

LOS CONTENIDOS MATERIALES CONSTITUCIONALES Y LA CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO MIXTO

Patricia CUENCA GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. III. *La especial relevancia de la dimensión estática en los órdenes jurídicos*. IV. *Interpretación, interpretación constitucional y sistema mixto*.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, uno de los rasgos más significativos de los órdenes constitucionales actuales radica en la incorporación a los textos constitucionales de todo un elenco de contenidos materiales que expresan opciones eminentemente morales, que se reclaman jurídicamente vinculantes y que se encuentran judicialmente garantizados.¹

Esta característica del derecho del constitucionalismo ha supuesto el cuestionamiento de la teoría del sistema jurídico de Hans Kelsen, referente central del pensamiento sistemático contemporáneo de impronta positivista. Conviene tener presente que la necesidad de revisar —o, incluso de abandonar— la concepción kelseniana del orden jurídico ha sido sostenida

* Profesora titular (acreditada) de filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.

¹ Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 7, Madrid, Dykinson, 1998, p. 35. Autor que señala: “el núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier norma y, sobre todo con un contenido verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales”. Véase también Barranco Avilés, M. C., “Los contenidos materiales en las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, 2006.

no sólo por aquellos planteamientos que interpretan el constitucionalismo en clave antipositivista, sino también por autores que defienden la capacidad del iuspositivismo para explicar el funcionamiento de los Estados constitucionales.²

La principal crítica que en este contexto se plantea a la teoría de Kelsen se proyecta sobre su caracterización del orden jurídico como un sistema normativo dinámico, por oposición a los sistemas de tipo estático. Según la interpretación más difundida de esta tipología, en los sistemas normativos estáticos la validez de las normas dependería de criterios exclusivamente materiales; mientras que en los sistemas dinámicos y, por ello, en el orden jurídico, los criterios de validez normativa serían de índole únicamente formal.³

Desde esta visión, se afirma que una de las consecuencias más relevantes derivadas de la nueva fisonomía que presenta el derecho del constitucionalismo —y, en particular, de la presencia de contenidos materiales en las Constituciones— consiste, precisamente, en la superación de la dicotomía sistema estático/sistema dinámico. En este sentido, los órdenes constitucionales se configurarían no como sistemas dinámicos puros, al estilo de Kelsen, sino como sistemas normativos mixtos que combinarían rasgos propios de los sistemas de tipo dinámico y de los sistemas de naturaleza estática. Y ello porque en el escenario del Estado constitucional la validez de las normas jurídicas dependería no sólo de criterios formales, sino también de criterios materiales, que exigen la conformidad de su contenido con los contenidos sustantivos incorporados en la norma constitucional.

Pues bien, a mi modo de ver, la anterior reflexión incurre en dos errores. El primero radica en que se basa en una interpretación cuestionable de la teoría del sistema jurídico de Kelsen. En efecto, como me he ocupado de poner de relieve en otros trabajos, la concepción kelseniana del orden jurídico como sistema dinámico puede asumir, y de hecho asume, la presencia de contenidos materiales en el derecho y su relevancia en la de-

² Peces Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 43; Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 22; Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1993, p. 191, y Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 84 y 85.

³ Véase sobre la distinción sistemas estáticos/sistemas dinámicos, Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 7a. ed., trad. de R. Vernengo, Buenos Aires, Porruá, 1993, pp. 201 y ss., y Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, pp. 129 y ss.

terminación de la validez jurídica.⁴ El segundo error consiste en una cierta exageración de la novedad que supone el constitucionalismo por lo que respecta a la importancia de las dimensiones materiales en la cuestión de la validez jurídica.

En efecto, a mi modo de ver, no sólo los sistemas jurídicos constitucionales, sino todos los sistemas jurídicos se configuran y funcionan como sistemas normativos mixtos.⁵ Ahora bien, como trataré de demostrar en lo que sigue, la dimensión estática, necesariamente presente en todo orden jurídico, adquiere especial importancia en los órdenes constitucionales, y la comprensión del papel de los contenidos constitucionales materiales en el derecho incide en un sentido esencial en el significado y alcance de la tesis de la configuración mixta del sistema jurídico.

II. EL SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO MIXTO

Como antes avancé, la definición del sistema jurídico como un sistema de carácter mixto implica afirmar que la validez de sus normas depende conjuntamente tanto del cumplimiento de criterios formales, o dinámicos, cuanto del respeto de criterios materiales, o estáticos.⁶

La defensa de la configuración mixta del sistema jurídico se apoya en dos referentes básicos, que no poseen, o mejor, que no tienen por qué poseer un significado moral: el referente sistemático y el referente funcional.⁷ La comprensión del fenómeno jurídico en términos de sistema implica, entre otras cosas, asumir una determinada teoría de la validez —que encuentra

⁴ Cuenca Gómez, P., “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría del derecho de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

⁵ A justificar esta afirmación se dedica mi trabajo Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008.

⁶ Conviene tener presente que existen un modelo sistemático mixto diferente al analizado en estas páginas, que se articula a partir de la operatividad disyuntiva (y no conjunta) del criterio de legalidad y del criterio de deducibilidad. Este modelo que toma como base el sistema deductivista de Alchourrón y Bulygin considera válidas tanto las normas que han sido emitidas por un órgano competente (criterio de legalidad), como las consecuencias lógicas derivadas de tales normas (criterio de deducibilidad) con independencia de quién sea el sujeto que opere la deducción. Véase, por ejemplo, Caracciolo, R., *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994, pp. 53 y ss.

⁷ Se trata de referentes que definen la idea de derecho moderno. Sobre su sentido, véase Asís Roig, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999; *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

precisamente en Kelsen a su principal exponente y descartar, por tanto, otras comprensiones alternativas de esta noción, como la defendida por la teoría fáctica y la teoría axiológica— que afirma que una norma jurídica es válida cuando ha sido creada de conformidad con los criterios de pertenencia establecidos en otras normas superiores del sistema.⁸ Por su parte, el referente funcional implica entender que la función inherente del derecho como fenómeno normativo consiste en el control social; esto es, en la regulación de los comportamientos humanos en sociedad, y exige su aptitud para desempeñar esta tarea con una mínima garantía de éxito.

La eficacia del derecho como técnica de control social y el mantenimiento de los rasgos sistemáticos de la unidad, la coherencia y la plenitud exigen la presencia de diversos sujetos que tengan atribuida la realización de diferentes tareas: la creación de normas generales, su aplicación, ejecución o el control de la legalidad del desarrollo de estas tareas.⁹ Pues bien, estas funciones que necesariamente tienen que ser llevadas por alguien y que no pueden ser llevadas a cabo por un solo sujeto tampoco pueden ser llevadas a cabo por todos, o por cualquier individuo. Así, la primera implicación lógica derivada del manejo del concepto sistemático de validez radica en la exigencia de que los sujetos que asumen las distintas tareas de producción normativa en los diferentes escalones del ordenamiento jurídico sean individuos “designados por ese mismo orden”;¹⁰ las normas jurídicas tienen que ser creadas mediante “actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto”.¹¹ Desde esta perspectiva, los sistemas jurídicos se caracterizan por el fenómeno de la autoridad, por la institución y adscripción de poderes habilitados para la creación y aplicación de normas.¹²

En este sentido, los rasgos derivados de la idea de sistema y de la idea de función exigen el requisito de la validez formal como caracterizador

⁸ Según la teoría fáctica, identificada con planteamientos realistas radicales, la validez de una norma depende de su eficacia. En virtud de la teoría axiológica propia de aproximaciones iusnaturalistas, la validez de una norma depende de su adecuación a normas y principios extrasistemáticos que adquieren este papel en virtud de su calidad moral. Véase sobre la distinción entre teorías sistemáticas, fácticas y axiológicas, Wróblewski, J., “Tre concetti di validità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 36, 1982, pp. 584-595, y con una terminología un tanto diversa Conte, A., “Studio per una teoria della validità”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 47, 1970, pp. 331-354.

⁹ Esta argumentación ofrece una justificación funcional al principio de división de poderes, entendida simplemente como una división funcional.

¹⁰ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 232.

¹¹ *Ibidem*, p. 132.

¹² Celano, B., “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, *Doxa*, 24, 2001, p. 407.

del poder de los órganos jurídicos.¹³ Dicho de otro modo, todos los sistemas jurídicos incorporan una dimensión dinámica —expresión de su carácter institucionalizado— que implica condicionar formalmente la validez de sus normas a su creación por una autoridad competente a través del procedimiento establecido en una norma superior. Este condicionamiento supone una primera limitación, de carácter formal, a la libertad del poder para crear derecho: no cualquier mandato dará lugar a la creación de una norma jurídica válida, sino tan sólo aquel que proviene de un poder autorizado por una norma superior, y que se manifiesta de la forma preestablecida.¹⁴

La concepción del orden jurídico como un sistema normativo orientado al control social permite justificar también la necesaria presencia en el derecho de contenidos materiales y su relevancia a la hora de determinar la validez de la actuación de las autoridades jurídicas. La exigencia de generalidad de las normas¹⁵ y la nota de la plenitud permiten justificar la imprescindible concurrencia en el sistema jurídico de reglas sustantivas; esto es, de normas con contenidos materiales generales que predeterminan materialmente el contenido de las normas individuales dictadas por los jueces y autoridades administrativas.

La asunción de un concepto sistemático de validez, que exige la conformidad de las normas inferiores con todos los aspectos regulados en las normas superiores, incluidas las determinaciones atinentes a su contenido; la exigencia de congruencia, que requiere que la labor de los órganos de aplicación se ajuste a lo dispuesto en las propias normas del sistema; y sobre todo, la exigencia de coherencia permiten fundamentar la ineludible relevancia de esa determinación material en la validez de las normas inferiores. La nota de la coherencia, identificada con la exigencia de compatibilidad o de no contradicción entre los contenidos normativos opera en su proyección vertical —por razón de la existencia de una ordenación jerárquica formal entre las distintas normas del ordenamiento, necesaria, de nuevo, para la propia funcionalidad del derecho como sistema normativo

¹³ Así Roig, R., de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit., p. 52.

¹⁴ Delgado Pinto, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208 (recogido también en Delgado Pinto, J., *Estudios de filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 115-149).

¹⁵ Véase la argumentación de Raz, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158 y ss., sobre los sistemas de discreción absoluta.

de control social— como un criterio de validez de carácter material.¹⁶ Ello supone un nuevo límite, esta vez de carácter sustantivo, al poder en su tarea de producción de normas jurídicas.

En este sentido, todo sistema jurídico incluye una dimensión estática, que condiciona, cuando menos, la validez de las normas individuales a su compatibilidad con los contenidos de las normas generales superiores, y, por tanto, todo sistema jurídico se configura como un sistema normativo de tipo mixto.

III. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA DIMENSIÓN ESTÁTICA EN LOS ÓRDENES JURÍDICOS

Si bien la tesis del carácter mixto se considera aplicable a cualquier orden jurídico moderno, en tanto resulta de la adopción de ciertos presupuestos definitorios de la idea moderna de juridicidad —la idea de sistema y la idea de función—, ello no obsta para que puedan existir diferencias importantes entre los distintos sistemas jurídicos por lo que respecta a la proyección de las dimensiones estáticas y dinámicas. La razón de estas diferencias estriba en que la presencia de contenidos materiales sólo se considera indispensable en un determinado nivel de la pirámide jurídica en el tránsito de la grada intermedia de las normas generales al escalón de las normas individuales. Dicho de otro modo, la inclusión de dimensiones materiales en el eslabón constitucional no es una exigencia conceptual derivada de la comprensión de lo jurídico que aquí se maneja, sino una opción política, y, por tanto, una variable históricamente determinable. Ciertamente, resulta no sólo teórica, sino también pragmáticamente plausible un sistema jurídico cuya norma constitucional se limite a señalar los órganos creadores de normas generales, y los procedimientos a seguir para llevar a cabo tal producción,¹⁷ haciendo aparición los contenidos sustantivos generales exclusivamente en el nivel infraconstitucional.

¹⁶ El efecto obligado de la presencia de una jerarquía normativa consiste en “el deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo dispuesto en las normas superiores”. Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, 1988, p. 149; véase Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 205.

¹⁷ Precisamente, para Kelsen la función mínima de la Constitución, como norma suprema del sistema, es señalar los órganos encargados de la creación de normas jurídicas generales. Véanse Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 147, y *Teoría pura del derecho*, cit., p. 235.

Ahora bien, la nueva fisonomía que en nuestro ámbito cultural presentan las Constituciones a partir del abandono del modelo constitucional procedimental propio del Estado de derecho legislativo y de la adopción por el constitucionalismo posterior a la segunda posguerra mundial de un modelo constitucional procedimental-material¹⁸ —esto es, de un modelo de Constitución, que combina la presencia de normas de organización y de procedimiento con la incorporación de un nutrido conjunto de cláusulas normativas sustantivas, que de manera no excluyente, aunque sí preferente, se identifican con los derechos fundamentales¹⁹— implica el surgimiento de un panorama jurídico en el que la aspecto estático del sistema jurídico adquiere una especial fuerza expansiva.

Las normas constitucionales materiales se convierten en referentes esenciales de cualquier actividad de creación y aplicación normativa, incidiendo en la estructura y el funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto. Los contenidos sustantivos constitucionales —desde su posición jurídica privilegiada— operan —ahora sí por razones sistemáticas y funcionales— como criterios básicos de validez material, de manera que la pertenencia de cualquier norma al sistema jurídico depende de su compatibilidad con tales contenidos.

La inclusión de contenidos normativos sustantivos en la Constitución supone, por tanto, que los criterios que dotan de unidad e identifican a la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico son tanto materiales como formales. A partir de la presencia de dimensiones de contenido en la Constitución, todas las autoridades implicadas en la tarea de producción normativa —incluido el propio legislador— se configuran como poderes formal y materialmente “determinados”. La incorporación de contenidos en la norma constitucional se vincula “al contenido posible”, y “por tanto a los límites del resto de las normas del ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación del éstas”.²⁰ En definitiva, en el contexto del Estado constitucional el ejercicio válido de todo poder normativo está condicionado al cumplimiento de ciertas exigencias relacionadas, no sólo con quién y con cómo se manda, sino también con el contenido de lo mandado.

Esta reflexión acerca de las consecuencias que se derivan de la incorporación de contenidos materiales en la norma constitucional permite plantear con mayor precisión el significado de la comprensión del sistema ju-

¹⁸ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

¹⁹ Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos, cit.*, p. 35.

²⁰ Peces-Barba, G. *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 416 y 417.

rídico como un sistema de tipo mixto. La configuración mixta del orden jurídico significa que las dimensiones materiales presentes en las normas superiores repercuten necesariamente en la determinación de la validez de las normas inferiores. Ahora bien, esta presencia sólo constituye una necesidad lógica y funcional en un determinado punto de la cadena de producción normativa situado por debajo del vértice de la pirámide jurídica. De esta forma, la articulación mixta del sistema jurídico se manifiesta siempre, al menos, en el enjuiciamiento de la validez de las normas individuales. La presencia, contingente, de contenidos materiales en la norma constitucional, otorga a la dimensión estática una especial proyección, que convierte en especialmente inadecuada la comprensión del orden jurídico como un sistema puramente dinámico.

Desde esta óptica, como se señaló con anterioridad, debe matizarse el papel determinante que suele atribuirse a la incorporación de normas materiales en la Constitución en la superación de la dicotomía sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos. Así, no es rigurosamente cierto que tal presencia “trasciende la dialéctica de los contrarios” entre el sistema estático y el dinámico,²¹ pero sí que la trasciende absolutamente, pues el sistema incluye desde su cúspide dimensiones materiales. Tampoco cabe afirmar que la incorporación de dimensiones sustantivas en la norma constitucional provoca que no se pueda sostener “la tajante distinción kelseniana porque lo que él llama (sistema dinámico) no es suficiente sin lo que llama (sistema estático) para comprender el Ordenamiento jurídico”,²² pero sí que a partir de tal incorporación la comprensión del orden jurídico en términos puramente dinámicos es radicalmente insuficiente. Como señala Ansuátegui Roig,

...la inclusión de contenidos sobre derechos fundamentales en las normas superiores del ordenamiento *es uno de los factores* que hace que, en realidad, el sistema jurídico sea un sistema mixto... desde el momento en que en las normas superiores se integran contenidos materiales que deben ser asumidos y respetados por el conjunto de los componentes normativos del sistema, esas normas ya no pueden ser entendidas exclusivamente como el origen positivo de la cadena de habilitación formal a los distintos poderes normativos para que materialicen su capacidad normativa.²³

²¹ Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, cit., p. 191. Se trataría del efecto irradiación al que alude Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 525 y ss. Véase también, Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 110, 112 y 115.

²² Peces-Barba Martínez, G., *Los valores superiores*, cit., p. 43.

²³ Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 84 y 85.

De este modo, la diferencia entre los sistemas jurídicos del constitucionalismo y otros sistemas jurídicos no radica “en que se incluyan contenidos”, sino que la diferencia estriba “en que se incluyan unos y no otros”, y si el término de comparación es el Estado de derecho legislativo, en que tal incorporación acontece en los planos superiores del ordenamiento²⁴ lo que, sin duda, confiere a estos contenidos un singular impacto en la actuación de todos los poderes jurídicos. Los órdenes jurídicos constitucionales se caracterizan, por tanto, por su “mayor estaticidad”.

Para cerrar este apartado, considero pertinente realizar tres órdenes de consideraciones. La primera es que la presencia de contenidos materiales en el derecho en general y en la Constitución en particular y su incidencia en la cuestión de la validez jurídica es perfectamente compatible con el positivismo jurídico siempre y cuando se afirme que tales contenidos valen —sea cual sea su calidad moral— por haber sido juridificados (esto es, por haber sido incorporados al sistema por una autoridad competente, y en el caso de los contenidos constitucionales, por su implantación un poder efectivo) y que su relevancia en la determinación de la validez tampoco se fundamenta en el juicio moral que merezcan, sino simple y llanamente en su incorporación en normas superiores.²⁵ La segunda reflexión, estrechamente relacionada con la anterior, es que cualquier contenido material incorporado en una norma con la misma configuración jerárquica que la Constitución²⁶ —y no sólo los derechos, valores y principios propios del constitucionalismo, que podríamos considerar moralmente justificados— repercutiría, igualmente, en la validez jurídica de todas las normas del sistema. La tercera es que, en todo caso, la capacidad real de los contenidos materiales —también de los contenidos constitucionales— para determinar la validez de la actuación de los poderes normativos y el alcance de esta determinación depende en un sentido esencial de la posición que se asuma en torno a la cuestión de su interpretación. Me ocuparé de esta cuestión en el siguiente apartado.

²⁴ Ansuátegui Roig, F. J., “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 622.

²⁵ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 124.

²⁶ Esta afirmación parte de la consideración de que en el constitucionalismo la Constitución no es una norma con cualquier contenido, sino con unos contenidos determinados, que se identifican con los derechos fundamentales y los valores y principios con ellos vinculados.

IV. INTERPRETACIÓN, INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SISTEMA MIXTO

La teoría de la interpretación jurídica constituye, a mi modo de ver, el principal banco de pruebas de la tesis de la configuración mixta del orden jurídico. Vinculado con lo anterior, la concepción de la interpretación de la Constitución que se maneje incide de un modo básico en la comprensión de la repercusión de sus contenidos en la cuestión de la validez jurídica.

Como es sabido, la teoría interpretativa escéptica afirma la total indeterminación de los enunciados jurídicos.²⁷ Desde esta óptica, no existirían límites en la interpretación de los contenidos materiales en general ni de los contenidos constitucionales en particular, por lo que las autoridades obligadas a respetarlos gozarían de una discrecionalidad total a la hora de establecer su sentido. La operatividad de los contenidos constitucionales como criterios básicos de validez material resultaría, por ende, superflua, pues su significado dependería en exclusiva de la voluntad de las autoridades competentes para desarrollarlos, aplicarlos y garantizarlos. La limitación material al poder que implica la presencia de criterios sustantivos de validez, y que alcanza su máxima expresión en el derecho del constitucionalismo, se desenvolvería en un sentido ficticio, formal y casi paradójico, pues serían, precisamente, las decisiones del poder las que determinarían el sentido de dicha limitación. En definitiva, el escepticismo radical desmentiría la relevancia de los contenidos materiales —y también de los contenidos constitucionales— en el enjuiciamiento de la validez jurídica que dependería únicamente de criterios de validez formal. Lo relevante a la hora de tratar con los contenidos materiales no serían en última instancia tales contenidos, sino la presencia de órganos competentes para determinarlos.

A mi modo de ver, esta posición resulta incompatible con la concepción del derecho como un sistema normativo de control social. En efecto, afirmar la absoluta indeterminación del derecho dejaría sin sentido a las notas que caracterizan la idea de sistema, desmintiendo la plausibilidad teórica y la importancia práctica de los criterios sistemáticos de validez tanto de los criterios materiales como de los criterios formales, en la medida en que no permitiría enjuiciar la validez de las normas en relación con su compati-

²⁷ Aunque suele subrayarse la heterogeneidad de los planteamientos susceptibles de encuadrarse en la “familia” de las teorías interpretativas escépticas, generalmente son las teorías norteamericanas —básicamente el realismo jurídico norteamericano y el movimiento *Critical Legal Studies*— las corrientes consideradas como principales exponentes de esta concepción en su condición de versiones más extremas.

lidad con los contenidos de las normas superiores; pero tampoco respecto de la autoridad de los sujetos que las emiten y el procedimiento de producción.²⁸ El escepticismo radical pondría, además, en tela de juicio la viabilidad del derecho como técnica normativa de regulación de comportamientos, al convertir sus mandatos en inútiles o en innecesarios.²⁹ El derecho sólo puede operar como factor relevante de ordenación de las conductas sociales si puede ser comprendido “más o menos del mismo modo” por quienes lo usan, y, por tanto, si sus normas tienen un significado, al menos, relativamente determinado.³⁰ Finalmente, el escepticismo radical distorsiona totalmente la lógica del constitucionalismo convirtiendo en absolutamente ilusoria la pretensión de limitar y controlar materialmente al poder.

En las antípodas de la anterior concepción, la teoría interpretativa cognitiva sostiene la determinación total de los enunciados jurídicos.³¹ Vistas así las cosas, las autoridades jurídicas carecerían de cualquier margen de decisión a la hora de desarrollar y aplicar los contenidos materiales incorporados en normas superiores. Pues bien, esta concepción se presenta como un modelo irrealizable debido a los problemas de indeterminación que presenta el lenguaje jurídico en general y el lenguaje constitucional en particular.³² Pero, además, en el ámbito de la interpretación de la Constitución resultaría, además, especialmente indeseable, pues al no permitir diferentes concreciones de los contenidos materiales constitucionales entraría en contradicción con el pluralismo y la democracia.

²⁸ Diciotti, E., “Sistema statico e sistema dinamico. Ontologia e metodologia”, en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 97-141; Diciotti, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 51-83. En este sentido, importa insistir en que “tanto la alusión a la no contradicción con normas superiores cuanto la exigencia de competencia atribuida por otra norma exigen un mínimo de determinación”. Asís Roig, R. de, “Los derechos y la argumentación judicial”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 20 y 21. La total indeterminación del lenguaje “tendría igualmente consecuencias en el funcionamiento del sistema jurídico a través de criterios formales, al poder ser éstos también indeterminados”. Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 109.

²⁹ Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba Martínez, G. y Ramiro Avilés, M. A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, cit., p. 299.

³⁰ Jori, M. y Pintore, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 336 y 337.

³¹ Se trata de la teoría de la interpretación heredada por el primer positivismo de los autores de la Ilustración que se expresa en el llamado formalismo interpretativo.

³² Véase Carrión, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1990, p. 49, y Moreso, J. J., “Lenguaje jurídico”, en Laporta, F. y Garzón Valdez, E., *El derecho y la justicia*, Madrid, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, 1996, pp. 105-116.

Como han señalado algunos autores, la concepción de la interpretación manejada por autores como Dworkin constituye una especie de versión contemporánea de la teoría cognitiva.³³ Según esta posición, la buena argumentación moral es la instancia que permite, mediante el ejercicio de una discreción débil,³⁴ conocer el contenido correcto de los contenidos materiales —y en especial de los contenidos constitucionales— susceptibles de incidir en la identificación de las normas jurídicas válidas. De este modo, la validez jurídica dependería de referentes materiales extrajurídicos, de parámetros o fuentes éticas objetivas que el intérprete puede descubrir más allá del derecho positivo, y que valen no por su incorporación al sistema por las autoridades competentes, sino por su justificación moral.³⁵ A mi juicio, uno de los principales problemas que plantea esta concepción —característica de los autores que manejan una visión antipositivista del constitucionalismo— radica en justificar el objetivismo ético fuerte que la viabilidad de la tesis de la unidad de respuesta correcta en la interpretación de los contenidos materiales requiere.

Finalmente, la denominada teoría intermedia de la interpretación afirma la relativa determinación de los enunciados jurídicos.³⁶ El rasgo de la relativa determinación del derecho puede fundamentarse recurriendo a la noción de significado literal y a los rasgos que lo caracterizan. En efecto, el significado literal, definido como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un determinado lenguaje en virtud de las reglas semánticas y sintácticas —que expresan la existencia convenciones semánticas y sintácticas acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística—³⁷ constituye el fundamento del éxito del lenguaje en el desarrollo de

³³ Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación la jurídica*, cit., p. 14.

³⁴ La discreción débil exige capacidad de discernimiento y un importante esfuerzo argumentativo, pero, a diferencia de la discreción fuerte, no conlleva una elección entre alternativas abiertas, y, por ello, una dimensión creativa. Véase sobre esta distinción, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 85 y ss.

³⁵ Véase en este sentido el debate entre Dworkin y Hart acerca de la capacidad de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la validez de los principios, *idem* y Hart, H. L. A., en el *Postscript* que incorpora la segunda edición inglesa del *Concepto de derecho*, trad. castellana en Rodríguez, C. (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 15-88).

³⁶ Esta teoría sería, a mi modo de ver, la que asumen tanto el positivismo kelseniano como el positivismo kelseniano.

³⁷ Schauer, F., *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 116 y Platss, M., *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 14.

su función comunicativa —del que depende en un sentido esencial el éxito del derecho en el desempeño de su función de guía de conducta— y opera como parámetro *a priori* desde el que enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares.³⁸ Así, la afirmación de la relativa determinación de los enunciados jurídicos, también de aquellos que incluyen criterios materiales de validez, no implica un compromiso necesario con el objetivismo moral, sino con un objetivismo semántico modesto o moderado.

A mi modo de ver, el carácter relativamente determinado del derecho debe entenderse en términos de determinación mínima, lo que implica considerar que la interpretación es *siempre*, incluso en los casos fáciles, una decisión *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos difíciles.³⁹ Desde esta óptica, la validez de la interpretación de los contenidos materiales no depende en exclusiva de la voluntad del intérprete, como pretenden los escépticos, pero tampoco de una moral objetiva que éste pueda descubrir más allá de los límites del derecho, o llegar a integrar en sus confines, como pretende Dworkin,⁴⁰ sino de que se respete el significado literal de los enunciados jurídicos que le sirven de referente.

³⁸ Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística, pero no de la actuación de un solo individuo en una particular situación comunicativa. Véase en apoyo de esta consideración, Dummett, M., “A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking”, en Lepore, E. (ed.), *Truth and Interpretation*, Basil Blackwell, p. 473; Fenichel Pitkin, H., *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*, trad. de R. Montoro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 285; Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, p. 248. Y puede fundamentarse en una determinada interpretación del segundo Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, según la cual la llamada paradoja del seguimiento de reglas no implica una nueva forma de escepticismo —como afirma Kripke, S., *On Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982—, sino que pretende simplemente revelar la necesidad de ciertos hechos fundantes, de un *background* común; en definitiva, de un acuerdo básico en la forma de vida que posibilita el surgimiento de regularidades en el uso de las expresiones susceptibles de integrarse en reglas lingüísticas, y que hace viable la comunicación.

³⁹ Se trata de la visión que maneja el positivismo kelseniano. El positivismo hartiano manejaría la tesis de la determinación parcial, lo que implica afirmar que el derecho es totalmente determinado en unos casos, los fáciles, que caen en la zona de certeza de los enunciados jurídicos, y en los que los intérpretes no gozan de discrecionalidad, pero totalmente indeterminado en otros, los difíciles, que caen en la zona de penumbra y en los que la discrecionalidad interpretativa es total, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 153. Así, a tenor de la visión hartiana, el sistema jurídico se configuraría como un sistema normativo parcialmente mixto.

⁴⁰ Véase sobre la posición de Dworkin, Raz, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, p. 85.

El carácter mínimamente determinado del significado literal se basa en la consideración de que no se puede “hacer decir” a un enunciado “cualquier cosa”.⁴¹ Visto así el asunto, la literalidad proporcionaría, no ya una información positiva, sino negativa, en el sentido de manifestar no lo que el enunciado dice, sino lo que no puede decir.⁴² En este sentido, el significado literal opera como un límite mínimo y negativo que excluye la validez de aquellas interpretaciones que se enfrentan con la literalidad del enunciado objeto de interpretación, y, cabe añadir, con la de los enunciados jerárquicamente superiores. Así, también el criterio de interpretación sistemático serviría de límite a cualquier interpretación.⁴³ De nuevo, la operatividad de estos límites se fundamenta en la comprensión del derecho como una técnica normativa de control social.⁴⁴

En todo caso, como señala Rafael de Asís,

...a pesar de la relevancia de la literalidad, no se trata de un límite absoluto, al menos, cuando estamos proyectando nuestro razonamiento en el ámbito de normas no constitucionales. En ese ámbito, el criterio de la literalidad puede ser finalmente abandonado tomando como referencia, por ejemplo, fines y valores constitucionales.⁴⁵

De ahí la importancia que adquiere en la concepción del derecho como sistema mixto la interpretación de las normas materiales constitucionales.

A mi modo de ver, la interpretación de la Constitución involucra los mismos problemas implicados en la atribución de significado a cualquier otro texto jurídico, aunque, ciertamente, en este ámbito tales problemas se agudizan y presentan algunos perfiles propios. Precisamente, una de las notas que singularizan a la interpretación constitucional radica en que la

⁴¹ Jori, M. y Pintore, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 333.

⁴² Desde este enfoque, la concepción interpretativa que aquí se maneja no es capaz de establecer el significado unívoco o correcto de un enunciado jurídico, pero sí de descartar ciertos significados. La imagen del marco que Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 350 propone para explicar la fisonomía de las decisiones interpretativas representa a la perfección la esencia de esta concepción.

⁴³ Ahora bien, el criterio sistemático no se entiende sin hacer referencia al significado de enunciados superiores y, por tanto, al significado literal, Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., pp. 97 y 98.

⁴⁴ Ciertamente, si los contenidos materiales de las normas superiores poseen un significado relativamente determinado, las autoridades normativas inferiores están —por razones vinculadas con la propia consistencia y funcionalidad del derecho como sistema normativo, y relacionadas con el deber de coherencia, con la jerarquía normativa, con la exigencia de sometimiento al derecho— obligadas a respetarlo.

⁴⁵ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 98.

posición jurídica privilegiada implica la inexistencia de un marco normativo superior de referencia que delimite el sentido de las opciones interpretativas válidas.⁴⁶ También el empleo del criterio literal se ve dificultado por el alto grado de indeterminación que presentan las disposiciones constitucionales, sobre todo aquellas que versan sobre cuestiones materiales, y por la mayor incidencia de las valoraciones del intérprete en el establecimiento de su sentido, dada su fuerte carga ética y política.⁴⁷

Ahora bien, tampoco en relación con los contenidos materiales constitucionales resulta lógico defender la tesis de la indeterminación total. También los enunciados materiales constitucionales son enunciados inteligibles, y las palabras “morales” que incorporan son palabras que poseen, por ende, un significado literal que tampoco puede ser absolutamente indeterminado. Por graves que sean las dificultades “para determinar el significado y el alcance concreto” de las referencias materiales incorporadas en la Constitución, la atribución de significado a estas disposiciones sustantivas “no es una tarea en la que el juez” —o el legislador— “pueda moverse con absoluta libertad”, puesto que no se trata “de entidades lingüísticas vacías ni de meras fórmulas de estilo” susceptibles de amparar cualquier decisión.⁴⁸ Y por tal razón, aunque ciertamente admiten una amplísima gama de significados, no admiten cualquier significado. En efecto, posiblemente es difícil establecer qué significan los términos “dignidad humana”; “trato inhumano y degradante”, o qué significa “una norma de derechos fundamentales”, pero no lo es tanto señalar qué es lo que no significan.⁴⁹

Lo anterior supone considerar a la Constitución como un conjunto de enunciados significativos capaces de condicionar en alguna medida la actuación de sus intérpretes, incluido el propio legislador. De cualquier forma, aunque el carácter eminentemente ético y altamente genérico que suelen presentar las disposiciones materiales constitucionales no impide afirmar la existencia de límites lingüísticos en la atribución de significado, ambas cir-

⁴⁶ Aragón Reyes, M., “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1997, p. 18, y Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, p. 294.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 295 y ss.; Rodríguez Toubes, J., *Principios, fines y valores constitucionales*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 192 y ss.

⁴⁸ Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 124 y 125.

⁴⁹ Véase en relación con las normas de derechos fundamentales, Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, *cit.*, p. 109. Así, por ejemplo, a mi modo de ver, una norma que estableciera que están permitidos los castigos físicos transgrediría el significado de la norma constitucional que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes o una norma que dispusiera que está prohibido manifestar en público opiniones contrarias a la política del gobierno vulneraría el derecho a la libertad de expresión.

cunstances incrementan considerablemente la presencia y la importancia de la actividad valorativa del intérprete, y con ello la relevancia que ostenta en este ámbito la justificación de la elección entre el marco de significados constitucionalmente posibles y la cuestión de quién es el órgano que decide.

En todo caso, conviene aclarar que desde la visión que aquí se maneja, afirmar la relativa determinación de los contenidos materiales constitucionales no implica, aunque se trate de contenidos con un trasfondo eminentemente moral, “la apertura del derecho a referentes extrajurídicos”, entendidos como “un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un derecho natural”, lo que supondría supeditar la validez jurídica a la concordancia de las normas con una determinada moralidad “no necesariamente explicitada en las normas”, sino a contenidos internos, prefijados en normas jurídicas y a criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el derecho, que no puede considerarse completamente indeterminado.⁵⁰ Igualmente, cabe precisar que el significado literal limita las decisiones interpretativas válidas sobre los contenidos constitucionales con independencia de quién sea el órgano que interpreta —el juez o el legislador— y de cuál sea el título de legitimidad que ostente.

El papel del significado literal como límite, mínimo y negativo, a las decisiones interpretativas ofrece la clave desde la que dilucidar el alcance de la repercusión de los contenidos materiales constitucionales en el funcionamiento del sistema jurídico. La presencia de dimensiones sustantivas en la norma constitucional no erradica la discrecionalidad de las autoridades jurídicas, pero tampoco resulta absolutamente superflua ni supone condicionar la validez jurídica a exigencias eminentemente morales. El contenido de las disposiciones constitucionales materiales que incide en la validez jurídica se agota en su significado literal, lo que restringe, pero no elimina, la libertad de configuración material del ordenamiento que corresponde a los poderes constituidos. La elección entre las opciones que son compatibles con el significado literal mínimamente determinado de los contenidos materiales constitucionales es imputable a la subjetividad o a la creatividad de estos poderes, responde a consideraciones extrajurídicas, y su validez depende únicamente de la competencia del órgano que escoge. El análisis de su corrección —pero no ya el de su validez— exigiría desarrollar una teoría de la argumentación, que compense el déficit de justificación de tales elecciones materiales a la luz de un criterio estático de validez.⁵¹

⁵⁰ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 108.

⁵¹ Prieto Sanchís, L., “La sombra del poder sobre el derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio”, en Llamas Cascón, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 109 y 110.

En definitiva, el análisis de la cuestión de la interpretación jurídica demuestra que en el plano de la validez jurídica el sistema jurídico es un sistema mínimamente mixto, y, por tanto, un sistema mínimamente determinado por los contenidos materiales constitucionales. Estos contenidos descartan ciertos mundos como “constitucionalmente imposibles”, por contradecir su significado determinado, pero son compatibles con muchos mundos “constitucionalmente posibles” entre los cuales eligen los poderes competentes a través de actos de creación y eliminación de normas.⁵² En este sentido, en el derecho del constitucionalismo la cuestión de la argumentación jurídica que permitiría calificar algunos de estos mundos posibles —todos ellos válidos— como más correctos que otros desde el punto de vista de los contenidos constitucionales y la reflexión acerca de la legitimidad y el control de los órganos que interpretan tales contenidos adquieren una importancia de primer orden.⁵³ Se trata de cuestiones que, en todo caso, trascienden la reflexión acerca de la cuestión de la validez jurídica.

⁵² Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 167-171.

⁵³ Véase en este sentido, Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución”, en Barranco Avilés, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.