia. Dicho en términos más concretos: si la **Grundnorm** es, real y verdaderamente, una norma, como toda norma habría de deber su validez a la autorización que **otra norma** habría concedido a la persona o personas instauradoras de la misma. Pero, si esta norma es precisamente la «última» (de un sistema dado) ¿dónde habríamos de encontrar esa imposible norma ulterior que validase a la que por definición las valida todas? (Dicho en términos de esas paradojas lógico-semánticas que tan evidentemente próximas se hallan a este planteamiento formal: ¿quién rapará al barbero?; o bien: ¿es o no

(56) «Die Antwort auf die Frage: warum sollen die Befehle des Fürsten, die Gesetze des Staates (wie man zu sagen pflegt) befolgt werden, warum sind die Normen, kurz dasjenige, worauf die Geltung der konkreten Rechtsordnung zurückzuführen ist, kann wiederum nur ein Sollen sein: die oberste, nicht weiter abgeleitete Norm: du sollst den Befehlen des Fürsten oder den Gesetzen des Staates gehorchen. Dieser Satz —der 'Rechtssatz' in einer gesteigerten Bedeutung des Wortes— ist die Voraussetzung— die einzige Voraussetzung jeder konkreten Rechtsordnung» («Die Rechtswissenschaft als Norm— oder als Kulturwissenschaft», en WRS, I, pp. 37-93, p. 75). Y en **Das Problem der Souveränität** se refiere a «die jeweilige Gestaltung des Ur-Rechtssatzes, der juristischen Ursprungshypothese oder Verfassung im rechtslogischen Sinne» (p. 29), aludiendo a esa misma «—logisch— erste Rechtsnorm» de la que habla el prólogo a la segunda edición de los **Hauptprobleme** (p. XIV). **Vid.**, por último, aquella página en la que se afirma que «Wenn die Normen der Verfassung Bestandteile der Rechtsordnung sind, dann muss auch die Grundnorm als zur Rechtsordnung gehörig angesehen werden» («Was ist ein Rechtsakt?», en WRS, II, pp. 1381-1395, p. 1383). En el mismo sentido, J. RAZ afirma que la(s) norma(s) básica(s), siendo como es (son), norma(s) esencialmente no-positiva(s), «Nevertheless, they can be said to exist, for they are valid, and despite their uniqueness basic norms are part of the law, for they perform legally relevant functions» («Kelsen's Theory of the Basic Norm», en **The American Journal of Jurisprudence**, 1974, pp. 94-111, p. 97).

un número el número de todos los números?) (57). Pero justamente es éste un punto que Kelsen, como hasta ahora hemos visto, no ha dejado naturalmente de advertir; y su aproximación inicial al mismo no tiene nada de vacilante: siendo la **Grundnorm** fundamento último de validez, no hay ni puede haber norma alguna, asegura, que fundamente la validez de esa norma fundamental. ¿Contradicción? Quizá no: pues, tratándose como se trata de una norma, y una norma que tiene carácter de **Sollen**, se trata también de una norma que, aun no teniendo carácter de «natural», tampoco tiene, sin embargo, carácter de «positiva» (58). Al modo, efectivamente,

(57) Vid. en este sentido el trabajo de S. JORGENSEN: «Grundnorm und Paradox», en **Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen**. Hrsgb. von W. KRAWIETZ und H. SCHELSKY. Duncker & Humblot, Berlín, 1984, pp. 179-193.

(58) Ambas cosas, a saber: que postular la necesidad de la norma básica no es lo mismo que aceptar el iusnaturalismo, y que la repetida norma básica, siendo una norma, no es una norma positiva, lo ha dejado afirmado, en efecto, en numerosísimos pasajes; vid., por ejemplo: «This norm is the reason of the validity of the Constitution and hence the basic norm of the legal order established in conformity with the Constitution. It is a norm presupposed in our juristic thinking; it cannot be a norm created by the act of will of a definite individual... With respect to the fact that the basic norm of the Pure Theory of Law, which represents the reason of the validity of the positive law, is not itself a norm of positive law, the Pure Theory of law has been misinterpreted to be a kind of natural-law doctrine. However, there is an essential difference between the Pure Theory of Law...» («On the Basic Norm», cit., pp. 108-109); «Man hat der positivistischen Rechtstheorie der Reinen Rechtslehre entgegenhalten, dass sie selbst nur eine naturrechtslehre sei, da sie den Geltungsgrund des positiven rechts in der von ihr so genannten Grundnorm, das heisst aber in einer Norm erkennt, die ausserhalb des positiven Rechts selbst liegt. Es ist dichtig, dass die Grundnorm nicht eine norm positiven Rechts, das heisst einer durch Gesetzgebung oder Gewohnheit gesetzten, im grossen und ganzen wirksamen Zwangsordnung ist. Das ist aber auch der einzige Punkt, in dem eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der Lehre von der Grundnorm und der Naturrechtslehre besteht. In allen anderen Punkten stehen die beiden Theorien einander diametral entgegen» (RR [11], p. 442 [«Das Problem der Gerechtigkeit», 1]: «Die Naturrechtslehre»]); vid. también: «Die Funktion der Verfassung», cit., pp. 1972 y 1975; «Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus», en WRS, I, pp. 281-350, pp. 294, 338; «Die Selbstbestimmung des Rechts», en WRS, pp. 1445-1453; p. 1452 («... als die Grundnorm

en que funciona el derecho natural para lo que tentativamente debería ser un **único** sistema de derecho positivo ajustado al mismo, la norma básica se presenta como una instancia que no por ser «metalegal», en el sentido de «puesta por un acto de voluntad», deja de ser igualmente «legal», en el sentido —ahora— de cumplir las más relevantes funciones jurídicas (59). Sean cuales sean las aproximaciones diversas que la Teoría Pura haya intentado al problema de la **Grundnorm** («Verfassung im rechtslogischen Sinne», «Erzeugungsregel», «Ur-Rechtssatz», «Ursprungsnorm», Ausgangspunkt...), el problema es siempre, como vemos, el de concebir una norma que no lo sea: un **Sollen** que, aun cuando no haya **Sollen** sin fundamento, ya no se fundamente en otro —sino que es él quien funda a los demás—; un último escalón de la pirámide que, perteneciendo a la pirámide (mal podría, de otro modo, llegarla a fundamentar), escape sin embargo, en otro sentido, a las condiciones propias de la pertenencia a la pirámide (puesto que, en otro caso, mal podría llegarla a fundamentar). Y esto ¿es posible?

eben nicht eine Norm des positiven Rechts, das heisst: keine durch einen Willensakt gesetzte, sondern nur eine im juristischen Denken vorausgesetzte Norm ist»); «Naturrechtslehre und Rechtspositivismus», *cit.*, p. 827 («Diese Norm, die Grundnorm, ist keine positive, durch den Willensakt einer Rechtsautorität **gesetzte**, sondern eine im juristischen Denken vorausgesetzte Norm»); «On the Pure Theory of Law», en *Israel Law Review*, 1, 1966, pp. 1-7, p. 6 («... a norm, which is not 'posited' by a real act of will, but by a norm **presupposed** in our juristic thinking...»)... etc. **Vid.** también el texto citado en la nota inmediatamente posterior.

(59) «It is 'meta-legal' if by this term is understood that the basic norm is not a norm of positive law, that is, not a norm created by a real act of will of a legal organ. It is 'legal' if by this term we understand everything which has legally relevant functions, and the basic norm presupposed in juristic thinking has the function to found the **objective** validity of the subjective meaning of the acts by which the constitution of a community is created. In this respect the theory of the basic norm is —to a certain extent— similar to the natural-law doctrine according to which a positive legal order is valid if it corresponds to the natural law. The natural law is not considered to be 'meta-legal', though it is not **positive** law. But there also essential differences between the doctrine of the basic norm and the natural-law doctrine...» («Professor Stone and the Pure Theory of Law», en *Stanford Law Review*, 17, 1964-1965, pp. 1128-1157, p. 1141).

Veremos; materia hay ya, en todo caso, para que algún autor haya postulado la eliminación de esta oscura, «mística y misteriosa» (Stone) pieza de un sistema que, por lo demás, dice, podría perfectamente sostenerse sin ella (60).

De nada sirve advertir de nuevo, en este punto, que no en vano se enfrenta aquí la Teoría Pura a las mismas dificultades de fondo de toda teoría de un Fundamento que se quiera último y verdaderamente total. Nos interesa hacer ver, más bien, cuáles fueron las estrategias seguidas por Kelsen en el abordaje de un problema que no por común a otros sistemas de pensamiento —si no es que lo es a **todo** sistema de pensamiento autoconcebido como total—, no por eso, digo, dejaba de ser acuciante para su propia sistemática. Y repitémoslo una vez más: era acuciante por cuanto que el sistema confiaba a la autoconsistencia de la **Grundnorm** su propia consistencia teórico-científica, y se la confiaba, creo, por cuanto que el Derecho, el reino del **Sollen** coactivo, no era en realidad otra cosa, para Kelsen, que el reino de lo obligatorio, el reino del deber-ser; de forma que, si la **Grundnorm** no es a su vez otra cosa que la respuesta a la pregunta «¿por qué se debe obedecer al Derecho?» (61), la pregunta por la misma era, en realidad (antes intenté mostrarlo) la pregunta por el propio ser y por la propia razón de existir del Derecho. Así es que, en la imperiosa necesidad en que se veía de indicar de algún modo la necesidad, trascendentalmente deducida, de alguna «norma» meta-legal del tipo de la esbozada, Kelsen hubo de acudir a esas terminologías, teñidas de kantismo —de lo que de «legal» tiene el vocabulario del kantismo— a cuyo tenor, como vimos, se habla, con relación a la **Grundnorm**, de «presupuesto», «hipótesis», «presuposición» (62).

(60) Tal es la «solución» postulada por G. HUGHES, en su **op. cit.**, p. 223.

(61) Ello convierte en texto verdaderamente decisivo para esta problemática, a mi juicio, el que Kelsen escribiera con ese mismo título: «Why should the Law be obeyed?», en WJ, pp. 257-266 (traducción española: «¿Por qué obedecer al Derecho?», en QJ, pp. 183-194).

(62) A los pasajes ya mencionados en este sentido, añádanse, entre otros innumerables, los siguientes: «Diese **ursprungnorm**, die ich als Verfassung im

La **Grundnorm**, como sabemos, es efectivamente aquel presupuesto sin el cual es imposible **interpretar** el material que interesa al jurista, asegura nuestro autor, en los términos estrictamente jurídicos que son los que le corresponden (63). Pero ¿por qué es «presupuesto» el tipo de concepto que habría de parecer más sólido —si es que en estas cosas cupiera hablar de solidez— en sus constantes incursiones en la problemática de la **Grundnorm**? Aventuraré una explicación como la siguiente: buscamos, como digo, el fundamento **normativo** de validez de los sistemas normativos. Ello debe hacerse sin olvidar que tratamos del fundamento normativo que debe tener, **en principio, cualquier sistema normativo posible** (lo cual significa, insisto en ello por las razones que después se verán); lo cual quiere decir que, en estas cuestiones, convendrá tener siempre muy presente la distinción entre el problema plan-

rechtslogischen Sinne bezeichne, ist eben die denknotwendige **Hypothese** jedes positiven Rechtssystems, jedes konkreten Rechts- oder Staatsordnung» (**Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**, cit., p. 33, nota; cfr. también pp. 93, 97, 98 y 120); «and I have always insisted that the basic norm as the constitution in a legal-logical sense —not the constitution in a positive legal sense— is **not** a norm of positive law, that it is not a norm 'posited', i.e., created by a real act of will of a legal organ, but a norm **presupposed in juristic thinking**» («Professor Stone..., cit., p. 1141); «Die Voraussetzung der Grundnorm ist die von der Rechtswissenschaft im Wege einer Analyse dieser Urteile festgestellte Bedingung, unter der allein diese Urteile, und das heisst die mit ihnen erfolgten Deutungen möglich sind» («Der Begriff der Rechtsordnung», en WRS, II, pp. 1395-1416, p. 1399); «Es ist keine positive, das heisst keine durch einen realen Willensakt gesetzte, sondern eine im Denken eines gläubigen Menschen vorausgesetzte Norm» («Der Funktion der Verfassung», en WRS, III, pp. 1971-1979, p. 1972); «Diese Voraussetzung wird als Grundnorm bezeichnet. Sie stellt den Geltungsgrund der Verfassung und somit des gemäss der Verfassung gesetzten Normen dar» («Die Selbstbestimmung..., cit., p. 1451); «Recht, Rechtswissenschaft und Logik», cit., pp. 547-548... etc.

(63) **Vid.**, entre otros, el siguiente pasaje de «La autodeterminación del Derecho»: «Setzt man sie nicht voraus, was möglich ist, kann man eine durch menschliche Akte gesetzte, im grossen und ganzen wirksame Zwangsordnung nicht als ein System objektiv gültiger Normen, sondern nur als ein Aggregat von Akten deuten, deren subjektiver Sinn zwar ist, dass sich Menschen in bestimmter Weise verhalten sollen...» («Die Selbstbestimmung des Rechts», cit., p. 1452); **vid.** también «Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus», cit., pp. 286-287.

teado por las diferentes **Grundnormen** que **cada uno** de los sistemas jurídicos, reales o posibles, puedan tener, y el problema planteado **por la idea de «Grundnorm» en cuanto tal**. Pero dejemos a un lado, por el momento, este esencial aspecto. Me interesa hacer resaltar, ante todo, que ya la formulación del problema, tal y como se acaba de formular, parece llevar consigo todas las conocidas amenazas de una paradoja: ¿cómo va a ser a su vez normativo el fundamento de la normatividad? ¿No nos encontraríamos aquí, ineludiblemente, en pleno reino de la **auto-fundamentación**, en pleno ámbito spinoziano del Fundamento último como **causa sui**? Y si —como creemos saber desde Bertrand Russell— es la autofundamentación el nefasto caldo de cultivo de todas las paradojas, ¿no nos enfrentaremos entonces, bien a la autocontradicción, bien a la más vacua de las tautologías? (64). Aquí de una primera posibilidad de contestación. En efecto, no cabe quedarse en este ámbito ambiguo, simultáneamente inmanente y trascendente al sistema que ha de fundamentar, so pena de incurrir en esa confusión de planos y en esa mezcla de niveles que, ya desde Aristóteles, sabemos que es ley ineludible del pensamiento el mantener aislados y cada uno en su lugar. Apliquemos pues la solución russelliana; apliquemos la teoría de tipos o, si se quiere, de la jerarquía de metalenguajes, que con base como se hace en la tajante distinción entre

(64) Una posibilidad de la que el propio Kelsen fue, sin duda, muy consciente: «Da die Geltungsgrund des positiven Rechts darstellende Grundnorm nicht —wie das göttliche oder natürliche Recht— eine durch Willensakte gesetzte, von dem positiven Recht verschiedene Ordnung der Gerechtigkeit ist, kann die Begründung der Geltung des positiven Rechts durch die Grundnorm als Selbstbegründung des Rechtes bezeichnet werden. Doch ist dieser Ausdruck insofern nicht ganz zutreffend, als die Grundnorm eben nicht eine Norm des positiven Rechtes, das heisst: keine durch einen Willensakt gesetzte, sondern nur eine im juristischen Denken vorausgesetzte Norm ist. Nimmt man das, was der Ausdruck **Selbstdeutung** besagt, wörtlich was mitunter geschieht, versucht man die Geltung des positiven Rechts ohne Zuhilfenahme der Grundnorm zu begründen, gerät man unweigerlich in einen *circulus vitiosus*. Das ist der Fall, wenn man —wie in der Tat manche Rechtstheoretiker lehren— argumentiert: das positive Recht gilt, weil die Verfassung, der gemäss die Normen dieses rechts gesetzt sind, von einer höchsten Autorität, einem Souverän errichtet ist; und die Autorität des Souveräns wiederum gründet auf der Verfassung» («Die Selbstbestimmung des Rechts», *cit.*, pp. 1452-1453).

el «tipo» del cual se predica algo, y el «meta-tipo» (caso particular: el lenguaje y los metalenguajes) desde el cual se predica algo del primero, obliga a sostener que siempre el escalón, el nivel o grada desde el cual se habla de algo, o se fundamenta algo, es de un nivel superior, a saber, el inmediatamente superior, a aquel del que se habla, o que se resulta fundamentado.

Ahora bien: que Kelsen ha apelado a este tipo de solución, solución que es común a tantos otros gestos de pensamiento (no sólo al russelliano: recuérdese, por no citar más casos, las distinciones kantianas entre «pensar» y «conocer»), apenas parece necesario subrayarlo. Captamos anteriormente su puesta en práctica, cuando, enfrentados a la aparentemente irresoluble autocontradicción de la norma fundamental de un ordenamiento **nacional**, resolvimos la paradoja, con plena ortodoxia, **saltando a un nivel superior: el nivel internacional**. Es por eso por lo que, en efecto, vimos transformarse la norma meta-positiva de un cualquier ordenamiento estatal en la norma **positiva**, a su vez, del Ordenamiento general Internacional. Kelsen, aquí, ha aplicado sin vacilaciones el mismo esquema fundamental que yace a la solución russelliana, a saber, la teoría de tipos, la resolución de la autoreferencia por salto a un meta-nivel de índole superior: el presupuesto que fundamenta un sistema es algo puesto, a su vez, por un sistema superior. Que resolviendo, sin embargo, el problema formal planteado por la **Grundnorm** de un Ordenamiento estatal, no haya resuelto, en cambio, el problema planteado por la **Grundnorm** en cuanto tal, tampoco parece necesario subrayarlo. Y es que ya vimos cómo el mecanismo del salto de nivel no hace otra cosa, en realidad, que reabrir a un nivel distinto la misma aporía de fondo a cuya resolución ha pretendido acudir: ¿cuál será ahora, en efecto, la **Grundnorm** que fundamente el sistema fundamentador? Conocemos la respuesta: el Ordenamiento internacional.

«se compone de normas del Derecho consuetudinario y del Derecho convencional, creado mediante tratados en base al Derecho consuetudinario. Por tanto, la razón de la validez del Derecho internacional, la norma en la que se basa, instituye que la costumbre es un hecho que crea derecho. Es la

norma según la cual los Estados deben adoptar entre sí el comportamiento acostumbrado entre ellos. Sin embargo, esta norma no puede crearse a través de la costumbre. Decir que la naturaleza autoriza a la naturaleza a dictar órdenes, o que Dios autoriza a Dios a hacer lo mismo, sería la misma falacia que afirmar lo contrario. La norma que permite que la costumbre cree la ley que obliga a los estados sólo puede ser una norma presupuesta por los que interpretan las relaciones mutuas entre Estados como obligaciones, derechos y responsabilidades. Son aquellos que consideran que los actos del Estado son legales o ilegales, es decir, son relaciones reguladas por un orden legal. Es la hipótesis y condición que posibilita tal interpretación. Esta hipótesis, que es la norma básica del Derecho internacional, justifica, en último término, la validez de los órdenes legales nacionales» (65).

Esta es la cuestión: todo depende del Derecho Internacional, pero el Derecho Internacional es un derecho consuetudinario, **primitivo**, próximo en todo, como vimos, al Derecho que es propio (recuérdese nuestro primer capítulo) de las sociedades anteriores a la Historia, esto es, del hombre en cuanto tal. Los Estados; en efecto, siempre se han regido entre sí por la costumbre; y no es que la costumbre se autovalide, sino que, **por muy atrás que uno quiera remontarse en el tiempo**, siempre encontrará **presupuesta** la norma que convierte a la costumbre en «hecho-productor-de-derecho». ¿No dijimos, en efecto, que la costumbre interestatal es sólo un caso de la costumbre misma? ¿Y no dijimos también que por muy atrás que uno se remontase hasta los orígenes de la sociedad, siempre se encontraría costumbre, y **con** ella, pero siempre **previa** a ella, la norma que convierte **ya siempre** a los hechos que producen derecho? La «circularidad», entonces, se nos ha resuelto en salto de nivel; pero el salto de nivel ha producido una nueva circularidad; conclusión del proceso: **estamos ya siempre en el círculo de la juridicidad**. Por mucho que queramos remontar la fuente

(65) «¿Por qué obedecer al Derecho?», *cit.*, pp. 192-193; cfr. «Why should...?», *cit.*, pp. 264-265.

que nos conduzca al Derecho, nos encontraremos **presuponiendo ya siempre**, a modo de un «supuesto» (66) efectivamente «trascendental», esto es, **co-pensado y pre-anticipado**, en **cualquier** interpretación de lo real **a título de jurídico**, como la condición **sine qua non** de la posibilidad de tal interpretación. Y desde este punto de vista, importa relativamente poco si esa «norma» **ya siempre** presupuesta, esa auténtica pre-condición de **cualquier** acto de comprensión jurídica, es entendida, como «norma» que pese a todo es, como una norma simplemente **ficticia**, en el sentido de la filosofía del «Als-Ob» (67). Tras una norma ficticia, en efecto, hay

(66) Es, como se sabe, la denominación preferida de R. WALTER: «El estado actual de la Teoría Pura del Derecho», en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 6, 1974, pp. 327-362, p. 345, nota 44). Rechaza así una denominación muy querida para Kelsen, la de «hipótesis», que, sin embargo (vid. nota siguiente) este mismo habría de rechazar.

(67) Esta es, como se sabe, la última posición adoptada por Kelsen; o es, al menos, la que figura como definitiva en las páginas correspondientes de la **Allgemeine Theorie der Normen**: «Die Grundnorm einer positiven Moral- oder Rechtsordnung ist... keine positive, sondern eine bloss gedachte, und das heisst eine fingierte Norm, der Sinn nicht eines realen, sondern eines bloss fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder 'eigentliche' Fiktion im Sinne der **Vaihingerschen** Philosophie des Als-Ob, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist. Denn die Annahme einer Grundnorm —wie etwa die Grundnorm einer religiösen Moralordnung: 'Man soll den Geboten Gottes gehorchen' oder die Grundnorm einer Rechtsordnung: 'Man soll sich so verhalten, wie die historisch erste Verfassung bestimmt'— widerspricht nicht nur der Wirklichkeit, da keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden ist, sie ist auch in sich selbst widerspruchsvoll, da sie die Ermächtigung eines höchsten Moral- oder Rechtsautorität darstellt, und damit von einer noch über diese Autorität stehenden —allerdings nur fingierten— Autorität ausgeht. Eine Fiktion ist nach **Vaihinger**, 'Die Philosophie des Als-Ob', 7. und 8. Aufl., Leipzig 1922, ein Denkbefehl, dessen man sich bedient, wenn man den Denzweck mit dem gegebenen Material nicht erreichen kann (a. a. O. S. 19). Der Denzweck der Grundnorm ist: die Begründung der Geltung der eine positive Moral- oder Rechtsordnung bildenden Normen, das ist die Deutung des subjektiven Sinnes der diese Normen setzenden Akte als deren objektiven Sinn, das heisst aber als gültige Normen, und der ebetreffenden Akte als norm-setzende Akte. Dieses Ziel ist nur im Wege einer Fiktion zu erreichen. Daher ist zu beachten, dass die Grundnorm im Sinne der **Vaihingerschen** Als-Ob

a su vez una voluntad ficticia; pero ¿qué se garantiza con ello sino que, como decimos, **ya siempre** «hay» una voluntad que se anticipa a cualquier posible interpretación del mundo en términos, digamos, de la ley del talión, del principio de retribución? **Nunca** quedará, pues, infundada una interpretación semejante; ella es de hecho, como vimos, coextensiva con la propia Humanidad. La pregunta, me parece, es más bien esta otra: supuesto, como dijo Kelsen, que no sea posible escapar a semejante presuposición, es también necesario tener que confesar, como todo seguidor de Vaihinger ha de hacerlo, que tal norma —que tal **idea** de la normatividad es, en cuanto ficticia, una pura contradicción? Los textos póstumos de Kelsen parecen llegar a esa conclusión. Es mi intención, sin embargo, dar por concluido este trabajo mencionando la posibilidad de una interpretación diferente a la que el propio Kelsen dio de su propia concepción a tenor de la cual, me parece, se ofrece la posibilidad, teóricamente legitimada, de pensar la figura de la **Grundnorm** en una forma tal que, aceptando los perfiles aparentemente paradójicos que le hemos venido encontrando, no se vea precisada, en cambio, a defender su radical autocontradicción. Esa posibilidad es la que se nos avanza desde el seno mismo de un movimiento intelectual, la **Hermenéutica**, al influjo de cuya potencia ya no es ajeno ningún sector de las ciencias humanas: me refiero a esa peculiar estructura que recibe el nombre de círculo hermenéutico o círculo de la comprensión (68). ¿Qué se entiende por tal?

Philosophie keine Hypothese ist —als was ich selbst sie gelegentlich gezeichnet habe— sondern eine Fiktion, die sich von einer Hypothese dadurch unterscheidet, dass sie von dem Bewusstsein begleitet wird oder doch begleitet werden soll, dass ihr die Wirklichkeit nicht entspricht (a. a. O., S. 143 ff).» (ATN, 59, d), pp. 206-207). Asumiendo así hasta el final el principio «Kein Sollen ohne ein —wenn auch nur fingiertes— Wollen» (ATN, 1, IX, c), p. 6), el Kelsen de la madurez parece aceptar definitivamente una teoría, la de las ficciones jurídicas en el sentido de Vaihinger, a las que prestó atención en el mismo inicio de su carrera» **vid.** «Zur Theorie der juristischen Fiktionen... Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob», en **Annalen der Philosophie**, 1, 1919, pp. 630-658 (ahora en WRS, II, pp. 1215-1241).

(68) Sobre las relaciones que quepa establecer entre Hermenéutica y Filo-

6. EL CIRCULO HERMENEUTICO: CLAVES PARA UNA INTERPRETACION

En el contexto de la filosofía actual, el término «círculo hermenéutico» tiene un múltiple significado: cabe entender en primer término por tal, en efecto, la tantas veces puesta de relieve «relación circular» que existe entre el sentido de las partes de un texto y el sentido de la obra como unidad, como conjunto en que esas partes se insertan. Desde este punto de vista, el abordamiento del problema del círculo habría de hacerse desde la perspectiva proporcionada por la disputa tradicional entre las **Geisteswissenschaften** y las **Naturwissenschaften**; disputa a cuyo hilo habría que partir de los problemas suscitados por la también clásica contraposición entre «explicación» y «comprensión», «análisis» y «síntesis», «mecanicismo» y «organicismo», «causalidad» y «teleología», «ciencias nomotéticas» y «ciencias idiográficas»... etc.

En segundo lugar, puede entenderse bajo la expresión «círculo hermenéutico», en general, un cierto tipo de relación, susceptible de ser aplicado en muy numerosos casos. El tipo de relación paradigmáticamente reconocido en la circularidad hermenéutica en sentido estricto, en efecto, no es, generalizando lo que acabo de decir, sino un tipo de relación entre «todos» y «partes» en cuya virtud las partes dependen del todo como éste depende de aquéllas, existiendo entre ellos una correlación, una interrelación, una recíproca relación de condicionamiento funcional. Así es que de «círculo» podría hablarse, también, en relación a la necesidad en que diversos teóricos se han visto de acogerse al mismo a la hora de explicar el respectivo objeto de su disciplina: caso de Saussure,

sofía del Derecho hay ya una abundante bibliografía. Mencionaré aquí las aportaciones de G. ROBLES: **Introducción a la Teoría del Derecho**. Debate, Madrid, 1988, pp. 138-151; J. CALVO GONZALEZ: **Comunidad Jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho**. Ariel, Barcelona, 1992; J. BALLESTEROS: **Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica**. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 71 y ss.; así como **Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz. Rechtstheorie**, Beiheft 1. W. KRAWIETZ, K. OPALEK, A. PECZENIK y A. SCHRAMM eds. Duncker & Humblot, Berlín, 1979.

al reconocer la existencia (y la dificultad inherente a) la relación de dependencia recíproca entre sistema y actuación, **langue** y **parole**; caso de los teóricos de sistemas, enfrentados a sistemas autorregulados; caso de los biólogos enfrentados al problema de la solidaridad funcional en el interior del organismo o de los teóricos de la ciencia que, en la línea de Lakatos, Kuhn, Feyerabend, han relativizado el dogma clásico de la separabilidad tajante entre «hechos» y «significados», dando paso así a una concepción más flexible de las relaciones entre el marco teórico y la observación, de forma que se aprecie cómo éstos se interrelacionan, se co-determinan, se transforman mutuamente en un contexto de historicidad constitutiva.

Cualquiera de estos enfoques sería, sin duda, pertinente. Ahora bien: si algún presupuesto capital tiene la hermenéutica, es el de que entender algo es comprender cómo este algo —por decirlo con Gadamer— ha llegado a ser lo que es. Y es sabido que la temática del círculo tiene su **topos**, su lugar originario en la discusión hermenéutico-filosófica en sentido estricto. Y este es, además, un ámbito suficientemente diferenciado como para que tomar pie en el mismo asegure la precisión del desarrollo.

Si la hermenéutica tomó conciencia de algo, en efecto, ya a partir de sus orígenes mismos, es de lo específico de su ámbito material. Pues es el caso que éste no es, ni puede ser, el ámbito de los «objetos», sino un ámbito en principio diferente, aunque no siempre delimitable respecto a aquél: el ámbito de lo «significativo». Es por eso por lo que puede decirse que la historia de la hermenéutica (69), en buena medida, es la crónica de una lucha:

(69) Sobre la historia de la Hermenéutica, desde sus orígenes bíblicos, griegos y jurídicos, *vid.*, entre otros: K.-O. APEL: «Das Verstehen. Ein Problemgeschichte als Begriffsgeschichte», en *Archiv für Begriffsgeschichte*, I, 1955, pp. 142-199; J. WACH: *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*. 3 Bde. Tubinga, 1926-1933; P. RICOEUR: «Existence et Herméneutique», en *Le conflit des interprétations*. Du Seuil, Paris, 1969, pp. 7-28; H.-E. JAEGER: «Studien zur Frühgeschichte der Hermeneutik», en *Archiv für Begriffsgeschichte*, 18, 1, 1974, pp. 35-84; R. E. PALMER: *Hermeneutics*.

la lucha contra las múltiples dificultades —y posibilidades— metódicas, conceptuales y, en definitiva, ontológicas, que parecen inseparables de ese ámbito ambiguo, el ámbito del sentido o de la significación. La hermenéutica, en efecto, inicia su andadura como **Kunstlehre**, como teoría o doctrina de un arte cuya posibilidad se da por averiguada: **die Kunst des Verstehens**, el arte del comprender. Alcanza lo que quizá constituya el primer estadio de su madurez situándose, de la mano de Dilthey, en el horizonte de aquella necesaria fundamentación de las **Geisteswissenschaften** que completaría la crítica kantiana de la razón para con una crítica de la razón histórica. Pero no alcanza, quizá, el más amplio despliegue de sus potencialidades filosóficas más que en el camino de aquel pensador que en el verano de 1923, en tanto comenzaba a esbozar su obra capital, entendió por «Hermenéutica», recogiendo su sentido originario, «una determinada unidad de la cumplimentación del **hermeneuein** (del comunicar), es decir, del **interpretar de la facticidad** que trae a encuentro, vista, captura y concepto» (70). O dicho en otros términos: en el camino de aquel pensador que habiendo determinado la filosofía como ontología fenomenológica universal (71), determinó a su vez la fenomenología como un **légein të phainomena** (72) en el que el **légein**, al que atribuye el

Northwestern University Press, Evanston, 1969; J. GRONDIN: **Einführung in die philosophische Hermeneutik**. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1991. Esta última obra incluye en sus pp. 185-246 una bibliografía exhaustiva sobre la cuestión.

(70) «Der Terminus (Hermeneutik) besagt vielmehr im Anschluss an seine ursprüngliche Bedeutung: eine bestimmte Einheit des Vollzugs des **hermeneuein** (des Mitteilens), d.h., des zu Begegnung, Sicht, Griff und Begriff bringenden **Auslegens der Faktizität** (M. HEIDEGGER: **Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)**, cit. p. 14). Por eso es por lo que, como se aclarará años más tarde, «Hermeneutik meint in S. u. Z. weder die Lehre von der Auslegungskunst noch das Auslegen selbst, vielmehr den Versuch, das Wesen der Auslegung allererst aus dem Hermeneutischen zu bestimmen» (M. HEIDEGGER: **Unterwegs...**, cit., p. 98). Debo la traducción de «Griff» por «captura» a la sensibilidad filológica y filosófica de mi antiguo alumno Alejandro del Río.

(71) M. HEIDEGGER: **Sein und Zeit**, pgfos. 83 y 7 (ed. cit., pp. 575/436 y 51/38; traduc. esp., pp. 469 y 49).

(72) **Id.**, pgfo. 7 (ed. cit., p. 46/34; traduc. esp., p. 45).

carácter del **hermeneuein**, se entiende como un **apophainesthai**, un «hacer patente» (73); y lo así hecho patente, los «fenómenos», no son, en sentido fenomenológico, sino el oculto **sentido** y **fundamento** de lo que inmediatamente se muestra (74): esto es, lo que se muestra como ser y estructura de ser (75). «El concepto fenomenológico de fenómeno entiende por 'lo que se muestra' (**das sichzeigende**) el ser de los entes, su sentido, sus modificaciones y derivados» (76). Por eso es por lo que puede decirse que

«El **logos** de la fenomenología del ser-el-ahí tiene el carácter del **hermeneuein**, mediante el cual se le **dan a conocer** a la comprensión del ser inherente al ser-el-ahí mismo el sentido propio del ser y las estructuras fundamentales de su peculiar ser» (77).

Entre esas estructuras, y a título mayor, como se sabe, el comprender, que constituye el ser del ahí (**Da**). Pero si el **phainesthai**, como **hermeneuein**, es aquello que hace patente y deja ver el sentido, «sentido» es a su vez, siempre en el camino de esta meditación, aquello en lo que, sin presentarse expresa y temáticamente ante la vista, algo funda su comprensibilidad (78). La her-

(73) *Ibid.*, pp. 46/34 y 43/32; traduc. esp., pp. 45 y 43.

(74) *Ibid.*, p. 47/35 (traduc. esp., p. 46).

(75) *Id.*, pgfo. 14 (ed. cit., p. 85/63; traduc. esp., p. 76). *Vid.* «...wenn die expliziten Begriffe von Sein und Seinsstruktur gewonnen sind, als welche einzig Phänomene im phänomenologischen Sinne werden könne» (*Id.*, pgfo. 31; ed. cit., p. 196/147; traduc. esp., p. 165).

(76) M. HEIDEGGER: **Sein und Zeit**, pgfo. 7 (ed. cit., p. 48/35 (traduc. esp., p. 46).

(77) Der **Logos** der Phänomenologie des Daseins hat den Charakter der **hermeneuein**, durch das dem zum Dasein selbst gehörigen Seinsverständnis der eigentliche Sinn von Sein und die Grundstrukturen seines eigenes Seins **kundgegeben** werden» (*Id.*, pgfo. 7 (ed. cit., p. 50/37; traduc. esp., p. 48).

(78) «Sinn ist das, worin sich Verständlichkeit von etwas hält» (*Id.*, pgfo. 32, p. 201/151; traduc. esp., p. 169). «Danach ist Sinn das, worin sich die Verstehbarkeit von etwas hält, ohne dass es selbst ausdrücklich und thematisch in den Blick kommt» (*Id.*, pgfo. 65, ed. cit., p. 428/324; traduc. esp., p. 351).

menéutica, que comenzó su andadura investigando la posibilidad de un acceso correcto a lo comprensible, acaba concibiendo como tarea propia la puesta en libertad y en claro de la propia condición ontológica de posibilidad en la que algo es comprensible como algo... ¿no vendría Heidegger a reencontrar simplemente aquel sentido inicial de los griegos, aquel **lógos hermeneús** del Platón de las **Leyes**, aquel **lógos hermeneutikós** de Filón? (79). ¿O de lo que se trata, más bien, y lo que acaso consiga, es de repetir el modo griego de pensar de forma tal que se piense más «griego» que los propios griegos? (80). El horizonte de la meditación heideggeriana, en todo caso, sí ha ofrecido una indicación capital acerca de su sentido. Es en las primeras páginas de **Sein und Zeit**, en efecto, en donde Heidegger estampa una señal inequívoca de que la ontología fundamental, tratando de traer al aparecer lo propiamente fenoménico en sentido fenomenológico, esto es, el aparecer mismo, el ser de los entes o sentido del ser, no va a seguir ya nunca, en esa tarea, el camino eidético, el camino husserliano de la intuición: y es que se trata, dice, de «leer» en un ente señalado el sentido del ser (81). Leer... ¿Por qué, justamente, este procedimiento en especial? Late aquí, sin duda, todo el peso de una tradición que de siempre ha advertido la relación de parentesco que ata —y por cierto que, como veremos, en modo alguno por azar— lo «significativo» a la «textualidad». La hermenéutica, en rigor, nunca tuvo otro «objeto» que los «textos», las «obras», los «significados» (82). Textos, a buen seguro, siempre «significati-

(79) «En alloiōsei gār toū stōmatos, toutésti hermeneutikoū lōgou, hé phrōnesis theoreítai» (FILÓN: *peri tēs katà Moyséa kosmopoilas —De opificio mundi—* I, 58).

(80) Supuesto que «Unserem heutigen Denken ist es aufgegeben, das griechisch Gedachte noch griechischer zu denken» (*Unterwegs...*, cit., p. 134; traduc. esp., cit., p. 122: «Hoy nuestro pensamiento tiene por tarea pensar lo pensado por los griegos de modo aún más griego»).

(81) **Sein und Zeit**, pgfo. 2 (ed. cit., p. 9/7; traduc. esp., p. 16).

(82) H.-G. GADAMER: «En la medida en que el verdadero objeto de la comprensión histórica no son eventos (**Ereignisse**) sino sus 'significados'...» (*Op cit.* en nota 93, p. 311; traduc. esp., cit. en *íd.*, p. 400). Ya en Dilthey, de

vos»: bien en el sentido general de conjunto de signos que una tradición nos ha transmitido (y a cuyo través, se supone, llega al intérprete un «mensaje», un «significado» proveniente de la «mente» de quien lo consignó por escrito), bien en el sentido de «eminentes»; «eminencia», «relieve» o «importancia» que concede, a dichos textos, ya su carácter de texto apoyado en una autoridad indubitable, por infinita, y cuyo contenido afecta al destino eterno del intérprete y de su comunidad (caso de los textos llamados «sagrados»), ya su carácter «modélico», «ejemplar», en cuanto que contienen, como creía Ast que contenían los textos griegos, el paradigma mismo de una Humanidad perfecta, paradigma que no cabe sino apropiarse —e imitar—. Así es que, por una u otra vía, la hermenéutica se ha ocupado siempre de la posibilidad y condiciones de la transmisión del significado; a cuyo efecto ha tomado como punto de partida el caso ejemplar de los textos, de preferencia aquellos verdaderamente «clásicos»: vale decir, aquellos que —al decir de Octavio Paz— (83) nunca dejan de producir significados: aquellos que, podríamos decir, están todavía «vivos» en la época en que un intérprete se acerca a los mismos. Textos a **aplicar** (lección gadameriana) más allá de su propia esfera de surgimiento histórico —y que, en tal sentido, **producen** significado, un significado «todavía hoy vigente», activo en la generación de efectos aun cuando sea muy grande, tanto en el tiempo como en el espacio, la distancia que ya medie entre la **mens auctoris** y la mente, ese puro intérprete, de cada lector posterior—.

Así en sus inicios; así, también, durante largo tiempo. Es un largo camino de elaboración del concepto de «texto», sin embargo, el que ha conducido a la hermenéutica (que nunca ha dejado de

hecho, «los datos primarios a los que se reconduce la interpretación de los objetos históricos no son datos de experimentación y medición, sino unidades de significado» (*Id.*, p. 61, traduc. esp., *cit.*, p. 102). Vid. R. PALMER: *Op. cit.*, p. 7.

(83) O. de Hans-Georg GADAMER: «Pero en último extremo esto quiere decir que lo clásico es lo que se conserva **porque** se significa e interpreta a sí mismo; es decir, aquello que es por sí mismo tan elocuente...» (*Op. cit.*, p. 274; sigo la traduc. cit., p. 359).

cultivar, sin embargo, el antiguo estilo: Betti, Hirsch, Szondi, Taylor, Franck), a ese aludido nivel de autorreflexión, tanto sobre sí como sobre sus objetos, a cuyo amparo ha podido manifestar su verdadera potencia. En su camino, en efecto, la hermenéutica no ha dejado nunca de ampliar el campo semántico de lo «significativo», de lo «textual». Y así, en un primer momento su ámbito de acción fue ante todo, como hemos dicho, los textos de «autoridad». En un segundo momento, sin embargo, y una vez que la crítica ilustrada e historicista hubiera transmutado el supuesto valor intemporal de aquellos textos en un valor histórico más, objeto de un análisis metodológicamente idéntico al de cualquier otro documento historiográfico, esta filología humanista y exegética hubo de dejar paso franco a una filología universal que, ahora, tendrá por «texto» **cualquier** manifestación del pasado transmitida por escrito. Y el tercer y decisivo paso, por último, será dado por Dilthey, cuando éste convierta en «texto», objeto por tanto de la hermenéutica, todas y cada una de las manifestaciones de la Vida. Paso en verdad decisivo, porque con él la hermenéutica no sólo colonizaba el todo de la textualidad histórica, como antes, sino, en general, la totalidad del universo histórico-espiritual; universo que, emanado de esa fuente última de significatividad, la Vida, más allá de la cual no se puede ir, se encuentra objetivado en cualquier forma sónica susceptible de «lectura», esto es, de revivificación. Ahora bien, la pregunta que, a mi juicio, debe suscitar el espectáculo de esta imparable explosión hermenéutica, es la de si este vasto devenir estará gobernado, o no, por la necesidad interna de algún hilo conductor. La respuesta es que sí. En este ir de Platón, la Biblia, a la Vida, el Ser o la Lingüisticidad, la hermenéutica ha seguido, ciertamente, muchas sendas distintas. Algunas, paralelas e incluso coincidentes; otras, enfrentadas entre sí. A la pregunta, sin embargo, de si existe o no un rasgo común para el conjunto de esa larga odisea, la generalidad de los intérpretes coinciden en señalar que sí hay una nota o determinación común en ese múltiple deambular e investigar: a esa nota común, que parece constituir al tiempo el distintivo mismo de lo hermenéutico, la tradición la

llama, únicamente, «círculo»: el «círculo hermenéutico» (84). En cualquiera de sus épocas, en efecto, la autorreflexión hermenéutica se ha reconocido a sí misma, con más o menos entusiasmo, en esa extraña estructura de relación a la que ella, fiel a su dominio de lo significativo, no parece poder renunciar, y de la que en cambio el camino de la ciencia empírico-analítica, el camino del conocer fundamentado, se creyó (en algún tiempo anterior a Lakatos, Kuhn, Feyerabend), inmune y a salvo. Esa «estructura», cuyo destino es, como digo, el destino mismo de lo hermenéutico, fue por eso inicialmente, y como aquélla, **una regla** (85); y ha llegado a ser, también como aquélla, uno de los nombres del sentido, de lo **posibilizante**. Y si su flexibilidad es tanta, es justamente por eso, porque no traduce sino una pura estructura de relación, a saber, la determinada relación que corre, como hemos visto, entre ciertos todos y sus partes; relación a la que a su vez responden tanto los «textos» en sentido estricto, cuanto los horizontes de significación en que se inscribe e injerta todo lo ontológicamente significativo. Pues lo único que quiere decirse cuando se habla de esa «circularidad» a la que se califica de «hermenéutica» es que en presencia

(84) Sobre el conjunto del concepto, vid. E. MARALDO: **Der hermeneutische Zirkel**. K. Alber, Friburgo/Munich, 1974; A. C. THISELTON: **The Two Horizons. New Testament Hermeneutics and Philosophical Description with special reference to Heidegger, Bultmann, Gadamer and Wittgenstein**. Exeter, The Paternoster Press, 1980; W. V. SPANOS: «Heidegger, Kierkegaard and the Hermeneutic Circle: towards a postmodern theory of interpretation as Dis-closure», en **Heidegger and the Question of Literature**, W. V. Spanos ed., Indiana Univ. Press, Bloomington, 1979, pp. 115-148; W. STEGMUELLER: «The so-called circle of understanding», en **Collected Papers on Epistemology, Philosophy of science and history of philosophy**. Reidel, Dordrecht/Boston, 1977, vol. II, pp. 1-26; E. HUFNAGEL: «Universalität und Zirkelhaftigkeit. Reflexionen zur Hermeneutik Martin Heideggers und Hans-Georg Gadamer», en Ulrich NASSEN, Hrsg., **Studien zur Entwicklung einer materialen Hermeneutik**, W. Fink, München, 1979, pp. 132-164.

(85) Vid. H.-G. GADAMER: «**Die hermeneutische Regel**, dass man das Ganze aus dem Einzelnen und das Einzelne aus dem Ganzen verstehen müsse, stammt aus der antiken Rhetorik...» («Von Zirkel des Verstehens», en VV. AA.: **M. Heidegger zum 70. Geburtstag**. G. Neske, Pfullingen, 1959, pp. 24-34, p. 24; el subrayado es mío).

de ciertas «unidades», de ciertas «totalidades», a saber, en presencia de las unidades de sentido, el camino de la investigación no puede menos de recorrer un camino de vaivén entre la totalidad y sus partes, entre la unidad y las unidades unidas por ella, supuesto que (la comprensión de) las partes «dependen de» y «se remiten a» la totalidad, en tanto que la totalidad «depende de» y «se remite a» las partes que reúne y congrega, dotándolas, y viceversa, de significado y conexión. Permítaseme insistir: la abstracción de la estructura permite la dilatación de su dominio. Así es como las sucesivas etapas de expansión hermenéutica se vieron acompañadas por una correlativa ampliación del contenido del círculo —ampliación que, al mismo tiempo, fue modificando paralelamente el carácter del horizonte último de referencia de la significación— (86). Muy antigua es, en efecto, la observación, pronto transformada en regla, de que (la comprensión de) el significado de una obra, considerada como una unidad de sentido, depende, y viceversa, de (la comprensión de) el significado de sus partes: la frase desde la palabra, el párrafo desde la frase, el capítulo desde el párrafo, el libro desde sus secciones —y desde ahí, y sin fin, otra vez hacia atrás—. Pero casi igual de añosa es la observación, pronto transformada en regla, de que es necesario comprender la obra desde el horizonte biográfico de su autor —el cual, a su vez, alimenta su significado del significado que le dan las obras mismas—. Y ya más próxima a nosotros, por fin, es la observación, pronto transformada en regla, de que un autor no es en rigor comprensible sino desde el mundo histórico, la «cultura» a la cual pertenece —siendo así que el sentido de ésta tiene a su vez como fuente el significado de las individualidades que, destacándose sobre ese fondo, dan perfil al propio fondo—. He aquí, en sus diversos planos de actuación, la «circularidad», se dice que «inevitable», de todo comprender; en donde «comprender» es

(86) En este sentido, vid.: «Il posto che aveva nella definizione dell'ideale ermeneutico l'idea del rapporto particolare-totalità, nella varia determinazione e discussione dei metodi ermeneutici lo occupa invece il circolo ermeneutico, in questa forma non mai una volta per tutte definita, ma inteso come carattere commune delle strutture circolari che via via si evidenziano» (G. VATTIMO: *Schleiermacher filosofo dell'interpretazione*. U. Mursia & C., Milán, 1968, p. 185).

siempre comprender los «significados» que los signos, signos de los que el grafema es símbolo y paradigma, nos anuncian, nos dan a conocer: un mensaje que nos insta a que lo guardemos y transmitamos, «dando» a nuestra vez «parte» de él (87).

Que la hermenéutica y, en general, los padres fundadores de las ciencias del espíritu, fueron altamente sensibles al problema de la circularidad, nada tiene de dudoso. Desde las taxativas declaraciones de un Friedrich Ast («La ley fundamental de todo comprender y conocer es descubrir el sentido del todo a partir de lo individual, y concebir lo individual por medio del todo») (88), hasta las no menos expresas de Dilthey («la comprensión de la personalidad individual exige, para que sea completa, el saber sistemático, así como, por otra parte, este saber depende, a su vez, de la captación viva de la unidad de vida individual») (89), pasando

(87) De ahí Heidegger: «Aus all dem wird deutlich, dass das Hermeneutische nicht erst das Auslegen, sondern vordem schon das Bringen von Botschaft und Kunde bedeutet» (*Unterwegs...* cit., p. 122, traduc. esp., p. 111: «De todo ello se deduce claramente que lo hermenéutico no quiere decir primeramente interpretar sino que, antes aún, significa el traer mensaje y noticia»). Y también: «Hermeneutisch, d.h. hinsichtlich des Bringens einer Kunde, hinsichtlich der Verwahrens einer Botschaft» (*Op. cit.*, p. 126; traduc. esp., p. 114: «Hermenéuticamente, es decir, en el sentido de portar a conocimiento, en el sentido de custodiar un mensaje»).

(88) «Das Grundgesetz alles Verstehens und Erkennens ist, aus dem Einzelnen den Geist des Ganzen zu finden und durch das Ganze das Einzelne zu begreifen» (F. AST: *Grundlinien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik*. Landshut, 1801, pgfo. 75). Es tesis genérica en Ast, por otra parte, que uno solo puede captar en su unidad el espíritu (**Geist**) de la Antigüedad (matriz común de lo helénico y lo bíblico) si uno capta sus revelaciones individuales en las obras antiguas, siendo así que, por otra parte, el **Geist** de un autor individual no puede captarse con independencia de su ubicación en un contexto superior de relaciones. Si no propiamente la palabra, pues (VATTIMO: *Op. cit.*, p. 22, nota 22), Schleiermacher tuvo razón atribuyendo a Ast la primera formulación explícita del círculo hermenéutico como ley básica de todo conocer.

(89) ...das Verstehen der einzelnen Persönlichkeit zu seiner Vollendung das systematische Wissen, wie andererseits wieder das systematische Wissen abhängig ist von dem lebendigen Erfassen der einzelnen Lebenseinheit» (W. DILTHEY:

por las tempranas de Schleiermacher. («Para comprender un discurso es preciso conocer a la persona; y sin embargo, sólo por el discurso se conoce a la persona») (90) y, ya en nuestro siglo, las de R. Bultmann («La interpretación tiene que analizar la composición de la obra, comprender lo particular por el todo y el todo por lo particular») (91), y Hans-Georg Gadamer («la palabra sólo es palabra en virtud de lo que en ella accede al lenguaje... y a la inversa, lo que accede al lenguaje no es tampoco algo dado con anterioridad al lenguaje e independientemente de él, sino que recibe en la palabra su propia determinación») (92), la hermenéutica ha basado en la naturaleza irreductiblemente circular de su proceder la conciencia de su diferencia respecto a las **Naturwissenschaften**: si éstas, en efecto, pretenden deber sus logros al uso de un método de subsunción de lo particular en una ley universal obtenida ya por inducción completa, ya por mera generalización empírica, e incluso probabilitaria, de los llamados «casos particulares», las **Geisteswissenschaften** nunca dudaron, por su parte, de la imprescindible necesidad de anticipar el sentido del todo si es

Gesammelte Schriften, Band VII (**Der aufbau der Geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften**), p. 143; sigo la traduc. cast. de E. Imaz: **El Mundo Histórico**, cit., p. 166).

(90) F. SCHLEIERMACHER: **Hermeneutik**, nach den Handschriften neu herausgegeben und eingeleitet von Heinz Kimmerle. **Abhandlungen der Heidelberg Akademie der Wissenschaften**, 1959, fasc. 2, Heidelberg, Winter, 1959, I, p. 44. La misma edición, III, p. 88, recoge una declaración aún más tajante: «Ningún saber es científico si no está construido de este modo» (a saber, según este círculo aparente por el cual lo particular sólo puede comprenderse en base al universal del cual forma parte, y viceversa).

(91) «Die Interpretation hat die Komposition der Werkes zu analysieren, das Einzelne aus dem Ganzen, das Ganze vom Einzelnen aus zu verstehen» (R. BULTMANN: «Das Problem der Hermeneutik», en **Glauben und Verstehen. Gesammelte Aufsätze**, J. C. B. Mohr, Tübingen, 4 Bde., 1952-1965, v. II, pp. 211-235, p. 213. Vid. también p. 223).

(92) H.-G. GADAMER: **Wahrheit und Methode**, cit., p. 450: «Was zur Sprache kommt, ist zwar ein anderes, als das gesprochene Wort selbst. Aber das Wort ist nur Wort durch das, was in ihm zur Sprache kommt... Umgekehrt ist auch das, was zur Sprache kommt, kein sprachlos Vorgegebenes, sondern empfängt im Wort die Bestimmtheit seiner selbst». Sigo la traduc. cit., p. 568.

que uno quiere siquiera tener un primer acceso al significado parcial, y sólo captable en virtud de su contexto, que a renglón seguido ayude. Permítaseme insistir: la elaboración del concepto de «círculo hermenéutico» supuso tanto, por todo lo que venimos diciendo, como una exploración de las condiciones ontológicas y epistemológicas de la relación de significación. Y así es como, explorando este universo, la hermenéutica vino a dar en soluciones teóricas que, como antes sugerí, no pudieron por menos de obligarla a ampliar los límites, una y otra vez, del terreno de su actuación. Rápidamente, en efecto, los hermeneutas vieron la posibilidad de «resolver» el círculo apelando a un mecanismo, el mismo que ya antes hemos tenido ocasión de saludar, de «salto al nivel superior»: se trataba, en última instancia, de **considerar el concepto de «todo» como relativo** (93). De esta manera, la interna circularidad de dependencia recíproca entre las partes y el todo, relación que constituye el significado de la obra, y que surge precisamente de ese nexo o conexión, de ese **Zusammenhang** que convierte a las partes en «reveladoras» o «manifestadoras» del sentido del todo, y al todo en «revelador» o «manifestador» del sentido del todo, esa interna circularidad, digo, quedaba «resuelta». Y resuelta no sólo mediante la pre-anticipación del todo, más o menos confusamente «adivinado», pero siempre pre-supuesto, sino, también, en la medida en que ese todo parcial quedaba a su vez incardinado en «totalidades» superiores, respecto de las cuales él es «parte» o «individualidad»: la vida del autor, por ejemplo. Pero la vida del autor, que a su vez entraría en relación de dependencia recíproca con respecto a su obra, quedaría automáticamente constituida, también, en un «todo parcial» respecto al mundo histórico en el que vive... y así siempre, salvando cada vez la circularidad mediante la remisión a un meta-nivel, hasta que, como se hace patente en la obra de Dilthey, se alcanza un nivel «último», la Vida, que ya

(93) Vid. H.-G. GADAMER: **Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1960, Zweite Auflage, 1965 (ahora en **Gesammelte Werke**, Tübingen, Band 1, 1986), p. 178 y concomitantes (traduc. cas. t. **Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Traduc. A. Agud y R. de Agapito, Sígueme, Salamanca, 1977, pp. 244-5 y concomitantes).

no puede ser remitida a ningún todo ulterior —y que sólo pide ser comprendida a partir de la propia experiencia de sí— (94). Con palabras de Dilthey:

«El 'significado' es la categoría más amplia con la que abarcamos la vida. (...) La categoría de significado designa la relación de las partes de la vida con el todo, que está fundada en la naturaleza de la vida. (...) Significado es el modo especial de relación que, dentro de la vida, guardan sus partes con el todo. (...) Toda manifestación de vida posee un significado en cuanto que, como signo, expresa algo y como expresión nos remite a algo que pertenece a la vida. La vida misma no significa otra cosa fuera de ella» (95).

(94) «El caso más simple en que se nos presenta el significado lo tenemos en la comprensión de una frase. Cada una de las palabras posee un significado y de la unión de las mismas se deduce el sentido de la frase. (...) Y, ciertamente, se da una acción recíproca entre el todo y las partes en cuya virtud se determinan la indeterminan del sentido, es decir, las posibilidades de un sentido semejante, y cada una de las palabras. 2. La misma relación se da entre las partes y el todo del curso de una vida (...) ...los aconteceres y singulares que lo constituyen, tales como se presentan en el mundo sensible, poseen, como las palabras de una frase, una relación con algo que significan. Mediante esta relación toda vivencia singular se halla abarcada significativamente a partir de un todo. Y como las palabras de una frase se hallan enlazadas en su comprensión, así también la conexión de estas vivencias nos ofrece el significado del curso de la vida. Igual cosa ocurre con la historia. (...) 6. Lo que buscamos es el modo de conexión propio de la vida misma, y lo buscamos partiendo desde sus aconteceres singulares... debemos comprender la conexión de la vida misma, que nunca es accesible al conocimiento de una manera completa» (W. DILTHEY: «Die Kategorien des Lebens», en **Gesammelte Schriften**, Band VII, pp. 235-236; sigo la traduc. de E. Imaz: **El Mundo Histórico, cit.**, pp. 259-261).

(95) «Bedeutung ist die umfassende Kategorie, unter welcher das Leben auffassbar wird (...) Die Kategorie der Bedeutung bezeichnet das Verhältnis von Teilen des Lebens zum Ganzen, das im wesen des Lebens gegründet ist. (...) Bredeutung ist die besondere Art von Beziehung, welche innerhalb des Lebens dessen Teile zum Ganzen haben (...) Jede Lebensäußerung hat eine Bedeutung, sofern sie als ein Zeichen etwas ausdrückt, als ein Ausdruck auf etwas hinweist, das dem Leben angehört. Das Leben selber bedeutet nicht etwas anderes» (Op. cit., pp. 232-234; traduc. esp., cit., pp. 257-9).

La fuerza de estas fórmulas, ¿no parecen confirmar nuestra sospecha? Si Heidegger ha podido —legítimamente— reconducir la búsqueda fenomenológica al ámbito de lo hermenéutico ¿no será porque en éste siempre fue cuestión, en rigor, de la manifestación del sentido, de la estructura de la significatividad? La doctrina del círculo, en esencia, no parece decir efectivamente sino esto: que si tomamos un texto como un conjunto de signos, el significado de cada signo parcial no está en él mismo, sino en la totalidad, y viceversa, de los otros signos. Dicho en otros términos: si nada tiene significado más que con respecto a los otros, pero la relación es recíproca, cada elemento es signo-y-significado; signo que significa a los otros, y significado que tiene su signo en la totalidad de los restantes. ¿Y la propia totalidad? También ella es, a su vez, «signo»; si bien se tratará, ahora, de un «signo» que, si se quiere exorcizar el demonio de la circularidad (como hasta Heidegger tantas veces se intentó), tendrá su significado en una totalidad, de orden superior, que se expresa a su través. (Y que, en el supuesto de una «última» totalidad insobrepasable, constituirá un «signo» sin más significado que su propia significatividad; y que, por tanto, tendrá por significado, únicamente, éste: el significado de la significación. Un signo, pues, radicalmente **abierto**, y que si algo trae a presencia es, justamente, la estructura, infinitamente dispersa, del fenómeno de la significatividad; o lo que es lo mismo: del darse la significación).

He aquí las razones que un día llevarían a Heidegger, teólogo, fenomenólogo y lector de Dilthey, a detenerse por algún tiempo en la provincia hermenéutica. He aquí también las razones por las que su posterior abandono del uso explícito del término no supuso nunca, en cambio, desistir del camino orientado hacia aquello que el sustantivo «hermenéutica» y el adjetivo «hermenéutico» trataron de apresar (96). Y es que todo el largo periplo del meditar heideggeriano se encuentra signado, de extremo a extremo, por esa llamada a reactivar la pregunta que interroga por el sentido del ser que es el hilo conductor de **Sein und Zeit**. Una investigación

(96) Vid. **Unterwegs... cit.**, pp. 98-99; traduc. esp., **cit.**, p. 90).

que ponga su mira en semejante meta, sin embargo, no es sólo que no pueda ya evitar la circularidad. Es que sólo la circularidad del procedimiento permite asegurar el tema científico con más rigor, incluso, que el que tienen las ciencias exactas y su camino deductivo-fundamentador (97). De ahí la doble —y no contradictoria— consideración del «círculo hermenéutico» en el horizonte de **Sein und Zeit**: según la primera, en efecto, el círculo es inevitable, y lo decisivo, por citar de nuevo la archicitada sentencia, no es tanto escapar del círculo cuanto entrar de modo justo en él (98). Según la segunda, en cambio, ese aceptar el círculo supone, al mismo tiempo, negar que exista círculo alguno en la investigación, por cuanto que el concepto lógico-formal de **circulus vitiosus**, de **circulus in probando** (es decir, el hacer entrar una proposición en un razonamiento a título tanto de premisa como de conclusión) no corresponde en nada a la verdadera naturaleza de una «circularidad» que, como veremos, lo único que realmente afirma es que la investigación se mueve **ya siempre**, y no puede menos de hacerlo, en el interior de un horizonte ya siempre anticipado, ya siempre pre-supuesto de comprensión (99). Consecuencia inmediata de lo dicho es que toda interpretación tiene que moverse dentro de esa estructura del «pre-» (del «**Vor-**») que define el conjunto de la llamada «situación hermenéutica»: la interpretación, que nunca puede ser concebida a modo de un simple aprehender (**Erfassen**), sin supuestos previos, algo dado, tiene sus fundamentos esenciales en el tener, el ver y el 'captar' previos (**Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff**); de modo que la interpretación que quiera acarrear comprensión de algo tiene que haber comprendido ya de algún modo, siquiera sea inexpreso y atemático, aquello mismo que trate de

(97) M. HEIDEGGER: **Sein und Zeit**, pgfos. 2 y 32 (ed. cit., pp. 10-11/7-8 y 203-204/153; traduc. esp., pp. 17 y 172).

(98) «Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel heraus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen» (**Op. cit.**, pgfo. 32; ed. cit., p. 203/153; traduc. esp., p. 171). Vid. asimismo nota 96.

(99) **Op. cit.**, pgfo. 2 (ed. cit., p. 10/9; traduc. esp., p. 17).

interpretar (100). Es acudiendo al modelo del «círculo», en efecto, como puede llegar a concebirse una pura relación orgánica de intrínseca co-respectividad. Es el «círculo» quien dibuja las mallas del tejido que re-une, haciéndolos intrínsecamente partícipes el uno del otro, y ambos de la relación, elementos que tienen como «ser» el «ser-para-(otro)», elementos dotados de una intrínseca respectividad: «significados» que, por «significar», «llaman» al «signo» que les «co-rresponde»; y «signos» que, por ser signos, «hacen señas» y anuncian la ausente presencia, ya siempre diferida, de aquella áfona voz ancestral que llama al hombre y exige audiencia de él.

Entendemos por «círculo»: co-pertenencia, estructura de conexión, campo de juego, ámbito de significatividad. Su irrepresentable «figura» es pues la de la relación orgánica entre un todo y sus partes que, haciendo de éstas algo tensamente distante en su respectividad, vive a su vez, él también, de ellas, aunque ellas no sean nada sin él. Tal vez sea ésta por tanto, la lección fundamental: aceptar el principio del círculo es admitir el hecho de que **estamos ya siempre en el comprender**. El hombre es: el que conoce. En el terreno de juego de la hermenéutica vuelve a ponerse en juego, pues, el mismo viejo acertijo de los sofistas, el acertijo que da su horizonte al diálogo denominado **Menón**: ¿cómo es posible que descubra lo que quiero conocer? Si lo conozco, no cabe que lo descubra; y si no lo conozco ¿cómo podré saber que lo he descubierto? En la fuerza de este enigma, aparentemente infantil, late en realidad un tremendo desafío: es la pregunta por el orden trascendental, el orden que, pese a todas sus dificultades, parece hacer posible una capacidad probada de anticipación cognoscitiva. La respuesta hermenéutica a dicha pregunta, la respuesta hermenéutico-circular, tiene en este sentido parte de platónica, y parte de radicalmente anti-platónica. «Platónico» es en efecto, en un sentido amplio, este señalar que el intérprete está ya siempre en el interior del círculo de la comprensión, del que se alimenta y a cuya constitución contribuye. Radicalmente «anti-platónico», en

(100) *Id.*, pp. 200/150 y 202/152; traduc. esp., pp. 168 y 170.

cambio, que frente a la cerrazón y a-temporalidad del espacio de significación, en el esquema platónico de las cosas, la hermenéutica postule una decidida **apertura** del horizonte de la comprensión. «Apertura» constitutiva que dota, tanto al intérprete como a su horizonte, de una **intrínseca movilidad** interpenetrativa en la que ambos, horizonte e intérprete, profundizan cada vez más en el camino de su (mutua) determinación.

La respuesta hermenéutica, por lo tanto, se mueve conscientemente en el terreno de la duplicidad. A lo largo de este breve esbozo de su camino, hemos podido ver cómo una y otra vez se debatía la hermenéutica, en efecto, en la necesidad de apelar a un horizonte «último» del cual nunca pudo predicar otra cosa, sin embargo, que la no-ultimidad. De esta forma, se apunta siempre a un fondo sin fondo que es tanto plenitud de significado cuanto abismo de a-significatividad. Tanto lo Mismo como la Diferencia, tanto la Duplicidad como el Pliegue. Si cada signo es signo de todos los otros, y cada significado se inscribe en la totalidad de lo que no es él, en este ambiguo territorio se abre tanto la posibilidad de interpretación que proclama: todo es signo (y carece en sí mismo de significado), como la interpretación, igualmente unilateral, que propone: todo es significado (y en sí mismo es ajeno a la materialización). Pero lo que realmente pide la circularidad no es ni lo uno ni lo otro, sino lo especulativo de su unidad: la retracción a un «origen» que ya siempre se ha dado **como** signo y como significado, el «**y**» mismo (**Ereignis**) **entre** el signo y la significación que transforma a los «elementos» del mundo en «signos-y-significados»: signos ya siempre abiertos a otros signos en los que un significado se ha venido ya siempre a encarnar. En y desde el «origen», pues, el signo y el significado están ya siempre referidos el uno al otro desde el impulso de un fondo abismal que ya siempre se ha diferido en ellos.

Los intérpretes de la hermenéutica, como se sabe, han intentado parangonar esta posición —que tampoco es tan simple, ni tan común a todos los hermeneutas— con las más diversas orientaciones filosóficas. El firmante de este trabajo, por su parte, es

de la opinión de que si alguna corriente de la filosofía contemporánea ha prestado oídos, quizá no tanto a la hermenéutica cuanto a las citadas consecuencias conceptuales de la circularidad, es esa que, por lo común, y a efectos meramente indexicales, solemos llamar «deconstrucción». Pese a todas las innegables diferencias, en efecto, que separan al proyecto gramatológico del programa hermenéutico (101), es en el largo periplo de los textos derridianos en donde a mi juicio irrumpe con más fuerza la necesidad de ese carácter **ineludiblemente diferido y no-originario que todo posible «origen» tiene, como hemos visto, desde los presupuestos de la circularidad.** Y es un cierto **retorno a Husserl**, curiosamente, el que ha conducido a Derrida al propio margen de semejante ruta. Si la investigación derridiana, en efecto, ha liberado para el pensar radical el territorio —no tan inédito— de la «(archi-)escritura», es porque, de la mano del último Husserl (102), la pregunta en torno a las condiciones de **tradicionalidad**, de **transmisibilidad** indefinida de los «objetos» ideales de la ciencia, ha encontrado respuesta en el modelo del soporte grafemático, desde el cual puede luego asaltarse la totalidad de la «experiencia». Es el grafema, en efecto, quien permite asegurar ese simultáneo estar siempre entrelazado a algún significante y mantenerse siempre libre, sin embargo, de la atadura a ninguno en concreto, que caracteriza la «idealidad» de tales significados tradicionales. Ahora bien, el campo del grafema está delimitado por una nota fundamental: la nota de la **iterabilidad**, a la vez «repetición» y «alteridad», en cuya virtud todo grafema, siendo indefinidamente **repetible**, lo es siempre, y cada vez, a la vez como «el mismo», re-identificable en cuanto tal, y a la vez como «otro» (103).

(101) Al respecto, vid. J. GREISCH: **Herméneutique et Grammatologie**. Editions du CNRS, París, 1977.

(102) Vid. J. DERRIDA: «Introduction» y traduc. de E. HUSSERL: **L'origine de la Géométrie**. P. U. F., París, 1962, pp. 3-171.

(103) Por eso es por lo que, en buena medida, la pregunta que orienta el proyecto derridiano es la pregunta acerca de la posibilidad y límites del idealismo. Al respecto, vid. J. DERRIDA: **La voix et le phénomène**. P. U. F., París, 1967 (traduc. esp.: **La voz y el fenómeno**. Traduc. e introducción de Patricio

Extender al todo de la «experiencia» la iterabilidad del grafema significa, pues, hacer de aquélla un tejido de «elementos» ya siempre escindidos, ya siempre abiertos a —y por— la iterabilidad que si algo repiten es, tan sólo, **su propia repetibilidad** —y que, por tanto, en el **modo** de cada uno de sus repeticiones conserva siempre intacta la **posibilidad** de un modo radicalmente distinto. El tejido propio de una re-escritura de la experiencia que si algo conoce como «último» es, insisto, la no-ultimidad de una «différance», fuerza de producción de «diferencias-y-retrasos» cuyo legado, efectivamente, no puede ser otro que el de la constante distancia respecto a la (propia) identidad (104). Una vez más se dirá: habiendo comenzado como regla de lectura, el «círculo» ha venido a infiltrarse en el corazón de lo que hay. En esta ampliación de su horizonte, sin embargo, el círculo no parece haber perdido nada de su inicial relevancia teórico-cognoscitiva. Se diría, más bien, que es ahora cuando se manifiesta el valor crítico-epistemológico de toda afirmación del círculo: pues afirmar, ahora, el principio del círculo ¿no supone tanto como admitir que si ya no es viable la esperanza de alcanzar el saber absoluto, tampoco cabe ignorar que el ser humano nunca ha sido —ni hubiese podido— totalmente ajeno al conocer? Instalados en el «entre» que se distiende entre los dos imposibles polos de la absoluta insensibilidad y de la sensibilidad absoluta, el ser circular del hombre parece no poder escapar al **camino**, al **esfuerzo** por seguir los rastros en el camino del conocer. Utilizando los términos de Bohr, somos actores a la vez que espectadores de un ámbito inteligible que vive de nosotros, así como nosotros vivimos de él: en el interior de ese círculo, ni la indeterminación inicial de un punto de partida ya siempre presupuesto, ni

Peñalver. Pre-texto, Valencia, 1985); «Signature Événement Contexte», en **Marges de la philosophie**, Ed. du Seuil, París, 1972, pp. 365-393; **Limited Inc. a b c...**, Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1977, así como mis artículos «Experiencia y Grafema. Los motivos de la deconstrucción», en **Anuario del Departamento de Filosofía**, U. A. M., Curso 1989-1990, pp. 163-180) y «La mancha Derrida», en VV. AA.: **Irradiación y fascinación del mal en la Modernidad** (en prensa).

(104) Vid. J. DERRIDA: «La différance», en **Marges...**, cit., pp. 3-29.

la determinación final de un punto de llegada ya siempre pospuesto pueden nunca ser absolutas. Es un fondo de «sabiduría» ya siempre «materializada», pero nunca materializada del todo, la que determina y es determinada por la tradición del «conocer». En los términos del problema específico que a propósito de Kelsen se nos ha venido planteando, aceptar pues la necesidad del círculo, aceptar —en otros términos—, la necesaria relación «circular» entre el Fundamento y sus fundados, es tanto como reconocer, si es que esa «circularidad» es leída al modo como aquí se ha propuesto, que **estamos ya siempre en la región del Derecho**: que el Derecho, podríamos decir, carece de fundamento «último» **concreto** por cuanto que, teniendo cualquiera que se presente siempre un fundamento ulterior, **nunca nos encontraremos, retrocediendo a lo largo de la cadena de la fundamentación, con ningún vacío de fundamento**. El Derecho conduce al Derecho y proviene del Derecho. La **Grundnorm** (la **idea de Grundnorm**) no es así otra cosa que la expresión de un Fundamento que no es otra cosa, en cuanto pura **regla de producción**, que una **constante producción de normatividad**; una **fuentes** de lo normativo, el **Sollen** mismo de todo **Sollen**, que (en virtud de la más conocida dialéctica del Fundamento que, como **causa sui**, es sólo, y necesariamente, causación) se oculta siempre «detrás» de la normatividad **positiva**, de las normas «dadas»; normas dadas, impuestas, que justamente es su pura función, la función en que consiste su ser, dar y positivar.

Una interpretación, esta que propongo, que en caso de ser acertada haría ver lo que en efecto tuvo la Teoría Pura del Derecho, cualquiera que haya sido su éxito real, de intento radical; el intento radical de mostrar que, si sólo son válidas aquellas normas que se encuentren fundadas en otras normas, **quien pregunte por el fundamento de validez de las normas positivas sabe ya siempre, «a priori», que encontrará siempre un fundamento ulterior de validez en otra norma positiva**; pues para ello no tiene sino que moverse en el interior ya siempre presupuesto del horizonte de comprensión de una **Grundnorm** a la que, por otra parte, tampoco podría en ningún caso escapar: pues ella constituye también el horizonte

hermenéutico de la más antigua e insoslayable interpretación del mundo de que el hombre es capaz.

No sé si con mis palabras he logrado desentrañar en su profundidad el concepto de **Grundnorm** clave del pensamiento kelseniano. En todo caso ahí quedan para que les sirvan de invitación a una reflexión sobre Kelsen, clásico y siempre nuevo en cada lectura de su obra.

He dicho.

CONTESTACION

DEL

Excmo. Sr. Dr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

Excmo. Sr. Presidente,
Excmos. e Ilmos. Doctores Académicos,
Señoras y Señores:

La Sección de Derecho de esta Real Academia de Doctores de Madrid recibe hoy, como miembro de número de la misma, al Excmo. Sr. Dr. D. Gustavo Villapalos Salas con un apretado **curriculum vitae** que hemos de condensar en pocas líneas, aunque por su dimensión resulta amplísimo. He aquí una síntesis significativa.

1. FORMACION CIENTIFICA

Nació el 15 de octubre de 1949 en Madrid.

- Estudios de Bachillerato en el Colegio de Areneros, PP. Jesuitas.
- Entre 1965 y 1972 cursó las carreras de Derecho (1965-70) y Geografía e Historia (1967-72) en la Universidad Complutense de Madrid.
- Doctor en Derecho en 1973, con la tesis sobre **Los recursos contra los actos de Gobierno en el Derecho histórico español** que obtuvo la calificación de Sobresaliente cum laude.

- Doctor en Historia en 1976 con la tesis **La costumbre como fuente del derecho en Indias**. Ambas tesis fueron dirigidas por el profesor Dr. D. Alfonso García-Gallo.
- Realizó en el curso 74-75 el programa de doctorado en Historia del Derecho en la Universidad de Freiburg in Breisgan, dirigido por el profesor Hans Thieme, obteniendo la máxima calificación, entre otros títulos de Universidades extranjeras.
- Becario y colaborador de dos secciones del Instituto de Estudios Políticos, está en posesión del Diploma del desaparecido IEP. En él realizó cursos de los profesores Maravall y Elías de Tejada entre otros.
- En el curso 77-78 participó en un curso como Visiting en la Universidad de Berkeley (California) en el Instituto de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico, con el profesor Stephen Kuttner.
- En el curso 78-79 fue Fellow del Christ College de la Universidad de Oxford. Allí colaboró con el profesor Chrimes en un estudio sobre las Instituciones Políticas medievales.
- Asimismo, obtuvo el Diploma de Estudios Europeos en el Instituto Católico de París y el de Derecho Europeo en la Lovaina.

2. CARRERA ACADEMICA

- Profesor Ayudante de Historia del Derecho español en la cátedra del profesor Alfonso García-Gallo entre los años 1970 (octubre y 1975).
- En 1976 obtiene por oposición y con el número 1 la plaza de profesor agregado. En julio de ese mismo año, y mediante concurso de acceso, fue nombrado Catedrático de la Universidad de La Laguna. En ese mismo año fue becado por el Gobierno español para trabajar en Roma: en el Instituto Jurídico español.

- En esos años fue becario-colaborador del Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, así como colaborador de la redacción del Anuario de Historia del Derecho.
- Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Complutense, fue Director del Departamento de Historia del Derecho entre los años 1980-1984, tras la jubilación del profesor Alfonso García-Gallo.
- Elegido en ese año Decano de la Facultad de Derecho, desempeñó ese cargo a la vez que el de Presidente del Consejo de Redacción de la Revista de la Facultad, hasta el año 1987 en que fue elegido Rector de la Universidad Complutense, cargo que sigue desempeñando en la actualidad.
- Copresidente del Patronato Real Colegio Juan Carlos I de la Universidad de Harvard.
- Presidente del Instituto Complutense de París.
- Ha sido también Director de Colegio Mayor y en la actualidad miembro del Consejo de Universidades y Presidente de su Comisión de Centros.
- Es Director en la actualidad de la Colección de Historia del Derecho de la Editorial Civitas.

3. PREMIOS Y BECAS

- En 1970 obtuvo el Premio Extraordinario de la Licenciatura de Derecho. En octubre de 1972 obtuvo el Premio Extraordinario de la Facultad de Geografía e Historia en tribunales presididos por los profesores Castiella y Azcárate respectivamente.
- Asimismo obtuvo los premios Román Riaza y Orea y de Luz.
- En 1973 obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en tribunal presidido por el profesor García de Enterría.

- En 1975 obtuvo el premio Von Schwerin otorgado por la Universidad de Freiburg al trabajo más sobresaliente de Historia del Derecho en ese curso.
- En ese mismo año obtuvo el premio Fastenrath otorgado por la Real Academia Española.
- En 1987 obtuvo el premio S. Kuttner otorgado por la Universidad de Berkeley por el trabajo «Líneas de influencia del proceso canónico en el proceso español» posteriormente traducido al inglés y publicado por la citada Universidad.
- Ha sido profesor invitado de la Universidad de Freiburg; Visiting de la de Berkeley; Fellow del Christ College de Oxford y Profesor Extraordinario de la Universidad de Lisboa.
- Asimismo fue becario:
 - 1) De formación del Personal Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
 - 2) Del Goethe-Institut, en Schwäbisch Hall y en Brilon.
 - 3) Del DAAD, y del Max Planck Institut en los años 1974 y 1975.
 - 4) Becario Fulbright en el curso 77-78.
 - 5) Recibió asimismo una beca de las Fundaciones Jaime del Amo y de la Fundación Universitaria Española para la realización de dos trabajos.

No se enumeran aquí los programas sabáticos de distintas Universidades en que ha participado en períodos cortos, ni las ayudas y bolsas de viaje para asistencia a Congresos.

4. OTRAS DISTINCIONES

- Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde el año 1985.

- Académico honorario de la Academia Portuguesa de la Historia, sustituyendo al Prof. L. García de Valdeavellano.
- Miembro del Comité de Dirección del Instituto Internacional para la Historia del Derecho Indiano.
- Miembro de numerosas sociedades científicas e instituciones: Miembro honorario del Colegio de Méjico, de la Escuela Libre Mejicana, de la Academia Hungárica y de más de una veintena de sociedades científicas.
- Patrono de la Fundación Europea de la Cultura que asigna los fondos de los programas comunitarios para educación y cultura.
- Miembro del Consejo Asesor de la UNESCO.
- Académico de número de la Academia Portuguesa de la Historia, ocupando una de las plazas para individuos extranjeros.
- Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pendiente toma de posesión.

5. DOCTORADOS HONORIS CAUSA

Es Doctor Honoris Causa de las siguientes Universidades:

- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Lisboa.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de París, XIII.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Bratislava.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Carolina de Praga.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Bochum (Alemania).
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Georgetown.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de San Luis (Missouri).
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Burdeos.

- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Guanajuato.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Montevideo.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Santo Domingo.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional La Plata (Argentina).
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Leeds (Reino Unido).

Asimismo, tiene la Medalla de Oro de las Universidades Complutense, de Monterrey, Buenos Aires y Berkeley, así como las de Honor de Stanford, Budapest, y la de Fellow distinguido del Christ College de Oxford. También en 1990 fue nombrado Maestro emérito de la Universidad de Mérida (Venezuela).

Condecoraciones:

- Gran Cruz del Mérito Aeronáutico.
- Comendador del Imperio Británico con la Gran Cruz.
- Commendatore dall Mérito de la República Italiana.
- Gran Cruz del Mérito de Portugal.
- Estrella de Corea.
- Gran Cruz del Aguila Azteca.
- Gran Cruz de la Orden de Andrés Bello (Venezuela).

6. TRABAJOS DE INVESTIGACION DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES

a) Libros:

- **Los procedimientos de elaboración de los formularios altomedievales.** Madrid, 1975.

- **Los recursos contra los actos de Gobierno en el Derecho histórico español.** Alcalá, IEA, 1976.
- **Sulla logica del apello nel Diritto Intermedio con P. Schioppa.** Milano, 1979.
- **La iniciación del proceso en el Derecho histórico español.** Madrid, 1981.
- **Les Expositions nominum Legalieum y los definicionarios jurídicos de España,** con A. García-Gallo. 2 vols. Segovia-Madrid, 1983.
- **La evolución doctrinal del principio «non liquet».** Buenos Aires, 1985.
- **De la segunda suplicación al recurso de casación.** Valladolid, 1986.
- **Die Ampfänge des Inquisitionprozess.** mit R. Heyman. Freiburg, 1988.
- **Justicia y Gobierno en la organización de Las Indias.** Méjico, 1988.
- **Los pleitos colombinos.** Ed. Parcial y Estudio. Méjico, 1990. Vol. I.
- **La peregrina.** Ed. Crítica. Estudio y transcripción. En colaboración con Emilio de Benito. (En prensa).

b) Artículos y monografías

Más de 40 publicados en diversas revistas españolas como extranjeras.

- «La tramitación y gestión de asuntos públicos en la Historia Compostelana». En Actos del II Symposium de Historia de la Administración. Madrid, 1975. 218-291.
- «Die Hexenprozessen in Franken». En Spanische Forschungen. 37, pp. 109-142.

- «Formas y clases de matrimonio en la nueva España», en Actos del Congreso Mundial de CC. HH. San Francisco, 1975.
- «Los recursos contra la Administración en el derecho indiano», en AHDE. 1976, 318-476.
- «Impius Foedus; Origine della Republica christiana: una nueva aproximación», en AHDE, 1976.
- «La idea imperial de Alfonso X», en AEM. 1977, 42-79.
- «El derecho en la Sociedad estamental: a propósito de un libro de L. di Etefano». AHDE, 1978.
- «Barcelona y Génova: estudio de una práctica del derecho cambiario». En *Il nuovo diritto commerciale nella legislazione delle città italiana*. Milán, 1978. 184-211.
- «A propósito de la fórmula legal de la aceptación en nuestro derecho histórico». En *Riv. de Dir. Comm.* 1979, 34 y ss.
- «El recurso de apelación en el derecho indiano». En *Actas del Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano*. Quito, 1980. II, 65-131.
- «Teorie delle forme de Governo nel pensiero giuridico-politico». *B.I.J.R.* 1981. 51-97.
- «Arcana Imperii, Arcana dominationis», en *C.H.E.*, 1981. 324-36.
- «La Pragmática de Corregidores y los procedimientos sumarios». En *A.C.C.H.*, IV, 1981. 109-17.
- «La Segunda lusión», en *A.H.M.* 1982, 34 y ss.
- *L'idee d'empire sous les Hohenstaufen*, *R.H.D.F.*, 1982. 261-346.
- «L'endossement des lettres de change au XVII siècle en Espagne», en *Rev. Intern. d'Histoire de la Banque*, 14, 1982.
- «Le pacte de ricorso et le marché espagnol des changes du XVII siècle». *Rivista di Storia economica*, 1983. 121 y ss.
- «Líneas de influencia del proceso canónico en el proceso es-

- pañol: a propósito de una tesis de J. Maldonado en R.F.D. 1983. 31-43.
- «The Chancery of Alfonso el Sabio: a new point of view en Const. Hist. C. in hon.». Norma Procter. Oxford. V.P., 1984.
 - «L. Legaz Lacambra, historiador del pensamiento jurídico». L. Homenaje. Madrid, 1985. R.F.D. 3-21.
 - «Las falacias del Todo: una aproximación histórica». Theorema. Madrid, 1986. 236-301.
 - «Claudio Sánchez Albornoz, historiador del Derecho», en C.H.E. 1986. 202-47.
 - «El Tratado de Maldonado 'De Secunda Supplicatione». Revista de la U. Católica de Montevideo. 4, 101-34. 1987.
 - «'Los indios no fueron colonias' y la virtualidad de las tesis de R. Levene». Discurso en la Investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1988.
 - «A propósito de las nuevas exposiciones de conjunto de nuestro derecho histórico». R.F.D. 1988. Pp. 316-22.
 - «Francisco de Vitoria en la polémica de los justos títulos», en R.S.J. Bodín, 1989, II, 421 y ss.
 - «Valencia, reino separado». Discurso en el Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, 1989. 79 pp.
 - «Las concesiones territoriales de la Costum. Ac. de Cultura Valenciana». Valencia, 1990. 134 pp.
 - «¿Testamentos mozárabes valencianos?: La documentación del archivo catedralicio de Toledo». Saitabi, Valencia, 1990. 139 y ss.
 - «Kantorowicz und thue Kaiser Friedrich II». Discurso en el acto de Investidura como Doctor Honoris Causa en la Bochum Universitat. Bochum, 1990. 101 pp.
 - «Money, Banking and Credito in Medieval Spain». Discurso en el Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Georgetown. Washington, 1990.

- «'Pro patria mori' in Mediaeval Political Thought in Spain». Discurso en la Universidad de San Luis, Missouri, 1991. 73 pp.
- «Speculum Regum, Spelho dos reis», en B.A.P.H. Lisboa, 1991. 32-57.
- «Lettres de change aux faires de Medina au XVI siècle». Discurso en el Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de París, XIII. 32 pp.
- «Las Sentencias meramente interlocutorias», en colaboración con E. de Benito, en Rev. de la Universidad Complutense. III etapa. 18-36.
- «Historia y Ciencia del Derecho», Universidad Nacional de La Plata. 1992, 92 pp.
- «Corona Bohémica». Discurso en el Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Bratislava. 76 pp. Bratislava, 1992.
- «Kantorowicz and the King's two Bodies. A study of Medieval Political Theology». Leeds University Press, 1992. 41 pp.
- «La evangelización, justo título en la incorporación americana». Sevilla, C. de la E. U. 42 pp.
- «Leyes de Burgos». Ed. Facsímil, Estudio e Introducción. Madrid, 1992.

7. TRABAJOS EN CURSO DE IMPRESION

- «Curso de Historia del Derecho». Concluido, en preparación para la edición con la Ed. Civitas.
- «Alfonso García-Gallo en el recuerdo», entregado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- «Ihering en su paraíso de los conceptos jurídicos». En homenaje

in memoriam a F. José López Ortiz. Entregado en el Anuario del C. U. María Cristina del Escorial. 1992-1993.

- «Fernando el Católico y su tiempo». Libro para la Colección «Reyes de Castilla y León».

8. OTROS TRABAJOS

a) **Semblanzas:**

- «Recuerdo de Legaz», en R.G.L.J. Sep. 17 pp.
- «El Magisterio de don Federico de Castro», en Rev. Jurídica. Méjico, 1986.
- «Las enseñanzas de Joaquín Garrigues», R.F.D., 1988.
- «Eduardo García de Enterría, profesor y maestro». Ed. Civitas. Madrid.
- «En la jubilación de Juan Velarde», en homenaje a Juan Velarde. Vol. I. 1992. 14 y ss.
- «Alfonso García-Gallo y su escuela». Enviado a la R.H.E. para el núm. de 1993.

b) **Traducciones:**

- R. V. Ihering: «Jurisprudencia en broma y en serio». Ed. Nacional. (Trad. del alemán).
- E. Kantorowicz: «Los dos cuerpos del Rey». Madrid. Alianza Editorial, 1985, en colaboración con S. Aikin y J. Blázquez. (Trad. del inglés).
- E. Bussi: «La definición de los dogmas del derecho privado en el derecho intermedio». 2 vols. En impresión en la editorial Eudema. (Trad. del italiano).

Este curriculum abreviado no incluye Recensiones, Notas Breves o Misceláneas, Conferencias (ni las impresas); ni prólogos o introducciones de Libros. Entre todos ellos suman más de un centenar.

También se han excluido todos los libros y trabajos que no guardan relación directa con la Historia del Derecho y de las Instituciones Jurídicas.

Tampoco se ha hecho mención de los Congresos y reuniones científicas a las que asistió, ni las comunicaciones a éstas que no fueron publicadas.

Este es el hombre, cuyo «curriculum» asombra por su calidad científica inconmensurable.

* * *

En cuanto al discurso que acabamos de escuchar sobre «El concepto de norma fundamental», conviene antes de su examen o crítica recordar esta **Introducción al estudio de la norma jurídica**.

Siguiendo una clásica doctrina y una exposición escolástica del problema, cabe afirmar que, como sabemos, según una idea elemental del Derecho, la función de éste supone la reglamentación de la vida social, para la ordenada convivencia y esa función el Derecho la cumple a través de una serie de disposiciones o conjunto de normas, porque, aunque los dictados jurídicos pueden cumplirse espontáneamente, sin embargo, esto no elimina el carácter imperativo u obligatorio de las normas o de este Derecho, con lo que se prevé la contingencia de que no se cumpla espontáneamente y, asimismo, se sancionan las posibles infracciones.

Es decir, en el Derecho, es característica esencial la imperatividad, o lo que es igual, la necesidad de acatar sus mandatos o sus

normas, para su debido cumplimiento, que se consigue con la posibilidad interna, a través de ese inconsciente irreflexivo acatamiento, y la posibilidad externa, a través del dictado contenido en las normas.

Pero, ¿qué es la norma jurídica?

Etimológicamente, la palabra norma significa, en sus orígenes, un instrumento para medir la tierra, una especie de agrimensor o escuadra, y esta idea de medida, no solamente se aplicaba a los fenómenos físicos o terrícolas, sino que, por una extensión de su alcance, **también se aplicó** para valorar o medir la actuación de los hombres, y así cabe derivar de la primitiva norma física, con la que se medían estos fenómenos telúricos, a la dimensión de la norma técnica, de la norma moral, de la norma social, y de la norma jurídica, todas ellas tendentes a valorar la actuación o el comportamiento humano.

Naturalmente que el calificativo de cada una de estas normas, nos da idea de la clase de comportamiento medido (norma técnica, norma moral, norma social y norma jurídica). Luego, en definitiva, la norma jurídica sería aquel instrumento existente para valorar o medir una conducta relevante (conducta apreciable por el Derecho).

Dentro de estas normas jurídicas sobresale en particular las normas positivas.

Según el Profesor De Castro, la norma jurídica es positiva, cuando tiene eficacia en una comunidad, al estar realizada y garantizada por su organización, y esta organización, que es afín a esa finalidad ordenadora del Derecho, se consagra a través del instrumento de la norma, que es algo que auxilia al Derecho.

La organización, asimismo, será más perfecta, cuanto mejor esté instrumentada la norma. La instrumentación de la norma positiva más perfecta se consigue a través de su textualización o reco-

gida en textos. La norma positiva, por antonomasia, es la recogida en textos: la Ley.

En definitiva, estas normas serán las reglas que rijan la conducta de los hombres en la convivencia y cuya observancia impone el Estado mediante las sanciones adecuadas.

El conjunto de normas jurídicas forman el ordenamiento jurídico positivo de un país, que debidamente ensambladas forman el sistema normativo de que hablara Kelsen, en el que cada una tiene su apoyo en la anterior o causante, que la legitima, hasta llegar a la norma básica o según Kelsen la Norma Fundamental o **Grundnorm**: sobre cuya esencia y búsqueda especula magistralmente el recipiendario, con una erudición y manejo de textos germánicos que, en verdad, asustan hasta al propio Académico que está en el uso de la palabra.

FUNDAMENTO DE LA NORMA

1. De la inevitabilidad de fundar

Lo primero y capital que se plantea es el Fundamento de la cadena Normativa, hasta lograr el último pilar Normativo: Así se escribe, las normas son, ante todo, sentidos de actos de voluntad; cuya objetividad viene dada por el apoyo que le da al acto de voluntad. Las normas, que por pertenecer al reino del **Sollen** no «son», sino que sencillamente «valen», deben pues su existencia a la fundamentación **normativa**. Es por ello por lo que la pregunta por el fundamento de la existencia de una norma, recibe, en el esquema kelseniano una respuesta inmediata: es válida aquella norma cuya producción ha sido previamente autorizada por una norma de rango superior, con lo que se abre de inmediato la amenaza de un regreso al infinito en la cadena de fundamentación, y naturalmente, surge el problema de la **Grundnorm**. El orden jurídico, asevera nuestro autor, es, en efecto, un sistema de normas, que ex-

plica cuál es la última razón de que sea necesario obedecer al derecho: y se habla de la **validez**.

Para que una norma sea «válida», obliga a la pregunta por (el fundamento de) la validez de una norma, digo, no puede ser contestada sino acudiendo a **otra norma**.

Es el Derecho quien regula la producción del Derecho; es en general la norma la única que puede regular la producción de la norma. No hay pues «hecho» alguno, ni en el ámbito de lo jurídico ni en el ámbito de lo ético o religioso, que pueda fundamentar la presencia de un deber-ser.

Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, por lo tanto, es sólo **otra norma**, y una norma que debe ser, a su vez, válida la que puede proporcionar el ansiado fundamento de validez que es aquí tanto como el fundamento del ser. Por lo que puede hablarse de un «sistema»: la común remisión de todas las normas a la norma fundamental. Dicho en otros términos: es el orden lo que da su sistematicidad a los ordenamientos; es la presencia de la **Grundnorm**, presencia «pre-supuesta», que proporciona tanto la unidad de los sistemas normativos cuanto, por lo mismo, el criterio para su articulación; la **unidad** buscada de una fáctica **multiplicidad**. La **Grundnorm** viene a ser aquí caracterizada por Kelsen, en consecuencia, como una «Constitución», Constitución «en sentido lógico-jurídico». Ahora bien, la Constitución que autorizaba la legislación había sido aceptada como válida; pero ¿cuál es el fundamento de su propia validez? Lo que tal vez encontraremos es una constitución histórica anterior. Hacia atrás en el tiempo, siempre por este camino de la transformación constitucional, se acabaría en una primera constitución histórica. La tal Constitución tendría necesariamente, por ende, que ser considerada como **revolucionaria**. Preguntar por el fundamento de validez de una «primera Constitución histórica» supone apelar a instancias meta-jurídicas del tipo «Dios» o «la Naturaleza».

2. **Relación entre Validez y Eficacia**, determinante del cambio normativo. Y es que, en efecto, la **Grundnorm** puede referirse a una Constitución, y una **única** Constitución que, además, y tanto por medio de un acto legislativo, cuanto por medio de la costumbre, haya sido efectivamente establecida. La modificación de los hechos a interpretar como actos de producción/aplicación de normas jurídicas produce así, en consecuencia, la modificación de la **Grundnorm**, de acuerdo con la cual el gobierno legítimo de un Estado no es otro que el gobierno que resulte **efectivo** en el interior de un territorio; pero, **¿la eficacia es también condición de validez?** El fundamento de la validez es la respuesta jurídico-positiva a la pregunta de por qué se debe obedecer al derecho; fundamento de validez sólo puede ser, pues, la **Grundnorm** del sistema, de cuya presuposición se desprende que **debe** acatarse tanto la Constitución que en términos generales resulta **eficaz** cuanto, por lo mismo, las normas generales dictadas de acuerdo con esa Constitución. **Si el hecho de la instauración de una norma, y su eficacia en términos generales, son concebidos como condiciones de la validez de una norma, no es pues sino porque el fundamento de validez, la «Grundnorm», las ha impuesto como tales condiciones de validez.**

3. **Dinámica jurídica: la «Grundnorm» en el horizonte del Derecho Internacional**

El Derecho Internacional legitima las revoluciones triunfantes como procedimientos de producción de derecho. Debe haber pues una **Grundnorm** del derecho internacional que establezca los presupuestos con arreglo a los cuales pueden considerarse como normas jurídicas, obligatorias para los Estados, fundándose la validez de los Ordenamientos estatales en una norma positiva del Derecho Internacional, y este segundo constituye un orden claramente superior a aquéllos; el Orden, incluso, dice Kelsen, «supremo y soberano». «Si se caracteriza aún a los Estados... como 'soberanos', esta 'soberanía' de los Estados sólo puede significar que los órdenes jurídicos estatales están sólo sometidos al orden jurídico

internacional, o, expresándolo con la terminología usual, que los Estados son comunidades dependientes inmediatamente del derecho internacional.

4. Funciones y Fundamento de la Norma Fundamental

La **Grundnorm** viene a proporcionar el horizonte común de referencia que resulta imprescindible. Entre las misiones de la **Grundnorm**, no sólo está ésta de proporcionar la última unidad referencial al edificio completo del Derecho; está, también, el asegurar, mediante la total ausencia de contenidos éticos, religiosos, axiológicos o políticos que le es propia, que **sólo las normas justifiquen a las normas; que quede eliminada, a priori, cualquier posibilidad de ofrecer una justificación ético-política de cualquier ordenamiento coactivo revistiéndola con apariencia de jurídica.** Y es que la profunda distancia que media y mediará siempre entre una doctrina jurídica positivista y una doctrina naturalista provendrá de que esta segunda: a) Buscará más bien el **fundamento** de validez del derecho positivo en un derecho natural distinto del positivo. Para el iusnaturalista, no todo ordenamiento coactivo genéricamente eficaz ha de ser considerado como derecho objetivo válido. Por ello se afirma, por el propio Kelsen, que el llamado Derecho Natural también es un ordenamiento positivo, y de consiguiente considerar a la respectiva **Grundnorm** determinante de que tenga que obedecer a las leyes de la Naturaleza. Y la única forma, pues, que cupiese aceptar un derecho natural, es mediante la presuposición de que los fenómenos naturales ocultan un designio, el designio divino, la voluntad de Dios. Pero, se concluye por Kelsen: «Dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o que ordene a los hombres un determinado comportamiento— es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un conocimiento afirmado más allá de toda experiencia posible. b) Y la **fundamentación** dentro de la doctrina jurídico-positiva, la explica el recipiendario, al analizar el **llamado círculo hermenéutico; claves para una inter-**

pretación al afirmar que dentro de la Teoría Pura del Derecho ha de compartirse su intento radical de mostrar que si sólo son válidas aquellas normas que se encuentren fundadas en otras normas, quien pregunte por el fundamento de validez de las normas positivas sabe ya siempre, a priori, que encontrará siempre un fundamento ulterior de validez en otra norma positiva, hasta alcanzar el horizonte de comprensión y de interpretación del mundo de la **Grundnorm**, termina G. Villapalos.

Por nuestra parte, meramente apostillar, que frente al interrogante de «Cómo y dónde se encuentra ese último fundamento de la **Grundnorm**, que legitima todo el sistema de validez y obediencia del Derecho», debe responderse, aun a riesgo de incurrir en un Racionalismo de Escuela **naturalista**, que, sin duda, se explica o anida en la propia Naturaleza Racional del Hombre: En cuanto Naturaleza, «natural» o cualidad del ser biosíquico, y Racional, o derivado de la Razón, como ser racional, o predicado de individualidad del Hombre. Así se alcanza en el propio discernimiento, exponente de ejercicio de esa razón, de su libre albedrío, que distingue el bien del mal, el módulo valorativo de la conducta o de la generalidad de las conductas en la convivencia social o vincular, fruto de aquellos actos volitivos de cada uno; la esencia, pues, del Deber ser del «Sollen», en la actuación en normalidad, conforme al presupuesto normativo que legitima la actuación o la exteriorización de voliciones respetando la esfera jurídica de los demás: es, no se dude, el exponente del paradigma secular o máxima regla de conducta: «NAENIMEN LAEDERE».

Por último, tres apéndices:

HONOR de esta Academia por recibir a tan alto Doctor, cuya dimensión intelectual ha quedado expuesta.

ENVIO al mismo exhortándole a que al servicio de la misma, aporte toda su valía.

DESAFIO DE EFICACIA: En egoísmo corporativo que la consolide con el caudal inmenso de sus medios, paliando su reducto o confín deficitario.

He dicho.