

Riccardo Guastini
Bobbio sobre la norma fundamental
y la regla de reconocimiento

1. *Kelsen y Hart*

Como se sabe, la *Grundnorm* de Kelsen y la *rule of recognition* de Hart son cosas bastante distintas. Para Kelsen, la norma fundamental (NF) es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica¹. Para Hart, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces². Sin embargo, evidentemente la NF y la RR tienen algunos importantes aspectos comunes.

(a) Ambas son normas no promulgadas por ninguna autoridad jurídica.

(b) Ambas son normas ni válidas, ni inválidas (no tiene sentido hablar de validez en relación con normas “últimas”³).

(c) Ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución, si por constitución (en sentido material) entendemos, como Kelsen sugiere⁴, el conjunto de normas sobre las fuentes del derecho (“reglas de cambio”, en la terminología de Hart), es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc.

(d) Ambas, entonces, son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales.

(e) Ambas, por consiguiente, se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho, o “normas sobre la producción jurídica” en la terminología de Bobbio⁵, pero son distintas de ellas.

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 255 ss.

² H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 97 ss.

³ N. Bobbio, “Sul principio di legittimità” (1964), in N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 88.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 299 s.

⁵ N. Bobbio, “Per un lessico di teoria generale del diritto” (1975), in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 233 ss. Esta expresión (“norme sulla

Ahora bien, ¿cuál puede ser el fundamento de validez de la constitución? ¿como es posible otorgar validez a la constitución? En un sistema dinámico (es decir, en un sistema jurídico desarrollado) la sola forma de otorgar validez a la constitución sería otorgar a alguien el poder constituyente: la competencia de promulgar la constitución. Esto, sin embargo, convierte a la NF y la RR en algo totalmente paradójico, porque, de esa forma, el poder constituyente – originario, soberano – se transforma en un poder constituido (constituido por la norma que lo regula y fundamenta), derivado, limitado: un poder jurídico en cuanto creado por una norma jurídica.

2. Bobbio

En un par de trabajos de Bobbio se encuentran argumentos, a la vez, en contra de la teoría de la NF y de la teoría de la RR⁶.

(1) En primer lugar, Bobbio representa el poder “último” o supremo – i.e., el poder constituyente – no como un poder jurídico, sino como un poder “de facto”, “extra ordinem”, no otorgado por ninguna norma jurídica, y atribuye a la llamada NF la tarea no de otorgar el poder supremo, sino de justificarlo políticamente⁷. Desde este punto de vista, sin embargo, la NF en sentido kelseniano es «perfectamente superflua», porque su tarea es la de legitimar un poder, cuya legitimidad no depende de una norma superior, sino del hecho de ser efectivamente obedecido. Si el poder último es un poder fáctico, no hay necesidad de una norma superior que lo autorice⁸.

(2) En segundo lugar, Bobbio niega la existencia de una RR en el sentido hartiano⁹. Por un lado, según él, en cada sistema jurídico desarrollado existen varias reglas (no consuetudinarias, sino promulgadas) cuya función es la identificación de las otras normas del sistema. Por otro lado, en su opinión, estas “reglas de reconocimiento” (plural) no son otra cosa que las propias normas sobre la producción jurídica, o reglas de cambio (en la terminología de Hart), es decir, las

produzione giuridica”) ha sido introducida en lenguaje de la doctrina italiana por T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1953.

⁶ R. Guastini, “Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi”, in P. Comanducci, R. Guastini, *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005.

⁷ N. Bobbio, “Sul principio di legittimità”, 79 ss.

⁸ N. Bobbio, “Sul principio di legittimità”, 89.

⁹ N. Bobbio, “Per un lessico di teoria generale del diritto”, 233 ss.

normas materialmente constitucionales (en sentido kelseniano)¹⁰: «consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para “reconocer” cuáles son las normas válidas del sistema». La estipulación de una RR, distinta de las normas sobre la producción jurídica, es totalmente inútil, porque ella y estas «son la misma cosa»¹¹.

En otras palabras, Bobbio, por un lado, representa la NF de Kelsen no como una norma jurídica, sino como la ideología normativa de los que legitiman (es decir, aceptan políticamente) el sistema constitucional vigente; y, por otro lado, identifica la RR con el conjunto de normas materialmente constitucionales sobre las fuentes del derecho: lo que quiere decir que la RR sólo es una inútil duplicación filósfica de un conjunto de normas “puestas”, promulgadas (aunque promulgadas por una autoridad “de facto”).

3. *Dos problemas resueltos*

Me parece que las tesis de Bobbio permiten resolver una paradoja de la teoría de Hart y disolver un error de la teoría de Kelsen.

(1) Una paradoja bien conocida está involucrada en el concepto hartiano de RR. La RR es una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces. Entonces, para identificar la RR, hace falta identificar previamente a los jueces. Pero, por otra parte, para identificar a los jueces, es necesario identificar previamente las normas (las “reglas de juicio”) que instituyen los propios jueces. Sin

¹⁰ En esta clase Bobbio incluye: las normas que regulan los procedimientos de formación de las varias fuentes del derecho; las normas que establecen límites de validez a las demás normas; y las normas que establecen un orden jerárquico entre las varias fuentes y que, de esta manera, permiten la identificación de la norma aplicable en caso de antinomia (N. Bobbio, “Per un lessico di teoria generale del diritto”, 240).

¹¹ «Si es verdad que la función de las normas de reconocimiento es la de permitir la identificación de las normas pertenecientes al sistema, es también verdad que esta función está inscrita en los caracteres distintivos de las normas sobre la producción jurídica, por lo menos en los sistemas normativos evolucionados [...]. Consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para “reconocer” cuáles son las normas válidas del sistema. De lo que se sigue que, una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se ve bien qué función específica puede atribuirse a las normas de reconocimiento y qué utilidad tiene la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias. [...] Hay entre norma de cambio y norma de reconocimiento algo más que “una conexión muy estrecha” [como admite Hart]. Son la misma cosa» (N. Bobbio, “Per un lessico di teoria generale del diritto”, 241). Críticas a estas tesis de Bobbio se leen en J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, 1990, 116 ss.

embargo, estas normas, siendo normas jurídicas, solo pueden ser identificadas por medio de la RR¹². Esta circularidad parece inevitable¹³.

Ahora bien, este problema simplemente no surge, y la paradoja desaparece, si aceptamos la sugerencia de Bobbio, e identificamos la RR simplemente con el conjunto de normas sobre la producción jurídica, cuyo reconocimiento no requiere en absoluto la previa identificación de los jueces. El criterio de identificación de la constitución es simplemente el principio de efectividad¹⁴.

(2) Kelsen no distingue entre validez y existencia de las normas¹⁵. Por consiguiente, no puede admitir que una norma pueda existir sin ser válida, sin tener un fundamento de validez, y entonces pretende encontrar un fundamento de validez a toda norma existente, incluida la (primera) constitución¹⁶. Y, cuando se interroga sobre el fundamento de validez de la constitución, se encuentra obligado a presuponer una norma ni válida, ni inválida – la NF – que otorgue validez a la constitución.

Ahora bien, es verdad (por razones lógicas) que el conjunto de las normas validas sólo puede estar fundamentado en una norma ni válida, ni inválida, y en este sentido “suprema”¹⁷. Pero, si no todas las normas pueden ser válidas, si necesariamente hay en el sistema jurídico una norma ni válida ni inválida (o un conjunto de normas ni válidas ni inválidas), ¿por qué no admitir que esta norma sea no una norma presupuesta, sino una norma simplemente “puesta”, promulgada? En otras palabras, ¿por qué no admitir que la norma suprema sea la propia constitución? ¿Por qué buscar un fundamento de validez para la constitución en otra norma, ni válida ni inválida, y no admitir, simplemente, siguiendo a Bobbio,

¹² Un problema análogo se encuentra en la tesis según la cual *todo* el derecho es creado por los jueces (J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948, 102, 125, 170): para identificar el derecho hace falta identificar previamente a los jueces; pero “juez” es un concepto jurídico; entonces, para identificar a los jueces, hace falta identificar previamente al menos una parte del derecho (las normas que instituyen a los jueces). Cfr. A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* (1934), Copenhagen, 1946, 62.

¹³ No persuaden las tentativas de solución de N. McCormick, *H. L. A. Hart*, London, 1981, 108 ss.; C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, 127 ss.; J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, 124 ss.

¹⁴ N. Bobbio, “Per un lessico di teoria generale del diritto”, 89 s.

¹⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 13 s.

¹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 266.

¹⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 97 ss. Cfr. V. Mathieu, “Sistemi logici e sistemi giuridici. Impossibilità di autofondazione formale”, in V. Mathieu, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989, 57 ss.; R. Guastini, “La validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles-Paris, 1994, 216 ss.

que la propia constitución sea la “norma fundamental”, ni válida ni inválida, del sistema jurídico?

Desde este punto de vista, la constitución “existe” jurídicamente – en el sentido de que pertenece al sistema jurídico – sin ser válida. La constitución es el criterio de identificación o reconocimiento de las demás normas, pero el criterio de reconocimiento de la propia constitución es simplemente la efectividad.