

LA «NORMA FUNDAMENTAL» QUE CONFIERE VALIDEZ A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y AL RESTO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL *

POR

FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LA PIRÁMIDE KELSENIANA COMO MODELO DE COMPRENSIÓN.—II. LA «NORMA FUNDAMENTAL», COMO NORMA HIPOTÉTICA O «SUPUESTA».—III. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO NORMAS «PUÉSTAS» O DE DERECHO POSITIVO. NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES. IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE JERARQUÍA NORMATIVA Y SU PARENTESCO CON EL MODELO QUE SE ACABA DE EXPONER.—V. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE LA NACIÓN ESPAÑOLA COMO FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—VI. LA UNIDAD COMO «FUNDAMENTO» DE LA CONSTITUCIÓN, Y LA AUTONOMÍA COMO «ORGANIZACIÓN TERRITORIAL» DEL ESTADO.—VII. «NORMA FUNDAMENTAL», SOBERANÍA NACIONAL Y «CONSTITUCIÓN INTERNA».—VIII. FINAL.

I. LA PIRÁMIDE KELSENIANA COMO MODELO DE COMPRENSIÓN

A) Es Hans KELSEN un jurista lo suficientemente conocido como para que deba excusarse aquí cualquier referencia, aunque fuera so-mera, a su personalidad. Su influencia en las modernas construcciones de la ciencia jurídica resulta también innegable, así como la incidencia práctica de su obra en orden al reconocimiento en la Europa continental de la superioridad de la Constitución sobre las demás normas jurídicas, con la consiguiente articulación de un mecanismo procesal

(*) Este trabajo forma parte de otro más extenso que, con el título *Estructura y modelo del Ordenamiento jurídico español*, presento como comunicación a las Jornadas sobre Comunidades Autónomas organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que tendrán lugar durante el próximo mes de mayo.

A los efectos de lo que aquí se dice, quizá resulte conveniente advertir que entiendo por «estructura», tal como preconiza el llamado estructuralismo específico, una realidad subyacente, que está escondida y que es preciso descubrir, y que es la que da sentido a un sistema. Esa realidad, la estructura, es inmodificable por la voluntad del hombre, siquiera no pueda considerarse inmutable, pues toda estructura está sometida a evolución. El «modelo», en cambio, es una simple invención, una propuesta, si se quiere profesoral, para explicar el sistema condicionado por esa estructura. Lo que aquí llamo «modelo» podría, en cierto modo, asimilarse a lo que suele llamarse la «sistemática» o incluso el «programa» empleado por el profesor para explicar una asignatura o una parte de ella.

para la defensa de la adecuación a aquélla del resto del Ordenamiento jurídico nacional.

Su peripecia intelectual es un continuo repensar acerca de su «Teoría pura del Derecho» que, en sus líneas generales, tenía ya abocetada cuando sólo contaba veinticinco años de edad. En el prólogo de la edición alemana de 1934 de esa obra, esencial para la comprensión de su pensamiento, escribía lo siguiente (1):

«Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del Derecho, es decir, *una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de ciencias de la naturaleza*, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido desde el primer momento elevar la teoría del Derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del Derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.»

Y en la edición francesa de la misma obra, realizada veinte años después, y que es bastante más que una simple traducción de la versión anterior, insistía en la misma idea (2):

«... uno de los fines principales de la Teoría pura del Derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el *mantener la ciencia jurídica separada de la política*. La Segunda Guerra Mundial y los desequilibrios sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.»

(1) Las citas de Kelsen, que se hacen en este trabajo, van referidas a su *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducción al español de la edición francesa de 1953, traducción realizada por Moisés Nulve, 16.ª edición, agosto 1979.

(2) *Op. cit.*, p. 8.

Pretende atribuir a su construcción una validez general, con independencia de cuál sea el Ordenamiento jurídico que se considere. Su intento lo es de elaborar una teoría general del Derecho (3).

«La Teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo, del Derecho positivo en general y no de un Derecho particular. Es una teoría general del Derecho y no una interpretación de tal o cuál orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto el Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños.»

Puede cuestionarse —y se ha cuestionado, en efecto— si Kelsen hace estructuralismo. A mi modo de ver, y aunque en su obra se emplea reiteradamente la voz «estructura», e incluso hay, por ejemplo, datos muy importantes para una determinación de las «unidades jurídicas», creo que su método no es estructuralista, y que, pese a lo que puede parecer de algunas afirmaciones como la que se acaba de recoger —«determinar qué es y cómo se forma el Derecho»—, el resultado que nos ofrece es un modelo de comprensión y no la averiguación de ese «algo» oculto en que consiste la estructura del Derecho.

Su mismo empeño de universalidad, y esa casi obsesiva preocupación por apartar de su campo de observación lo que no sea estrictamente jurídico, parece que obligan a llegar a esa conclusión. Podríamos decir que hay en su construcción un ansia de simetría, de depuración, que nunca puede coincidir con lo que la realidad nos presenta. La estética pertenece al reino de la belleza, pero ésta no siempre es la vestidura con que se recubre la realidad.

(3) *Op. cit.*, p. 15.

Si el estructuralismo es un método para la percepción de la esencia misma de las cosas o hechos que constituyan su objeto en un momento dado, hay que aceptar esos hechos y esas cosas tal como son, pues acercarse a ellos con prejuicios de asepsia puede acarrear su alteración. Son conocidos los errores trágicos del hombre alterando el medio ambiente en aras de una determinada preocupación sanitaria. El mundo del Derecho tiene también su ecología, y puede resultar arriesgado actuar sobre él sin conocer la auténtica realidad de sus conexiones íntimas. La lingüística estructural se ha liberado, desde luego, de esas preocupaciones estéticas o simplemente geométricas. Así, por ejemplo, escribe RODRÍGUEZ ADRADOS (4):

«... la lingüística estructural debe estudiar la lengua tal cual es, no poner de relieve un esquema unificado, pero empobrecido de la misma, impuesto desde fuera. Y la lengua es regularidad y libertad, redundancia e indeterminación, sistema fijo y abertura. No se puede reducir a un sistema esquemático de rasgos relevantes diferenciadores. Demasiado tiempo se ha abusado de la reducción de su estudio a la búsqueda de elementos absolutamente simétricos y unifuncionales. Creemos que la única manera de ser justos con la realidad de la lengua y de hacer fructificar los nuevos métodos de trabajo y hacerlos aceptables para todos los lingüistas, es ajustarse rigurosamente al material lingüístico que hay que describir, sea simple o complejo.»

B) El nudo central de la construcción kelseniana —o, al menos, la parte más conocida— lo constituye su visión piramidal del Derecho: el orden jurídico tiene una estructura jerárquica, en el sentido de que

«... la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto» (5).

(4) FRANCISCO RODRÍGUEZ ADRADOS: *Lingüística estructural*, 2.^a ed., revisada y aumentada, Editorial Gredos, Madrid, 1974, p. 15.

(5) KELSEN: *Op. cit.*, p. 147.

Por esta vía soluciona KELSEN el problema de la unidad del orden jurídico (6):

«Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.»

Pero la comprensión —aunque sea aproximada— del sentido último de estas afirmaciones exige tener en cuenta, de una parte, que, en la terminología de KELSEN, «norma fundamental» no es equivalente a Constitución; y de otra, que la norma jurídica cobre en su construcción un valor distinto, y más amplio, que el que tiene usualmente. De ello nos vamos a ocupar en los apartados que siguen.

II. LA «NORMA FUNDAMENTAL», COMO NORMA HIPOTÉTICA O «SUPUESTA»

A) La verdad es que no resulta fácil saber qué es lo que entiende KELSEN por «norma fundamental». Hasta donde a mí se me alcanza, parece que con este sintagma el autor designa algo que podría hacerse coincidir aproximadamente con lo que los politólogos llaman poder constituyente, ya sea el poder constituyente originario, ya sea el derivado.

Por lo pronto, KELSEN distingue entre la «norma fundamental» —norma «supuesta», mera hipótesis intelectual— y las normas de Derecho

(6) *Op. cit.*, p. 135.

positivo —que son tales precisamente por haber sido «puestas»—. Dice, en efecto (7):

«Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es *el Derecho positivo, el que ha sido "puesto"*. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de otro sistema normativo análogo.»

Y añade casi inmediatamente después (8):

«*La norma fundamental* de un orden jurídico *tiene una naturaleza distinta*. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental.»

Un poco más adelante escribe esto otro (9):

«La Teoría pura del Derecho *atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica*. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma *confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo* específico que aparece en la relación establecida por una regla de Derecho entre un hecho ilícito y su sanción.»

(7) *Op. cit.*, pp. 136 y 137.

(8) *Op. cit.*, p. 137.

(9) *Op. cit.*, pp. 138 y 139.

Y, por último, afirma también (10):

«Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del Derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del Derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al Derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del Derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.»

En alguno de los párrafos transcritos se desliza una frase que importa retener porque parece confirmar esa posible identificación —o, al menos, vecindad— entre la norma fundamental y el poder constituyente. Se dice en efecto que

«Partiendo del supuesto de que esta norma (la fundamental) es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo...» (11).

O sea, que parece que hay algo que confiere validez a los actos del primer constituyente y a todos los demás actos subsiguientes (es decir, a la Constitución y a todas las demás normas). Ese algo parece que para

(10) *Op. cit.*, p. 139.

(11) *Op. cit.*, p. 138.

KELSEN es el poder constituyente originario. Con lo que quedaría confirmado esto que digo de que la norma fundamental es algo muy próximo, o quizá coincidente, con el poder constituyente. Hay otro párrafo que parece apoyar esta interpretación (12):

«La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro, no por la vía legal, sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Este es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el Derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el Derecho.»

La misma idea parece que quiere sugerirse con este otro párrafo (13):

(12) *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

(13) *Op. cit.*, p. 144.

«La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, *hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el Derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta.*»

B) No puedo estar seguro que la interpretación que doy corresponda al pensamiento del autor. Ya dije antes que en este punto lo encuentro especialmente oscuro. Pero es que, aunque no lo fuera, resulta siempre atrevimiento o insensatez afirmar de manera categórica que se ha entendido totalmente lo que se lee. Que no en vano es el leer —como quizá lo son todas las ocupaciones humanas— faena utópica, de la que, por tanto, sólo cabe esperar un resultado incompleto y quizá también no pensado por el autor al que se lee. Pues como recuerda ORTEGA (14), tiene el decir —sea hablado o escrito— una doble y antitética condición: 1.º Todo decir es deficiente —dice menos de lo que quiere. 2.º Todo decir es exuberante —da a entender más de lo que se propone. Y que en este decir de KELSEN hay exuberancia, que de su lectura cabe «colegir», esto es, deducir otra cosa, lo vamos a comprobar más adelante.

Por el momento, me basta con destacar que se incurriría en error si se identificara lo que él llama «norma fundamental» con la Constitución, que es algo distinto. Porque, si bien tanto una como otra son normas, ocurre que la Constitución es una norma de Derecho positivo, precisamente porque ha sido «puesta», mientras que la llamada «norma fundamental» no constituye Derecho positivo, no ha sido «puesta», sino «supuesta», es una norma hipotética.

Y esa «norma fundamental», sin dejar de ser norma jurídica, está fuera del Ordenamiento jurídico sirviéndole de fundamento. La validez de aquél se sustenta precisamente de esa «norma fundamental».

(14) J. ORTEGA Y GASSER: «Comentario al «Banquete» de Platón», en *Misión del Bibliotecario*, Editorial «Revista de Occidente», Madrid, 1962, p. 146.

III. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO NORMAS «PUESTAS» O DE DERECHO POSITIVO. NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES

A) En manos de KELSEN todo deviene norma jurídica. Nuevo Midas, transforma en normativo cuanto toca, sea el poder constituyente (si es que es esto lo que entiende por «norma fundamental», cuestión nada clara, como se ha dicho), sea la sentencia del juez, el acto administrativo o el contrato. Sólo partiendo de este dato es posible comprender su explicación del orden jurídico.

Tiene el Derecho, nos dice KELSEN, una particularidad (15):

«que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una *estructura jerárquica* y sus normas se distribuyen en diversos *estratos superpuestos*. La unidad del orden reside en el hecho de que *la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto*».

B) En un orden jurídico nacional, esos escalones o estratos normativos son los siguientes:

(15) *Op. cit.*, p. 147.

En primer lugar *la Constitución*. Constituye el grado superior del Derecho positivo, del Derecho «puesto», y trae su validez, según ha quedado dicho de la «norma fundamental», la norma hipotética o «supuesta». Función esencial de la Constitución:

«es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación» (16).

Puede, además, la Constitución cumplir una segunda función (17):

«determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido.

La *prescripción de un contenido determinado* equivale á menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, *prohibir las leyes que tengan un determinado contenido*. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al Jefe del Estado o a los Ministros que han tomado parte en la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley».

El segundo lugar en esa escala jerárquica normativa lo ocupa la *legislación*, expresión que en Kelsen designa no sólo las leyes propiamente dichas, sino también los decretos con fuerza de ley, y los

(16) *Op. cit.*, p. 148.

(17) *Op. cit.*, p. 148.

reglamentos. Para comprender esto es necesario recordar que este autor se propone una construcción con validez universal; esto es, que mantenga su validez independientemente del sistema jurídico concreto que se considere. Y dice por eso (18):

«En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un Parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al Gobierno a dictar, en reemplazo del Parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del Parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último sentido se dice que tienen fuerza de ley.»

Descendiendo en la jerarquía normativa, nos encontramos con las normas individuales, y en primer lugar con las *sentencias de los tribunales*. Su esencia normativa la razona así el autor:

«La *iuris-dictio* o acto de “decir el derecho” no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos, y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley, y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

(18) Op. cit., pp. 149 y 150.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley, sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretar es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho» (19).

Norma individual constituye también el *acto administrativo*. La identidad esencial de éste con la sentencia se expresa con estas palabras (20):

«En gran parte de su actividad (la Administración) desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa, a fin de garantizar la seguridad de la circulación.»

Por último, constituyen normas individuales *los contratos*, pues en ellos las partes no hacen otra cosa que regular su conducta recíproca creando al efecto normas concretas, normas cuya posible violación será sancionada por el juez aplicando la sanción de la ejecución forzosa. Dice así KELSEN (21):

«En algunos dominios jurídicos, especialmente en Derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado, que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de Derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que le son delega-

(19) *Op. cit.*, pp. 151 y 152.

(20) *Op. cit.*, p. 152.

(21) *Op. cit.*, p. 153.

das por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzosa.»

C) La construcción kelseniana no se limita a operar con los materiales que ofrece el ordenamiento nacional, sino que establece —y esto se ha de ver muy claramente dentro de un momento— las condiciones «para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada» (22).

Por lo pronto, proyecta al ámbito del Derecho internacional su visión piramidal de lo jurídico, y nos habla también de una «norma fundamental» validante, y de las demás normas que, bajo aquélla, se organizan jerárquicamente.

Su referencia a la *norma fundamental del Derecho internacional* es, si cabe, más escueta todavía que la que hace cuando se ocupa de la que confiere validez a las normas «puestas» de un orden nacional (23):

«La norma fundamental del Derecho internacional (...) es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta jurídica de los Estados.»

Así, y aplicando la misma regla que, según hemos visto, juega en los Ordenamientos nacionales, de que «la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por otra norma», la jerarquía entre las normas de Derecho positivo internacional se establece de la manera que a continuación se expone.

En primer lugar, el *Derecho internacional general*, establecido por vía consuetudinaria (24):

(22) *Op. cit.*, p. 224.

(23) *Op. cit.*, p. 200.

(24) *Op. cit.*, p. 199.

«El Derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados, y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el Derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y Derechos subjetivos para todos los Estados.»

En segundo lugar, el *Derecho internacional particular*, integrado por los tratados, los cuales encuentran su validez en el Derecho general, concretamente en la regla *pacta sunt servanda* (25):

«Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el Derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados, sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales.»

Por último, el tercer nivel de la jerarquía lo integran las *sentencias de los tribunales internacionales* (26):

«Un tercer grado en el sistema jerárquico del Derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del Derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del Derecho internacional.»

(25) *Op. cit.*, pp. 199 y 200.

(26) *Op. cit.*, p. 200.

D) Pero quizá lo más sugerente del modelo kelseniano haya que buscarlo en el tratamiento que da al problema de la inserción del Derecho internacional en la jerarquía de las normas de Derecho nacional.

Aun a riesgo de simplificar demasiado un pensamiento como el suyo, lleno de matices, podría tal vez afirmarse que las ideas que lo sintetizan son las tres siguientes:

a) Al menos como tendencia, hay que admitir que se va hacia un orden jurídico universal, lo que se revela por la creación de normas por organismos internacionales que son vinculantes para los Estados miembros (27):

«Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado, tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoria que separa el Derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el Derecho internacional y los órdenes jurídicos.»

Y debe notarse que a esta teoría del sistema jurídico universal se llega, por exigencia lógica, incluso si se parte de la teoría dualista o del reconocimiento (28):

«... la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el Derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos del Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente Derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el Derecho internacio-

(27) *Op. cit.*, p. 204.

(28) *Op. cit.*, p. 209.

nal y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el Derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este Derecho nacional la razón de validez del Derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del Derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía de un Derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.»

b) La oposición monismo-dualismo, o si se prefiere, primacía del Derecho nacional-primacía del Derecho internacional, responde a dos interpretaciones del mundo del Derecho que difieren sólo por el sistema de referencia que se adopte. Lo importante es, pues, conocer el sistema de referencia (29):

«La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el tiempo, la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia, y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil, y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro.

La situación es exactamente la misma en el dominio del Derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia

(29) *Op. cit.*, pp. 213 y 214.

fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano, y que el Derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero se adopta un sistema de referencia fundado en el Derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, todos los Estados, incluido el suyo, están subordinados al Derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.»

c) La eliminación del dogma de la soberanía estatal se impone tanto si ese sistema jurídico universal se basa en la primacía del Derecho universal como en la del Derecho nacional (30):

«Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un Derecho nacional, tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de construcción (Derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del Derecho internacional, y las de otros Derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un Derecho nacional en el sentido estricto del término es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción de Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados, y tiene únicamente

(30) Op. cit., p. 222.

el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la supremacía es atribuida al Derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al Derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la teoría pura del Derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del Derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.»

E) Como suele ocurrir cuando se va directamente a las fuentes, la «conocida» doctrina de la pirámide normativa de Kelsen resulta menos simple de lo que nos cuentan los manuales al uso.

Por lo pronto, hay que distinguir la jerarquía de fuentes en el Derecho interno y la jerarquía de fuentes en el Derecho internacional. Que estas dos cadenas jerárquicas se engargen o no entre sí dependerá de la concepción que se tenga del Derecho internacional y de su independencia respecto de los Derechos nacionales.

En segundo lugar —y concretándonos al Derecho interno— hay, no una, sino diversas líneas jerárquicas, según que la individualización de la norma general tenga lugar por una sentencia judicial o una resolución administrativa, o bien por un contrato.

En caso de individualización mediante sentencia o mediante acto administrativo tendríamos tres escalones: Constitución, legislación (en sus diversos grados) y sentencia (o acto administrativo). Cuando la individualización tiene lugar por medio de un contrato, los escalones serán cuatro: Constitución, legislación, contrato y sentencia.

Tomar nota de esto puede resultar fecundo y tranquilizador. Esto último porque puede contribuir a borrar la sensación de insatisfacción que produce el hecho de que, acostumbrados como estamos a una concepción simplista —y por lo que se ve errónea— de la jerarquía normativa, hay ahora que enfrentarse con una distribución territorial del poder que origina un panorama normativo indiscutiblemente complejo, pero también necesariamente coherente, pues de no serlo estaríamos ante cualquier cosa menos ante un Ordenamiento jurídico.

En todo caso, y con vistas a la elaboración del modelo que aquí se intenta, parece que hay dos ideas esenciales que conviene retener:

De una parte, la existencia de esa «norma fundamental» que da validez a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Norma validante que se encuentra a extramuros de la Constitución, y del Ordenamiento en su totalidad, sirviéndole de base, de fundamento.

De otra, y esta idea me parece que puede resultar muy fecunda para explicar la integración en el sistema de los diversos subsistemas que lo integran, esa afirmación que ha sido incluso reiterada a lo largo de este análisis, de que «la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma». Y la de que, de este modo, podemos remontarnos hasta la norma fundamental, de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto (31).

IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE JERARQUÍA NORMATIVA Y SU PARENTESCO CON EL MODELO QUE SE ACABA DE EXPONER

A) Estamos ahora en condiciones de comprobar hasta qué punto el modelo profesoral que ha sido descrito en los apartados anteriores es útil para la comprensión del vigente Derecho español.

Que existe un cierto parentesco entre esa construcción y la que ha inspirado la labor de nuestros constituyentes es cosa que parece que no puede ponerse en duda.

El principio de jerarquía normativa está expresamente proclamado en el artículo 9.º de la «ley de leyes»:

«3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad.»

(31) *Op. cit.*, p. 147.

Pues bien, no es sólo que se emplea ese sintagma —«jerarquía normativa»— tan expresivo de la construcción kelseniana, es que parece posible encontrar en el texto constitucional argumentos bien sólidos que permiten afirmar que el modelo antes analizado se ha seguido con tanta fidelidad que, aparte del tradicional diseño piramidal de las normas de Derecho positivo —las normas «puestas», en la terminología de Kelsen— jerarquizadas desde el vértice que es la Constitución, únicas a las que se hace referencia en las exposiciones al uso del principio de jerarquía normativa, el constituyente español ha tenido en cuenta también la existencia de una «norma fundamental» suprema que, en cuanto fundamentadora de todo lo restante, se sitúa fuera del edificio jurídico en sentido estricto.

B) Que la Constitución ocupa el vértice del conjunto es fácil de comprobar. Como también su carácter de norma «puesta», de norma de Derecho positivo, en sentido estricto y propio, de norma directa e inmediatamente aplicable. Así, en el mismo artículo 9.º:

«1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.»

En el vértice, pues, la Constitución. Debajo de ella, el resto del Ordenamiento jurídico: los Estatutos de autonomía, las otras Leyes Orgánicas, las leyes ordinarias, los Reglamentos. Estos subordinados también entre sí jerárquicamente, como expresa el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado:

«Primero, Decretos. Segundo, Ordenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno. Tercero, Ordenes ministeriales. Cuarto, Disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.»

Espigando en la legislación española es posible encontrar todavía otras aplicaciones del modelo kelseniano. Por ejemplo, la configuración del contrato como norma jurídica individual, que aparece en el artículo 1091 del Código civil:

«Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.»

De filiación kelseniana era también el artículo 4.º del Reglamento de Oposiciones y Concursos de 10 de mayo de 1957, que ha estado en vigor hasta el año 1968, y donde con referencia a la convocatoria de oposiciones —acto administrativo con destinatario general— se decía lo siguiente:

«Las bases de la convocatoria son la ley de la oposición o concurso anunciados, y vinculan a la Administración, a los Tribunales que han de juzgar la oposición o el concurso y a quienes tomen parte en éstos.»

C) Ocurre, sin embargo, que el indicado diseño piramidal se hace borroso como consecuencia del reconocimiento constitucional del principio de autonomía regional (art. 2.º), que obliga a tener en cuenta otra cadena jerárquica: la correspondiente a las normas emanadas de los órganos regionales, normas que cuando operan sobre materias asumidas por la Región con carácter exclusivo prevalecen sobre las del Estado (art. 149, número 3, inciso segundo, *a sensu contrario*). Es algo así como si para adaptar el diseño de la pirámide kelseniana a la realidad surgida de la nueva Constitución hubiera que operar con plantillas transparentes que se superponen.

Nos tropezamos así con uno de los escollos más graves que ofrece la comprensión de nuestro sistema. Hemos de volver luego sobre ello. Adelantemos, sin embargo, que el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.º, número 1, ya citado) y los principios de unidad y solidaridad (art. 2.º) aportan datos importantes para la indispensable clarificación.

Y no terminan ahí las dificultades. Porque España se halla en trance de incorporarse —hay que pensar que los problemas actuales acabarán superándose— a la Comunidad Económica Europea, y esa incorporación va a provocar en el plano estrictamente jurídico, único que aquí debe ser considerado, consecuencias importantísimas, de las que no es la menor, sin duda, la que resultará de la directa aplica-

ción de la normativa emanada de los órganos legislativos de la Comunidad. Un intento como el que aquí se hace de elaboración de un modelo para la comprensión de nuestro Ordenamiento jurídico no puede dejar de tener en cuenta esta realidad.

Pero antes de ocuparnos de todas estas cuestiones debemos comprobar que, por encima incluso de la Constitución, es posible encontrar esa «norma fundamental» que da validez a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

V. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE LA NACIÓN ESPAÑOLA COMO FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL RESTO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) Según se vio más atrás, un Ordenamiento jurídico constituye un conjunto coherente, lo que vale tanto como decir que es un conjunto inteligible (32). Y lo es precisamente porque los principios y normas que lo integran constituyen una unidad. Y hemos visto también que en la construcción kelseniana —de la que, según hemos comprobado, hay rastros innegables de nuestro Ordenamiento jurídico— esta unidad deriva del hecho de que la validez de todo el conjunto o sistema reposa en último término sobre una norma única, que es la «norma fundamental», a no confundir con la Constitución. Y ahora vamos a ver cómo en nuestro Ordenamiento es posible rastrear también la existencia de esa «norma fundamental» que sirve de soporte a todo el conjunto, y que por ello está fuera del mismo.

Importa poco a nuestros efectos el hecho de que para KELSEN la «norma fundamental» en un ordenamiento nacional no parezca significar otra cosa que el poder constituyente, y que aquí se vaya a comprobar que la «norma fundamental» que confiere validez a nuestro Ordenamiento, si bien puede ser también esto, es desde luego bastante más. Y tiene también escasa relevancia el hecho de que en cuanto incorporada a la Constitución, la «norma fundamental», que es una norma meramente hipotética o «supuesta» en KELSEN, aquí aparezca positivizada. De una parte, porque más que de una positivización *stricto sensu*, se trata de un mero recordatorio de su existencia, la cual es anterior y exterior a la Constitución. De otra, porque siempre nos queda el núcleo esencial de la idea que con ese sin-

(32) Jaime GUAPS: *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 404 y 405.

tagma —«norma fundamental»— se quiere expresar: que hay «algo» que es anterior a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, y que le sirve de fundamento, validando el conjunto, y quedando, por tanto, extramuros de él. La «norma fundamental» es por definición una norma «extravagante», incluso cuando, como ocurre en nuestro caso, la Constitución la haya incorporado.

B) Y, efectivamente, en el inciso primero del artículo 2.º de la Constitución hay una referencia expresa a esa norma fundamental que da validez y presta coherencia a nuestro Ordenamiento:

«La Constitución se fundamenta en la indisoluble
unidad de la Nación española, patria común e indivisible
de todos los españoles...»

La unidad de España, anterior en varios siglos a la Constitución, e incluso al movimiento constitucional, sirve de fundamento, da sentido y legítima, en suma, a ese intento de racionalización del poder que es, por definición, el texto constitucional. La vigente Constitución, como las pasadas, como las que hayan de venir (33) encuentra su fundamento —«se fundamenta», dice el texto constitucional— en ese hecho precedente de la unidad, unidad conseguida, no sin esfuerzo, en el pasado, y que se afirma como indisoluble. Y es desde este punto de partida que brinda la «norma fundamental» desde donde el operador jurídico ha de iniciar cualquier andadura interpretativa. Y es esa también la meta a que toda interpretación debe llevar. La unidad de España se convierte así en alfa y omega de toda hermenéutica, principio y fin de todo entendimiento correcto del Ordenamiento español, porque es sobre ese pilar sobre el que descansa todo el sistema. Que el constituyente español haya considerado necesario recordar la existencia de esa «norma fundamental» de la unidad es perfectamente comprensible, dado que estamos en un momento de nuestra

(33) Supongo que esta afirmación no escandalizará a nadie. En todo caso, no me uno a esa absurda cohorte de los adoradores de la Constitución, siquiera estoy en condiciones de comprender que quienes adoptan esa actitud reverencial, ante ese texto, al que, de forma más o menos vaga, atribuyen un valor casi sagrado, no hacen sino ser consecuentes con el momento cultural que nos ha tocado vivir. En la línea crítica de la sacralización de la Constitución y de otros libros, cfr. el interesante estudio de Manuel GARCÍA-Pelayo: «Las culturas del libro», publicado junto con otros trabajos del mismo autor en *Los mitos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, pp. 352-390.

Historia en la que se busca, mediante una distribución territorial del poder político, dar cauce de expresión a unas fuerzas regionales que tienen derecho —y la Constitución así lo «reconoce y garantiza», artículo 2.º, inciso segundo— a la libre expresión y desenvolvimiento, a la auténtica y permanente realización de su personalidad diferenciada dentro del conjunto armónico de la Nación española.

C) El Tribunal Constitucional en varias ocasiones ha recurrido ya a esta idea de la «unidad de la Nación española», plasmada en ese artículo 2.º, para afirmar la necesaria inserción de esos subsistemas que son las Comunidades Autónomas en ese otro sistema superior que es España (34).

Así, en la Sentencia 4/81, de 2 de febrero, ponente GÓMEZ FERREER, dice lo siguiente (fundamento 3):

«... la Constitución (artículos 1.º y 2.º) parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización —el Estado— para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución al decir que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

El precepto transcrito refleja una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por la pluralidad de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía. Resulta así necesario delimitar cuál es el ámbito del principio de autonomía, con especial referencia a

(34) «Las autonomías, pues, son esencialmente subsistemas que suponen un sistema superior que los trascienden y en cuyos alvéolos las autonomías justamente se insertan y juegan» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución*, «REDA», núm. 33, 1982, p. 285).

municipios y provincias, a cuyo efecto es preciso relacionar este principio con otros establecidos en la Constitución.

Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía —y aun este poder tiene sus límites—, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es parte de un todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2.º de la Constitución.»

Y en la Sentencia 25/1981, de 14 julio, ponente TRUYOL SERRA, después de hacer referencia expresa a la Sentencia que se acaba de citar, dice esto otro (fundamento 3):

«En la misma línea, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, que lleva como corolario la solidaridad entre todas ellas, se da sobre la base de la unidad nacional (art. 2.º). Dicha autonomía queda vinculada, para cada una de las entidades territoriales, como ya se ha señalado, a la gestión de sus respectivos intereses (art. 137); principio éste que figura significativamente a la cabeza de los “principios generales” que informan la organización territorial del Estado, que en los capítulos siguientes se regula en los niveles de la Administración local y de las Comunidades Autónomas. Aunque las Comunidades Autónomas no son ni pueden ser ajenas al interés general del Estado, la defensa específica de éste es atribuida por la Constitución al Gobierno (artículos 97, 155), llamado asimismo prioritariamente a velar por la efectiva realización del principio de solidaridad (art. 138), junto con las Cortes Generales (art. 158, 2). Sin dejar, como es obvio, de participar en la vida general del Estado, cuyo ordenamiento jurídico reconoce y ampara sus Estatutos como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147, 1), las Comunidades Autónomas, como corporaciones públicas de base territorial y

de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad en cuanto tales los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales.»

D) Ahora bien, como ha recordado GARCÍA DE ENTERRÍA, la solemne declaración del artículo 2.º «no es un simple reflejo en el texto constitucional de una mitología política; es un concepto precisamente funcionalizable ya en la propia economía de la Constitución a través de la formulación de las competencias exclusivas del Estado» (35). Estas, en efecto, se configuran como una técnica de defensa de la unidad. Y nada de extraño tiene que sea así, dado que la Constitución se fundamenta —como dice el repetido artículo 2.º— en «la indisoluble unidad de la Nación española», es lógico que la propia Constitución instrumente mecanismos jurídicos que hagan realidad la norma fundamental. En este sentido, dice el autor citado (36):

«La significación de esta reserva constitucional de un núcleo de competencias determinadas en favor del Estado, juntamente con su carácter necesario y de *ius cogens*, como límite del principio autonómico dispositivo hay que interpretarla en el sentido del aseguramiento de los elementos estructurales básicos que sostienen la construcción entera del Estado conjunto, el que engloba el poder central y los poderes territoriales autonómicos. No se trata, pues, de efectuar un simple reparto o distribución de materias entre los distintos niveles territoriales del poder por un criterio organizativo presidido por la simple conveniencia o desde el principio relativo de la mayor o menor eficiencia. Se trata de definir el ámbito general dentro del cual, y sólo dentro del cual, y no frente a él o a su margen, las autonomías podrán tener su espacio y su función propias. Se trata, por ello, de asegurar la construcción conjunta, edificada sobre el principio que reserva precisamente la soberanía, como poder último y

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, «REDC», 1982, p. 75.

(36) *Cit. en nota anterior*, pp. 71-72.

radical, que incluye la reforma de la propia Constitución (arts. 166 y ss.), a la instancia global, al pueblo español entero (art. 1.º, 2), el cual tiene su representación en las Cortes Generales (art. 66, 1), de cuya confianza emana, a su vez, el Gobierno (arts. 99, 1, 1.º; 1, 8.º; 113 y 114). Cortes y Gobierno, como los demás órganos constitucionales, son, pues, no simples órganos de un poder central contrapuesto y enfrentado a poderes territoriales, sino órganos del pueblo entero y, por tanto, del sistema político conjunto que engloba ambas instancias.»

E) Entre esas competencias exclusivas del Estado importa destacar aquí la formulada en el apartado 1.º, del número 1, del artículo 149:

«La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.»

Este precepto debe ponerse en relación en primer lugar con el artículo 10, 1:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

Nótese que en este precepto se emplea el sustantivo *fundamento*, lo que obliga a ponerlo en conexión con el tan repetido artículo 2.º, donde se emplea el verbo *fundamentar*, conjugado en forma reflexiva. Si la unidad de la Nación española es, conforme a éste, fundamento de la Constitución, los derechos inviolables de la persona se configurarían en aquel otro artículo como fundamento también del orden político, cuya expresión escrita se contiene en la Constitución. De manera que no habría inconveniente en admitir que también los derechos inviolables de la persona son anteriores y exteriores a la persona y, en consecuencia, integran la llamada «norma fundamental».

En todo caso, el Tribunal Constitucional, en la ya citada sentencia 25/1981, de 14 de julio, se ha referido a los derechos fundamentales y libertades públicas en términos muy matizados y que parecen aproximarse bastante a esta concepción:

«En la línea de las anteriores consideraciones, es preciso tener en cuenta que la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto (...).

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución.

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 1.º de la Constitución (...). Se encuentran afirmaciones parecidas en el Derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresen la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por

la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.»

Como se ve, el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de subrayar el carácter «constitutivo del ordenamiento jurídico» de estos derechos fundamentales, los ve también como «elemento unificador» y como «fundamento de la unidad política». De manera que, aun siendo innegable su integración en la «norma fundamental», en el sentido kelseniano que aquí venimos dando a esta expresión, resulta innecesario considerarlos separadamente de ésta.

F) Si, como aquí se sostiene, la «unidad de la Nación española» constituye la expresión de la «norma fundamental», y si en ésta, por definición, es donde «encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico», y si ella es «la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad», no resultará extraño, antes al contrario, es perfectamente lógico que en la Constitución encontremos otros preceptos en los que late —etimológicamente: se esconde— esa idea de unidad.

Así, en el artículo 139, número 1:

«Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.»

Precepto éste que, juntamente con el ya citado 149, 1, 1.º confirma que el principio de igualdad del artículo 14 rebasa el ámbito estricto de los derechos y libertades públicas, proyectando su eficacia a la igualdad en las condiciones básicas que, de una u otra manera, aparece también reflejado en las Constituciones democráticas de corte occidental.

Y el mismo principio de solidaridad (art. 2.º, y art. 138), al que suele dársele indebidamente un alcance exclusivamente económico, no es sino una aplicación más de esa «norma fundamental» de la unidad de la Nación española sobre la que descansa la Constitución y el resto de nuestro Ordenamiento jurídico.

VI. LA UNIDAD COMO «FUNDAMENTO» DE LA CONSTITUCIÓN, Y LA AUTONOMÍA COMO «ORGANIZACIÓN TERRITORIAL» DEL ESTADO

A) Parece estar muy extendida entre nuestra clase política la errónea creencia de que el tan repetido artículo 2.º de la Constitución sitúa en el mismo plano valorativo la unidad y la autonomía. Esta creencia podría incluso aparecer respaldada por afirmaciones doctrinales como la que se transcribe a continuación (37):

«El artículo 2.º de la Constitución española, cuyo contenido ya nos es conocido, declara que el orden constitucional tiene su apoyatura en una pareja de principios que se consagran al tiempo: la unidad de la Nación española y la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. La articulación práctica de estos dos principios exige luego una particular distribución de los poderes públicos y el establecimiento de un sistema de frenos y equilibrios, de cuyo contenido no ilustra directamente el artículo 2.º, como es lógico, por otra parte. Este precepto se limita a recoger la citada pareja de principios fundamentales, cuya sustancia hay que buscar en el resto del articulado de la Constitución. El artículo 2.º podrá ser por ello el fundamento primero y básico de los poderes autonómicos y de sus límites y de los poderes generales del Estado

(37) Santiago MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, t. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1982, p. 187.

y sus restricciones, pero su contenido no da mucho más de sí para explicar las reglas de juego del sistema. Ilustra, eso sí, de que tan capital es para la Constitución el mantenimiento a ultranza de la unidad como la consagración efectiva de la autonomía; de aquí que el artículo 2.º pueda constituir una orientación general de la actuación de los poderes públicos y justificar la reprobación constitucional de cuantas medidas puedan afectar a cualquiera de aquellas dos reglas básicas del orden.»

Pero nuestra exposición prueba que el artículo 2.º de la Constitución tiene un sentido más profundo de lo que una lectura poco meditada del mismo permitiría apreciar.

B) Por lo pronto, y conforme se ha visto, la Constitución se fundamenta, se apoya, se basa, se edifica sobre la unidad de España, que hunde sus raíces en el tiempo y en la Historia. Esa unidad, en cuanto está fuera de la Constitución, y en cuanto da validez a la misma, resulta intocable para el poder constituyente derivado. Una reforma constitucional que, partiendo de los cauces previstos en el título X de la Constitución, pretendiera quebrar esa unidad carecería de validez, sería contradictoria con la «norma fundamental» y, en consecuencia, no podría pretender apoyar su validez en ella. La autodeterminación postulada por los sectores separatistas, y que fue expresamente rechazada durante los debates de la Constitución, es también dogmáticamente rechazable por atentar a la «norma fundamental» de la unidad, que es la que confiere validez a la Constitución y al resto de nuestro Ordenamiento jurídico. Sólo por la vía de una revolución triunfante que cambiara esa «norma fundamental» (38) podría darse validez al principio de autodeterminación.

C) No puede decirse lo mismo de la autonomía. Cuando el artículo 2.º dice que «reconoce y garantiza el derecho a la autonomía» no está elevando esta regla a fundamento de la Constitución, no está admitiendo que la validez de ésta arranca también de este principio.

(38) Así, en Kelsen: *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

A lo largo del texto constitucional esa expresión aparece reiteradas veces para referirse, no sólo a aquellos «derechos inviolables» que son inherentes a la persona (art. 10) y que, por ello, podría entenderse que son igualmente anteriores y exteriores a la Constitución, según se dijo más arriba, sino a otros derechos que no pueden merecer tan eximio calificativo, y cuya existencia, por tanto, arranca de la Constitución y, a veces, ni siquiera de ella, sino de las normas que la desarrollan. Por ejemplo, artículo 27: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes»; artículo 34: «Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley»; artículo 43: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», etc.

La autonomía es simplemente una forma de organizar territorialmente el Estado (art. 137), con vistas a lograr, entre otros propósitos, limitar el poder, que es también lo que se consigue con el reconocimiento de unos derechos como fundamentales (39). Pero, a diferencia de lo que ocurre con la organización municipal o la provincia, que viene impuesta como inexcusable por la propia Constitución (40), se deja a las correspondientes comunidades la posibilidad de exigirla (arts. 2.º, 143, 151), sin perjuicio de que, por motivos de interés nacional, pueda ser también impuesta (art. 144, letra c).

Y como la autonomía no es ni anterior ni exterior a la Constitución, sino que nace con ella, y en ella encuentra su validez, podría perfectamente en una futura reforma constitucional ser suprimida, y ello no supondría en ningún caso atentado a esa «norma fundamental». Cuestión distinta es que ello sea conveniente, o que esa supresión pudiera ir contra los sentimientos de ciertas comunidades donde el deseo de autogobierno parece haber superado la fase inicial en que el «inventor» o «fundador» trataba de reclutar adhesiones y ha devenido institución. Pero esto me parece que sólo ocurre en algunas partes del territorio nacional (41).

(39) La democracia —tal como se entiende en el mundo occidental— es un sistema en que el Poder aparece limitado, frenado y controlado. Estos tres conceptos, pese a su posible semejanza, quieren expresar, al menos en mi sentir, ideas diversas.

(40) Sobre la inexcusabilidad de la organización provincial, cfr. la importante Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de julio de 1981 («BOE» del 13 de agosto).

(41) Las palabras «inventor» y «fundador» las utilizo en el sentido de HAURIOU: *Principio de Derecho público y Constitucional*, traducción de Carlos Ruiz del Castillo, Ed. Reus, 2.ª ed., Madrid, s/f (¿1926?), p. 84.

VII. «NORMA FUNDAMENTAL», SOBERANÍA NACIONAL Y «CONSTITUCIÓN INTERNA»

A) Una última reflexión debe hacerse todavía sobre la posible conexión de esta «norma fundamental» de que aquí se habla con la decimonónica doctrina de la «Constitución interna». Porque si aquélla es, según hemos dicho anterior y exterior a la Constitución, eso mismo ocurre con esa famosa «Constitución interna» cuya existencia defendieron un DONOSO o un BALMES, defensores de una doctrina que habría de encarnar en la Constitución de 1845 y que habría de imponerse definitivamente en la restauración de 1876, con CÁNOVAS: hay una Constitución interna, vienen a decirnos estos hombres del XIX, la cual está legitimada por la Historia, y que las leyes constitucionales se limitan a declarar y regular.

Debe decirse, sin embargo, que, pese a esa coincidencia de principio, existen radicales diferencias entre lo que aquí se sostiene y esa doctrina de la «Constitución interna», tal como la entendían los moderados. Más todavía: que esa doctrina moderada del siglo XIX no puede desde luego encontrar apoyo en nuestra vigente Constitución. Antes al contrario, está en abierta contradicción con ella.

B) Para comprender el pensamiento de nuestros liberales doctrinarios pueden resultar sugerentes estas palabras del marqués de PÍDAL, que aparecen en el «Diario de Sesiones» de 30 de octubre de 1845 (42):

«En todas las naciones que están constituidas, en todas las naciones que no son una horda fortuita de salvajes, hay, señores, ciertas formas con que el poder político se manifiesta, con que los elementos sociales se agrupan, y estas formas por más que una ciencia errónea haya querido hacerlas absolutas, no lo son de ninguna manera: son relativas a los pueblos a que se aplican. Así, pues, cada nación tiene diferentes elementos, y estos elementos se agrupan de diferentes maneras; el poder público se revela de diferentes modos, y en una nación se revela personalizándose en un individuo o en una dinas-

(42) Citadas por Luis SÁNCHEZ AGESTA, en su *Historia del Constitucionalismo español*, Madrid, 1974, pp. 234 y 235.

tía, y en otra se revela dando este poder social a una asamblea. En España, señores, el poder político se ha revelado históricamente siempre, y no como se manifestó en el treinta y siete. En España se ha revelado en dos grandes instituciones, en dos grandes legitimidades, y éstas son el Trono y la Asamblea; he aquí los dos grandes polos sobre que gira la Monarquía española, y es imposible que una ley secundaria, cual es la que hace la repartición de estas dos grandes legitimidades, sea superior ni igual a una de ellas. Todo lo que arregla las relaciones entre los poderes es inferior en mucho al Trono, es inferior en mucho a la representación nacional...»

Trono y Asamblea, pues, conforme a esta doctrina, preceden, son anteriores a las leyes Constitucionales. Estas se limitan a regular —«arreglar»— las relaciones entre esos poderes constituidos históricamente. Esto también, con toda claridad, en el famoso Dictamen de la Comisión encargada de preparar el proyecto de reformas que habría de dar lugar a la Constitución de 1845, Dictamen redactado por DONOSO (43):

«La potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España sino las Cortes con el Rey.»

C) La vigente Constitución declara sin ambages en su artículo 1.º, número 2, que:

«La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.»

Esta declaración parece incompatible, desde luego, con la doctrina de la «Constitución interna», tal como resulta sintetizada en las declaraciones que se acaban de transcribir. Y, por ejemplo, y por más

(43) El citado Dictamen puede consultarse en R. SAINZ DE VARANDA: *Colección de Leyes Fundamentales*, Ed. Acribia, Zaragoza, 1957, pp. 179-189.

que esto pueda resultar poco grato a los que profesan convicciones monárquicas, la legitimidad de la Corona arranca de la propia Constitución. Como ha demostrado MENÉNDEZ REXACH, la Corona es un órgano constitucional cuya naturaleza jurídica es idéntica a la de los demás órganos del Estado, sin que quepa distinguir entre «Corona» y «Jefatura del Estado». El título II de la Constitución regula un órgano estatal, lo mismo que el título III se refiere a las Cortes generales. Y como dice ese autor (44):

«... la configuración de la Corona como órgano del Estado en los términos expuestos, combinada con la inexistencia de cláusulas de irreformabilidad en el texto constitucional, lleva aparejada una consecuencia trascendental: que la forma monárquica de la Jefatura del Estado, como cualquier otro aspecto de la Constitución, puede ser objeto de reforma, aunque por la vía procedimental más estricta establecida en el artículo 168, y que, por tanto, no es intangible».

Sólo una corrección habría que hacer a lo que se dice en el párrafo que se acaba de transcribir, aunque quizá más bien deba hablarse de una simple matización al mismo. Y es lo siguiente: que hay un aspecto —y nos consta ya por la exposición precedente— en que la Constitución es irreformable; en lo que hace al principio de unidad de la Patria. Y esto porque, en primer lugar, existe en la propia Constitución una cláusula de irreformabilidad, como dice el autor citado: la del artículo 2.º, que subraya el carácter indivisible de esa unidad. Y en segundo lugar, porque, como se ha intentado probar aquí, al decirse en ese artículo 2.º que la Constitución *se fundamenta* en esa indisoluble unidad de España, está aceptando que esa unidad es, como hemos repetido una y otra vez, anterior y exterior a la Constitución. Es, en definitiva, la «norma fundamental» que da validez a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

(44) Angel MENÉNDEZ REXACH: *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Ed. IAP, Madrid, 1979, p. 375.

VIII. FINAL

Un modelo es una propuesta de comprensión de la estructura. Mi propósito es comprender la del Ordenamiento español, tal como éste se nos presenta a partir de la reforma constitucional de 27 de diciembre de 1978.

A tal efecto, creo que el modelo que deba elaborarse debe partir de ese dato que nos ofrece el artículo 2.º de la Constitución cuando se lee bajo la luz que aporta el conocimiento de la construcción kelseniana.

Resulta así que, fuera de la Constitución, fundamentando ésta, y confiriéndole, en consecuencia, validez, se encuentra la unidad indisoluble de la Nación española.

El desarrollo ulterior de este modelo no ha de ser hecho aquí. Pero, en cualquier caso, el análisis realizado nos ha permitido ya establecer algunas consecuencias nada desdeñables.

Por supuesto, soy capaz de entender que lo que aquí se ha dicho puede no despertar entusiasmos excesivos, e incluso provocar irritación en determinados sectores. Pero es inevitable. Porque, en definitiva, me estoy ocupando «de algo muy censurable para el creyente, que, como es natural, se siente agraviado por la aplicación del frío análisis a lo que para él es la fuente misma de la verdad» (45).

(45) Joseph A. SCHUMPETER: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Ed. Aguilar, Madrid, 1968, p. 33.

