



Papeles el tiempo de los derechos

“ESTADO CONSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN NORMATIVA”

F. Javier Ansuátegui Roig

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de
Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad
Carlos III de Madrid

Palabras clave: constitucionalismo, producción normativa, creación del Derecho

ESTADO CONSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN NORMATIVA*

Fco. Javier Ansuátegui Roig**

I. Premisa

En esta ocasión me propongo reflexionar sobre algunas dimensiones que presenta la cuestión de la producción normativa, es decir de la producción del Derecho. Es evidente que la cuestión no puede ser abordada en su totalidad. Mi intención es identificar algunos rasgos o caracteres que nos permitan señalar la especificidad de la creación del Derecho en un cierto contexto jurídico y teórico, como es el del Ordenamiento jurídico del Estado constitucional y el constitucionalismo. En todo caso, lo que deberíamos reconocer ya desde el principio es la relevancia de la cuestión de la creación del Derecho, o si se prefiere, de las fuentes del Derecho, empleando una terminología tradicional que tiene aún hoy acogida en el Derecho positivo¹ y en la doctrina. La forma en

* Una versión provisional de este texto se presentó en las Jornadas internacionales “Nuevas perspectivas del Estado Constitucional”, celebradas en la Universidad de Sevilla los días 8 y 9 de enero de 2009.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha desarrollado dentro de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007, y Proyecto de Investigación DER-2008-03941/JURI, Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2008-2010).

¹ Podemos recordar dos ejemplos extraídos del Ordenamiento jurídico español: art. 1.1 del Código Civil: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”; art. 149.1.8 de la Constitución Española de 1978: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las

la que se aborda la cuestión de la producción del Derecho por parte de las diversas teorías sobre el Derecho constituye una clave de identidad de las mismas y uno de sus rasgos distintivos. Sin profundizar en este momento en la cuestión, pensemos por ejemplo en el contraste que se produce entre una teoría del Derecho que explica los mecanismos de producción del mismo en clave estrictamente social o política frente a otra que los reconduce en última instancia a explicaciones suprapositivas; o en una teoría del Derecho que subraya la importancia de la aproximación sistemática frente a aquella otra que comparte planteamientos próximos a la tónica jurídica.

II. Una reflexión sobre el contexto y las interpretaciones del constitucionalismo

Hoy asistimos a un panorama, el constituido por la teoría del Derecho o si se prefiere desde un punto de vista más amplio, por la Filosofía del Derecho, en el que conocemos ciertas propuestas que someten a revisión afirmaciones o tesis que de alguna manera se pueden considerar paradigmáticas. Me limitaré a señalar algunos ejemplos. Sabido es que Antonio Pérez Luño nos ha ilustrado sobre la incapacidad de los esquemas formales tradicionales para explicar y encauzar la producción normativa en nuestros Ordenamientos, aludiendo en este sentido al “desbordamiento de las fuentes del Derecho”². Pero lo que me interesa recordar en este momento es que el mismo autor ha continuado extrayendo consecuencias a partir de la configuración de nuestros Ordenamientos jurídicos, y ha señalado que las transformaciones

formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

² Vid. PEREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación, Sevilla, 1993.

contemporáneas de los ordenamientos jurídicos (caracterizados por la presencia de normas de derechos fundamentales) y de las fuentes del Derecho nos obligan a reformular propuestas teóricas, si bien no a renunciar a determinadas categorías como podrían ser la unidad, la plenitud o la coherencia del Ordenamiento. En presencia de un Ordenamiento jurídico caracterizado por un importante grado de pluralismo, por una apertura jurisdiccional, y por el reconocimiento de la relevancia de la argumentación, la conclusión a la que se debe llegar es la que afirma “la erosión de las categorías teóricas con que fueron elaborados [los ingredientes básicos de los ordenamientos] por el positivismo jurídico formalista”³. En definitiva, nos propone dejar de pensar en términos de pirámide kelseniana y pasar a pensar en términos de bóveda: “...sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda”⁴.

Por su parte, Massimo La Torre se ha referido al concepto de Constitución de los modernos como concepto contrapuesto al de Constitución de los antiguos. Uno de los elementos claves de dicha distinción consistiría, según mi interpretación, en la alteración de la relación entre el Derecho y el Poder (en la que el positivismo ha basado parte importante de su propuesta). La Constitución de los modernos ya no debe ser entendida como una norma que expresa la voluntad de un Poder previo a la misma –el Poder del Estado– sino más bien un acto de autocomprensión de los individuos como titulares de

³ PEREZ LUÑO, A. E., “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZALEZ, M. Á., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ed. Universidad de Salamanca, 2006, p. 650.

⁴ PEREZ LUÑO, A. E., “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, cit., p. 651.

derechos, como ciudadanos por tanto. Desde este punto de vista, la Constitución ya no sería un mecanismo de autolimitación del Poder del Estado, sino una instancia ontológicamente previa a éste: es, más bien, el origen del auténtico Poder⁵. Como el mismo La Torre reconoce, el constitucionalismo constituiría un nuevo paradigma en relación con la comprensión y con la conceptualización del Derecho. Y en ese paradigma, y de acuerdo con la propuesta de la Constitución de los modernos, la función principal de ésta ya no sería exclusivamente la de ser la referencia normativa máxima en el sistema de fuentes, sino que tendría un significado político y moral que trascendería en su caso a una teoría de la producción normativa, al menos tal y como ésta ha venido siendo considerada tradicionalmente por parte del positivismo, y en particular del positivismo kelseniano.

Conocida es también la diferencia, asumida por Robert Alexy (aunque pensada anteriormente, como el propio Alexy refiere, por Dreier), entre legalismo y constitucionalismo como dos concepciones básicas del sistema jurídico. Frente al legalismo, que entre otras cosas desconfía de las consecuencias que se puedan derivar de la interpretación de los valores de la Constitución y que reivindica la pertinencia del desarrollo de una inferencia silogística como elemento nuclear de la aplicación del Derecho, el constitucionalismo subraya la dimensión axiológica de la Constitución, con las consecuencias que en relación a la interpretación y aplicación del Derecho se derivan de ello y que se especifican en la importancia del juicio de proporcionalidad y de la ponderación. En todo caso, Alexy resume de manera explícita y gráfica las diferencias entre ambos modelos: “1) norma en vez de valor; 2) subsunción en vez de ponderación; 3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; 4) autonomía del

⁵ Vid. LA TORRE, M., *Constitutionalism and Legal Reasoning. A New paradigm for the Concept of Law*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 1-41.

legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal”⁶.

Pero también nos encontramos con posiciones, como la de Francisco Laporta, que critican la excesiva “condescendencia” de algunos autores respecto a “ciertos ingredientes que se estiman novedosos de los órdenes jurídicos presididos por una Constitución”⁷. A partir de ahí se recuerda que las decisiones judiciales deben reconducirse siempre a la ley, se reivindica una reinención de la ley y se propone, en definitiva, un modelo que puede resumirse de la siguiente manera: “...el núcleo más importante y decisivo del Ordenamiento jurídico *debe* estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso hoy volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación”⁸.

Pues bien, si he querido comenzar con estas referencias, incompletas pero representativas del panorama doctrinal en el que nos hallamos inmersos, es para mostrar que el modelo jurídico del constitucionalismo recibe diferentes interpretaciones y lecturas, no necesariamente coincidentes. En ocasiones se

⁶ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

⁷ Vid. LAPORTA, F. J., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, nº 0, octubre 2008, p. 48.

⁸ LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid, 2007, p. 167.

centra la atención en dimensiones relacionadas, por ejemplo, con la estructura del sistema jurídico, o con el significado político de la Constitución, o con las dimensiones morales de la misma y sus consecuencias para una teoría de la adjudicación, o con la alteración de la posición que la ley venía ocupando tradicionalmente. Es más, la propia existencia de un modelo como tal (el Estado Constitucional), es algo que en ocasiones se pone en duda. Podríamos plantearnos la siguiente cuestión: ¿hay razones para hablar de un nuevo paradigma, de un nuevo escenario? La morfología del Derecho parecería diferente. O por lo menos, ahora sobresalen dimensiones a las que antes no les prestábamos atención. En este punto podemos identificar algunas posiciones básicas. Por una parte, la de aquellos que afirman que en efecto asistimos a un nuevo Derecho, el vinculado al Estado constitucional, que se caracterizaría por unos rasgos singulares y específicos. A partir de ahí, sería necesaria la elaboración de una nueva teoría del Derecho que, según algunos, se edificaría sobre las ruinas del positivismo⁹. Por otra parte, la de aquellos otros para los cuales en realidad no estamos frente a un modelo novedoso, sino frente a un modelo similar al Estado de Derecho¹⁰ o, como mucho, frente a un modelo que es el resultado de la evolución de algunos rasgos que ya se encuentran en su sentido originario en un modelo anterior¹¹. En otras ocasiones se afirma que en

⁹ Vid. ATIENZA, M. RUIZ MANERO, J., "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZALEZ, M. Á., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, cit., pp. 765 y ss. Vid también ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

¹⁰ Vid. DIAZ, E., "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", en *Sistema*, núm. 125, Madrid, 1995.

¹¹ Vid. PECES-BARBA, G., "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", en ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., pp. 157 y ss.; MORESO, J. J., "Sobre 'La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos' de Luigi Ferrajoli", en FERRAJOLI, L., MORESO, J. J., ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 119.

realidad lo que ha cambiado es la teoría del Derecho, a partir de la cual se han operado cambios en la manera de analizar y comprender el Derecho¹².

Sea como fuere, lo cierto es que estamos frente a un Derecho con una configuración tal que provoca la reflexión en determinadas direcciones. No creo que importe ahora certificar si esa configuración es absolutamente novedosa o no. Sospecho que las rupturas drásticas en los modelos de Derecho tampoco son tan comunes a través de la historia. En todo caso, sí que parece que hay cuestiones tradicionales que la teoría del Derecho hoy aborda de diferente manera, y que el escenario que se toma como referencia o, si se prefiere, el laboratorio en el que se experimentan las tesis, es el constituido por el Ordenamiento jurídico del Estado constitucional. De eso tenemos que ser conscientes, aun asumiendo el riesgo de proceder a elaborar una teoría del Derecho que se desprenda progresivamente de su carácter general y que tienda a centrarse de manera casi exclusiva en lo que ocurre en determinados Ordenamientos jurídicos, los de los Estados constitucionales, que se caracterizan por albergar contenidos morales y políticos particulares.

Además, cualquier teoría del Derecho que se precie de proponer una determinada conceptualización del mismo incluye alguna propuesta en relación con la producción normativa. La teoría de la producción normativa constituye una pieza relevante en la identificación del Derecho y, ciertamente, podríamos significar que constituye un elemento de identidad de las diversas teorías sobre el Derecho. Desde este punto de vista, la propuesta del positivismo jurídico incluye una teoría de la producción normativa muy atenta a la determinación de los límites del Derecho, cuya correcta identificación permite diferenciar el Derecho que es respecto al Derecho que no es. Dicho de manera ciertamente esquemática, se debe reconocer que la propuesta positivista significó en su

¹² Es la posición de F. LAPORTA, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", cit., p. 53.

momento una ruptura con la tradición iusnaturalista en tanto que excluyó cualquier alusión al Derecho natural en la identificación del Derecho, articulando una teoría de los límites del Derecho caracterizada por la preponderancia de las dimensiones formales y procedimentales.

Pues bien, el complejo panorama evidenciado por las aportaciones doctrinales y por la realidad de nuestro Derecho invita a una revisión de una determinada teoría de la producción normativa, la positivista, que ha constituido una referencia al menos en el último siglo. Es esa revisión, que conduce al positivismo jurídico incluyente, la que nos permitiría apreciar tanto el potencial explicativo como el atractivo teórico de dicha versión del positivismo¹³

III. La perspectiva de los límites del Derecho

Me propongo a continuación reflexionar sobre algunas dimensiones de esta revisión, de manera evidentemente no completa. Mi intención será la de analizar la idea según la cual el Estado constitucional y el constitucionalismo contemporáneo constituyen el escenario en el que la teoría de la producción normativa –y la identificación del Derecho– ha perdido parte de la nitidez con que intentó dotarla el positivismo. Pienso que reconocer esto es compatible con la aceptación de que las cosas posiblemente no pueden ser de otra manera. Hoy nos encontraríamos con teorías difusas de la producción normativa, que tienen mucho que ver con la atención que prestamos a aspectos tales como la

¹³ Vid. VILLA, V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 264-273. En el genérico marco del positivismo, la propuesta referida al *soft* o al *inclusive positivism* está acompañada por otras, con las que comparte un cierto *aire de familia*. Entre nosotros, Gregorio Peces-Barba ha defendido en este sentido un *positivismo corregido* (vid. PECES-BARBA, G., "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", cit.; del mismo autor se puede consultar, "Sobre el positivismo jurídico", ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 1999, pp. 83 y ss.

naturaleza mixta de los ordenamientos jurídicos¹⁴ a partir de la inclusión de contenidos materiales en los criterios de identificación normativa... Desde este punto de vista, el constitucionalismo se nos presentaría como un ámbito propicio no tanto para determinar la invalidez o inutilidad de una determinada concepción de la producción normativa (que podría ser identificada en términos generales con el positivismo), como para perfeccionarla y refinarla.

Para abordar alguna de las cuestiones incluidas en una teoría de la producción normativa, asumiré como referencia una reflexión sobre la importancia del establecimiento de los límites del Derecho. El problema de la producción normativa es relevante porque está conectado con uno de los desafíos básicos a los que se enfrenta la teoría jurídica: la identificación de lo que el Derecho es, y por tanto la distinción de lo que el Derecho es respecto a lo que el Derecho debe ser, o a lo que no es. Y parece evidente que ese desafío tiene que ver con la cuestión de los límites del Derecho. En realidad, cuando nos estamos planteando la diferencia entre el ser y el deber ser del Derecho, lo que estamos haciendo es identificar los ámbitos del Derecho. En este sentido, las estrategias de las propuestas tradicionales respecto al Derecho (iusnaturalismo, positivismo, realismo) difieren de manera importante a la hora de identificar los límites del Derecho y las estrategias para fijar esos límites.

Anna Pintore se ha referido a los diversos modos de fijar los límites del Derecho¹⁵. Uno de ellos sería el que consiste en entender el Derecho como un conjunto de normas finito e individualizable de manera unívoca. En esta estrategia, la atención a la norma fundamental o a los criterios de reconocimiento ocupan un lugar importante. Otra posibilidad –en la que no nos vamos a detener– sería la que consiste en centrar la atención en el análisis de los

¹⁴ Vid. al respecto. CUENCA GOMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁵ Vid. PINTORE, A., *La teoría analítica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 3 y ss.

conceptos jurídicos. Pues bien, en mi opinión, la reflexión sobre la producción normativa es también relevante en cuestión de límites del Derecho. Cuando elaboramos una teoría de la producción normativa, estamos en realidad elaborando una propuesta sobre el alcance y el ámbito del Derecho, en definitiva sobre sus límites.

Parece evidente que la reflexión sobre los límites del Derecho puede ser desarrollada a la luz de los condicionantes derivados del constitucionalismo. Pensemos, por ejemplo, en algunos aspectos a los que desde el constitucionalismo se presta importancia como pueden ser la distinción entre reglas y principios, el reposicionamiento del lugar del juez y la introducción de dimensiones morales en el Derecho (lo que afecta tanto a la identificación del Derecho –validez- como a las dimensiones interpretativas y aplicativas vinculadas a la adjudicación). En estos casos, ¿podríamos afirmar que existe una “difuminación” del Derecho? Si ello fuera así, tendríamos que contemplar la posibilidad de admitir que la teoría de la producción normativa del constitucionalismo no es capaz de fijar con nitidez los contornos del Derecho.

Pero antes de continuar, me interesa diferenciar entre dos tipos de límites a los que podemos aludir en este terreno: los límites epistémicos y los límites normativos¹⁶. Los límites respecto a los cuales pretendo poner en relación a la producción normativa son los primeros. Los límites epistémicos hacen referencia a la identificación del objeto de conocimiento, mientras que los normativos se referirían a la frontera entre aquello que debe formar parte del Derecho y aquello que no. En este sentido, el positivismo jurídico tradicionalmente ha estado más preocupado por los límites epistémicos que por los normativos. Los límites epistémicos del derecho son los que diferencian los contornos del Derecho en relación con otros sistemas normativos con los que convive en el espacio social. Cuando positivistas como Kelsen proceden a señalar las diferencias entre el Derecho y la moral, por ejemplo, están

¹⁶ Agradezco a Massimo La Torre el haberme llamado la atención sobre este extremo.

contribuyendo a fijar los límites del Derecho desde el punto de vista epistemológico. Por otra parte, en aquellos casos en los que se señala que determinados contenidos no pueden entrar a formar parte de un sistema jurídico (por ejemplo, por ser radicalmente injustos), se está procediendo a proponer límites normativos. En este sentido, podría afirmarse que para el positivismo jurídico el Derecho carece de límites normativos. Ello se debería al hecho de que el positivismo jurídico, o al menos un determinado tipo de positivismo jurídico, no se autocomprende como una propuesta moral en relación con el Derecho. Por eso, el positivismo jurídico ha estado más atento a la estructura y a las funciones del Derecho, que a sus contenidos y a las justificaciones de los mismos.

IV. Producción normativa: autoridad y justificación

Los sistemas jurídicos presentan dos dimensiones relevantes: la autoritativa y la justificativa. En el primer caso, estamos atendiendo a las autoridades y a los procedimientos a través de los cuales las decisiones (las normas jurídicas) adquieren forma jurídica. En el segundo caso atendemos a los contenidos de esas decisiones. En realidad, estamos aludiendo con otros términos a algunas cuestiones que siempre nos podemos plantear en relación con el Derecho: quién crea la norma, cómo se crea la norma y qué manda la norma, es decir, cuál es su contenido. Pues bien, la teoría de la producción normativa predominante en el positivismo jurídico parecería haber estado centrada más en la dimensión autoritativa que en la justificativa. Pensemos, por ejemplo, en los casos de Kelsen y de Hart.

Cuando Kelsen escribe en 1928 su trabajo sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, nos presenta una tesis –que continúa en obras posteriores– de acuerdo con la cual legislación y ejecución (es decir creación y aplicación)

son funciones de un mismo proceso. Kelsen entiende la nomodinámica a partir de la comprensión conjunta de la creación y de la aplicación del Derecho: “Legislación y ejecución no son dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del Derecho, y dos etapas intermedias. Pues este proceso no se limita solamente a la legislación sino que, comenzando en la esfera del Ordenamiento jurídico internacional, superior a todos los ordenamientos estatales, prosigue en la Constitución, para concluir finalmente, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, en los actos de ejecución material (*Vollstreckunsakte*) de éstos últimos”¹⁷. El formalismo kelseniano se ve acentuado a través de sus prevenciones respecto a la aplicación de “normas distintas de las normas jurídicas”¹⁸. Kelsen se está refiriendo a normas suprapositivas, a postulados normativos cuya aplicación –en este caso por la jurisdicción constitucional- se considera debida desde el momento en que son expresión de la equidad o de valores como la libertad, la igualdad o la justicia. Para Kelsen la aplicación de estas normas sólo sería posible de manera conjunta a través de la de aquellas normas positivas en las que en su caso se hubieran incluido o positivizado, ya que en caso contrario no son vinculantes desde el punto de vista jurídico. Pero también se plantea el caso en el que esas normas se hayan positivizado. Kelsen, como es sabido, aboga por una formulación lo más objetiva y precisa posible ya que de lo contrario, el poder del Tribunal Constitucional sería “simplemente insoportable”. Se produciría un desplazamiento de la capacidad política de elaborar las leyes, que pasaría del Parlamento al Tribunal Constitucional. Por ello, Kelsen propone que “para

¹⁷ KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 110. Vid. también ID., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edic. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, 1982, pp. 244-245.

¹⁸ Vid. KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, cit. p. 141.

evitar un desplazamiento semejante –ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente- del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas a las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible”¹⁹. En definitiva, para Kelsen la legitimidad democrática se concentra en el parlamento, que va a ser el órgano que tome la decisión en relación con los contenidos de justicia incluidos en la Constitución. De esta manera, Kelsen “sería el máximo exponente de una concepción voluntarista en la que la democracia no se agota en el acto de creación de la Constitución”²⁰

Por su parte, Hart propuso un concepto de Derecho que se reconducía a algunas tesis básicas, entre las que destacan la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral (“aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias ni lógicas ni conceptualmente”²¹), y la de las fuentes sociales del Derecho (“para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos o tests últimos de validez jurídica”)²².

¹⁹ KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, cit. p. 143.

²⁰ BARRANCO AVILES, M. C., “El papel del juez en el Estado constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII, 2005, p. 119.

²¹ Vid. HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, 26, 1980, p. 4.

²² HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 5.

Como es sabido, la crítica de Dworkin a Hart somete a revisión los test que el positivismo utiliza en la producción normativa y en la identificación del Derecho, y llega a la conclusión de su insuficiencia; insuficiencia que se acentúa desde el momento en que en las normas superiores del sistema se incluyen dimensiones materiales o sustanciales. En efecto, el criterio del origen, del *pedigree*, no funcionaría con aquellas normas, los principios, cuya existencia no se puede explicar exclusivamente como el resultado de un proceso de toma de decisiones ordenadas jerárquicamente. Los principios comparten esa dimensión material o sustancial con determinadas normas constitucionales a través de las cuales se completan las exigencias formales, añadiendo otras materiales, del concepto de validez.

Sin embargo, Hart afirma que no hay ningún obstáculo para que el criterio último de validez incluya aspectos sustanciales, morales en definitiva. Esta posibilidad fue reconocida en *El Concepto de Derecho*²³, y abordada después en el *Postscript*, en donde defiende un positivismo *suave* (*soft positivism*)²⁴ que puede asumir perfectamente la inclusión de contenidos morales en los criterios últimos de reconocimiento del sistema: "... el criterio último de validez jurídica puede incorporar explícitamente junto al *pedigree*, principios de justicia o valores morales sustantivos, y estos pueden constituir el contenido de restricciones constitucionales"²⁵.

²³ "In some systems, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values; in other systems, as in England, where there are no formal restrictions on the competence of the supreme legislature, its legislation may yet no less scrupulously conform to justice or morality", *The Concept of Law*, second edition with a Postscript ed. by Penelope A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 204.

²⁴ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 238 y ss.

²⁵ HART, H. L. A., *Postscript*, cit, p. 247.

A partir de esta afirmación, Hart se enfrenta a dos críticas principales de Dworkin²⁶. Por una parte, Dworkin se refiere a la contradicción entre el positivismo suave y lo que se podría considerar el modelo general del positivismo. Este propone la identificación cierta y segura de modelos de conducta, las normas, no dependiente de controversias morales, mientras que aquel propondría una identificación del Derecho afectada por esa controvertibilidad de los argumentos morales que en el primer caso se pretende evitar. El positivismo suave implicaría una incertidumbre que el positivismo genéricamente considerado pretendió evitar, produciéndose por tanto una flagrante contradicción con los aspectos básicos del programa positivista. Hart se refiere a esta crítica subrayando su carácter exagerado. Para él, Dworkin exagera tanto en lo que se refiere al grado de certeza o seguridad con el que el positivismo pretende identificar los modelos de comportamiento, como en lo que se refiere al grado de incertidumbre que se derivaría de la inclusión de principios o valores morales en los criterios de reconocimiento. Para Hart, si bien es cierto que una de las funciones de la regla de reconocimiento es "promover la certeza con la que el Derecho se puede afirmar"²⁷, también lo es que la regla de reconocimiento no puede sustraerse completamente a los problemas de penumbra que afectan también a otras normas del sistema. En todo caso, los problemas derivados de la incorporación de contenidos morales en los criterios de reconocimiento no son problemas de indeterminación radical y completa, con exclusión total de la certeza. Como Hart señala, es imprescindible tolerar un cierto margen de incertidumbre: "Sólo si se trata la función de suministrar certeza de la regla de reconocimiento como principal y como aquella que predomina sobre las demás, puede considerarse inconsistente la forma de positivismo suave que incluye entre

²⁶ Vid. DWORKIN, R., "A Reply by Ronald Dworkin", COHEN, M. (ed.) *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1984, pp. 245 y ss.

²⁷ HART, H. L. A., *Postscript*, cit., p. 251.

los principios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores controvertibles. El problema subyacente, en este caso, se refiere al grado de certidumbre que puede tolerar un sistema jurídico si ha de presentar un avance significativo respecto a un régimen descentralizado de reglas de costumbre al suministrar guías de conducta determinadas, identificables previamente y por lo general confiables"²⁸.

La segunda crítica a la que Hart se enfrenta es, básicamente, aquella que consiste en señalar otra inconsistencia entre el positivismo suave y el modelo positivista ya que desde el momento en el que los criterios de validez operan como test morales, se está contrariando el deseo del positivista de independizar el carácter objetivo de las proposiciones morales respecto a teoría filosóficas sobre la naturaleza de los juicios morales. Hart propone un modelo de teoría jurídica no comprometida con la cuestión de la naturaleza de los juicios morales, dejando en suspenso dicho problema, ya que su relevancia práctica a la hora de explicar la actividad del juez es escasa: "...si la teoría del Derecho deja abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales, como sostengo que debe hacerlo, el positivismo suave no puede entonces caracterizarse sin más como una teoría según la cual los principios morales o los valores pueden encontrarse entre los criterios de validez jurídica; en efecto, si el carácter objetivo de los principios morales y valores permanece abierto, debe permanecer abierto también el problema de si las previsiones del positivismo suave que incluyen la conformidad con ellos entre las pruebas del Derecho existente puedan tener tal efecto o, por el contrario, sólo puedan constituir orientaciones para que los jueces 'creen' Derecho de acuerdo con la moral"²⁹. Creo que es también interesante recordar que Hart reacciona contra la crítica dworkiniana según la cual la estructuración positivista de los criterios de validez es insuficiente respecto a los principios. En primer

²⁸ HART, H. L. A., *Postscript*, cit., p. 252.

²⁹ HART, H. L. A., *Postscript*, cit., p. 254.

lugar, señala Hart, los principios también se pueden reconocer de acuerdo a su *pedigree*, "pues es evidente que una de las disposiciones que se encuentran en una Constitución escrita o en una enmienda o una ley puede ser comprendida como algo que opera a la manera no concluyente característica de los principios, como algo que suministra razones para la decisión que pueden ser derrotadas cuando otra regla o principio presenta razones más fuertes a favor de la decisión contraria"³⁰. En segundo lugar, continua Hart, hay principios a los que se puede aplicar el test del *pedigree* desde el momento en que "han sido consistentemente invocados por los jueces en una diversidad de casos diferentes como algo que suministra razones para la decisión adoptada, que deben ser tomados en cuenta, aún cuando son susceptibles de ser derrotados en algunos casos por razones que hagan prevalecer la decisión contraria. (...) Ningún argumento que afirme que la inclusión de principios como parte del Derecho implica el abandono de la regla de reconocimiento sería válido"³¹. En definitiva, el reconocimiento de la presencia de dimensiones sustanciales en el Ordenamiento jurídico no impide al positivismo jurídico superar el test de los límites del Derecho, referido a la posibilidad de distinguir entre lo que es el Derecho y lo que no lo es³².

³⁰ HART, H. L. A., *Postscript*, cit., p. 264. En este punto Hart se alinearía con aquellos que mantienen que la diferencia entre reglas y principios no es estructural, sino que depende de la función que las normas desarrollan en los momentos interpretativo y aplicativo. Vid. al respecto PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; ID., "Diez argumentos a propósito de los principios", ID., *Ley, principios, derechos*, IDHBC-Dykinson, Madrid, 1998, pp.47 y ss.

³¹ HART, H. L. A., *Postscript*, cit., p. 265. El subrayado es mío.

³² No obstante, el mantenimiento de esta tesis, conduce a la tesis social, considerada por Raz, la tesis "más fundamental" del positivismo jurídico, según la cual "lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales" (vid. RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo, UNAM México, 1982, p. 55). Dicha tesis es la que le va a permitir a Dworkin identificar el positivismo como una *plain-fact theory* (Vid. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 6 y ss). Sobre la crítica de Dworkin a las tesis básicas del positivismo, puede consultarse, entre otros muchos, el trabajo de Giorgio BONGIOVANNI, "La teoria 'costituzionalistica' del diritto di Ronald Dworkin", en ZANETTI, G. (ed), *Filosofia del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999, pp. 247 y ss.

Pues bien, si traigo a colación los ejemplos de Kelsen y de Hart es porque de sus tesis se puede derivar una comprensión procedimental de la Constitución que plantearía dificultades para comprender por completo el sentido de la producción normativa tal y como ésta se plantea en las estructuras jurídicas del Estado constitucional. Posiblemente ésta sea una de las dimensiones del positivismo jurídico más problemáticas para lo que afecta a la teoría de la producción normativa en el escenario constitucionalista³³. En este contexto, la confianza positivista en relación con la posibilidad de una identificación objetiva y avalorativa del Derecho y por lo tanto con la posibilidad de fijar con nitidez los límites del Derecho devendría ilusoria, tal y como se señala por sus críticos. Aquella confianza se basaba en el manejo de una concepción formal de la validez, pero desde el momento en que la validez de las normas no sólo depende de sus dimensiones autoritativas, sino también de las justificativas, la neutralidad en la identificación del Derecho parecería imposible.

En definitiva, el problema de la propuesta positivista en relación con la producción normativa consistiría en que ha descuidado la importancia de las preguntas sobre el qué del Derecho (cuál es el contenido de las normas) y sobre el por qué (cómo se justifica ese contenido). En la tensión entre la dimensión autoritativa y la justificativa, la primera habría primado³⁴. Creo que esto es algo que hasta los propios positivistas han reconocido. Hart lo hace explícitamente en el Postscript³⁵. Luis Prieto ha señalado que el positivismo ha elaborado una teoría

³³ Vid. BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoría del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 45 y ss.

³⁴ Sobre la tensión entre ambas dimensiones, vid. RODENAS, A., "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 417 y ss.

³⁵ "But I certainly wish to confess now that I said far too little in my book about the topic of adjudication and legal reasoning and, in particular, about arguments from what my critics call legal principles. I now agree that it is a defect of this book that principles are touched upon only in passing", *Postscript*, cit., p. 259.

del Derecho sin una teoría de la argumentación³⁶. Es más, creo que un buen ejemplo de esta desatención es el del propio Norberto Bobbio, posiblemente con las excepciones de sus trabajos sobre la analogía³⁷, o sobre el lugar de la razón en el Derecho³⁸ y el razonamiento de los juristas³⁹.

V. Conclusión: producción normativa y Derecho "borroso".

Sin embargo, creo que podríamos plantearnos la posibilidad de poner en duda que la llamada de atención sobre la importancia de las dimensiones argumentativas y justificativas del Derecho sea un mérito exclusivo del constitucionalismo. La razón es que el constitucionalismo es en buena medida una teoría particular, centrada en exclusiva en la configuración de Ordenamientos jurídicos concretos, como son los de las democracias constitucionales. Es cierto que la realidad del Derecho del constitucionalismo nos ha recordado la imprescindible presencia de dimensiones de moralidad en el Derecho, con independencia de cuáles sean éstas, pero no deberíamos centrarnos exclusivamente en lo que podríamos considerar la "moral juridificada" del constitucionalismo y considerar que esa es la única moral juridificada de la que podemos hablar o con la que nos podemos encontrar. No es la moral juridificada del constitucionalismo la que determina la dimensión argumentativa del Derecho,

³⁶ Vid. PRIETO SANCHIS, L., "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones", ID., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, pp. 131 y 133.

³⁷ BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II, Memoria XXXVI, Torino, 1938 (ahora publicado a cargo de P. Di Lucia en el Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche, Università di Camerino, Giuffrè, Milano, 2006).

³⁸ Vid. BOBBIO, N., "La ragione nel diritto", in FARALLI, C., PATTARO, E., (eds.), *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 Dicembre 1984*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 75-89 (ahora también en BOBBIO, N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli editore, Torino, 1994, pp. 295-306).

³⁹ Vid. BOBBIO, N., "Sul ragionamento dei giuristi", *Rivista di diritto civile*, I, 1955, pp. 3-14 (ahora también en BOBBIO, N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 281-294).

sino por el contrario el hecho de que en el Derecho (sea el del constitucionalismo u otro) siempre nos vamos a encontrar con algún tipo de propuesta normativa juridificada, con independencia de que coincida o no con la del constitucionalismo. Por desgracia, sabemos que en el mundo los sistemas en los que esa coincidencia no se da son más numerosos. Y sabemos que nos vamos a encontrar con propuestas morales (compatibles o no) a no ser que estemos dispuestos a admitir la posibilidad de sistemas normativos jurídicos que sean neutrales (moralmente hablando) en la regulación de los comportamientos y en el establecimiento de modelos de conducta, lo cual sería –por otra parte– contradictorio con la misma naturaleza normativa del Derecho.

El escenario constituido por el Estado Constitucional sitúa en un primer plano determinadas cuestiones que en definitiva han de ser tenidas en cuenta a la hora de construir una teoría de la producción normativa. Esas cuestiones serían expresión de lo que Ferrajoli ha considerado la “segunda revolución jurídica moderna”: si la primera estuvo constituida por la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa que se manifiesta en el movimiento codificador y por la afirmación de la legitimación de los actos jurídicos a partir de la satisfacción de las exigencias formales de establecidas por las normas superiores, esta segunda revolución implica la afirmación de que el Estado constitucional “es un sistema en el que la producción de normas se encuentra regulada normativamente no sólo en cuanto a las formas de producción, sino también en cuanto a los significados producidos”⁴⁰.

Una de esas cuestiones es la referida a la insuficiencia de una concepción estrictamente formal. El hecho de que los criterios de identificación normativa del sistema no sólo se refieran a autoridades y a procedimientos, sino también a dimensiones sustanciales (valores, principios, derechos), condiciona la dinámica

⁴⁰ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto.*, Laterza, Bari, 2007, p. 486.

del Derecho (retomando la terminología kelseniana), no sólo en el momento interpretativo y aplicativo, sino también en el creativo (suponiendo que, con permiso de Kelsen, podamos diferenciarlos). Ciertamente, la superación de la concepción estrictamente formal de la producción normativa, hace que en el interior del constitucionalismo, la teoría de la producción normativa adquiriera un renovado protagonismo en la teoría del Derecho. Un ejemplo es el de Luigi Ferrajoli y su tesis de acuerdo con la cual los defectos en la producción normativa nos situarían frente a los problemas de lagunas (falta de desarrollo normativo) y antinomias (contradicciones en el desarrollo normativo) que serían el resultado de la inobservancia, por comisión o por omisión, de las normas sustanciales sobre la producción normativa⁴¹. Por cierto, que ese protagonismo de la teoría de la producción normativa debería ir acompañada por el protagonismo también de la teoría de la interpretación, ya que la inserción de contenidos morales en el Derecho no es algo que se produzca de una vez por todas y en momentos concretos, como podrían aquellos en los que se crea una ley, por ejemplo, sino que se realiza “en el interior de un flujo continuo de prácticas de carácter productivo (...) interpretativo y aplicativo que van que van especificando progresivamente estos contenidos morales”⁴².

Otra cuestión, directamente relacionada con la anterior, es la necesaria apertura de la producción normativa a la filosofía política. Es también Ferrajoli el que se ha referido a esta cuestión al reconocer que gran parte de los principios y valores que se incluyen en los Ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales se identifican con aquellos que elaboró el pensamiento filosófico-político ilustrado. A partir de ahí, aunque la filosofía política conservaría su autonomía respecto a la teoría del Derecho, ésta no se podría entender

⁴¹ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto.*, cit., pp. 908-912.

⁴² VILLA, V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., p. 272.

desvinculada de aquella ni en los procesos productivos ni tampoco en los interpretativos y argumentativos⁴³.

El constitucionalismo y su modelo jurídico político propone, por tanto, una teoría de la producción normativa no centrada exclusivamente en el ejercicio de competencias por parte de autoridades, en el marco de determinados procedimientos, sino también abierta a consideraciones referidas a razones, argumentos y justificaciones. La producción normativa no puede ser completamente entendida si la entendemos como un territorio inmune a la intersección con la filosofía moral y con la filosofía política.

El mérito del constitucionalismo puede ser el de habernos abierto horizontes de comprensión y análisis. Pero también es cierto que al constitucionalismo se le plantean retos a la hora de construir un modelo de Derecho. Y son retos que están directamente relacionados con el desarrollo de la teoría de la producción normativa que ahora, como hemos visto, ya no se puede entender desligada de sus dimensiones interpretativas y justificativas. El positivismo jurídico, con todas sus carencias, se había interesado en perfilar los límites del Derecho, como respuesta a las incertidumbres en la identificación del Derecho natural. Y para ello había elaborado una teoría formal de la producción normativa que había generado espacios de seguridad jurídica. Desde el momento en que tomamos conciencia de la presencia de dimensiones no abordables desde una perspectiva exclusivamente formal o autoritativa, en la superación del formalismo en la producción normativa corremos el riesgo de ceder terreno en la nitidez con la que identificamos el Derecho. La cuestión que planteo, por tanto, es si junto al Derecho dúctil⁴⁴ podemos hablar de un Derecho borroso, con las

⁴³ Vid. FERRAJOLI, L., "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en FERRAJOLI, L., MORESO, J. J., ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 64-66.

⁴⁴ Además de *El Derecho dúctil*, ya citado, pueden consultarse las reflexiones de G. ZAGREBELSKY en *La virtù del dubio. Intervista su ética e diritto*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Bari, 2007, pp. 89-106.

consecuencias que para la seguridad jurídica y las consecuencias morales de la misma se derivarían de ello⁴⁵.

⁴⁵ Vid al respecto, LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit. El argumento relativo a la vinculación entre la certeza del derecho y la autonomía es formulado, en una época turbulenta (1940), por Piero CALAMANDREI en *Fede nel Diritto*, a cura di Silvia Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno e G. Zagrebelsky, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 61 y ss.