

UN APUNTE SOBRE “REFUNDAMENTACIÓN” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*

Pedro Cruz Villalón

«...el concepto de ley fundamental –“fundamental law”– responde más bien al concepto más antiguo, más fuertemente apegado a las tradiciones del common law y del derecho natural, mientras que el concepto de ley superior, suprema –“paramount law”– da paso un desarrollo nuevo, como diríamos hoy, positivista».

Gerald Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert***

Las breves consideraciones que siguen no pueden tener sino el carácter de una primera respuesta, de algún modo improvisada, a un tema enunciado de manera tan sugestiva como intrigante por parte del diseñador de este curso.

Si se me permite operar por medio de proposiciones, comenzaría sugiriendo que fundamentar un determinado ordenamiento jurídico es dotarlo de una legitimidad jurídicamente configurada.

* Texto de la intervención sobre “Refundamentación del ordenamiento jurídico” en el Curso de Verano de la Universidad Complutense, dirigido por el Prof. Andrés Ollero, en El Escorial en julio de 2001.

** En, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Viena 1989, p. 57, n. 64.

En este sentido doy por supuesta la categoría de ordenamiento jurídico, añadiendo únicamente un dato de “aislamiento” del mismo, es decir, imaginando un ordenamiento del que conocemos tanto dónde comienza como dónde acaba. Aislar, pues, en el sentido de individualizar, singularizar, etc. Suponemos, por tanto, que disponemos de un objeto acabado, sin “ramificaciones” indefinidas. En definitiva, nos situamos en el terreno del ordenamiento jurídico nacional puro y duro, suponiendo que aún exista.

De “legitimidad” hay que hablar inevitablemente cada vez que surge el término “fundamentación”. Las normas que se califican a sí mismas como *fundamentales* expresan casi inevitablemente legitimidades diversas, nunca la fundamentación por sí y ante sí, es decir, agotada en su pura funcionalidad. Pero tampoco me parece que la tarea de *fundamentar* se agote en la sola categoría de legitimidad cada vez que se la aplica al ordenamiento jurídico. Por el contrario, éste es legítimo, dicho en términos muy abstractos, cuando la percepción de su fuerza de obligar se reconduce a la fuente reconocida por sus destinatarios.

Por fin, legitimar *en términos jurídicos* podría suponer la labor de legitimación, concurrente con las anteriores, que singularmente se sirve de otra norma (“fundamental”), legitimando así el ordenamiento con otro ordenamiento, el derecho con otro derecho, sin entrar ahora en el alcance de esa *alteridad*. Lo que ocurre es que la norma fundante ha de poseer virtualidad legitimadora, en los términos abstractos a los que antes me refería. De la norma fundamental se espera la capacidad de legitimar materialmente el ordenamiento en cuestión en sus diversas proposiciones. Hay razón entonces para hablar de una ley fundamental o básica, típicamente de la Constitución.

El problema es que la Constitución, ya que en ella estamos, no sólo es calificada como norma fundamental o básica, sino que es igualmente calificada en ocasiones como *ley suprema*, *lex superior*, *law paramount*. Ciertamente es que bien podríamos sostener que se trata de dos modos de describir el carácter de la norma

constitucional, que se trata exclusivamente de una cuestión de perspectiva espacial. Pero también cabría hacer el intento de otorgar sustantividad propia a esta posición de supremacía como atributo de la Constitución distinto de su posición de norma fundamental. La supremacía constitucional sería así expresión de la jerarquía normativa, como principio general del ordenamiento jurídico. De este modo, la supremacía de la Constitución se reduciría al postulado previo de la configuración del ordenamiento jurídico como ordenamiento jerarquizado, lo que nuestra Constitución llama "jerarquía normativa".

Y si decimos que la supremacía opera en el interior del ordenamiento en términos *funcionales* o *dinámicos* estamos ya apuntando al mismo tiempo a la función de control, sea control de legalidad, sea control de constitucionalidad. La Constitución puede ser norma suprema en la medida en que, como expresión de la jerarquía normativa, sea eficazmente oponible. En fin, la supremacía se predicaría respecto de normas de eficacia jurisdiccionalmente garantizada. Una última cuestión que cabría plantearse es si la supremacía de la Constitución, al igual que en su caracterización como norma fundamental, debe incorporar la nota de legitimidad. Cabría dar una respuesta afirmativa, en los términos de la proposición: en tanto la norma fundamental proyecta una legitimidad exterior, *estática*, la norma suprema proyecta una legitimidad interior, *dinámica*.

La anterior opción por una comprensión abstractamente diferenciada de fundamentación y supremacía como categorías proyectadas sobre el ordenamiento constitucional podríamos apoyarla con una proposición del siguiente tenor: en el Estado liberal la norma suprema es la ley, en tanto la norma fundamental es la Constitución. Entendiendo sencillamente por Estado liberal el Estado basado en el principio de legalidad como expresión de la soberanía parlamentaria. Es decir, el ordenamiento en el que la jerarquía normativa arranca de la Ley, pero sin alcanzar ésta a ser la norma fundamental, fundamentadora, de ese ordenamiento. Por

su parte a la Constitución no le correspondería la posición de norma suprema, retenida por la Ley, pero sí la posición de norma fundante de la comunidad política como norma en cierto modo exterior, en forma de *metaderecho*.

Dando un paso más en el tiempo, al menos por lo que a nuestro continente se refiere, y por contraste con el Estado basado en el principio de legalidad, podríamos decir que: en el Estado *constitucional* la norma fundamental “es” la norma suprema o, dicho de otro modo, que: en el Estado *constitucional* la Constitución es norma fundamental y norma suprema. Es *suprema* porque el principio de jerarquía normativa arranca de la Constitución, es decir, vale ya para la Constitución y desde allí continúa su proyección sobre el resto del ordenamiento, como una de sus reglas estructurales básicas. El principio de legalidad es suplementado con el principio de constitucionalidad, eficazmente garantizado. Y es norma *fundamental* porque a la vez que se sitúa como norma suprema mantiene todos los elementos de fundamentalidad propios de la Constitución, desapareciendo —eso sí— en su función de *metaderecho*, en la posición exterior o estática anteriormente referida. Con todo ello podríamos dar sentido al actual uso frecuentemente indistinto de las expresiones “ley fundamental” y “norma suprema” como consecuencia de una determinada evolución histórica.

La última de las cuestiones sugeridas por el enunciado de partida viene marcada por el prefijo “re-”. ¿Resulta posible “refundamentar” un determinado ordenamiento, es decir, sustituir su fundamento sin afectar a su propia identidad, todo ello dando ya por supuesto que la idea de fundamentación, en los términos expuestos, se encuentra afirmada? Con arreglo a lo anteriormente expuesto cabría hablar de “refundamentación” a partir del momento en que una nueva norma pretende sustituir a otra en su pretensión de operar como norma *fundamental*. De forma parecida, cabría mantener el término desde la perspectiva de la *supremacía*, es decir, en cuanto sustitución de la norma suprema por

otra con idéntica pretensión. En particular desde esta última perspectiva la refundamentación podría consistir en la afirmación de la fuerza activa de la norma constitucional, como fuerza que se proyecta sobre el pretérito de manera continua, esencialmente respecto de las normas *preconstitucionales*, porque sobre las posteriores opera la fuerza pasiva. En una palabra, sería por definición el ordenamiento preexistente el único que puede decirse *refundamentado*. Y ello ocurriría a través de una tarea continua en la medida en que las consecuencias de la nueva ley fundamental sólo pueden ir calando progresivamente.

Proyectando las anteriores consideraciones al caso español, el carácter de la Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978 como norma fundamental y suprema del ordenamiento fue bien pronto declarado por el Tribunal Constitucional. Así, por lo que hace a la primera de ambas caracterizaciones: "La Constitución es una norma —como se ha señalado—, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico" (STC 9/81, FJ 3). "Norma fundamental" la llama ya la siguiente Sentencia (STC 10/81, FJ 7).

Y por lo que hace a la segunda: "Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1" (STC 80/82, FJ 1). "...la Constitución es la norma suprema del Estado como totalidad..." (STC 32/81, FJ 5). "Y es que la Constitución, en virtud de la supremacía que tiene sobre todo el ordenamiento jurídico, es el "contexto" obligado al que ha de referirse la aplicación de las leyes..." (STC 103/90).

¿Cómo tenía que operar esta norma fundamental y suprema hacia el pasado, es decir, hacia el ordenamiento jurídico preexistente? El Tribunal Constitucional entendió la cláusula derogatoria general como afirmación incidental de dicho ordenamiento pre-

existente, en la medida en que no entrase en contradicción con sus propios fundamentos: “...aun afirmando que la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución...” (STC 32/81, FJ 6). Lo contrario, es decir, la ruptura, se afirma respecto del ordenamiento derivado de la legitimidad republicana de 1931: “...con motivo de la guerra civil tuvo lugar una ruptura del ordenamiento; otro distinto se constituyó, y en su seno surgieron nuevas instituciones, jurídicamente relevantes. Ante esta situación y entre otras soluciones posibles, la Constitución ha optado por un criterio de continuidad del ordenamiento jurídico, como lo evidencia lo establecido en su Disposición derogatoria 3, que admite la efectividad de las normas anteriores en cuanto no se opongan a ella... Esta solución constitucional ha mantenido como “simples hechos”, carentes de fuerza de obligar, a las emanadas en el ordenamiento jurídico republicano...” (STC 76/86, FJ 2). Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con las normas emanadas del orden de 1931, sobre las que parece proyectarse una solución de continuidad, el ordenamiento jurídico preexistente a 1978 es un ordenamiento “subsistente”, pendiente tan solo de una labor de refundamentación que debe ser llevada a cabo a partir de su contraste con una norma, la Constitución de 1978, que opera efectivamente como norma superior o suprema.

Junto a lo anterior, el principio de seguridad jurídica inserto en la Constitución lleva a un cierto condicionamiento de la afirmación a ultranza de la supremacía *pro praeterito* de la Constitución: “...Ello implica, a la vez que una cierta modificación de efectos jurídicos del pasado en función de los nuevos principios, el límite que impone la irreversibilidad de este pasado en función de la seguridad jurídica” (STC 67/82, FJ 6). “...esta doctrina de carácter general debe ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta sus peculiaridades, sin admitir en ningún supuesto una retroactividad de grado máximo que conduzca a aplicar, sin más

matización, una norma constitucional a una relación jurídica, sin tener en cuenta que fue creada bajo el imperio de una legalidad anterior, así como la época en que consumió sus efectos" (STC 35/87, FJ 3).

Materialmente, el caso de la "refundamentación" del ordenamiento español a partir de 1978 estaría marcado por dos caracteres inmediatos: de un lado, se trata de una Constitución que sustituye a unas normas fundamentales radicalmente diferentes, de otro, se tratan éstas últimas de normas que se encuentran en el momento de 1978 en una situación de relativización como consecuencia de la legislación de los años 1977 y 1978, comenzando por la Ley para la reforma política y siguiendo por los Decretos-Leyes que introdujeron las diversas libertades públicas.

Queda fuera de las posibilidades de esta intervención una evaluación general del proceso de "refundamentación" de nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Baste decir que se ha tratado de un proceso en el que han intervenido tanto el legislador como los jueces y tribunales y, evidentemente, el Tribunal Constitucional. Hoy día nuestro ordenamiento jurídico es un ordenamiento esencialmente "renovado", en el sentido de ordenamiento preponderantemente posconstitucional, proceso de renovación que, lógicamente, ha ido acompañado de un proceso de "refundamentación" en el sentido indicado. El hecho, en fin, de que el Tribunal Constitucional siga pronunciándose sobre preceptos preconstitucionales no impide considerar el tema propuesto como un fenómeno básicamente concluso a la altura de 2001.

