

LA NORMA FUNDANTE COMO FICCIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD

Sonia Amalia SORIANO DÁVILA*

SUMARIO: I. Introducción II. Ficción y construcción social de la realidad III. La norma fundante IV. La función de la grundnorm V. Conclusiones VI. Fuentes de consulta

I. INTRODUCCIÓN

La ficción es una construcción cognoscitiva que contradice la realidad, misma que tiene por objeto conocer. En este sentido se estudia dicho concepto teórico desde el ámbito de la ciencia jurídica, así como su operatividad en la conciencia individual.

En cuanto a la operatividad en el sujeto, la ficción encuentra sustento en el concepto de objetivación, el cual permite legitimar a las instituciones producto del hombre y que se transforman en parte de la realidad social, más allá del contexto histórico. Por ende se utilizará también el término de reificación que desde la sociología del conocimiento aporta los elementos en que se funda la construcción social de la realidad.

En este sentido la realidad es una cualidad propia de los fenómenos que se reconocen como independientes de nuestra propia volición. Se destaca que la sociedad se presenta como realidad objetiva y subjetiva.

Así se retoma el concepto de *reificación* en su sentido negativo, es decir la *desreificación*, que es el ámbito desde el cual se puede retomar la teoría de la ficción, que implica estudiarla desde una concepción científica.

* Estudiante de la Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En este artículo se estudia los conceptos antes apuntados en torno a la constitución y el funcionamiento específicamente de la norma fundante en este ámbito, así como la legitimación.

Es importante destacar que los anteriores elementos se pueden aplicar a los distintos modelos de constitución. A continuación se enlistan y se señalan algunas características¹:

- a) *Modelo axiológico de la constitución como orden*, se trata de un concepto positivo, en donde la constitución es una decisión total sobre la especie y forma de la unidad política, *i.e.* un acto productor de normas, que fundamentan todo el orden jurídico.
- b) *Modelo descriptivo de la constitución como orden*, en donde se identifica a la constitución con la estructura fundamental de la sociedad (cada grupo defiende sus propios intereses cooperando o luchando entre sí), o con la estructura fundamental del Estado (aquí la lucha o cooperación se ubica en los grupos de poder). Se destaca en este modelo la existencia de la noción de constitución como norma y el orden constitucional como situación, que, en suma, implican el acuerdo constitucional.
- c) *Modelo descriptivo de la constitución como norma*, se trata de identificar a la constitución con un orden normativo y en específico un documento, siendo así que se le ha señalado como constitución en sentido formal. En este modelo existen dos tendencias, la que asume que se trata de constitución derivado del lenguaje, es decir de la designación en sí misma o bien de las características formales, como el proceso de creación que la distingue de otras normas.
En este modelo se encuentra todas las concepciones que identifican a la constitución con la meta norma de donde emanan las demás normas, o con las normas que implican la organización de los poderes del Estado, o con la identificación de los fines del régimen, etcétera.
- d) *Modelo axiológico de la constitución como norma*, se trata de un documento normativo que presenta características específicas que lo distingue de otros, y en especial de la ley. Se trata del vértice de la jerarquía de las leyes representado por una omnipresencia de la constitución en el sistema jurídico de que se trate.

¹ Cfr. Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, p. 39 -53.

Se asume en este modelo la base del tercero, esto es, la constitución es un conjunto de normas pero, además, de prescripciones, contiene principios implícitos que son reconstruidos o retomados en las leyes que de ésta derivan. La constitución tiene una conexión con la democracia, en el mundo occidental este concepto se ha vuelto intrínseco al Estado y sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX. Además existe un puente entre la norma que retoma principios morales o éticos o políticos que positiviza. Tiene su propia forma de aplicación en donde se resalta su ponderación.

En este último modelo se han señalado ciertas características, sin que sea necesario que se reúnan todas en los casos concretos.

Cabe señalar que en las concepciones en donde se tiene como elemento definitorio de constitución, aun y cuando sea un documento normativo, en contra posición de una norma *común*, implica la valoración de determinados elementos. Pero es en el cuarto modelo axiológico, en donde la constitución es considerada como un valor positivo en sí mismo y además es generador de normas; así el documento tutela las libertades fundamentales (modelo descriptivo) y con la valoración positiva de ese fin (modelo axiológico).

De los cuatro modelos a continuación se verá que comparten el fundamento establecido por Hans Kelsen, esto es la norma fundante, que retomado de su teoría general de las normas, la *Grundnorm* resulta ser una ficción, con las delimitaciones en el ámbito jurídico.

Y sobre todo, estos modelos comparten la legitimación que se da a quien detenta el poder, sobrevenido de un orden supra-humano, que resulta ser inexistente pero que es parte de la construcción de la realidad social. Y que la propia producción humana, la constitución (entendida en el ámbito jurídico-positivo), se sobrepone en el tiempo por medio de la supremacía constitucional, lo cual contribuye a fortalecer a la propia ficción, así como la interiorización del individuo en un proceso dialéctico, es en sí este vértice el objeto del presente artículo.

II. FICCIÓN Y CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA REALIDAD

2.1. La ficción en la ciencia jurídica

La teoría de la ficción del “como si” de Hans Vaihinger fue retomada por Hans Kelsen para construir los elementos de la teoría de las ficciones en el derecho.

La ficción para la ciencia es “un arbitrario desvío de la realidad, un punto de transición para la mente, un lugar temporario de detención del pensamiento²”. Así el objetivo de la ficción es conocer la realidad, el medio es la construcción artificial, por tanto se trata de una desviación consciente de la realidad, lo que implica que una nota fundamental es la contradicción con ésta última.

Cabe apuntar que el término de realidad, en este caso la sensible, no es el único objeto del conocimiento, por ende Hans Kelsen establece respecto a la ficción jurídica lo siguiente:

Se trataría de un constructo mental, destinado a aprehender por medio del pensamiento el objeto de la ciencia del derecho, el orden jurídico; pero al mismo tiempo, este constructo estará creado evidentemente a partir de la imaginación y estaría sobreañadido mentalmente al objeto del conocimiento, con lo cual el objeto quedaría por así decirlo, duplicado, y la imagen cognoscitiva falseada³.

Lo que hace que una ficción sea tal, es justamente que se haga una construcción desde la ciencia, donde se reconozca conscientemente y con una justificación práctica, *i.e.* se trata de reconocer la institución objetiva, en el ámbito teórico y que tiene un papel determinado a cumplir.

Al respecto y siguiendo a Alf Ross, es de considerarse la creencia que implica que el derecho goza de independencia de cualquier capricho humano y la imagen del derecho como un orden inmutable, que legitima a la autoridad⁴ en el ejercicio del poder. En términos de la construcción social de la realidad se trata de la objetivación de la institución.

Si bien es cierto que el concepto de ficción se estudia desde el ámbito científico, sin embargo es una construcción que surge del propio pensamiento, que se encuentra influenciado de la objetivación de la sociedad, en un proceso dialéctico.

Cabe decir que la ficción al no tener una existencia real, no puede admitir prueba en contra, por lo cual sólo se podría calificar de útil o inútil, pertinente o impertinente en el ámbito del conocimiento. Consecuentemente la ficción tiene un sentido fundacional y apriorístico del conocimiento humano; no se trata de describir la realidad, sino inventar modelos de legitimación y justificación de la misma.

² Marí, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p. 305

³ Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno a la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger”, *Revista Crítica Jurídica*, número 18, junio 2001, p. 2.

⁴ Cfr. Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 2, p. 339.

2.2. La ficción en el sujeto

En cuanto al sujeto como ser humano, se encuentra una relación con la ficción en dos vertientes. En primer lugar el *sujeto de derecho*, entendiéndolo como el destinatario de la prescripción establecida en el enunciado normativo, lo que implica una ficción jurídica en los términos apuntados por Hans Kelsen, esto es, “como la personificación del derecho (es decir, de la norma jurídica), en la cual debemos reconocer al sujeto de derecho⁵”.

En este sentido hay una duplicación del objeto de la ficción y resulta ser una construcción mental que tiene toda la estructura de las ficciones, con su correspondiente carácter práctico.

Sin embargo lo que cobra importancia en este apartado es la ficción creada por el discurso jurídico en el que existe una abstracción del sujeto.

En segundo lugar está la ficción en el sujeto, esto es en relación a la institucionalización. Al efecto y siguiendo la teoría de la construcción social de la realidad, cabe afirmar que todo desarrollo individual del sujeto se encuentra precedido por un orden social *dado*, así como que la apertura al mundo es siempre transformada por el orden social⁶.

El orden social es un producto social y genera instituciones que a su vez requieren un fundamento. Las ficciones que surgen en la ciencia, en este caso la jurídica, funcionan en el sujeto, en cuanto interioriza el producto humano como parte de la construcción externa a él y como inmanente en el tiempo.

Es importante tomar en consideración que la objetividad del mundo institucional, es una objetividad de producción y construcción humana. En este sentido “el proceso por el que los productos externalizados de la actividad humana alcanzan el carácter de objetividad se llama objetivación⁷”.

La sociedad es un producto humano, es una realidad objetiva y el hombre se presenta como un producto social. Las instituciones requieren de legitimación es decir como se puedan justificar o explicar. En este sentido existe una necesidad de explicar mediante formulas de legitimación que deben ser coherentes y ampliar la existencia de la institución y en consecuencia se establece “una capa protectora de interpretación tanto cognoscitiva como normativa⁸”.

⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 3, p. 3.

⁶ Cfr. Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, 14ª reimpresión a la 1ª ed, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu editores, p. 72.

⁷ *Ibidem*, p. 83

⁸ *Ibidem*, p. 85.

Así las ficciones desde la ciencia o las instituciones desde una realidad objetiva operan en el sujeto en cuanto a que en la experiencia de éste se *sedimenta*, es decir, quedan estereotipadas en el recuerdo del individuo como reconocibles y memorables. De igual forma se produce una sedimentación intersubjetiva cuando se ha objetivado en cualquier sistema del lenguaje.

Y así en la objetivación reiterada se transmite de una generación a otra, lo que hace que las instituciones sean accesibles con un status de anonimato de las experiencias sedimentadas al separarlas de los contextos históricos⁹.

El lenguaje es el medio idóneo para la objetivación de las instituciones con lo que se otorga legitimación y además desde donde pueden operar en el sujeto la construcción que corresponde a la ficción: “el lenguaje objetiva las experiencias compartidas de los individuos y las hace accesibles a todos los que pertenecen a la misma comunidad, con lo que se convierte en base e instrumento del acopio colectivo del conocimiento¹⁰”.

Por otro lado, los significados institucionales quedan macados en la conciencia de los individuos, y si es necesario se utilizan medios coercitivos. Lo importante en cuanto a los significados se encuentra en el control y la legitimación que se encuentran vinculados a la institución misma¹¹.

2.3. La reificación

Las ficciones jurídicas aún y cuando son construcciones para el conocimiento, tienen una relación con la institucionalización, *i.e.* la objetivación del orden social. En este sentido es importante destacar el concepto de reificación que señalan. Peter L. Berger y Thomas Luckmann, siguiendo la concepción marxista:

...es la aprehensión de fenómenos humanos como si fueran cosas, vale decir en términos no humanos o posiblemente supra-humano (...) es la aprehensión de los productos de la actividad humana como si fueran algo distinto de los productos humanos, como hechos de la naturaleza, como resultado de leyes cósmicas o manifestaciones de la voluntad divina¹².

La reificación implica que el hombre olvida que es el creador del *mundo humano* y, el proceso dialéctico entre hombre productor y sus productos, resulta pasar

⁹ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 95.

¹² *Ibidem*, p. 116.

inadvertido en la conciencia. En sí el proceso se invierte, el hombre (productor) se aprehende así mismo como su producto y la actividad humana como supra fenómeno no humano.

La reificación es posible tanto en el plano pre-teórico como en el teórico de la conciencia. “Los sistemas teóricos complejos pueden considerarse como reificaciones, aunque arraiguen presumiblemente en reificaciones pre-teórica que establecen en tal o cual situación social¹³”.

Esto implica que la reificación existe en la conciencia del hombre de la calle y ello implica una mayor significación práctica.

El análisis de la reificación tiene importancia por lo siguiente:

...sirve de correctivo permanente a las propensiones reificadoras del pensamiento teórico en general y del sociológico en particular; cobra importancia singular para la sociología del conocimiento, porque le impide caer en una concepción dialéctica de la relación que existe entre lo que los hombres hacen y lo que piensan¹⁴.

El proceso de reificación adquiere particular importancia en la relación del hombre con la construcción de la sociedad y de la realidad, y en el caso en estudio interesa el proceso de la desreificación vinculado al concepto de ficción que se ha analizado.

2.4. La legitimación

En el contexto de la construcción de la realidad social, el concepto de legitimación implica producir nuevos significados que sirven para integrar los ya atribuidos a los procesos institucionales dispares.

Interesa aquí conocer los cuatro niveles de legitimación¹⁵:

- a) El primero corresponde a todas las afirmaciones tradicionales sencillas (e.g. “así se hacen las cosas”).
- b) El segundo implica proposiciones teóricas rudimentarias (e.g. proverbios).
- c) En el tercer nivel se encuentran las teorías explícitas por las que un sector institucional se legitima en términos de un cuerpo de conocimiento que se encuentra diferenciado o especializado (e.g. teoría económica).

¹³ *Ibidem*, p. 118.

¹⁴ *Ibidem*, p. 120.

¹⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 122-124.

- d) En el último nivel, se encuentran los *universos simbólicos* que “son procesos de significación que se refiere a realidades que no son las de la experiencia cotidiana¹⁶”.

La legitimación en el cuarto nivel opera utilizando la totalidad de significados que no se utilizan en la vida cotidiana. Sin embargo como la realidad se construye socialmente, “los individuos y grupos de individuos concretos sirven como definidores de la realidad¹⁷”.

Con los lineamientos en relación a la ficción y los elementos retomados de la sociología del conocimiento en relación a la sociedad como realidad objetiva, a continuación se retoma a la norma fundante como ficción y su función. Cabe destacar que es importante considerar, además, a la sociedad como realidad subjetiva en torno del mismo tema que por el momento no es parte del presente estudio.

III. LA NORMA FUNDANTE

3.1. *En relación a la ficción*

La constitución en relación al proceso de creación de derecho, implica la existencia de una norma fundante, que es la base del orden jurídico. Siguiendo a Hans Kelsen, esa norma a su vez genera a “la constitución en sentido lógico-jurídico cuando instituye un órgano creador del derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma¹⁸”.

La constitución en su sentido lógico-positivo implica la existencia de una norma anterior que le da fundamento a su existencia, incluso antes de la existencia del poder constituyente. Esta norma anterior a la positiva, es una norma supuesta, no existe el acto de voluntad real, sino que es una norma que surge del pensamiento jurídico, es una norma simulada¹⁹.

En este sentido la norma fundante es una ficción, en los términos previamente apuntados, es decir se contrapone con la realidad, pero es también contradictoria consigo misma, porque aparenta proceder de una autoridad superior a ella y derivar de un acto de voluntad que resulta ser sensiblemente inexistente.

¹⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹⁷ *Ibidem*, p. 149.

¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Nacional, 1978, p. 325.

¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 2003, p. 251.

Efectivamente, la norma fundante contradice la realidad. La constitución de un Estado no encontrará como fundamento la constitución positiva anterior, puesto que la autorización en dicha constitución anterior para crear una nueva implica su propia negación y falta de supremacía, necesaria para que sea base del orden jurídico, situación que en general no acontece²⁰. Por ello la constitución no tendrá su fundamento en otra positiva, pero tendrá como presupuesto una norma fundante.

Así se podría intentar buscar en la historia la base que autorice la creación de una constitución y encontrar a la primera organización histórica. Sin embargo Hans Kelsen afirma que la norma fundante “es una norma ‘base’ porque nada puede preguntarse de la fundamentación de su vigencia, por tanto, no es norma positiva alguna, sino una norma supuesta²¹.”

Es una norma supuesta porque no existe un acto de voluntad real sino del pensamiento. La diferencia entre éstas dos se encuentran en que el sentido de la norma que deriva de un acto de voluntad es un enunciado, y del pensamiento es un deber en cuanto a la voluntad de dirigir una conducta²².

Por lo anterior la norma fundante no deriva de un acto de voluntad, no se encuentra positivizada, sino que es un acto de pensamiento y en este sentido contradice la realidad, no es empíricamente demostrable.

Además es contradictoria consigo misma por que al ser un acto de pensamiento deriva de suponer la existencia de una autoridad moral y, se dice moral en el sentido de no ser una autoridad propiamente dicha, puesto que para que adquiera tal carácter implica que exista una autorización en una norma, y dicha norma es inexistente.

Es decir la ficción en la ciencia jurídica, implica la contradicción que se establece frente al orden jurídico, que es la realidad, en donde no existe ninguna norma fundante pues la norma suprema es la constitución, y ésta última es el fundamento del orden jurídico aunque se reconozca que dicha constitución adquiere su fundamento de una norma base que es inexistente pero que autoriza al constituyente a crear dicha constitución, legitimando así al poder constituido.

Cabe decir que la ficción es el resultado del uso del lenguaje. Así las cosas, las ficciones no se encuentran en el derecho, como objeto, sino en la ciencia

²⁰ Tómesese en cuenta a modo de ejemplo, el hecho de que las constituciones prevean la existencia de una rebelión que afecte al gobierno que éstas crean y, en tales circunstancias la propia constitución determina que se mantendrá su fuerza y la posibilidad (casi necesidad) de recobrar su eficacia, una vez que termine la rebelión.

²¹ *Idem*.

²² *Cfr. Ibidem*, p.233.

jurídica, son una creación de ésta. La norma fundante es una ficción puesto que es contradictoria con la realidad, se realiza de forma consciente en la ciencia jurídica, y tiene una justificación.

En primer lugar y en relación al concepto de ficción estipulado, la norma fundante es utilizada para interpretar el orden jurídico “como si” fuera objetivamente válido y por tanto obligatorio, es decir al aparentar que deriva de una autoridad legítima, se le otorga validez *originaria* lo cual redundaría en la fundamentación de todo el sistema jurídico, es decir se trata de presuponer que existe un fundamento último de validez u obligatoriedad de un orden jurídico que se presenta coactivo y eficaz, pero siendo consciente de la irrealidad de la norma fundante.

De igual forma se justifica el paso de la norma que surge de un acto de creación o de voluntad en los términos que expone en su teoría de las normas, Hans Kelsen y, que tiene una validez vinculada a lo normativo, que implica una prescripción. Se trata de justificar el paso de un enunciado que refleja situaciones fácticas de poder a enunciados normativos, mediante los cuales se legitiman las normas y las autoridades políticas que las crean.

La justificación de la norma fundante, para Hans Kelsen se encuentra en la eficacia. El orden jurídico vale por que supone la validez de la norma fundante, aun y cuando ésta depende del derecho, puesto que por esto puede ser jurídico el presupuesto y no solamente moral.

Al respecto Oscar Correas indica el juego entre validez y eficacia “es que si bien la NF [norma fundante] permite otorgar validez a las normas, de todos modos esa NF es *posterior* a la constitución a la que hace válida. Es la *eficacia* de la constitución la que hace surgir la NF ²³.”

La norma fundante es un criterio de justificación externa al sistema jurídico, impuesto, mediante el cual se reclama obediencia al ordenamiento jurídico eficaz en términos generales. Con la norma fundante se justifica o legitima la eficacia o la imposición efectiva del derecho, porque si no se tiene por cierta la existencia de la norma fundante, se trataría de descripción de hechos o de relaciones fácticas de poder.

Por otro lado, cabe mencionar que la norma base otorga un sustento ideológico, y en este sentido también se justifica, puesto que implica también la legitimación del poder.

²³ Correas, Oscar, “...Y la norma fundante se hizo ficción”, en *Revista Crítica Jurídica*, número 18, junio 2001, p. 6.

La norma fundante legitima a la constitución, por ende cada uno de sus elementos comparte en cierta medida su origen, una ficción, ya que es innegable que el uso de las ficciones suelen tener, además un “efecto cascada”²⁴.

3.2. En relación a la construcción social de la realidad

Desde la teoría de la construcción social de la realidad, dicha ficción se puede explicar en cuanto a sus orígenes, alcances y justificaciones, como a continuación se efectúa de forma sucinta.

Retomando el término de objetivación se debe de considerar que la constitución es el eje central de las instituciones dominantes, como es el caso del Estado. La carta magna es generada por una actividad humana objetivada, a pesar de que tiene un carácter separado de lo que es el hombre y, es en donde tienen operatividad la ficción de la constitución en el sujeto, puesto que de la paradoja de la realidad y la contradicción de ésta, los seres humanos son capaces de experimentarse distintos del producto propiamente humano y con ello se confiere obligatoriedad de la norma base.

El sujeto que en el proceso dialéctico de la construcción de la sociedad es productor, con la objetivación se volverá producto de la construcción de la sociedad. En el caso de la constitución, ésta es producto de la sociedad, pero a efecto de que la objetivación de la institución funcione de forma vinculante se crea para justificar la creación y obediencia de la constitución, la norma fundante.

En tal tesitura, el orden social otorgado por la constitución aparece como *dado* pero no como producto de hechos históricos, sino que se sobrepone a tales vicisitudes por medio de la construcción de la norma fundante, que a su vez tiene la apertura de transformar el orden social, es decir se da una adaptabilidad de la institución según los intereses (finalmente la existencia de un poder constituyente diferente del poder constituido representa dicha adaptabilidad en el tiempo y sin perder la supremacía de la constitución jurídico-positiva).

El orden social y político creado por la constitución que finalmente es un producto social y que genera instituciones encuentran nítidamente su fundamento en la norma fundante.

Así la ficción de la norma fundante o la institución objetiva de la constitución con un fundamento que la legitima (*Grundnorm*) operan en el sujeto como una realidad, aun y cuando en la realidad sensible no exista la norma fundante sino

²⁴ Marí, Enrique, *Op. Cit.*, nota 2, p. 335.

como construcción de la realidad social, se presenta como una realidad objetiva, que hace que el individuo la reconozca y le de permanencia al orden social que surge de ésta.

Lo anterior, se reitera, surge del lenguaje no sólo como terreno fértil para establecer comunicación que crea una intersubjetividad que a su vez refuerza a la ficción, sino como un sistema que hace que la propia constitución como institución sea accesible al sujeto y le otorgue una abstracción de los contextos históricos, así no se obedece a una persona determinada que hace uso del poder sino a un ente que deviene de una constitución cuyo fundamento es incuestionable.

El propio lenguaje es el medio para construir la realidad social, es el vehículo para transmitir la legitimidad y sedimentar a la propia ficción, es además, el conductor de la coerción y la elaboración de los significados que permiten el control de la constitución, vinculado a la norma fundante que resulta no ser más que un discurso.

En cuanto al término previamente definido de la reificación, opera en cuanto al concepto de norma fundante. La constitución jurídico-positiva surge efectivamente de los diversos fenómenos humanos, sin embargo, para el funcionamiento de la construcción social de la realidad, se requiere de la institucionalización.

En este sentido el fenómeno humano requiere de una reconfiguración para establecer que la obediencia a la constitución no deriva del ejercicio del poder de forma arbitraria. Por tanto se genera un concepto supra-humano que en el caso de la norma fundante que da sustento a la constitución, como una construcción que no es más que una ficción.

Por medio de la reificación, el mundo de las instituciones se fusiona con el mundo de la naturaleza, se vuelve necesidad, en este caso el hombre destinatario de la norma, distorsiona e invierte el proceso de hombre productor producto. En su conciencia la existencia del hombre productor de la constitución jurídico-positiva, desaparece, ello en virtud de la institucionalización de la constitución.

La norma fundante adquiere tal carácter en virtud de la relación dialéctica inversa, puesto que lo que importa no es el productor de la misma, sino el producto, que es percibido en la conciencia del gobernado como parte del orden social.

Lo que se ve reforzado desde la teoría, puesto que al encontrar que la norma fundante cumple con todas las características de la ficción, esto es que es una construcción del pensamiento, que es contradictoria con la realidad y que tiene por objetivo conocer la realidad, lo que acontece es un proceso de desreificación, al menor relativa de la conciencia.

IV. LA FUNCIÓN DE LA GRUNDNORM

La constitución jurídico-positiva tiene su origen en la circunstancia histórica, de acuerdo a cada contexto y, deviene de la voluntad de una persona o un grupo de ellas, que se legitiman estableciendo un poder constituyente que origina al Estado, que a su vez encuentra su justificación en la norma fundante, una ficción.

El fin objetivo de la constitución no es establecer un nuevo orden, sino que lo crea y lo defiende, frente al antiguo orden en tal tesitura es claro que no puede encontrar ninguna constitución su fundamento en la anterior, sino que tienen que imponerse y defender su permanencia, justamente, frente al antiguo.

Entre las funciones de la constitución en pro de la defensa del poder que legitima está justamente mantener un *statu quo*.

La súper legalidad se presenta como elemento de la constitución, en cuanto a que establece una jerarquía de poderes, en cuanto a que el supra poder, es el poder constituyente. Dicho poder se encuentra “por arriba” de los demás.

La constitución a su vez genera una permanencia basada en su fundamento, esto es, la *grundnorm* que le otorga legitimidad al Estado; no deviene de los sujetos en particular, como en la realidad acontece, sino que se contradice la misma y se determina que dicha constitución tienen su origen lógico-jurídico en una norma base.

Con lo cual se genera la obligatoriedad de respetar los principios que la misma establezca en cuanto a la rigidez constitucional que involucra a todos los actores sociales a mantener el *status quo*.

La propia constitución establece los medios necesarios para su defensa, así se establecen los medios de control constitucional para que no existan leyes inconstitucionales y en el caso de que existan se faculta al tribunal de control constitucional a eliminar dichas leyes.

Lo importante a destacar de este proceso es justamente que en la defensa de la constitución intervienen los actores sociales, mismos que denunciaran las contradicciones a efecto de que el tribunal correspondiente deje sin efectos cualquier intento de contravenir el orden constitucional y, por tanto el poder del Estado que tiene su base en ésta, pueda mantenerla incólume, frente a cualquier situación que pretenda alterar su función, que es la de legitimar el poder.

La nota característica de la constitución vista desde el ámbito jurídico positivo es la supremacía constitucional, que debe entenderse como la cualidad que tiene la constitución de ser la norma que funda y da validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de cualquier país.

El nacimiento de la justicia constitucional exige la aceptación previa de la idea de supremacía constitucional. Aquélla puede ser vista como una consecuencia de ésta ya que si la Constitución es realmente suprema no puede admitir que normas inferiores la contradigan, por lo que se hace necesario articular un mecanismo que fiscalice la adecuación de las normas inferiores a la Norma Fundamental. El principio de supremacía constitucional se asienta en el carácter normativo de la Constitución, que hace de ésta no un conjunto de principios programáticos sino verdadera norma jurídica²⁵.

En el contexto de la construcción de la realidad social, el concepto de legitimación implica producir nuevos significados que atribuidos a la institución integran los ya existentes, lo cual acontece con el concepto de supremacía constitucional, que atribuye un significado permanente y supremo a cualquier otra norma derivado de la propia constitución en su calidad de institución objetivada, y legitimada por la norma fundante.

En este sentido y según los niveles de legitimación apuntados en el apartado II *in fine* de éste artículo; la teoría de la ficción se encuentra en el tercer nivel pues legitima en términos del conocimiento a la norma fundante, en un conocimiento especializado como lo es el jurídico.

Sin embargo interesa en cuanto a la justificación de la constitución cuyo principal cimiento se encuentra en la norma fundante, determinar que ésta última corresponde al último nivel de legitimación representando así por *universos simbólicos* que refiere no solo a la constitución que en la experiencia cotidiana, sino que puede corresponder a un texto que sobrepasa en el proceso de la construcción social el significado material y, se le atribuye una significación que implica utilizar la totalidad de los significados.

En la sociedad los sujetos construyen dicha institución como realidad, así la constitución en su sentido jurídico-positivo se sobrepone a la materialidad y en el ámbito social se convierte en fundamento y determina ya no como producto, sino como productor de prescripciones y por ende de conductas, de organización para el Estado y para los individuos.

En el ámbito de la ficción, de la ciencia, la norma fundante de la constitución es la que aporta la legitimidad, en apariencia y para los individuos se presenta como parte de lo dado, sin embargo desde su estudio teórico es útil conocer por que el poder se puede legitimar y el productor se puede objetivizar y esconderse

²⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, España, Tecnos, 2003, p. 22.

tras el entrampado social que se produce en el lenguaje y, a demás se presenta estableciendo permanencia con la posibilidad de trascender en el tiempo, derivado de la supremacía constitucional, que deviene a confirmar por otro lado la institucionalización.

V. CONCLUSIONES

La constitución tiene un carácter objetivo dentro de la construcción social de la realidad, esto es desde un ámbito social tiene el carácter de institución, con el fin que se objective la realidad, bajo ciertos parámetros.

En este sentido la constitución jurídico-positiva resulta de un proceso humano de producción que mediante diversos elementos como la reificación se genera una especie de abstracción y se desprende del carácter de producto humano, para convertirse en la realidad objetiva dada al sujeto.

Sin embargo el proceso dialéctico de hombre productor/producto, que puede ser estudiado desde el ámbito de la institución como realidad objetiva, también se estudia en el ámbito teórico bajo la faceta de ficción, en donde se destaca como cumple dicha institución su función práctica.

La constitución en el ámbito de institución es la base de todo orden jurídico, sin embargo para que dicho concepto efectivamente pueda desprenderse de la materialidad de los seres que la crean, encuentra su fundamento en la norma fundante, que implica un orden superior a la legislación misma.

En efecto, la norma base es una ficción, que se abstrae de la propia constitución positiva, mediante diversos elementos que presuponen la existencia de un orden donador de legitimidad.

Tanto en el proceso de constitución como institución de la realidad objetiva, como en la norma fundante que legitima dicha institución y que se estudia desde el ámbito teórico, el lenguaje es el medio en el que ambos se desenvuelve, en el discurso las construcciones sociales o teóricas según el caso, encuentran el sustento de obligatoriedad y legitimidad de la autoridad, alcanzando además la validez originaria, que surge de un fundamento teórico, que presupone la coacción y eficacia del orden jurídico.

La justificación trasciende a la eficacia. No se trata solo de suponer la validez de la norma fundante, sino de la legitimación y sustento que le da al orden jurídico

sino también a la construcción de la realidad. El sujeto percibe a la constitución y su fundamento (ficción en la teoría), como una realidad social que a su vez otorga permanencia a la misma.

En este sentido la reificación aporta a la dualidad constitución producto/institución, una obediencia que genera una conciencia intersubjetiva de que el ejercicio de poder no es arbitrario sino que tiene un fundamento, el que resulta de un concepto supra-humano, que es la norma fundante, y que desde el ámbito teórico resulta ser una ficción.

La constitución jurídico-positiva aún y cuanto tiene un origen en un contexto histórico implica la existencia de la voluntad de quienes ejercen el poder y que construyen el sistema jurídico así como el Estado.

Lo que implica que la institucionalización y su objetivación le otorgan un reconocimiento (voluntario o no) a dicha circunstancia que con el paso del tiempo se va transmitiendo bajo la forma de obligatorio y permanente.

Sin embargo el status quo y la súper legalidad, necesita más elementos para justificar la existencia de actos de poder individuales.

En la objetivación es donde el sujeto reconoce ciertas instituciones como parte de un *mundo dado*, que la norma fundante adquiere mayor importancia en virtud de le da legitimidad a todo lo que deviene de un acto material como si existiera en sí y por sí, y los seres humanos no tuvieran más que constreñirse a dicha situación.

Así por ejemplo la supremacía de la constitución deviene no solo como característica del producto otorgada por el sujeto productor, sino que en el proceso se establece como una cualidad que deviene de la norma fundante (ficción) y que le otorga validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de cualquier Estado.

La legitimación es el comodín en la dualidad constitución/institución social, con la norma fundante/ficción. Ello en razón de que la justificación de aquello que da origen al derecho, al Estado, como estructuras de poder y de donde devienen actos de poder, requieren del máximo grado de justificación, en la teoría, esto es implican *universos* simbólicos, que en el devenir cotidiano no son observables como tales, pues corresponden a la construcción social en la significación más compleja.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, 14^a reimpresión, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu editores, 233 pp.
- COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, España, Tecnos, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del estado*, México, Editorial Nacional, 1978.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 2003, 392 pp.
- MARÍ, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, 443 pp.

Hemerografía

- CORREAS, Oscar, "...Y la norma fundante se hizo ficción", en *Revista Crítica Jurídica*, número 18, junio 2001, 17 pp.
- KELSEN, Hans, "Reflexiones en torno a la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del 'como si' de Vaihinger", *Revista Crítica Jurídica*, número 18, junio 2001, 14 pp.