

CONEXIONES ENTRE POLÍTICA Y DERECHO: HACIA UNA TEORÍA DEL USO DE LAS FUENTES FORMALES EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS

MARÍA ISOLINA DABOVE¹

I) Introducción:

El problema del vínculo entre Política y Derecho ha sido profusamente tratado por los filósofos desde la modernidad, a partir de la necesidad de encontrar mecanismos de protección y fortalecimiento del individuo y la sociedad respecto del régimen vigente. En este sentido cabe que afirmar que, al hilo de esta preocupación, se fueron generando diversos paradigmas de relación entre Política y Derecho, acordes con las exigencias culturales de cada época. Así por ejemplo, desde el *Iusnaturalismo moderno* se considerará que entre Política y Derecho existe una relación de subordinación por el origen, en tanto en cuanto la primera legitima y sostiene la vigencia del segundo (*teoría de la supremacía originaria de la política*). En este marco, el Derecho Positivo (cuestión jurídica) es producto de la puesta en marcha del contrato social que, previamente, ha dado origen a la sociedad civil y al Estado (cuestión política). Durante el siglo XIX, esta concepción se radicalizará a partir de

1. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. · Investigadora del CIUNR (Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario). · Profesora de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho - UNR · Dirección Postal: Córdoba 2020, 1º P., 2000 - Rosario. E-mail: <mdabove@fderec.unr.edu.ar>

los postulados de la *Exégesis*, admitiéndose el total sometimiento del Derecho a la Política en la dinámica jurídica: a fin de que la división de poderes se mantenga, el juez debe ser “la boca de la ley”- Montesquieu-. La relación será de subordinación por el origen más, sobre todo, por el funcionamiento del Derecho (*teoría de la supremacía dinámica de la política*).

Con el *Positivismo* del siglo XX se mantendrá, en cambio, el paradigma de la separación absoluta del Derecho y la Política, a fin de construir un concepto científico del mundo jurídico, es decir, de validez universal (*teoría de la desconexión*). Como sabemos, entre sus máximos exponentes se encuentran las posturas de Kelsen y de la dogmática iniciada por Ihering, cosechando muchos adeptos dentro del sistema normativo continental y latinoamericano. Paralelamente, desde el *realismo jurídico* se sostendrá una posición opuesta, admitiéndose no sólo el vínculo entre Política y Derecho, sino además la supremacía de este último por sobre la primera. El Derecho, se dirá, es un sistema que funciona por encima de la Política, en tanto él mismo es un fenómeno de poder. Los sistemas de control de constitucionalidad o la *Judicial Review* y el *stare decisis* o precedente, actúan como tope para el despliegue de la Política, toda vez que permiten limitar al ejercicio del poder (*Teoría de la supremacía funcional del Derecho*). En esto coincidirán tanto el realismo norteamericano representado por el juez Holmes, por Roscoe Pound o Llewellyn, como por las versiones escandinavas de Alf Ross y Karl Olivecrona.

En la actualidad, todas estas posiciones mantienen su vigencia -aunque con matices-, a las que cabe sumarles, básicamente, los desarrollos de la Escuela Crítica y del Constructivismo. En ambos casos se admitirá la tesis de la vinculación entre Política y Derecho, pero con algunas diferencias. Desde la *perspectiva crítica*, la relación entre ambas disciplinas hará que éstas casi *se confundan*, pues dicha relación se establece a partir de la lógica de dominación que mueve las conductas humanas en los dos campos -Horkheimer, Marcuse, Adorno, Fromm-. (*teoría de la subsunción*). Por esta razón, dicho nexo debe ser encauzado a través de la racionalización del ejercicio del poder - Habermas, D. Kennedy-. El *Constructivismo*, por su parte, postula la hipótesis de la *vinculación racional* y, en todo caso *igualitaria* entre Derecho y Política al reconocerse abiertamente la posibilidad de interacción entre sí. El Derecho y la Política, para esta posición, constituyen dos problemáticas autónomas, pero conectadas en un mismo plano, por la vía del consenso -Rawls, Dworkin, Nino- (*teoría de la cooperación*)².

2. Al respecto puede verse, entre muchos otros: NINO, Carlos Santiago, «Introducción al análisis del Derecho», 2 ed., 9º reimp, Bs. As., Astrea, 1998, capítulos IV, V y VI, «Derecho, Moral y Política. Una revisión de la Teoría General del Derecho», Barcelona, Ariel, 1994, «Ética y Derechos Huma-

Dentro de este rico entramado de discusión teórica, intentaré reseñar algunas ideas en torno a los problemas de *conexión entre Política y Derecho que se derivan, específicamente, de la elección y uso de fuentes formales a la hora de concretar el proceso de elaboración de normas*. Para realizar este análisis, utilizaré supuestos generales -metodológicos, y supuestos específicos. Como referente general, tomaré la propuesta de la Teoría Trialista del Derecho y la Política, dentro de la cual se sostienen los siguientes postulados básicos:

- La Política es un fenómeno complejo, cuya finalidad consiste en lograr la convivencia de todos los sectores sociales a partir del desarrollo de la “justicia” (libertad, igualdad y tolerancia) y la “fraternidad”. En su estructura nos encontramos con un conjunto de actos de co-existencia (repartos de oposición y de agregación), descriptos e integrados por normas, y valorados ambos (normas y actos) por los valores de la convivencia (justicia y fraternidad).
- *El Derecho forma parte de la Política* mas no la agota, pues éste se ocupa principalmente de las relaciones intersubjetivas de oposición, recepcionadas en las normas, siendo valoradas ambas -las conductas y las normas- por la justicia-
- Además del Derecho, la Política incluye otros despliegues vitales como por ejemplo los derivados de la Economía, la Ciencia, la Educación, la Tecnología, la Salud, etc. que se diferencian por las necesidades, intereses, fines y valores que concretan. Estas ramas de la política se conectan entre sí, además de vincularse con la problemática jurídica ³ (*teoría de la integración*).

Así, pues, en el marco de una *teoría de la integración entre Política y Derecho* cabe sostener que ambos elementos se relacionan, configurando un sistema interactivo. En él, será posible encontrar diferentes tipos de conexiones: por ejemplo de

nos», Barcelona, Ariel, 1989, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As, Depalma, 1976, «Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad», en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 20, 1997, «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, FIJ, 1994, PECES BARBA, Gregorio, «Curso de Derechos Fundamentales», Madrid, Eudema, 1991, «Derecho y Derechos Fundamentales», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, GUIBOURG, Ricardo, «Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral», México, Fontamara, 1997, RAWLS, John, «Teoría de la Justicia», 1ªed., 2ª reimp., trad. María Dolores González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, WIEACKER, Franz, «Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna», trad. Francisco Fernández Jardón, Granada, Colmenares, 2000.

3. V. CIURO CALDANI, M.A., «Derecho y Política» cit. Derecho, según GOLDSCHMIDT es el conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia (relaciones de oposición), captadas por normas, y valorados ambos por la justicia. Ver del autor: «Introducción filosófica al Derecho», 5ªed., 6ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

oposición y competencia, tanto como de coadyuvancia o colaboración; de subordinación como de equiparación ⁴. Pero en todo caso, se trata de conexiones sensibles al medio en el que se despliegan y a los valores en juego, pues el tipo de vínculo, sus contenidos y los grados de legitimidad de los mismos, serán resueltos en función del contexto cultural vigente.

Señala el profesor PRIETO SANCHIS que, la política actual se caracteriza por la vigencia del *paradigma constitucional*, cuyas novedades se proyectan principalmente en dos aspectos teóricos del Derecho: en el tema de las fuentes; y en el problema de la interpretación y aplicación del mismo ⁵. Este Estado Constitucional aparece en el escenario político postmoderno como fruto de la evolución del Estado liberal y democrático del XIX, y acompañará el período de internacionalización de los derechos humanos y los fenómenos de integración económica. Hoy, el constitucionalismo político se manifiesta en todas las Leyes Fundamentales alumbradas con posterioridad a la guerras mundiales -verbigracia, en Alemania, Italia, España-, así como también, en las Constituciones reformadas de este tiempo, por ejemplo en la Argentina ⁶. La influencia de este paradigma político en el uso de las fuentes será, pues, el supuesto de partida específico, en relación al tema anunciado.

II) El uso de las fuentes formales en la elaboración de normas.

Bases para una teoría

Para el Derecho, como sabemos, las fuentes constituyen un elemento clave del sistema jurídico, pues representan el lugar en el que constan los derechos y obliga-

4. V. CIURO CALDANI, M.A., «Ubicación de la justicia en el mundo del valor», en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, tomo 2, págs. 16 y ss.
5. V. PRIETO SANCHIS, Luis, «Constitucionalismo y positivismo», México, Fontamara, 1997, págs. 16 y ss. En sentido similar puede verse: ZAGREBELSKY, Gustavo, «El derecho dúctil -Ley, derechos, justicia-», 3º ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, págs. 12 y ss., LA TORRE, Massimo, «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 69 y ss., ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, «Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales», en “Sistema”, N° 158, 2000, págs. 91 y ss., «Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos», Madrid, Dykinson, 1997, DE CARRERAS, Francisc, «El Estado de Derecho como sistema», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, PEREZ LUÑO, Antonio E., «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», 5º ed., Madrid, Tecnos, 1995, especialmente págs. 229 y ss., DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y sociedad democrática», Madrid, Taurus, 1981.
6. En sentido similar puede verse: ZAGREBELSKY, G., «El derecho dúctil...» cit., págs. 23 y ss.

ciones de las partes, implicadas en una relación jurídica. En este sentido, es posible mencionar también que existen diversas clases de fuentes, diferenciadas entre sí en función de sus modos de producción, de sus contenidos y del rango jerárquico que le otorgue el ordenamiento normativo en cuyo seno tendrán vigencia. Así por ejemplo, cabe recordar la presencia de *fuentes formales* (Constitución, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas), *materiales* (costumbres) y *de conocimiento* (doctrina)⁷.

El uso de las fuentes formales del Derecho consiste, a mi entender, en el proceso de elección, diseño y puesta en marcha de las mismas, con el fin de concretar normativamente, una decisión política determinada. La fuente, pues, será el producto final del mecanismo decisorio. El proceso se despliega, básicamente, en el plano sociológico del Derecho, puesto que se lleva a cabo mediante la ejecución de acciones intersubjetivas reales, o *repartos*. Sin embargo, se trata de un proceso peculiar, dado que su configuración desencadena a partir de los puntos de conexión existentes entre el sistema político y el mundo jurídico considerado. Estamos, en suma, ante una actividad que se desarrolla en el plano de los hechos. Mas esta actividad “jurídica”, resulta descripta e integrada por las normas y los valores de convivencia “política”. Por otra parte, la dinámica del uso de fuentes expresará las tensiones o armonías que se establezcan entre Política y Derecho, alentadas por el grado de colaboración o competencia mutua, plasmados con anterioridad.

Este proceso de elección y diseño de fuentes formales se desenvuelve en el ámbito de la realidad social del Derecho, gracias a la participación de *sujetos* determinados. Por un lado, habrá un sujeto encargado de poner en marcha esta herramienta -el repartidor-. Y, de otro, operará alguien a quien se considera beneficiario directo de las consecuencias de esta acción. Con el uso de las fuentes, se podrán adjudicar beneficios -potencia- y/o perjuicios -impotencia-, estableciendo el *objeto* de la relación. La selección de las fuentes formales puede materializarse a través de la negociación o la mera imposición; a través de la adhesión o el proceso -legislativo, judicial o administrativo- (*formas*). Se desarrollará, al hilo del juego de los factores reales de *poder* (repartos autoritarios)⁸ o del *consenso* (repartos autónomos); y responderá a diversos niveles de *razones* -móviles, razones alegadas y razones socia-

7. V. GOLDSCHMIDT, W., op. cit., págs. 215 y ss.

8. Son factores de poder tanto la acción que ejercen las personas físicas, como las personas jurídicas, los grupos de presión política, como los económicos, los intereses de una clase como los de la propia organización estatal, las ideologías tanto como las necesidades internas e internacionales. Sobre esta cuestión puede verse, en particular: LASALLE, Ferdinand, «¿Qué es una Constitución?», 2º ed., trad. W. Roces, México, Coyoacán, 1995, págs. 45 y ss.

les- que permitirán justificar esta acción (al margen de su justicia o injusticia material). Por último, es preciso advertir también que este proceso transcurre condicionado por la presencia de *límites*, tanto necesarios como voluntarios, que obstaculizarán o estimularán su desarrollo ⁹.

Ahora bien, este entramado procesal, decíamos al principio, sólo puede tener lugar dentro de un marco normativo que lo describa, y se ejecuta a la luz de los principios axiológicos recepcionados como válidos. El quién, el qué, el cómo, el por qué y los límites de esta instancia serán resueltos bajo los patrones políticos considerados legítimos. Así por ejemplo, en el Estado liberal, el legislador ocupará el papel protagónico en este esquema; y será la ley, la fuente formal principal más adecuada. Pero en el Estado Constitucional, el monopolio quedará en manos del poder constituyente, y de la Constitución, en tanto en cuanto es ella, ahora, quien “in-forma” y “controla” los contenidos de la elaboración del resto de normas.

En el *plano normológico* la descripción de los pasos a seguir en la producción normativa se realiza considerando cuál es la forma de gobierno y la distribución de competencias que concuerden mejor con el sistema político asumido como legítimo. Desde esta perspectiva, entonces, es bueno recordar la vigencia de reglas que determinan el tipo de fuentes a elegir, su contenido, y los sujetos implicados, autorizando, prohibiendo o permitiendo el manejo de las fuentes, a operadores que pertenecen a distintos niveles de organización estatal.

En este sentido, vale la pena destacar que las conexiones iuspolíticas más conflictivas del proceso de elaboración en el marco del constitucionalismo, se establecerán particularmente en dos ámbitos: 1) respecto del marco de facultades concurrentes de actuación; y 2) en relación a los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, quizás por su calidad de derechos-prestación (derecho a la seguridad social, a la salud y a la asistencia sanitaria, a la igualdad de oportunidades, a la vivienda, al trabajo, a vivir en un medio ambiente adecuado, etc.). Y, en ambos casos, se recurrirá a la elección de las fuentes formales más débiles y elásticas que permita el sistema, en términos de garantías y eficacia.

Como hemos señalado en otra oportunidad, adviértase que, en la mayoría de los supuestos en los que se generan estos conflictos, se optará por el recurso de fuentes derivadas del poder administrador: decretos reglamentarios. Mas, este tipo de fuentes no presenta la calidad jurídico-política de las leyes generales. Ni garantiza los derechos subjetivos de manera fuerte con relación al resto de elementos que

9. V. GOLDSCHMIDT, W., op. cit., CIURO CALDANI, M.A., op. cit..

componen el sistema. Decretos y reglamentos, en suma, pueden ser sustituidos fácilmente por la voluntad del gobernante en función del juego de los factores de poder, provocando situaciones de inseguridad jurídica¹⁰.

Así por ejemplo, nuestra Constitución reconoce implícitamente competencias concurrentes entre el Estado Nacional, las Provincias y Municipalidades para actuar en materia de *Geríátricos*. A estos fines recordemos lo dispuesto por los arts. 75 inc. 23 y 125, que promueven la actuación del legislador respecto al derecho a la igualdad material de los ancianos-. El art. 126, referido a las potestades exclusivamente reservadas a la Nación, por delegación de las Provincias. Y, el art. 121, cuyo texto garantiza el funcionamiento del sistema federal, al incluir el principio de reserva de competencias del poder provincial¹¹. Sin embargo, y a pesar de *-o justamente por...-* la variada gama de fuentes formales autorizadas para el uso *-leyes nacionales y provinciales, ordenanzas municipales, decretos nacionales, provinciales o municipales-*, durante el proceso de selección se suele optar por aquella fuente formal que garantiza el juego de los factores reales de poder, sin prestar atención a las exigencias valorativas del constitucionalismo político en materia de derechos humanos. En la Provincia de Santa Fe, verbigracia, la fuente formal más utilizada para “garantizar” el desarrollo normativo de esta institución es la figura del *decreto provincial*. En tanto que, en algunas municipalidades se suele recurrir a las *ordenanzas del Concejo* o a *decretos del Intendente* de turno. Dentro de esta problemática, contenida en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, pues, no se ha echado mano al recurso de la ley¹².

10. V. DABOVE, M. I., «Derecho de la ancianidad y Bioética en las instituciones geriátricas», en “Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 221 y ss. Y también: GORDILLO: A., GORDO, G., LOIANO, A. y ROSSI, R., «Derechos humanos», 3º ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, págs. 13 y ss., TRAVIESO, Juan Antonio, «Derechos Humanos y Derecho Internacional», 2º ed., Bs. As., Heliasta, 1996, págs. 209 y ss.

11. La Constitución de la Provincia de Santa Fe, por ejemplo, contempla la situación jurídica de los ancianos en el artículo 23 cuando señala la obligación estatal de brindar protección material y moral a la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin. Este texto debe ser integrado con el artículo 7, referido al respeto de la dignidad de la persona. Con los artículos 8 a 17, que consagran básicamente los derechos de igualdad, libertad y propiedad. Mas también, debe ser vinculado, en particular, al artículo 19 relativo al derecho a la vida y a la salud, y con los arts. 54 inc.21 y 72 incs. 3,4 y 5 que establecen las atribuciones del Poder Legislativo y del Ejecutivo en esta materia.

12. En la legislación de Santa Fe, verbigracia, rige: el Decreto Provincial N° 02542 (B.S. 355) del 13/11/72 que describe el Reglamento Básico de Hospitales Generales, aplicable a los hogares - hos-

Quizás, en este juego de elaboración normativa se expresan los rasgos propios del constitucionalismo político, a saber:

- 1) el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas de cualquier contenido;
- 2) las exigencias constitucionales podrían interpretarse como directivas relativas al contenido de las leyes;
- 3) la omnipotencia de la ley no sólo ha sido erosionada por arriba merced a la Constitución rematerializada, sino que el Estado contemporáneo las erosiona también desde el ejercicio de la administración¹³

Por otra parte, desde la *problemática axiológica* se observa que, el uso de fuentes formales en la producción de normas requiere la puesta en marcha de algunas tareas necesarias. En primer lugar, habrá que detectar cuáles son los *valores* sustentados por el tipo de fuente que elijamos. Segundo: habrá que observar cómo se vinculan éstos entre sí, en el espacio formal garantizado con la fuente (*relaciones entre valores*). En tercer término, será necesario advertir a qué *criterios o principios axiológicos* responde la fuente que se pretende utilizar; a fin, en última instancia, de poder realizar la elección, mediante un delicado *juicio de ponderación* que evalúe tan-

pitales geriátricos. El Decreto Provincial 2091/80 (B.S. 637), de 7 de Julio, referido a la estructura, equipamiento y control de las Instituciones Geriátricas de carácter privado. El Decreto Provincial 1534/97, de 17 de septiembre o Reglamento general de los Hogares Oficiales para adultos mayores. La Ley Provincial 8525 sobre el Estatuto del Personal de la Administración Pública. El Decreto Provincial 2695/53 sobre Escalafón del Personal Civil de la Administración Pública Provincial, y el Decreto Provincial 1919/89 de Régimen de Licencias, Justificaciones y Franquicias para el Personal de la Administración Pública. En el marco de la Municipalidad de Rosario, por ejemplo, encontramos: La Ordenanza municipal N° 3684/84, del 13 de septiembre, que regula la habilitación de geriátricos privados. La Ordenanza municipal N° 4526/88, de 24 de noviembre, sobre reglamentación y funcionamiento de Institutos Geriátricos privados, la Ordenanza municipal N° 5729/93, de 3 de diciembre, sobre creación de los Centros de Día para adultos mayores contruidos por la Municipalidad de Rosario. La Ordenanza N° 6098/95, de 2 de noviembre, referida a la creación del Foro de la Tercera Edad. La Ordenanza N° 6287/96, de 26 de noviembre, sobre Residencias para Personas Mayores Públicas y Privadas. Y, por último, la Ordenanza N° 6294/96, de 28 de noviembre, aclaratoria de la Ordenanza 6287/96.

13. «...Las nuevas tareas del Estado relacionadas con la gestión de grandes servicios, o con la satisfacción de derechos sociales, ya no son tareas del Estado legislativo, simplemente son ejecutadas por la Administración, sino que requieren una amplia discrecionalidad, si se quiere técnica, por parte de esta última, y que, cuando exigen la mediación de una ley, precisamente obligan a éste a abandonar los rasgos de generalidad y abstracción...» V. PRIETO SANCHIS, L., op. cit., págs. 17, 18 y 19.

to la relevancia de los elementos rescatados en la fuente propuesta, como su adecuación a las circunstancias del caso, que constituyen la materia decisoria (fraccionamiento o desfraccionamiento de las reglas valorativas).

Es en este plano de análisis dónde cumple un papel preponderante la calidad de la Constitución como fuente formal básica del constitucionalismo. Toda vez que, en este paradigma, la Constitución incorpora o “rematerializa” los valores del sistema a través de la incorporación de los derechos fundamentales. En la actualidad, señala el profesor PRIETO SANCHIS, se ha producido un desplazamiento del principio de legalidad hacia la supremacía de la norma superior, por dos razones: 1) la muerte de la ley, por afirmación política del valor de la Constitución como fuente originaria de derechos¹⁴; 2) la rematerialización de un orden de valores previo al Derecho positivo, que sólo puede encontrar cabida en este tipo de construcción normativa. *La Constitución, ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan -mucho más fuertemente que la ley- la validez de las normas inferiores*¹⁵. Desde este lugar, pues, será ella la única fuente encargada de imponer el piso mínimo axiológico que legitimará tanto el accionar de los operadores jurídicos, como el contenido de las normas inferiores que surjan como resultado del proceso productivo¹⁶.

En síntesis, durante el transcurso de esta vía selectiva, habrá que apelar a los valores contenidos en el sistema democrático, a la libertad, a la idea de dignidad, a la igualdad y a la tolerancia, que resulten mejor garantizados por el tipo de fuente habilitada por la Constitución. Mas también, necesario será recurrir al catálogo de derechos fundamentales incluidos en la misma, puesto que éstos funcionan como criterios generales o principios axiológicos de actuación. Por último, cabe señalar que la relación entre fuentes y valores queda sujeta al inevitable control de constitucionalidad.

14. Sobre este particular también se refiere el profesor Germán BIDART CAMPOS a la hora de plantear el carácter no necesario de la ley para el logro de la operatividad de los derechos humanos de rango constitucional. Este planteo, incluso, es formulado con anterioridad a la reforma del '94 de nuestra Carta Magna. Al respecto, puede verse: «Teoría general de los derechos humanos», Bs. As., Astrea, 1991, págs. 341 y ss.

15. V. del autor: «Constitucionalismo y positivismo...» cit., págs. 17 y ss.

16. Respecto al significado axiológico de la separación entre derechos constitucionales y ley puede verse: ZAGREBELSKY, G., op. cit. págs. 47 y ss. Y también: PRIETO SANCHÍS, L., op. cit., págs. 14 ss.

III) Observaciones finales

La tarea de elaboración de normas es una actividad bifronte, pues se despliega a partir de las conexiones observadas entre Derecho y Política. Al hilo de este complejo real, bueno será reconocer la necesidad de pensar *estrategias normativas*, que resulten adecuadas para resolver el carácter formal de la toma de decisiones políticas. En el marco del paradigma constitucional, deberemos preguntarnos acerca del grado de legitimidad y utilidad que presenten las fuentes admitidas, y por su nivel de resistencia a los factores de poder. Desde la dimensión sociológica del Derecho observaremos: si las fuentes escogidas aseguran la posición de los sujetos débiles o la de los fuertes del sistema. Indagaremos respecto de los beneficios o perjuicios de su uso; cuáles son los caminos requeridos para su configuración; si garantizan la concreción de mandamientos o consensos; y qué límites se establecerán para la acción.

En el plano normativo, advertiremos el impacto que tendrá la fuente seleccionada sobre el resto de normas del ordenamiento respectivo; los efectos de estas normas sobre aquélla; las relaciones verticales y horizontales de producción y contenido. El alcance de su validez, los grados de fidelidad y exactitud del instrumento previsto. Por último, la perspectiva axiológica requerirá investigar la legitimidad de la fuente escogida y los criterios de justicia destacados con la misma.

Llegados a este punto, me parece conveniente apuntar que el uso de las fuentes podría ser organizado a través del cumplimiento de ciertos pasos, que resultan concordantes con los del funcionamiento de las normas. A tal fin, los operadores del Derecho -constituyentes, legisladores, administradores, particulares y jueces- podrán:

- 1) Detectar y recortar el universo de casos, analizando sus elementos, y los del contexto que le viene dado (*reconocimiento del universo de casos*)
- 2) Ponderar los intereses, normas y valores en conflicto, estableciendo los criterios o principios axiológicos de actuación (*juicio de ponderación*).
- 3) Decidir los contenidos de la solución, diseñando la respuesta (*construcción normativa*).
- 4) Elegir el tipo de fuente que resulte más adecuado para validar la postura anterior (*formalización*).
- 5) Elaborar el contexto de justificación en concordancia con los procedimientos admitidos por el ordenamiento normativo (*argumentación y conjetura*)

Como cierre del trabajo me gustaría subrayar, que la teoría del uso de fuentes formales se manifiesta necesaria, a la luz del paradigma político constitucional, to-

da vez que, en su marco, se complejizan las conexiones iuspolíticas. El constitucionalismo abre nuevas posibilidades de decisión jurídica, desplazando el monopolio productivo del legislador hacia una pluralidad de agentes normativos. El juez ha salido de la alternativa “boca-muda” o juez legislador, para actuar desde la dinámica de la ponderación y discrecionalidad. En tanto que, la administración ve ampliados sus espacios competenciales, al tiempo que se expande el recurso a normativas negociadas en cabeza de los particulares.