

# LA CONSTITUCION, FUNDAMENTO INQUIETO DEL DERECHO

JESUS IGNACIO MARTINEZ GARCIA

*SUMARIO:* I. PLIEGUE.—II. ABISMO.—III. PARADOJA.

Plantear en el derecho la cuestión del fundamento conduce a situaciones en las que la mayor fuerza y la mayor debilidad se intercambian extrañamente. La búsqueda del fundamento quisiera consolidarlo, pero acaba por desestabilizarlo. Si aspira a convertirse en punto de reposo, en el lugar esperado para que el derecho descanse y desde el que se domine, termina por ser apelación rebelde e insatisfecha. El fundamento no ajusta el derecho, sino que lo desafía y lo trastorna. Nada resuelve, sino que condensa e incrementa las inseguridades que inevitablemente se deslizan cuando se le da por supuesto.

La lógica jurídica no puede contener tanto como quisiera y se irrita ante lo que la desborda sin cesar. Esta situación es desalentadora para un pensamiento que lo ambicione todo, pero estimulante para quien bajo el imperio de la ley se pregunta de dónde le vienen al derecho sus razones, su aplomo y suficiencia. Aquí no se alcanzan respuestas sino nuevas interrogaciones. El fundamento antes que dar soluciones pide explicaciones.

La pregunta por el fundamento parece entregar al derecho a una tarea imposible, llevándolo a un extremo que lo amenaza, que lo hace radicalmente problemático, casi hasta el punto de volverlo insostenible. Pretende confirmar su principio pero está muy cerca de desautorizarlo. El derecho soporta mal el paso al límite y tiene miedo de la extrañeza fundadora, que no es un accidente venido desde fuera sino que le pertenece. Quisiera tener derecho a ser derecho, y esto —claro está— se le escapa siempre.

Pliegue, abismo y paradoja se ofrecen aquí como figuras de este funda-

mento inquieto que proyecta extrañeza en el derecho a la vez que lo reanima. El fundamento lleva el pensamiento a un territorio creativo, estimula la *logica inventionis*. Y así se verá cómo la Constitución no soporta el derecho, no lo consolida ni lo hace reposar, sino que lo incomoda, lo agita, lo desquicia desde su fundamento. La Constitución se convierte en la norma impertinente. Y en su apremio se hace imprescindible.

## I. PLIEGUE

Cuando emplazamos el derecho a la búsqueda de su fundamento ya no encuentra ningún objeto externo en el que reconocerse y comienza a agitarse. Como no puede proyectarse hacia fuera se intensifica y ejercita su extraordinaria habilidad para plegarse sobre sí mismo y para desplegarse. Gracias al esfuerzo fundamentador puede decirse, con imágenes de Deleuze, que «descubrimos nuevas maneras de plegar como también nuevas envolturas» pues «siempre se trata de plegar, desplegar, replegar» (1).

El severo ejercicio de fundamentación, la llamada perentoria al esclarecimiento de los principios, se encuentra con un derecho que se contrae, se entrecruza y juega consigo mismo en la ironía del fundamento. Pues el fundamento no es sino la específica torsión con la que reacciona a ciertas preguntas que le llevan al límite. La fundamentación aparece como técnica de inflexiones, en una elástica del derecho. Veamos cómo Kelsen, Rawls y Derrida proporcionan buenos ejemplos de ello.

El fundamento siempre ha sido desconcertante. Con Kelsen la búsqueda de la matriz lógica de la Constitución acaba por inscribir el derecho en un espacio altamente problemático. Remite a la *Grundnorm*, «Constitución en sentido lógico-jurídico», norma supuesta «sobre la cual reposa la validez de todas las normas». Por analogía explícita con el kantismo la norma fundadora aparece como el «presupuesto lógico-trascendental» que es «lógicamente imprescindible para la fundamentación», y por analogía implícita con el psicoanálisis como aquello que «hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen» (2).

Fundamentar no es tocar tierra sino entrar —y por vía analógica— en el ámbito espectral de los supuestos. El último supuesto condensa la búsqueda

---

(1) G. DELEUZE: *El pliegue: Leibniz y el barroco*, tr. J. Vázquez y U. Larraceleta, Paidós, Barcelona, 1989, pág. 177.

(2) H. KELSEN: *Teoría pura del derecho*, tr. R. J. Vernengo, Unam, México, 1983, págs. 206-208, 211 y 213.

obsesiva e intranquilizadora de aquello en lo que descansa el derecho. La norma fundamental es un modo de dar razón de la Constitución que evita la regresión infinita de una norma a otra. Pero no designa más que la regresión que pretende conjurar.

La norma fundamental y fundamentadora «es una norma “base” (“*Grund*”-*Norm*) porque nada puede preguntarse del fundamento (*Grund*) de su validez» (3). Suspendida en el vacío no tolera el cuestionamiento, está frenando un preguntar ilimitado que la disolvería. No explica nada, simplemente acota. Declara la imposibilidad de seguir interrogando, detiene el pensamiento y lo revierte sobre sí mismo. Pliega el derecho y lo deja a su suerte.

En un giro inesperado aparecerá finalmente caracterizada como «norma fingida», ficción privilegiada que «no sólo contradice la realidad», sino que «también es contradictoria consigo misma» (4). El ingreso en lo ficticio recupera para la teoría pura un viejo interlocutor, el pensamiento del «como-si», aquella ambiciosa propuesta con la que Kelsen se había confrontado en sus inicios pero que había quedado al margen del desarrollo de la propia teoría (5). Y no deja de ser motivo de reflexión que la construcción más logicista acabe entregándose a algo aparentemente tan alejado del rigor demostrativo.

Sólo la ficción aspira a ser el último garante de la Constitución y se atreve a soportar el derecho. Desemboca así el pensamiento jurídico en una región perturbadora: el fundamento como ficción. El terreno de los fundamentos se ha desplazado desde la razón a la imaginación. Fundamentar no puede significar ya constatar, tan sólo inventar.

El fundamento en el derecho no es algo a descubrir sino que está por construir. Fundamentar la Constitución es imaginarla, y la imaginación no descansa. Trabajar con ella no es extraer esencias sino el esfuerzo con niveles de indeterminación. Es labor productiva, abierta a múltiples direcciones, puesto que «no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta» (6).

La Constitución no es un punto fijo para el derecho. Fundada en la imaginación —facultad inquieta donde las haya— es un centro que se desplaza y que

---

(3) ID.: *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979, pág. 206. Se rectifica aquí la versión española de *Teoría general de las normas*, tr. H. C. Delory Jacobs, Edit. Trillas, México, 1994, pág. 251.

(4) *Ibidem*.

(5) Cfr. ID.: «Zur Theorie der juristischen Fiktionen: Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob», en H. KLECATSKY, R. MARCIC y H. SCHAMBECK (eds.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, vol. II, Viena, 1968, págs. 1215 y sigs.

(6) H. KELSEN: *Teoría pura del derecho*, cit., pág. 353.

en su trayectoria descentra el derecho. Como un eje móvil, a impulsos imaginativos todo lo moviliza. El derecho que quiera plegarse a ella descubrirá que ya no está donde se la esperaba. Su empuje provoca alteraciones y demanda nuevos equilibrios. La Constitución no reafirma el derecho sino que lo sorprende y lo encuentra inadaptado. Es la premisa para producir variaciones, configuraciones no previstas, nuevos pliegues y curvaturas.

Por su parte, la teoría del contrato social, de la que tanto se espera, hace depender el derecho de un pacto originario o de un consenso de fondo. Pero sólo aparentemente apacigua y propone un fundamento no fingido. Los contractualistas, con su enorme poder figurativo, son formidables narradores y saben cómo apoyar el derecho en la fábula. El contractualismo, siempre metafórico, sólo logra fundamentar al precio de arrojar sobre el derecho una impresionante carga de irrealidad.

En la propuesta de Rawls el fundamento exige un viaje imaginario al origen, activa un arranque fantástico. En cierto momento «el velo de la ignorancia se verá parcialmente levantado» y las partes en la posición originaria «procederán a efectuar un congreso constituyente» para «escoger una Constitución» que sea la más apropiada (7). Se producen entonces condensaciones de materia jurídica en la forma de supuestas «esencias constitucionales» (8). Pero por más que Rawls recurra a este lenguaje y los constitucionalistas hablen de contenidos esenciales, de principios intangibles, de ámbitos no negociables, de reducidos indisponibles, estos núcleos, siempre transformables, son tan sólo potencias e intensidades. No están inscritos en ninguna parte y nada hay aquí de definitivo. Los circuitos constitucionales pueden desconectarse y están abiertos a nuevas conexiones. Siempre se puede dar movimiento a lo que permanecía en reposo.

La fábula contractual es el hallazgo de un trazo envolvente que atrapa el derecho y lo hace de modo redundante, jurídicamente. La Constitución comparece ante una institución jurídica, el contrato, que se erige en principio organizador. El acontecimiento inaugural pertenece ya al orden de la ley y la sujeta a derecho. El contrato retiene la lógica jurídica y la enrosca sobre sí misma, como si quisiera evitar su desfallecimiento. La lógica jurídica, una vez plegada, parece más ceñida. Pero nada impide seguir preguntando por el fundamento del contrato, y entonces habría que presuponer relaciones más originarias. Tampoco Rawls escapa a la aporía del origen. El supuesto comienzo no será más que el resultado de una nueva torsión.

---

(7) J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, tr. M. D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, págs. 228-229.

(8) Id.: *El liberalismo político*, tr. A. Domènech, Edit. Crítica, Barcelona, 1996, pág. 262.

En el espesor del derecho el contractualismo construye una distancia que lo separa de sí mismo, que busca un punto de arranque pero que finalmente lo hace injertarse en sí mismo. Lo proyecta a una región previa que da razón y a la vez lo atrapa por un pensamiento que produce y aplica retroactivamente su propio modelo interpretativo. Pero de ningún modo es una tarea superflua. Gracias a esto el derecho genera distancias diferenciales, se agita interiormente y logra despabilarse. Un texto plegado permite distintos modos de despliegue que lo hacen reaparecer con renovado interés. El dispositivo contractual logra eficazmente tensar y destensar el derecho, envolverlo y desenrollarlo.

Para esta teoría la Constitución no es la última palabra del derecho, sino lugar de tránsito de una dinámica contractual que la atraviesa y a su paso lo impregna todo. Es vehículo de operaciones que provienen de lejos, que se desencadenan en el ámbito ficticio de la posición originaria. Y por mucho que Rawls quiera acotar la posición fundadora ésta es tan imprevisible como la misma fantasía que la ha construido. No podemos controlar la instancia remota que controla el derecho.

Es cierto que Rawls cree haber encontrado principios y se aferra a ellos. Al fin y al cabo toda Constitución es afirmación de principios. Pero los principios rectores generan dinámicas inesperadas que complican la vida del derecho. No son sólo metas a alcanzar en una programación dirigida, ni objetivos quizá ideales que sólo imperfectamente pueden realizarse, sino agentes provocadores. Además de representar una verdad ya establecida estimulan a descubrir verdades no conocidas previamente. Sólo en términos eufemísticos podemos describir su peripecia como desarrollo y aplicación pues siempre encontraremos fuertes virajes y desplazamientos. Los principios conducen procesos de interpolación y extrapolación. Gracias a ellos referencias extrañas confluyen de modo imprevisto en el texto constitucional. El pensamiento jurídico no se limita aquí a recorrer un camino previamente trazado, sino que lo va abriendo. Avanza hacia nuevas determinaciones y aparecen nuevas relaciones que revelan una profundidad desconocida en los principios. No hay entonces desarrollo sino cambios de forma, transformaciones. Aunque la materia sea la misma los pliegues la renuevan.

Con la norma fundamental y con el contrato el derecho quiere asegurar el control de sus márgenes hasta hacer que su propio límite no le sea extraño. Pero Derrida advierte que «un acontecimiento fundacional no puede ser tan sólo comprendido en la lógica de lo que éste fundamenta». Así como el origen del principio de razón no es racional, si nos preguntamos por el origen de la Constitución habrá que decir que «la fundamentación de un derecho no es un acontecimiento jurídico». A primera vista nada parece tan jurídico como instaurar

un derecho pero «a pesar de no ser simplemente ilegal, tal fundación tampoco remite a la legalidad interna que instituye» (9).

La pregunta por el fundamento se introduce en un plano que se presenta «excediendo la oposición entre lo fundado y lo no fundado, entre todo fundacionismo o antifundacionismo». Nos proyecta a un más allá de la legalidad pues la Constitución se hace fuera de la ley. De este modo «la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley» no puede ser sino una «violencia performativa» a la que no asiste ningún derecho, que «ninguna fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar» (10). Es obra de un pensamiento innovador.

Es imposible fundamentar la «violencia fundadora» de la Constitución porque «no se la puede hacer comparecer ante la institución de ningún derecho preexistente». Y así «su último fundamento, por definición, no está fundado». La fundación del derecho queda «suspendida de un acto performativo puro», de un «performativo absoluto», de un trazo irruptivo que se da a sí mismo los medios para decidir lo que es legal o no. El esfuerzo fundamentador de la Constitución encuentra su límite al chocar con «un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador», silencio que es interior al propio derecho (11). El fundamento del derecho queda así plegado sobre su secreto.

La Constitución no encuentra un lugar de descanso e, incansable, comparece por doquier, agita todo el derecho y lo acosa sin cesar. Sin sujeción ella misma, no sujeta nada. El cuestionamiento sobre lo ilegible del origen rebrota por todas partes, el potencial aporético del acto instituyente se dispersa por todo el derecho. Por el fundamento inaccesible obtiene el derecho su inestabilidad privilegiada, un carácter siempre transformable que obliga a reconsiderarlo todo, a «reinterpretar los fundamentos mismos del derecho tal y como habían sido calculados o delimitados previamente» (12).

La búsqueda del fundamento se convierte así en apelación insatisfecha, refractaria a toda organización, que no se detiene dogmáticamente ante ninguna determinación heredada, que no tiene principio ni fin. El significado de la Constitución no ofrece ya ninguna garantía externa. Está siempre por venir, enredando el derecho en nuevos pliegues.

No hay un lugar seguro en el que la Constitución se instale. No responde a

(9) J. DERRIDA: *La filosofía como institución*, tr. A. Azurmendi, Edic. J. Granica, Barcelona, 1984, págs. 54-55.

(10) ID.: «Fuerza de ley: El “fundamento místico de la autoridad”», tr. A. Barberá y A. Peñalver, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992, págs. 139-140.

(11) *Ibidem*, págs. 139, 140, 164 y 169.

(12) *Ibidem*, pág. 154.

un centro de referencia ni reside siempre soberana en el vértice, contentándose con dictaminar desde su altura. No sigue invariablemente el juego de los encadenamientos deductivos. Puede activarse en cualquier punto, injertarse en cualquier materia, desplazarse al mismo margen del derecho. No se apoya en ninguna axiomática ni desarrolla ningún programa, no responde a un orden calculable ni promete ningún ensamblaje en sistema. De ella no se espera una dirección sino una incisión. La norma más provocadora no procede rigiendo sino invadiendo, envolviendo. La Constitución es fuerza de ruptura y no cierre ni cúspide del derecho.

La Constitución, de una manera particularmente fecunda, está excediéndose siempre, en proliferación desbordante que se propaga y repercute por todo el derecho. Ningún contexto puede cerrarse sobre ella. Separada de cualquier fundamento supremo, olvidada de todo pretendido origen, se vuelve imprevisible en su despliegue.

## II. ABISMO

La cuestión del fundamento abre una profundidad que rompe la superficie del derecho y en la que éste se hunde. Una de las más inquietantes propuestas de Heidegger es precisamente la resolución del fundamento en abismo. Su exploración obsesiva del *Grund*, del fondo que da fundamento, y su despliegue en una extraordinaria riqueza de tonalidades y resonancias se puede hacer revertir sobre el derecho. Interesa asomarse al fondo oscuro del que el derecho surge, a las zonas de sombra en las que se sumerge.

Podemos preguntarnos a dónde lleva en el derecho el pensamiento racionalista, el que obedece al *principium rationis* y postula que *nihil est sine ratione*. Se trataría de averiguar cuál es el fundamento suficiente, capaz de soportar sus contradicciones. Pero «si nos aventuramos a ocuparnos de las proposiciones fundamentales y de los principios, nos vamos a encontrar de repente en una extraña comarca» (13).

Quien busca fundamentos espera descubrir un suelo firme para afincarse. Pero hay que advertir que los conceptos jurídicos fundamentales, los principios

---

(13) M. HEIDEGGER: *La proposición del fundamento*, tr. F. Duque y J. Pérez de Tudela, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1991, pág. 38. Originalmente ninguno de los textos citados en este epígrafe se refiere explícitamente a cuestiones jurídicas. Aquí se realiza una transposición que desarrolla, para un contexto de problemática constitucional, la escueta referencia heideggeriana a «la acción que funda un Estado», en *Caminos de bosque*, tr. E. Cortés y A. Leyte, Alianza, Madrid, 1995, pág. 53.

rectores, son más bien «hilos conductores del preguntar, responder y presentar». Nunca puntos fijos sino vectores que desgarran, abren caminos y permiten ver a través de ellos. Despejan un espacio jurídico y comienzan a articularlo. Precisamente «el nivel de una ciencia se determina por su *capacidad* para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales», por su tendencia a «poner la investigación sobre nuevos fundamentos» (14). La inquietud en torno a los fundamentos del derecho promete ser signo de vitalidad.

Lo cierto es que ya no podemos conformarnos con «poner un fundamento del cual se deriva deductivamente una proposición», con promover «la inserción artificial en un sistema», al modo de la dogmática jurídica. La pregunta por el fundamento, por una apropiación más originaria, no puede cerrarse de este modo. Si la lógica fundamentadora se lleva al límite se trastorna. Entra en un territorio en el que ya no caben más cálculos ni demostraciones más abarcadoras que logren por fin rendir cuentas. Habrá que intentar otra vía y entonces ya «no se trata de una fundamentación, sino de poner en libertad un fondo», lo que nos sitúa en una «indagación previa y creadora de conceptos fundamentales», en un ejercicio «lógica creadora» (15).

El trabajo con la Constitución es mucho más que deducción de proposiciones desde presupuestos ya aceptados o avance por medio de cadenas de conclusiones. No se limita a sacar la medida con módulos ya dispuestos ni consiste sólo en reafirmar una doctrina vinculante y un resultado válido. Al menos desde los juristas del derecho libre sabemos que «demostrar, es decir, deducir de presupuestos adecuados, se puede demostrar todo». De hecho «toda demostración es sólo siempre algo que se hace después, una empresa fundamentada en presupuestos», y dependerá de cómo éstos se establezcan (16).

El jurista que conciba «el fundamento bajo la figura de *archai*, *aittai*, de las *rationes*, de las *causae*, de los principios, causas y fundamentos racionales» no gana un terreno definitivo. Y las preguntas seguirán abiertas por más que se busque el cierre de estas figuras, en un último ajuste de cuentas, mediante una *causa prima*, *ultima ratio* o *causa sui*, maniobras circulares de «ese fundamento que yendo hasta el fondo de sí, se fundamenta a sí mismo», que busca una fundamentación apropiada a partir de lo fundamentado por él mismo (17).

(14) ID.: *Conceptos fundamentales*, tr. M. E. Vázquez, Alianza, Madrid, 1989, pág. 40; *El ser y el tiempo*, tr. J. Gaos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1989, pág. 19.

(15) ID.: *El ser y el tiempo*, cit., págs. 17, 20 y 47.

(16) ID.: *Conferencias y artículos*, tr. E. Barjau, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994, págs. 118 y 171.

(17) ID.: *La proposición del fundamento*, cit., pág. 174; *Identidad y diferencia*, tr. H. Cortés y A. Leyte, Anthropos, Barcelona, 1990, pág. 125.

Para evitar el bloqueo de poco sirve pedir ayuda a la lógica cuando «es la lógica misma la que necesita de aclaración y fundamentación». Las instituciones no se han trazado siguiendo las directrices de la lógica, sino que ellas mismas han fundado la lógica jurídica. Y tratar del fundamento de la Constitución es precisamente preguntarse por el fundamento de la lógica jurídica en la medida en que está desencadenada por ella. Pero no disponemos de una meta-lógica definitiva, de un grado superior del intelectualismo que pueda dar razón cumplida de la lógica imperante. Habrá que arriesgarse a trastornar la lógica del derecho, a «desquiciarla desde su *fundamento*» (18).

El problema del fundamento nos arrastra a una región que no está gobernada por un principio definitivo, que no conduce a un origen más alto ni remite a una pauta superior. Pero que tampoco cae necesariamente en el vacío. Por contraposición a toda derivación hay que descubrir «el fundamento que surge trascendiendo», el movimiento que sobrepasa, que asciende en posibilidades y rebasa lo conocido. Y este fundamento nos arroja a «la abertura del abismo en la trascendencia fundante» (19).

El pensamiento jurídico se ve lanzado a una región refractaria al análisis, a la deducción y a la dialéctica, en la que fatalmente se precipita cuando quiere dar razón hasta el fondo. Ya no se topa con necesidades más altas por el camino esforzado de la abstracción, ni halla nuevas vías todavía practicables que permitan seguir demostrando proposiciones. No tendrá más remedio que reconocer que «la libertad es el origen del principio de razón» y que en ella «se funda el fundamento» (20).

Erigir la libertad en fundamento del derecho no parece nuevo. Pero esta libertad no es la que le resulta tan familiar al jurista y tan útil para sus operaciones de legitimación, sino que «en cuanto tal fundamento, la libertad es el abismo». El fundamento del derecho es su abismo y en él tendrá que saber enraizarse. Quedamos suspendido sobre un precipicio en el que pensamiento se despeña. El desafío es impresionante pues «de abismo (*Ab-grund*) hablamos cuando se pierde el fondo, cuando notamos la falta de un fundamento (*Grund*), en la medida en que lo buscamos e intentamos hallarlo» (21).

En el derecho, como en toda aventura intelectual, «buscar el fundamento

(18) ID.: *Introducción a la metafísica*, tr. A. Ackermann, Gedisa, Barcelona 1993, pág. 114, 133 y 170.

(19) ID.: *De la esencia del fundamento*, tr. E. García Belsunce, en ID.: *¿Qué es metafísica? y otros ensayos*, Edit. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1992, pág. 106-107.

(20) *Ibidem*, pág. 105.

(21) *Ibidem*, pág. 106; *De camino al habla*, tr. Y. Zimmermann, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1990, pág. 13.

significa ahondar y hondear (*ergründen*). Es siempre algo «relacionado con el fondo» (22). No se trata de ascender hacia primeros principios de los que el pensamiento estaría prendido sino de descender a una sima. El fundamento nombra la profundidad, la región más honda, el subsuelo que soporta. No es cúspide, culminación y coronamiento —figuras que fácilmente acaban siendo manifestaciones de complacencia—, sino hundimiento, inmersión y desmoronamiento.

Queremos ir hasta el fondo pero «queda por decidir si el fondo es un fondo verdaderamente fundante, un fondo originario que pueda dar lugar a una fundamentación, o si el fondo impide la fundamentación por ser un abismo o desfondo (*Ab-grund*), o si acaso el fondo no es ni lo uno ni lo otro sino que sólo se presta como pretexto, tal vez necesario, que resulta ser una fundamentación aparente y, por tanto, un fondo in-fundado (*Un-grund*)» (23). Tremenda inquietud en torno a los fundamentos, en palabras que reflejan muy bien lo que siente el jurista cuanto no tiene más remedio que trabajar en las regiones abisales del derecho.

Lo que estaba destinado a ser lo más seguro es ahora fuente de máximo desconcierto. Nos encontramos juntamente con «lo más fiable y al mismo tiempo el a-bismo». La región que invocamos no deja construir directamente sobre ella pues «no nos proporciona ni suelo, ni fundamento sobre el que inmediatamente pudiésemos poner lo que diariamente proponemos, componemos y disponemos». El jurista reside en «lo carente de suelo», en lo que «al ceder constantemente, no ofrece ningún apoyo y rehúsa todo fondo (*Grund*) y trasfondo (*Untergrund*)», en lo que «se manifiesta, en cualquier sentido, como el a-bismo (*Ab-grund*)» (24).

Pero lo que está en pie olvida a menudo en qué se basa. Así cuando se conecta la Constitución a los valores superiores que en ella se afirman se puede creer que también la legitiman, que la soportan y consiguen que arraigue. Y sin embargo el trabajo con los valores constitucionales, con ese fundamento privilegiado que permite cimentar tantas cosas, es también la experiencia del fondo que se desfonda, del fondo en el que es imposible hacer pie y tocar fondo, que es fondo y abismo. Los valores superiores están cediendo constantemente y se vuelven a hundir después de cada nuevo intento por ahondar en ellos.

El pensamiento jurídico habita en la hondonada de los «fundamentos a-bis-males». Su fundamento «nunca puede, para empezar, tener aún un fundamento que lo fundamente». En la medida en que «es en sí fundante, él mismo queda

(22) Id.: *Introducción a la metafísica*, cit., págs. 12-13.

(23) *Ibidem*, pág. 13.

(24) Id.: *Conceptos fundamentales*, cit., págs. 99-100.

sin fundamento». Y ello «no por el hecho de que se fundamente a sí mismo» (25). El fundamento de lo fundante sigue siempre pendiente, insondable, sin suelo. Funda hundiéndose.

Llegados a esta zona abismal no podemos aferrarnos a una doctrina fundamental, a certezas que sean el último fundamento. Pero no por eso hay derrota. El pensamiento creador descubre aquí su capacidad para un impulso inicial, no mediado, que no puede demostrarse ni derivarse a partir de lo que se venía admitiendo, que no puede garantizarse por un progreso dialéctico, sino que abre lo nuevo, extraordinario y discontinuo. Se trata de un pensamiento que «alcanza, saltando, su propio fundamento y que lo instituye saltando». Es el surgimiento que irrumpe, la eclosión de una región del mundo, lo que rebasa lo conocido y que ninguna fundación preexistente puede garantizar. Fundar es saltar y la Constitución tiene mucho que ver con el arrojado de un «salto fundador». Así puede decirse de ella, y de mucho de lo que con ella puede hacerse, que «tiene su fundamento en un salto (*Sprung*)» y «a tal salto, que se instituye, como fundamento, saltando, lo llamamos su origen o salto originario (*Ur-sprung*)» (26).

Con la Constitución el jurista no queda atrapado en lo ya sabido, apoyándose en sus propios límites, confinado en un pedante rastreo, sino que inaugura y alcanza lugares que antes no estaban disponibles. El salto es posición originaria porque avanza hacia lo no dicho, irrumpe en lo no pensado y recoge el embate de lo emergente. Si la Constitución consigue dar fundamento al derecho es gracias a su capacidad para convertirse en región de saltos.

Por el salto aparecen nuevas figuras del pensamiento que dan cuenta de lo que ocurre en la región de los fundamentos del derecho. La brusquedad del salto no implica abandonar el lugar de procedencia. Hay que tener muy presente que «el salto del pensamiento no deja detrás suyo aquello a partir de lo cual él se lanza, sino que se lo apropia de una manera más originaria». Lo recupera desde otra tonalidad, en una «trans-posición» que nada tiene que ver con la implicación en una deducción más alta. Hay un reencuentro o retorno que lleva a una transformación, a la «transpropiación» en el seno de un «ámbito oscilante», por medio de una «provocación alternante» (27).

Aquí experimentamos «la separación y correlación mutuas del fundar (*Gründen*) y el fundamentar (*Begründen*)», de la instauración innovadora y del despliegue de razones. La resolución fundadora reclamará la correspondiente fundamentación, la argumentación pertinente que vertebra el territorio abierto,

(25) ID.: *La proposición del fundamento*, cit., págs. 92-93 y 175.

(26) ID.: *Introducción a la metafísica*, cit., págs. 15-16; *Caminos de bosque*, cit., pág. 67.

(27) ID.: *La proposición del fundamento*, cit., págs. 105 y 144; *Identidad y diferencia*, cit., págs. 89 y 93.

que organiza y traduce en técnica jurídica el nuevo dominio, lo pone a disposición del derecho y lo hace practicable. Entre ambas instancias tampoco hay deducción sino un movimiento giratorio, una «rotación», una torsión (28). Habrá que darle vueltas y retorcer desde otro inicio lo que ha sido concebido para volver a emplazarlo, para reinstaurarlo. Una refundación permanente exige reinterpretar los fundamentos del derecho tal y como habían sido delimitados previamente, se esfuerza por reinscribir el derecho en nuevos fundamentos.

El fundamento constitucional no es un principio constatable y acabado. No es abrigo seguro para el derecho sino ámbito de sacudidas y sorpresas en el que aflora lo que está por pensar. En el fundamento que es abismo «no buscamos la fuerza en lo ya pensado, sino en un impensado del que lo pensado recibe su espacio esencial». Y no se trata de desvelar —al modo de la jurisprudencia de conceptos— un principio necesario de rango superior que permanecía implícito. En realidad «la medida de lo impensado no conduce a integrar lo pensado con anterioridad dentro de un desarrollo y una sistematización todavía más altos y que lo superan, sino que exige la puesta en libertad del pensamiento transmitido» (29). Consiste en ahondar en lo ya pensado pero fuera de lo que hasta ahora ha sido pensado. Se salta a lo olvidado que de manera oculta porta lo pensado, y se activa entonces el poder de lo impensado en lo pensado.

La Constitución no es simplemente la representación de algo ya decidido y consensuado sino territorio de pugna con lo impensado del derecho. Su interpretación no consiste en entender de forma más acabada lo que ya dice, sino en la posibilidad de provocar un viraje para que hable de otra manera. Buscar el fondo, sondear, es escuchar en lo dicho lo que no ha sido dicho y desde ahí volver a emplazarlo. La palabra constitucional, como palabra fundadora, recibe su determinación desde lo que aún no dice. Fundar el derecho no es interrogar por lo siempre válido que se alza en rígida actualidad y se deja condensar en una definición. No desemboca en verdades doctrinales que pronto lo arruinarían. Por el contrario, las palabras fundamentales hacen señales que traen lo impensado. Son caminos que aportan lugares al derecho, que lo emplazan provocándole y que constantemente lo arriesgan.

La cuestión del fundamento remite a un hacer creador que no quiere ser obra arbitraria sino proyecto esclarecedor. El fundamento de la Constitución no procede de medidas ya dispuestas en un ámbito supraconstitucional ni es reconocimiento de ninguna tabla de valores. Es más bien «el construir inaugural» que da razón del derecho «fundamentándolo poéticamente», es decir —en

---

(28) *Id.*: *Identidad y diferencia*, cit., pág. 149.

(29) *Ibidem*, pág. 111.

el viejo sentido de la *poiesis*— creadoramente, de modo que su trayectoria quede «poéticamente reubicada en su fundamento» (30). No se trata de demostrar sino de despejar.

La Constitución no es el más alto sistema de seguridades, último garante y guardián supremo de un orden, sino ante todo principio de interpelación. No es norma de cierre sino de apertura, y lo que se abre con ella nunca se deja demostrar. Funda el espacio constitutivo en que el derecho mora y logra afincarlo en la incertidumbre. La Constitución, norma diferente de todas las demás, hace que el derecho resida en el riesgo de la diferencia y tenga que ser «pensado desde la diferencia» (31). No afianza el derecho, no le permite reposar, sino que lo inquieta permanentemente desde su fundamento.

Frente a los que todavía creen poder consolidar el derecho no basta con decir ahora que la Constitución padece de una crisis de fundamentos. Hay que llegar a descubrir que vive precisamente de ella, que ésa es la fuente de su vitalidad y la razón paradójica de su fuerza. No es que la cuestión del fundamento de la Constitución siga abierta sino que más bien su fundamento es lo abierto. Su aportación al derecho es obligarle a sostenerse en lo abierto, incluso hasta desquiciarle y arrancarle de su fundamento.

### III. PARADOJA

La paradoja sume al pensamiento en la perplejidad y en la impotencia. Le arranca de toda complacencia y su descubrimiento es la confesión de un fracaso. Hay una necesidad imperiosa de evitar las paradojas y el jurista se apresura a ocultarlas, a desactivarlas, a desplazarlas hasta hacerlas invisibles. El derecho desearía ser invulnerable, poder vivir de espaldas a ellas, llegar a olvidarlas. Pero en ello siempre falla.

Las paradojas recorren todo el pensamiento jurídico dejando un rastro inquietud. No son cabos sueltos, dificultades marginales, roturas ocasionales. Brotan en lugares demasiado importantes, con gesto obcecado, y ofrecen una resistencia tenaz. Las paradojas amenazan los fundamentos.

No son fruto de una diversión estimulante o de la agudeza ingeniosa, ni resultado del virtuosismo que siente un placer malicioso en jugar con la lógica jurídica y ponerla en aprietos. Tampoco son falacias, trampas que se tiende la propia lógica, figuras insensatas y engañosas que una razón despierta debe im-

(30) *Id.*: *Conferencias y artículos*, cit., pág. 176; *Introducción a la metafísica*, cit., págs. 134 y 150.

(31) *Id.*: *Identidad y diferencia*, cit., pág. 141.

pugnar y arrojar fuera del derecho. Las paradojas surgen más bien de forma irritante en medio de la seriedad de un esfuerzo que lleva el pensamiento hasta lo impensado o hasta un punto en que la lógica del derecho se vuelve ingobernable. No son manifestaciones de inconsecuencia sino desafíos de un pensamiento radical.

La paradoja ya no puede presentarse como anomalía ni como dificultad que hay que apresurarse a resolver o neutralizar. Su solución no se logra profundizando todavía más cuando aparece ya como límite infranqueable. Y de poco sirve esquivarla pues volverá en otro lugar y de otro modo. Siempre acaba por apoderarse del territorio del que ha sido expulsada. Y la persistencia del elemento rebelde hace sospechar algo decisivo: que el derecho no arranca del buen sentido sino de la paradoja. Qué tentador entonces demorarse en ella, entregarse a su poder, hasta descubrir un derecho animado por la paradoja. Pues las paradojas son productivas, son espacios fecundos de fricción, hallazgos emocionantes llamados convertirse en la pasión del pensamiento jurídico (32). Y aquí la teoría de Luhmann es un guía privilegiado.

El destino de la fundamentación es la paradoja. Los fundamentos sólo son accesibles paradójicamente y «hay paradojas por todas partes en donde buscamos fundamentos». Por eso «el problema de fundamentar el derecho no es encontrar e identificar la última base (*ground*) o razón que justifica su existencia» sino «cómo suprimir o atenuar la paradoja que un observador con inclinaciones lógicas o con un grado suficiente de insatisfacción podría ver y articular en cualquier momento» (33). Quien no ve paradojas es por falta de la suficiente agudeza o del disgusto necesario que preserve la lucidez.

Ya es hora de que los tópicos se inviertan. Es preciso ver en las paradojas

---

(32) G. DELEUZE: *Lógica del sentido*, tr. M. Morey, Paidós, Barcelona, 1989, reconoce que las paradojas son «la Pasión del pensamiento» (pág. 92) y que «el lenguaje alcanza su más alta potencia con la pasión de la paradoja» (pág. 96). La paradoja como «la pasión del pensamiento» es una temática que ya ocupó a S. KIERKEGAARD: *Migajas filosóficas o un poco de filosofía*, tr. R. Larrañeta, Trotta, Madrid, 1997, pág. 51. J. ORTEGA Y GASSET: *¿Qué es filosofía?*, en *Obras Completas*, tomo VII, Alianza y Revista de Occidente, Madrid, 1983, ya decía de la filosofía —lo que puede extenderse a todo gran pensamiento— que «es constitutivamente paradoja» (pág. 364) y que su historia es «una serie ininterrumpida de paradojas», *Sobre la razón histórica*, en *Ibidem*, tomo XII, pág. 270. El trabajo pionero, de 1928, de B. N. CARDOZO: *The Paradoxes of Legal Science*, reimpresión, Columbia University Press, Nueva York, 1945, responde al estímulo de las «interminables paradojas» de un derecho en el que «la antítesis penetra la estructura» y ahí está su «misterio» pero también su «aliciente» (pág. 134). La paradoja es asunto decisivo puesto que «la reconciliación de lo irreconciliable, la fusión de antítesis, la síntesis de opuestos, éstos son los grandes problemas del derecho» (pág. 4).

(33) N. LUHMANN: «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», en *Journal of Law and Society*, 15, 2, 1988, pág. 154.

no imposibilidades sino puntos de articulación. En lugar de esquivarlas hay que saber mantenerse en ellas, entregarse a la ineludible «fundamentación paradójica (*paradoxical foundation*) del sistema jurídico». La paradoja se convierte por fin en «principio creativo» (34). Lo antes rechazado se vuelve ahora ocupación predilecta. El pensamiento deja de concebirse como la aniquilación de la paradoja para verse como los distintos modos de su despliegue. No puede plantearse como eliminación de contradicciones una vez que «por lógica se entiende un sistema de reglas que condiciona la constitución de contradicciones». Y el derecho, como cualquier sistema social, «constituye las contradicciones válidas para él» (35).

Siempre a vueltas con la paradoja, reformulándola, explotando sus recursos, organizándola, el pensamiento jurídico es una hábil «estrategia de desaparadojización», el hallazgo de «formas técnicas de desaparadojización» cada vez más refinadas, la propuesta desafiante de una «estructura de desaparadojización». Y esto «no puede ocurrir de forma lógica, porque la paradoja se encuentra fuera de los límites de la lógica». Ya no hay instrucciones y «el despliegue de la paradoja sólo puede ocurrir a saltos, sólo creativamente (lo que no tiene que significar arbitrariamente)». En cualquier caso «las formas de desaparadojizar la paradoja dependen de condiciones de aceptabilidad social» (36). Condiciones que remiten a una cultura que a su vez no es sino despliegue de paradojas.

La Constitución no deja que nos familiaricemos demasiado con ella. Es lugar de paradojas rectoras, territorio de máxima intensidad paradójica (37). Fundamentarla no puede ser sino desaparadojizarla. Y esto no es asunto de ningún nivel supraconstitucional sino, por el contrario, de todo el derecho en su trabajo con la Constitución. La Constitución no afianza el derecho, sino que ri-

---

(34) *Ibidem*, pág. 154; *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, pág. 170. Las paradojas no llevan necesariamente a círculos viciosos, que no son sino «formas fracasadas de desaparadojizar», «Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft», en *Zeitschrift für Soziologie*, vol. 16, 3, 1987, pág. 170. El efecto sorpresa de la paradoja, el *shock* que produce, es un gran estímulo: «Precisamente porque la paradoja paraliza la observación, puede ser entendida como impulso, incluso como presión para el desarrollo», *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, tr. C. Fortea, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 202.

(35) *Id.*: *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, págs. 495 y 498.

(36) *Id.*: «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», *cit.*, págs. 154 y 158-159; *Observaciones de la modernidad*, *cit.*, pág. 185.

(37) *Cfr.*, por ejemplo, en la bibliografía española R. DE ASÍS ROIG: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, págs. 59 y sigs., y C. ALARCÓN CABRERA: *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 51 y sigs.

valiza con él y lo desafía. Más que proporcionar garantías proyecta dinámicas de riesgo. Descarga sobre el derecho toda la fuerza de sus paradojas. Fundamentarla es hacerla soportable, saber desarrollarla.

La Constitución aparece como una innovación estructural en la historia del derecho, como una adquisición evolutiva que instaura una preeminencia. Se trata de «una ley que sirve de medida de la conformidad o no al derecho *de todas las otras leyes* y de los demás actos jurídicos». Se erige un «lugar especial», una «posición de excepción» que desgarrar el derecho en una drástica diferencia de niveles. Y es la misma Constitución la que se atribuye la preeminencia mediante una maniobra «autológica». En un ejercicio de autorreferencia «se incluye a sí misma en su propio ámbito de reglamentación» (38).

Detrás de lo consabido de la Constitución como vértice del ordenamiento hay un movimiento extraordinariamente atrevido que la fuerza de la costumbre hace olvidar. Siempre es más práctico que la maniobra autológica se vuelva invisible. Pero hay que ser muy conscientes de «la audacia de este principio», de su «temeridad estructural». Desde ahora «todas las otras leyes pueden ser observadas y juzgadas desde el punto de vista de su conformidad o no al derecho». Cualquier norma es susceptible de ser contraria a derecho y «todo el derecho se pone en situación dudosa, en situación de contingencia». El derecho se vuelve por primera vez jurídicamente —no moral, política o económicamente— cuestionable y queda bajo sospecha. La Constitución no asegura el derecho sino que lo hace vulnerable, le produce una permanente incertidumbre pues «todo el derecho queda expuesto al examen de constitucionalidad». En lugar de la vieja jerarquía externa entre derecho natural y derecho positivo se ha instaurado una diferencia interna entre la norma constitucional y el resto del ordenamiento. Así se consigue que «todo el derecho tenga que responder en el mismo sistema jurídico» (39). De este modo la Constitución logra la autoirritación permanente del derecho.

Y la misma Constitución —por más que se quiera intangible— padece la constante irritación de la tarea interpretativa, que es productora de distancia, generadora de problemática. La interpretación es trabajo para hallar y retener

(38) N. LUHMANN: «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», en *Rechtshistorisches Journal*, 9, 1990, págs. 182-183. Sobre el carácter autológico de la Constitución cfr. también *Das Recht der Gesellschaft*, cit., págs. 472 y 526. Es inevitable que la Constitución aparezca como objeto que se autodescribe, que se autocontiene. Y el mismo concepto de autología es autológico. Cfr. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, edic. y tr. J. Beriaín y J. M. García Blanco, Trotta, Madrid, 1998, pág. 53.

(39) ID.: «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», cit., págs. 183 y 192; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pág. 474.

disonancias, y no fidelidad estática en un juego consonante de redundancias. La función de la dogmática constitucional no consiste en encadenar el pensamiento jurídico, en reforzar ataduras, sino paradójicamente en «el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos». Se desvincula de la mera literalidad y promueve el «aumento de las inseguridades soportables» (40). La interpretación no preserva la Constitución sino que la arriesga y la vuelve contingente.

Como horizonte del pensamiento jurídico la Constitución no encierra ninguna plenitud, no representa la totalidad de los consensos posibles. Sus principios no son identidades sino diferencias, formas y límites que la separan de un espacio exterior no marcado, que siempre la están distinguiendo. Y las operaciones de los juristas no reproducen su contenido sino que son productoras de diferencias. Pero si permanece como fondo estable en el que los intérpretes «pueden distinguir lo mismo de formas diferentes» es porque «al indicar la misma cosa, dejan sin mencionar aquello respecto de lo que la distinguen» (41).

La misma referencia constitucional soporta una pluralidad de sentidos, un juego de variaciones en el que el otro término de la relación está siempre cambiando. Por eso el lugar que explora el jurista es también su reverso, el otro lado. A la Constitución pertenece la «cara última no mencionada de todas las distinciones», lleva inscrito «el inobservable último» del pensamiento jurídico. Interpretarla consiste en «el modo de permutar los fondos en el fondo» constitucional. Precisamente algo de «la antigua fascinación por el “origen” (*arché, origo, fuente, principium, fundamento*)» estriba en que «cuando se conserva con firmeza como punto de referencia, permite un cambio de las distinciones» (42). La Constitución se hace resistente y se confirma porque se involucra en distinciones siempre nuevas.

Enredados en el viejo problema de fundamentar la validez de la Constitución podemos estar ya de vuelta de «explicaciones solemnes», de un lenguaje grave que santifica pero que no aclara. La teoría de sistemas se siente incómoda con «la cuestión de la fundamentación (*die Frage der Begründung*)» y propone sustituirla por otros enfoques. La comprensión de lo que está ocurriendo en el derecho «hace necesario y posible no hablar ya más de leyes que están en el fundamento, de *lois fondamentales*, etc., sino de Constitución (en singular)» (43).

(40) Id.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, tr. I. de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 29-30.

(41) Id.: *Complejidad y modernidad*, cit., pág. 226.

(42) *Ibidem*, págs. 226-227 (texto y nota 24).

(43) Id.: «*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*», cit., págs. 184 y 200.

Luhmann dirá que «la validez de la Constitución ya no puede ni tiene que fundarse *ab extra*». Ahora, «la validez hipotética de una norma fundamental (Kelsen), diseñada a partir de una analogía científica, apenas satisface» y «en cualquier caso se trata de una construcción inútil». Después de todo «se puede comprender que no tiene mucho sentido plantearse siempre de nuevo la cuestión del origen o del fundamento de validez, del *arché* o del *principium*» (44).

Es preferible sumergir la Constitución en el seno de un sistema autorreferente como el jurídico, cerrado operativamente, e intentar entender cuál es su papel. Habrá que prepararse para descubrir, también en el ámbito constitucional, que «todas las jerarquías son estructuras circulares» (45). Entonces «lo decisivo es que la introducción de una asimetría en la relación entre dos posiciones textuales diferentes, el derecho constitucional y el resto del derecho, está ligada a una interrupción de la regresión infinita de la cuestión de la fundamentación» (46). La Constitución logra que la búsqueda del fundamento, en vez de quedar proyectada hacia instancias externas, como un foco ilimitado que se disipa, revierta dentro del mismo derecho y se convierta en autofundamentación. En lugar de dispersarse el fundamento se atrapa, se recupera por el derecho y se hace pensamiento jurídico.

Tras una larga evolución el derecho se ha emancipado de la tutela del derecho natural, queda exclusivamente como derecho positivo y se vuelve sistema autorreferente. El derecho no puede generarse más que jurídicamente y sólo es derecho lo que él mismo considera como tal. Pero ya se ve que esta autonomía es altamente paradójica. Necesita de un fundamento y no tendrá más remedio que fundarse a sí misma. Para ello tiene que evitar el bloqueo ante la paradoja y llegar a articularla. Y precisamente en este empeño «la idea de Constitución es un concepto de desaparadojización (*Entparadoxierungskonzept*)» (47).

La Constitución se presenta con la pretensión de «una ley que funda (*fundiert*) todo el derecho». Es la «forma por la cual el sistema del derecho reacciona a su propia autonomía», un texto autológico que sustituye al derecho natural. Impide toda referencia externa y «constituye el sistema jurídico como un sistema cerrado». Pero por otra parte «la misma Constitución tiene que romper el círculo de la autorreferencia, tiene que reconducir la simetría en asimetría» (48). Nombra los valores a los que el derecho sirve y engendra niveles que se tienen por intangibles. Pero ya no es la propuesta de un fundamento ex-

---

(44) *Ibidem*, pág. 187.

(45) *Id.*: *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, pág. 359.

(46) *Id.*: «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», *cit.*, pág. 188.

(47) *Ibidem*, pág. 185.

(48) *Ibidem*, págs. 187 y 190.

terno. Por razones operativas se da «una forma asimétrica (no fundamentable lógicamente)», pero no puede haber fuga *extra legem*. Es cierto que no faltan «intentos de fundamentación que se consideran capaces de trascender el texto legislativo». Pero «precisamente por eso caen en los problemas del cierre autorreferencial del sistema jurídico» (49). La autopoiesis no perdona. La descarga de problemas en un horizonte extrajurídico no evita la necesidad de su traducción jurídica.

Hacer depender la Constitución de una norma superior significaría no entender que la validez carece de existencia independiente de la propia dinámica recursiva del sistema, que es sólo una forma operativa y no una propiedad que le viene al derecho desde fuera, por remisión a un fundamento externo. La validez no es un atributo sino el esquema válido-ínválido, la articulación que constituye la clave del derecho, la distinción que estructura un ámbito de comunicación. Y «del mismo modo que la validez no es una norma, tampoco es una norma fundamental, ni una metanorma». No puede derivarse de un origen, de una razón, de una argumentación. En realidad «el único test de validez reside en el logro de una variación circulante del estado de validez del sistema, en la conexión circulante de una operación con otra, en la autopoiesis del sistema» (50). No hay ninguna razón última que convalide, sólo formas que fluyen.

La circularidad tampoco puede romperse con valores superiores, que ya son parte de la dinámica autorreferente, constituyen el mismo lenguaje del derecho y son también formas paradójicas. El derecho invoca la libertad para delimitarla y la igualdad para justificar el trato desigual. Los valores superiores producen y despliegan paradojas, tienen una «estructura fundamental paradójica» (51). No pueden ser el apoyo fácil que tantas veces se ha buscado.

Habrá que atreverse a ver que «el fundamento del derecho no es una idea que sirva de principio, sino una paradoja». En lugar de una *Grundnorm* encontramos una *Grundparadoxie*, que no es otra que «la paradoja fundamental de la identidad de lo jurídico y lo antijurídico». La paradoja del esquema binario del derecho, de «la unidad de una diferencia», no puede resolverse por remisión externa en estrategia gödeliana. Sólo puede desplegarse internamente. En este punto «todo intento por observar el esquema de observación lleva a una paradoja, es decir a una oscilación entre dos posiciones contrapuestas». Pero «así el sistema jurídico no puede operar» (52).

No queda más remedio que plantear en el derecho «la paradoja de su auto-

(49) *Ibidem*, pág. 190 y 192.

(50) *Id.*: *Das Recht der Gesellschaft*, cit., págs. 103 y 110.

(51) *Ibidem*, pág. 514, nota 44. Cfr. también págs. 234, 577 y 580.

(52) *Ibidem*, págs. 235, 485 y 545.

fundamentación (*Selbstbegründung*)», observar «la gestión de la paradoja (*Paradoxienmanagement*) del sistema», pues «el derecho sólo se deja fundamentar mediante el despliegue de una paradoja, mediante la introducción de distinciones identificadoras». Se llega a afirmar que «la paradoja es el lugar sagrado del sistema, su divinidad en configuración variada: como *unitas multiplex* y como *re-entry* de la forma en la forma, como identidad de lo diferenciado, como determinabilidad de lo indeterminable, como autolegitimación». Y por si fuera poco «la paradoja del sistema es, en el derecho como de otro modo también en la lógica, el ángulo ciego del sistema», lo que para él permanece oscuro pero que le permite ver, su fundamento invisible. Porque «la paradoja se invisibiliza en el proceso de su despliegue y determinación» (53).

Después de todo la experiencia de la autofundamentación lleva a reconocer «la contingencia de todas las fundamentaciones o incluso la no fundamentabilidad de la fundamentación». Vemos cómo «a una larga historia de la reflexión sobre la fundamentación el sistema jurídico reacciona de una manera por así decir perversa: cuantas más necesidades se buscan, se descubren más contingencias; cuanto más hay que evitar situarse en la paradoja de la fundamentación (*Begründungsparadox*) y quedar afectado por la no fundamentabilidad de las razones, tanto más se desplaza la argumentación de lo seguro a lo inseguro, del pasado al futuro, de lo determinable a lo probable». Y si todos los relatos jurídicos son paradójicos -como los valores superiores, el contrato social, la norma fundamental o la autofundamentación- quizá de lo único que se trate sea de saber elegir «la paradoja adecuada a su tiempo (*das zeitgemässe Paradox*)» (54). Que no es poco.

El derecho está instalado en paradojas, que generalmente pasan inadvertidas pero que afloran a medida que el pensamiento jurídico se desarrolla. Las teorías innovadoras se esfuerzan por introducir distinciones para apoderarse de ellas (55). Pero nunca podremos reemplazar todas las paradojas jurídicas emergentes por distinciones apropiadas. Frente al optimismo ingenuo la historia del pensamiento jurídico muestra que «las paradojas tienen una inclinación fatal a

---

(53) *Ibidem*, págs. 176, 215, 319 y 320. Pero no se trataría necesariamente de una sola paradoja como instancia fundadora. Ya M. FOUCAULT: *La arqueología del saber*, tr. A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1990, recelaba de una «contradicción fundamental» que «se revela finalmente como principio organizador, como ley fundadora y secreta que da cuenta de todas las contradicciones menores y les confiere un fundamento sólido» (pág. 253). Una forma discursiva es más bien «un espacio de disensiones múltiples» (pág. 262).

(54) N. LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft*, cit., págs. 343, 383 y 581.

(55) Para G. P. FLETCHER: «Paradoxes in Legal Thought», en *Columbia Law Review*, 1985, «el método de las distinciones parece ser la vía fundamental con la que hacemos frente a las paradojas en las estructuras de pensamiento jurídico» (pág. 1280).

reaparecer». Son persistentes y cuando desaparecen deberíamos preguntarnos dónde se oculta «la mano invisible de la paradoja». Aunque parezca desvanecerse «de nuevo la paradoja reaparece, y es más sofisticada que la misma razón» (56).

Todo argumento jurídico encierra su paradoja. Lo que aparece fundamentado es porque ha logrado envolver su paradoja. Aquí «el “fundamento de validez” reside pura y simplemente en la necesidad de recubrir la constitución (*Konstitution*) tautológica/paradójica de toda unidad sistémica y sustituirla por distinciones manejables» (57).

Recubrimiento, envoltura, que es también encubrimiento y disimulo, ocultación y secreto, de un vacío y de una extrañeza que están en el corazón mismo del derecho. Por eso, por mucho que funcione, que sus operaciones se sucedan con fluidez, que su estado circulatorio sea satisfactorio, brotará siempre de modo perturbador la pregunta por el fundamento. Es decir, el intento de destapar la paradoja, de provocar la extrañeza. El pensamiento fundamentador culmina con el estallido de la paradoja.

Novalis se preguntaba si no «debería encerrar en su función el más alto principio la más alta paradoja», si al final no encontraríamos sino «un núcleo que impidiese completamente el sosiego, que siempre repeliera y se replegase, que volviese a ser incomprensible una y otra vez, por mucho que uno ya lo hubiera comprendido», algo inagotable que «pusiese nuestra actividad en un movimiento continuo» (58). Lo mismo podemos decir del fundamento de la Constitución. Que venga pues al derecho la paradoja inoportuna y necesaria.

---

(56) N. LUHMANN: «The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History», *cit.*, págs. 154, 156 y 157.

(57) *Id.*: «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», *cit.*, pág. 199.

(58) NOVALIS: «Fragmentos logológicos», núm. 9, en *Id.* y otros: *Fragmentos para una teoría romántica del arte*, edic. J. Arnaldo, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 136.



# *JURISPRUDENCIA*

