

ISBN 978-84-259-1582-6



PRECIO: 24,00 €
(IVA incluido)



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Interpretar y argumentar

RICCARDO GUASTINI

Traducción de
SILVINA ÁLVAREZ MEDINA



El Derecho y la Justicia

INTERPRETAR Y ARGUMENTAR

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Paloma Biglino Campos
Bartolomé Clavero
Elías Díaz
Carmen Iglesias
Santos Juliá
Francisco J. Laporta
Benigno Peadás García
Francisco Rubio Llorente
Ángel Sánchez Navarro
Joan Subirats Humet
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
María Isabel Wences Simón

Colección: *El Derecho y la Justicia*

Directores: ELÍAS DÍAZ Y FRANCISCO J. LAPORTA

RICCARDO GUASTINI

INTERPRETAR Y ARGUMENTAR

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Madrid, 2014

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicacionesoficiales.boc.es/>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

© De esta edición 2014:
 CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
 Plaza de la Marina Española, 9
 28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
 Twitter @cepcgob

© RICCARDO GUASTINI

NIPO: 005-14-018-1
 ISBN: 978-84-259-1582-6
 Depósito legal: M. 10.520-2014

Preimpresión, impresión y encuadernación:
 Dagaz Gráfica, s.l.u.
 Vía de las Dos Castillas, 25
 28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)

Impreso en papel reciclado



ÍNDICE

Nota de la traductora	15
Abreviaturas utilizadas en el texto	17

Primera parte INTERPRETACIÓN E INTERPRETES

I. Objetos de la interpretación	21
1. Un vocablo multiuso	21
2. Actos, eventos, textos	23
3. «Interpretar normas» e «interpretar hechos»	26
4. La interpretación de la costumbre	27
II. La actividad interpretativa	31
1. Primera ambigüedad: proceso vs. producto	31
2. Segunda ambigüedad: abstracto vs. concreto	33
3. La forma lógica de las normas	36
4. Dos tipos de subsunción	41
5. Interludio sobre las definiciones	42
6. Tercera ambigüedad: cognición vs. decisión	45
7. Cuarta ambigüedad: interpretación (en sentido estricto) vs. construcción jurídica	49
8. Enunciados interpretativos	50
III. La doble indeterminación del derecho	55
1. La equivocidad de los textos normativos	55
2. Un problema muy extendido	60
3. Las fuentes de la equivocidad	62
4. La vaguedad de las normas	68

Donación - J. J. - 03-2016

5.	Analogía y diferencia: dos estrategias de reducción de la vaguedad	71
6.	Las «cláusulas generales»	72
7.	La metáfora del «marco»	74
8.	Los límites (conceptuales) de la interpretación	76
IV.	De las disposiciones a las normas	77
1.	La norma como significado	77
2.	Disposiciones que expresan más de una norma	79
3.	Disposiciones ambiguas	81
4.	Disposiciones sinonímicas	81
5.	Normas extraídas de más de una disposición	82
6.	Disposiciones sin normas	83
7.	Normas carentes de disposición	83
8.	Decisiones «interpretativas»	84
V.	Variedad de intérpretes	89
1.	Interpretación doctrinal	89
2.	Interpretación judicial	90
3.	Interpretación auténtica	92
VI.	Interpretación auténtica	95
1.	Leyes interpretativas	95
2.	¿«Auténtica» en qué sentido?	96
3.	El pretendido carácter «declarativo» de la interpretación auténtica	98
4.	¿Es la interpretación auténtica genuina interpretación?	99
5.	Problemas de identificación	100
6.	Pro y contra	101
VII.	El producto de la interpretación	105
1.	Los adjetivos de la interpretación	105
2.	Significado objetivo/subjetivo	106
3.	Significado contextual/a-contextual	107
4.	Significado «prima facie»/«todo-considerado»	108
5.	Significado originario/actual	108
6.	Interpretación literal	109
7.	Interpretación declarativa/correctora	111

8.	Interpretación extensiva/restrictiva	112
9.	Interpretación originalista/evolutiva	113

Segunda parte
CONSTRUCCIÓN JURÍDICA
Y CIENCIA DEL DERECHO

I.	Antinomias	117
1.	Noción de antinomia	117
2.	Tipos de antinomias	118
3.	Antinomias e interpretación	121
4.	Modos de solución de las antinomias	124
5.	Interferencias entre principio jerárquico y principio cronológico	128
6.	Especialidad e incompatibilidad	129
7.	Dos variantes del criterio de especialidad	131
8.	Antinomias entre principios constitucionales (reen-vío)	136
II.	Lagunas	139
1.	Lagunas normativas	140
2.	Lagunas normativas e interpretación	141
3.	Lagunas técnicas	145
4.	Lagunas axiológicas	146
5.	El derecho como conjunto finito de normas	149
6.	Dogma de la completitud y estado de derecho	151
7.	La norma general excluyente	155
8.	Interludio: incalificado, pero no indecible	161
9.	El espacio jurídicamente vacío	162
III.	Normas implícitas	165
1.	Producción de normas por medio de normas	165
2.	Normas implícitas y dogmática: algunos ejemplos	169
3.	Tres tipos de normas implícitas	171
4.	Lábiles confines	172
IV.	Jerarquías normativas	175
1.	Tres tipos de relaciones jerárquicas	175

2.	Jerarquías axiológicas.....	179
3.	Dos usos de las jerarquías axiológicas	180
V.	Principios del derecho.....	183
1.	Reglas vs. principios.....	183
2.	Los principios como normas fundamentales.....	185
3.	Los principios como normas indeterminadas	187
4.	Una posible síntesis	190
5.	Los principios como fruto de interpretación.....	190
6.	Clasificaciones de los principios	192
7.	Construcción de principios implícitos	197
8.	El uso de los principios en la interpretación del derecho.....	200
9.	El uso de los principios en la integración del derecho.....	201
VI.	Interpretación, aplicación y ponderación de principios constitucionales	207
1.	Cuestiones de interpretación de los principios constitucionales	207
2.	Los principios constitucionales en el razonamiento jurídico	210
3.	Concreción de principios constitucionales.....	211
4.	Conflictos entre principios constitucionales	213
5.	Ponderación	216
6.	Ponderar y conciliar.....	219
7.	Otros usos de los principios constitucionales	220

Tercera parte
RAZONAMIENTO JURÍDICO Y APLICACIÓN
DEL DERECHO

I.	El razonamiento jurídico: introducción	225
1.	Razonamiento	225
2.	Tipos de razonamiento	226
3.	Condiciones de validez de los razonamientos normativos.....	227
4.	Variedad de razonamientos en el derecho.....	228
5.	«Descubrimiento» y «justificación» de la decisión..	232

II.	Lógica y normas	235
1.	Premisa: normas y proposiciones normativas	235
2.	¿Normas sin lógica o lógica sin verdad?.....	236
3.	La solución iusnaturalista.....	238
4.	Una solución estrictamente iuspositivista	239
5.	Una solución ilusoria	241
6.	Una solución no convincente.....	244
7.	Primera solución factible	245
8.	Segunda solución factible	246
III.	La aplicación del derecho	249
1.	«Aplicación».....	249
2.	Jurisdicción, legalidad, motivación	251
3.	El razonamiento del juez	253
4.	Breve referencia a la aplicación de los precedentes jurisprudenciales.....	258
IV.	La argumentación de las decisiones interpretativas	261
1.	El significado común de las palabras	263
2.	Argumento «a contrario» e interpretación no-extensiva	265
3.	La intención del «legislador».....	266
4.	Analogía e interpretación extensiva.....	270
5.	El argumento <i>a fortiori</i>	276
6.	Disociación e interpretación restrictiva	277
7.	Otra vez el argumento <i>a contrario</i>	283
8.	Interludio: el derecho como «sistema»	285
9.	La interpretación sistemática	289
10.	La interpretación conforme	294
11.	El argumento de la razonabilidad	298

Cuarta parte
A PROPÓSITO DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL

1.	¿Especificidad de la interpretación constitucional?	303
1.	La tesis descriptiva.....	305
2.	La tesis prescriptiva	306

II.	Los intérpretes de la constitución	311
1.	Introducción	311
2.	El contenido de la constitución	312
3.	La garantía jurisdiccional de la constitución	313
4.	La concepción de la constitución	315
5.	La aplicación judicial de la constitución en el ordenamiento italiano vigente	317
III.	¿Cuestiones de «interpretación» constitucional?	319
1.	¿Límites conceptuales a la reforma constitucional? ..	319
2.	La reforma de la norma sobre el procedimiento de reforma	324
3.	La reforma de las normas que impiden la reforma ..	326
4.	El valor jurídico de los preámbulos	328
5.	¿Declaración o creación de derechos?	330
6.	Viejas leyes, nuevas constituciones	331

Quinta parte
CONTROVERSIAS

I.	Controversias conceptuales	337
1.	¿Significado sin interpretación?	338
2.	¿Interpretación como manipulación del significado? ..	341
3.	No hay significado sin interpretación	341
II.	Controversias teóricas	345
1.	Introducción	346
2.	La teoría cognoscitivista	347
3.	La teoría escéptica	350
4.	La teoría ecléctica	353
5.	El estatuto lógico del discurso interpretativo	356
6.	Sobre la teoría cognoscitivista	357
7.	Sobre la teoría escéptica	361
8.	Sobre la teoría ecléctica	364
III.	Controversias ideológicas	369
1.	Las dos oposiciones fundamentales	369

2.	Letra vs. intención	370
3.	Estática vs. dinámica	373
4.	Combinaciones: dos variantes de la doctrina literalista	374
5.	Combinaciones: dos variantes de la doctrina intencionalista	375
6.	Otras orientaciones doctrinales	376
7.	Equidad vs. legalidad	377
8.	«Judicial restraint» vs. «judicial activism»	379

NOTA DE LA TRADUCTORA

Durante el tiempo en el que he estado trabajando en la traducción del presente libro de Riccardo Guastini, numerosas dudas se me han ido presentando. Las dudas de traducción tienen que ver, a veces, con cuestiones de significado, otras veces, con cuestiones de estilo, y en ambos casos los problemas se entrelazan con las cuestiones relativas al lenguaje y la escritura: la gramática, la sintaxis, la puntuación. Con todos estos frentes abiertos, sin embargo, si tuviésemos que establecer un orden de prioridades, todo parece indicar que la traducción académica debe ser fiel, en primer lugar, al contenido de significado del texto traducido. Intentar captar el contenido de lo que el autor transmite en su obra y reproducirlo del modo más fidedigno posible, parece ser el objetivo principal. Pero para que el original se reconozca en la obra traducida, la segunda no solo debe estar en consonancia con el contenido sustantivo de la primera, sino que también la forma de transmitir dicho contenido, es decir, lo que solemos llamar «el estilo narrativo» debe verse reflejado. Estos dos propósitos de la traducción, a saber, reproducción de contenidos y reproducción de estilo, no pueden, además, descuidar las reglas de la lengua a la que se traduce, reglas de construcción gramatical y sintáctica, de vocabulario, de fluidez narrativa y precisión descriptiva, que a menudo condicionan tanto los contenidos como el estilo.

El reto de toda traducción, por tanto, es mayúsculo. La lista de dificultades no es corta: la comprensión de la lengua original (con sus infinitos matices, su morfología, peculiaridades sintácticas, usos preposicionales, adverbiales, modos de adjetivación, expresiones técnicas, literarias, coloquiales, etc.); la elección de la mejor construcción posible en la lengua de la traducción para representar el estilo de la versión original sin tergiversar el significado de la misma; el respeto de las reglas y los límites de la propia lengua de traducción (sin sucumbir a la tentación de la traducción literal o la reproducción sin más de las formas sintácticas de la versión original).

En la realización de cada uno de estos pasos, a menudo hay que contrarrestar también la inclinación a reescribir lo traducido en los términos con los que quien traduce se sentiría más a gusto o elegiría para su propia redacción. Me refiero a la tensión que a veces se produce entre el estilo narrativo objeto de la traducción y el estilo narrativo propio de quien traduce. Permanecer atenta al estilo del autor ha sido en mi caso un propósito explícito que he intentado no perder de vista en ningún caso. Por último, y en una obra larga como la presente, se hace necesario, además, superar cada uno de los pasos de traducción señalados anteriormente con decisiones consecuentes, concordantes y constantes.

Para cumplir con estos propósitos he contado con la ayuda continuada e incansable de Riccardo Guastini, que me ha facilitado no sólo aclaraciones y precisiones conceptuales, sino importantes sugerencias lingüísticas. Espero haber podido plasmar en esta traducción tanto el contenido de significado de la obra como el estilo narrativo del autor.

SILVINA ÁLVAREZ
Madrid, octubre de 2013

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO

Cód. civ. italiano	Código civil italiano
Cód. penal italiano	Código penal italiano
Cód. proc. civ. italiano	Código procesal civil italiano
D.P.R.	Decreto del presidente de la república
Disp. prel. cod. civ. italiano	Disposiciones preliminares código civil italiano

Primera parte

INTERPRETACIÓN E INTÉRPRETES

I

OBJETOS DE LA INTERPRETACIÓN

1. UN VOCABLO MULTIUSO

A veces sucede que dos o más cosas llevan el mismo nombre. Dicho de otro modo, a veces sucede que un mismo vocablo denota objetos distintos e incluso inconexos, heterogéneos.

De te fabula narratur: el vocablo «interpretación» se usa en los más variados contextos para referirse a actividades que tienen poco o nada en común.

Para mostrar cuán diversas y cuán heterogéneas son las actividades que solemos llamar «interpretación», bastan algunos ejemplos fáciles. Puede suceder que se usen expresiones como las siguientes:

- interpretar *El clave bien temperado* (referido a alguien que toca el clave);
- interpretar *El clave bien temperado* (referido a un oyente);
- interpretar *Macbeth* (referido a un actor);
- interpretar *Macbeth* (referido a un espectador);
- interpretar los síntomas de una enfermedad;
- interpretar los datos de un experimento;
- interpretar un gesto como un saludo (en vez que una amenaza);
- interpretar un sueño;
- interpretar la primera guerra mundial como resultado de las tendencias imperialistas del capitalismo;
- interpretar un deceso como asesinato premeditado (en vez que suicidio o accidente);

- interpretar los resultados de las últimas elecciones;
- interpretar el artículo 2 de la constitución.

Naturalmente, cualquier conjunto de objetos disparatados puede ser reconducido a una unidad: con la condición, sin embargo, de usar conceptos tan indeterminados que resulten carentes de cualquier utilidad.

Así, por ejemplo, alguien podría decir —y, de hecho, muchos dicen— que interpretar es, siempre, atribuir «sentido» o «significado». Pero en primer lugar, desgraciadamente, hay tantos conceptos de «sentido» y de «significado» como conceptos hay de «interpretación». Y, además, no es en absoluto verdadero que «interpretar» y «atribuir sentido o significado» sean siempre sinónimos: por ejemplo, no parecería apropiado decir que un músico, al interpretar (tocar) *El clave bien temperado*, o un actor, al interpretar (representar) *Macbeth*, atribuyan «sentido» o «significado» a la partitura o al texto respectivamente.

En definitiva, la idea de que todas las distintas actividades que en el lenguaje común se agrupan bajo el nombre de «interpretación» consistan en atribuir sentido o significado a algo, no es para nada iluminadora. Al contrario, dicha idea es al mismo tiempo síntoma y fuente de confusión mental.

Cualquier teoría «general» de la interpretación que pretenda reconducir bajo un único concepto las distintas cosas que en el uso común son llamadas «interpretación» está destinada al fracaso¹.

En lo que sigue, el análisis estará circunscrito a la interpretación jurídica. No sin antes hacer alguna distinción preliminar.

¹ La alusión es, obviamente, a E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* (1995), ed. corregida y ampliada a cargo de G. Crifò, 2 vol., Milano, 1990, quien, en una misma obra se ocupa de cosas tan distintas como la interpretación histórica, la interpretación musical, la interpretación psicológica, la interpretación teológica, la interpretación jurídica, etc. Se trata de una actitud común a todos los juristas (y filósofos) «hermenéuticos». Sin embargo, Betti oportunamente escribió (vol. I, p. 96): «Es impropio hablar de "interpretación" en relación con fenómenos naturales que están enteramente sometidos a las leyes de la naturaleza y por tanto se explican enteramente con la categoría de causalidad. Cuando se dice, en esta materia, que un fenómeno hay que "interpretarlo" en un sentido o en otro —por ejemplo, los síntomas de una enfermedad por parte de un médico—, se alude en realidad al simple diagnóstico [...]. No se trata, por tanto, de interpretación sino de diagnóstico causal sobre la base de una ley de la naturaleza». Betti (vol. I, p. 95) circunscribe la interpretación al «fenómeno espiritual de entender, con el cual un espíritu pensante responde al mensaje de otro espíritu que le habla a través de formas representativas». Cfr. también L. Biglazzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994.

2. ACTOS, EVENTOS, TEXTOS

Como se ha dicho, según el uso corriente, muchas cosas heterogéneas pueden ser objeto de interpretación. Y los significados que el sustantivo «interpretación» o las voces del verbo «interpretar» asuman en cada ocasión parecen depender, esencialmente, del tipo de objeto sobre el que recaiga la actividad interpretativa². En particular, circunscribiendo el análisis al lenguaje de las ciencias sociales, «interpretación» parece asumir principalmente uno u otro de los siguientes significados³:

(i) *Interpretar actos*. Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, «interpretar» puede significar una o más de una de las siguientes cosas (entre las cuales, por otra parte, no siempre es fácil distinguir)⁴:

(i) Hacer conjeturas alrededor de los propósitos, las razones o las intenciones de un sujeto agente («Interpreto sus palabras como una advertencia», «Interpreto su gesto como un intento de trabar amistad», etc.)⁵;

(ii) Subsumir cierto acto o comportamiento bajo una clase de actos o comportamientos («Este acto constituye homicidio»);

(iii) Calificar un acto según el esquema de calificación ofrecido por una norma⁶ («Alzando la mano ha expresado un voto favorable»)⁷.

² U. Scarpelli, «Interpretazione (Diritto)», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, p. 423.

³ R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 324 s. Cfr. también E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 194 y s.

⁴ Sobre los problemas de «interpretación» de la acción humana véase el óptimo libro de D. González Lagier, *Las paradojas de la acción*, Alicante, 2001.

⁵ No se puede no hacer referencia a M. Weber, «Alcune categorie della sociologia comprendente» (1913), en M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958 (reimpresión, Milano, 1974). Cfr. también P. Winch, *The Idea of a Social Science*, London, 1958.

⁶ Y más precisamente de una norma de esas que algunos llaman «reglas constitutivas», del tipo: «(alzar la mano) tiene valor de y (voto favorable) en el contexto c (en una asamblea en la que se somete a votación una moción)». Ver J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969.

⁷ Escribe P. Amselek, «L'interprétation à tort et à travers», en P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruselas, 1995, p. 17: «Eso que se llama "comprender" una acción humana, "aferrar su sentido", consiste precisamente en colocarla en este contexto de motivaciones y de intenciones que la han inspirado, consiste en reconstruir este trasfondo que está en relación con la acción y que aclara su ejecución»; y sigue: «Una acción cualquiera iniciada en cierto contexto intencional no equivale a un acto de

(2) *Interpretar eventos*. Cuando se habla de interpretar un evento histórico o social, generalmente «interpretar» significa hacer conjeturas sobre una relación de causa-efecto entre un cierto hecho (o conjunto de hechos) condicionante y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado⁸. Por ejemplo, la crisis económica puede ser «interpretada» como efecto de la especulación financiera o, en cambio, como efecto del excesivo endeudamiento del Estado.

(3) *Interpretar textos*. Cuando se habla de interpretar un texto, o un discurso, «interpretar» significa atribuir significado —sentido (*Sinn*) y referencia (*Bedeutung*)— a algún fragmento del lenguaje (vocablos, sintagmas, enunciados). Por ejemplo: el sintagma «actos del Estado con fuerza de ley» (art. 134 Constitución italiana) no incluye los reglamentos parlamentarios⁹; el sintagma «actos de Gobierno» en el contexto del art. 100, inciso 2, Constitución italiana, no incluye los actos gubernativos con fuerza de ley¹⁰.

Hay que advertir, sin embargo, que a menudo no se distingue —como en cambio sería oportuno hacer— entre la interpretación del

lenguaje mediante el cual se quiere comunicar a otros un pensamiento con cierto contenido a través de señales» (*ibidem*, p. 18); «Investigar la intención que está detrás de una acción es investigar un hecho, un hecho psicológico: por ejemplo ¿ha habido intención de dañar o de cometer un acto delictivo?» (*ibidem*, p. 18). «Eso que aquí se llama “interpretar” es preguntarse no ya por lo que x ha querido decir a través de las señales en código que ha transmitido, sino por qué, por qué razón, ha actuado de tal modo, por qué ha tenido un determinado comportamiento. En otras palabras, estamos en el campo no de la comprensión de un sentido codificado, sino de la investigación de las intenciones o motivaciones que han inspirado ciertas acciones» (*ibidem*, p. 21); «El camino que se cruzan en la interpretación y en la investigación de motivaciones: es lo que sucede cuando el intérprete, a través del análisis del texto, presume las motivaciones que han animado al autor, lo que, a su vez, va a aclarar su análisis del texto y la determinación de su sentido. Pero nada de esto pone en discusión la diferencia que separa la investigación de las motivaciones o intenciones de un agente, eventualmente de un hablante, y la interpretación propiamente dicha, la investigación del sentido de sus palabras, aunque a este respecto la interpretación se sirva de las motivaciones e intenciones del hablante» (*ibidem*, p. 22). Una opinión distinta se encuentra en F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 105 y ss.

⁸ U. Scarpelli, «Interpretazione», cit., p. 423: «interpretar un hecho es colocarlo en el sistema de conexiones causales constituido por la naturaleza. La interpretación [...] equivale en tal caso a la explicación». P. Amselek, «L'interprétation à tort et à travers», cit., p. 14: «Que sobre la base de ciertos indicios se deduzca que X ha cometido un asesinato o un fraude al fisco o, más en general, que ciertos hechos naturales o humanos han tenido lugar, no es una interpretación: es la aplicación a ciertas circunstancias de un cierto esquema explicativo».

⁹ Tribunal Constitucional italiano 154/1985.

¹⁰ Tribunal Constitucional italiano 406/1989.

texto como tal y la interpretación del comportamiento humano consistente en producir dicho texto. Es verdad que la línea de demarcación entre las dos cosas, si es que existe (lo cual no se puede dar por sentado), es muy sutil¹¹. No obstante, la distinción conceptual hay que conservarla: una cosa es interrogarse sobre el significado de las palabras y otra distinta interrogarse sobre las supuestas intenciones del hablante. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si el vocablo «hombre» significa, en un cierto contexto, ser humano o varón de la especie humana; otra cosa es preguntarse si alguien, al decir «Paga tus deudas», estaba dando una orden, una recomendación, una sugerencia o un consejo.

La interpretación jurídica pertenece obviamente al género de la *interpretación textual*. En expresiones del tipo «interpretación jurídica», «interpretación del derecho», «interpretación de la ley», «interpretación de los actos (o documentos) normativos», «interpretación de normas» y otras similares, el vocablo «interpretación» denota grosso modo: algunas veces la actividad de constatar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; otras veces el resultado o producto de tal actividad, es decir, el significado mismo¹².

He dicho «constatar» o «decidir»: que la interpretación sea una actividad de constatación o de decisión del significado es una cuestión controvertida —para la cual las diversas teorías de la interpretación ofrecen, como veremos, respuestas diferentes— y a esta altura de la investigación conviene dejarla aún sin resolver¹³.

Naturalmente, existe una gran variedad de textos jurídicos sujetos a interpretación: fuentes del derecho (la constitución, las leyes, los reglamentos, etc.), actos de autonomía privada (contratos, testamentos, etc.), actos jurisdiccionales (sentencias), actos administrativos y otros. No obstante, en la literatura sobre interpretación, comúnmente se dedica una atención especial a la interpretación de la «ley», entendida la mayoría de las veces en sentido «material», es decir, para referirse a las fuentes del derecho en general.

En particular, cuando se habla de la interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas), como sucede casi siempre, «interpretar» significa aclarar, a veces, el «contenido» normativo de una disposición (qué norma o normas expresa), otras

¹¹ Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 120.

¹² Volvemos sobre este punto en próximos capítulos.

¹³ La cuestión se discute en el capítulo dedicado a las controversias teóricas sobre la interpretación.

veces, su «campo de aplicación» (a qué casos concretos se aplica): ambas cosas, como veremos, no coinciden en absoluto¹⁴.

Es a la interpretación de las fuentes que se circunscribe el presente trabajo.

3. «INTERPRETAR NORMAS» E «INTERPRETAR HECHOS»

En el lenguaje jurídico corriente se habla comúnmente de «interpretación de normas» y (algunas veces) de «interpretación de hechos». Ambas expresiones son censurables:

(a) «Interpretar normas». Este modo de expresarse supone evidentemente que la interpretación jurídica tiene por objeto *normas*¹⁵.

Pero, hablando con propiedad, la interpretación jurídica tiene por objeto no «normas» sino textos o documentos normativos. En otros términos, se interpretan (no exactamente normas, sino más bien) *formulaciones* de normas, enunciados que expresan normas: disposiciones, como se suele decir. Así es que la norma constituye no el objeto, sino el resultado de la actividad interpretativa¹⁶. Y hablando de interpretación de «normas» se crea la falsa impresión que el significado de los textos normativos (es decir, las normas propiamente dichas) esté enteramente preconstituido respecto de la interpretación, de manera que los intérpretes tendrían simplemente que detectarlo¹⁷.

(b) «Interpretar hechos». Se suele decir que los órganos de aplicación —y específicamente los órganos jurisdiccionales— interpretan

¹⁴ Ver en el próximo capítulo la distinción entre interpretación «en abstracto» e interpretación «en concreto».

¹⁵ «Resulta inmotivado científicamente e inoportuno didácticamente identificar *in limine* la noción de «norma» con la de «texto legislativo», porque esto oculta el dato empírico por el cual operadores distintos, en tiempos distintos o contemporáneamente, por fines distintos o persiguiendo con medios distintos los mismos fines, extraen de los mismos textos legislativos normas distintas e incluso opuestas»: G. Tarello, Recensión de N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, en *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-77, pp. 936 y s.

¹⁶ «Paradójicamente podríamos decir que las normas no existen: no existen como entes en sí, independientemente de los procedimientos interpretativos. Una norma es solamente el punto de llegada de un procedimiento interpretativo, no se puede expresar sino remitiendo a un enunciado o conjunto de enunciados que deberán, a su vez, ser reinterpretados por quien quiera entender su significado y encontrar la norma»: U. Scarpelli, «Norma», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, p. 570.

¹⁷ Ver *infra*, parte quinta, cap. II.

(y no pueden no interpretar) no solo «normas» sino también «hechos»: por ejemplo, los hechos de la causa¹⁸.

Esta forma de expresarse es sin duda poco feliz y, desde el punto de vista de la teoría de la interpretación, engañosa¹⁹. Esto es así porque, como se ha dicho, «interpretar» asume dos significados completamente distintos según que el objeto de la interpretación sean textos o hechos (eventos, comportamientos). La interpretación textual es atribución de significado. No así la «interpretación de hechos»: los hechos no tienen «significado» y, si lo tienen, lo cierto es que no lo tienen en el mismo sentido en que tienen «significado» los textos. Interpretar un hecho significa esencialmente hacer conjeturas sobre la explicación causal de un evento; y, si el hecho en cuestión es además un hecho humano, interpretarlo significa, según los casos, hacer conjeturas sobre los propósitos o las intenciones del agente o subsumir el acto en cuestión bajo una clase de actos o, incluso, calificarlo según el esquema de calificación que ofrece una norma.

En general, en el ámbito del discurso jurídico, «interpretar un hecho» (como homicidio intencional, supongamos, en vez de como muerte accidental) significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, es decir, subsumir ese hecho bajo una norma que lo regula²⁰. Se trata, en efecto, de la interpretación —y, específicamente, de la interpretación «en concreto»— no de un acto, sino de un texto normativo, como veremos en el próximo capítulo.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA COSTUMBRE

La interpretación jurídica, hemos dicho, es interpretación *textual*. Esta caracterización se refiere de forma clara a la interpretación, como suele decirse, de las «fuentes-acto», es decir, de los documentos normativos (la constitución, las leyes, etc.). ¿Qué decir, en cambio, de la «interpretación de la costumbre»? Puesto que la costumbre es muda:

¹⁸ Cfr., por ejemplo, M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001, p. 78 s.

¹⁹ Cfr. también C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 109.

²⁰ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 33. P. Amselek, «L'interprétation à tort et à travers», cit., p. 24: «calificar los objetos, los hechos, los actos, las situaciones, es subsumirlos bajo conceptos (en particular, bajo conceptos específicamente jurídicos), es darles un ropaje conceptual forjado por nuestro espíritu: entre los hechos brutos —los datos inmediatos de la percepción— y el hecho calificado está este intermediario constituido por el ropaje».

produce normas sin la mediación de documentos normativos, produce normas desprovistas de disposiciones, normas no formuladas.

Pues bien, la expresión «interpretación de la costumbre» puede ser entendida de dos modos distintos:

(a) Ante todo se puede hablar de interpretación de la costumbre de manera metonímica, entendiendo la interpretación no propiamente de la costumbre, sino de las «recopilaciones de usos y costumbres» (previstas por el art. 9 disp. prel. Cód. civ. italiano)²¹.

Así, tales recopilaciones —aunque técnicamente sean fuentes «de conocimiento», no de producción, del derecho— se presentan, simplemente, como documentos normativos. De manera que la interpretación de la costumbre, así entendida, no difiere en principio de la interpretación de las fuentes-acto. En ambos casos, la interpretación es una actividad de adscripción de significado a textos formulados en una lengua.

(b) Bien entendida, sin embargo, la interpretación de la costumbre tiene por objeto, adviértase, la fuente de producción llamada «costumbre», y no las fuentes de conocimiento (las recopilaciones, los documentos) que dan forma a las normas consuetudinarias.

Pues bien, así entendida la interpretación de la costumbre es una cosa completamente distinta de la interpretación textual: tanto es así que se puede dudar de la conveniencia de usar el mismo vocablo («interpretación») para referirse a ambas. La costumbre, como algo distinto de las normas que (en virtud de una norma sobre la producción jurídica²²) se desprenden de ella, no es un texto, un documento: es un comportamiento social²³. E «interpretar» un comportamiento social,

²¹ Los «usos» —es decir, las costumbres— no se deben confundir con las «recopilaciones de usos», previstas por art. 9 disp. prel. Cód. civ. italiano. O, mejor dicho, las normas producidas por vía consuetudinaria hay que distinguirlas claramente de los documentos que las formulan y comprueban su existencia. Las costumbres producen derecho, es decir, que generan normas jurídicas. Las así llamadas recopilaciones de usos, por el contrario, ofrecen una formulación —una formulación oficial— a las normas en cuestión. Pero tales recopilaciones no producen las normas consuetudinarias: se limitan a formular, registrar y documentar normas, que son (así al menos se supone) preexistentes a las recopilaciones mismas, sin por esto mutar las normas consuetudinarias en normas escritas.

²² Precisamente: en el derecho italiano, el art. 1 disp. prel. Cód. civ.

²³ Cfr. R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Tratado de derecho civil, dirigido por R. Sacco, Torino, 1999, pp. 216-221.

como ya sabemos, es algo completamente distinto a «interpretar» un enunciado en una lengua²⁴.

La interpretación de la costumbre, así entendida, no consiste en adscribir significado a formulaciones normativas, sino en «reconstruir» normas adscribiendo sentido a una práctica social: más precisamente, consiste en inferir de una praxis social (la existencia de) normas²⁵. Es decir, en *hacer conjeturas* respecto de que ciertos sujetos se comportan de cierto modo (no por mero hábito o por casualidad o por cualquier otra cosa, sino) conforme a una norma que retienen existente o vinculante²⁶.

No parece posible hacer esto sin prestar atención a los eventuales discursos valorativos y/o normativos de quienes participan de la práctica en cuestión: es decir, a los discursos mediante los cuales los participantes proporcionan, ellos mismos, una expresa formulación de las normas que observan o mediante las cuales aprueban a quienes actúan conforme a la práctica y/o desaprueban a quienes se apartan de ella.

²⁴ Cfr. M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pp. 135 y s.; C.E. Balossini, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 509; U. Scarpelli, «L'interpretazione. L'omessa alla teoria dell'interpretazione giuridica», en U. Scarpelli, V. Tomeo (eds.), *Società, norme, e valori. Scritti in onore di Renato Treves*, Milano, 1984, p. 163.

²⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 50 ss.; U. Scarpelli, «Interpretazione», cit., pp. 423 y s.; B. Celano, *Los estudios sobre la costumbre*, México, 2000.

²⁶ G. Carcatera, «Indizi di norme», en *Sociologia del diritto*, 2002, pp. 129 y ss.

II

LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

En general, «interpretar» en el ámbito jurídico significa —como sugiere el art. 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano— «atribuir [...] sentido» a un texto.

Sin embargo, en el lenguaje jurídico el vocablo «interpretación» sufre una múltiple ambigüedad: es ambiguo bajo (al menos) cuatro aspectos¹.

1. PRIMERA AMBIGÜEDAD: PROCESO VS. PRODUCTO

Con el vocablo «interpretación» nos referimos algunas veces a una actividad (o a un proceso), y otras a un resultado o al producto de tal actividad².

¹ El análisis que sigue está circunscrito a los usos lingüísticos corrientes de los juristas europeos contemporáneos, donde el vocablo «interpretación» (como sus equivalentes en otras lenguas), aunque con las ambigüedades a las cuales ahora me voy a referir, tiene siempre que ver con la atribución de significado a textos normativos. Paso por alto, desde ya, el uso (muy amplio y, en verdad, muy oscuro) de «interpretación» que se encuentra en mucha literatura (sobre todo) americana al límite entre la filosofía jurídica y la filosofía política normativa. Cfr., por ejemplo, M. Rosenfeld, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkeley-Los Angeles, 1998; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986. Ver también S. M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica* (1996), Bologna, 2003, cap. V. Al respecto ver las observaciones de F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, pp. 172 y s.

² Cfr. G. Tarello, «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica», en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

Por ejemplo, en enunciados del tipo «Tal disposición es ambigua de modo que requiere interpretación», «No hay aplicación sin previa interpretación», etc., el vocablo «interpretación» denota evidentemente una actividad (podría ser sustituido con el sintagma «actividad interpretativa»). Por el contrario, en enunciados del tipo «De tal disposición la Casación hace una interpretación restrictiva», el mismo vocablo claramente denota no una actividad, sino más bien su resultado (en este caso: la «restricción» del significado de cierta disposición).

La «interpretación» en cuanto actividad es un proceso mental. La «interpretación» en cuanto resultado de tal proceso es más bien un discurso.

Las distinciones que siguen se refieren a la interpretación en cuanto actividad o proceso.

La actividad interpretativa puede ser descompuesta en una serie de operaciones típicas, entre las cuales se encuentran especialmente las siguientes: (i) el análisis textual; (ii) la decisión sobre el significado; (iii) la argumentación³.

El análisis textual, a su vez, consiste:

(a) En identificar la función gramatical de los vocablos empleados en la formulación de un enunciado normativo, de manera de distinguir, por ejemplo, entre artículos, nombres, verbos, adjetivos, proposiciones y adverbios;

(b) En identificar la función lógica de los vocablos empleados, de manera de distinguir, por ejemplo, entre sujeto, predicado y conectivos;

(c) En identificar la estructura sintáctica de la disposición, de manera de individuar, por ejemplo, las relaciones de subordinación y coordinación entre proposiciones (en el sentido gramatical de esta palabra).

El análisis textual consigue, en última instancia: por un lado, establecer *prima facie* qué norma o qué normas expresa la disposición; por otro lado, reconstruir de forma canónica la norma o las normas en cuestión. Sobre este último punto volveremos más adelante⁴.

³ A esta última nos referiremos extensamente a su debido tiempo.

⁴ Ver un poco más adelante el apartado dedicado a la forma lógica de las normas.

2. SEGUNDA AMBIGÜEDAD: ABSTRACTO VS. CONCRETO

Con el vocablo «interpretación» nos referimos algunas veces a la atribución de significado a un texto normativo —«El texto T tiene el significado S»—, otras veces a la calificación jurídica de un caso concreto —«El acto x constituye homicidio»—, calificación que da luego fundamento a la solución (o a la propuesta de solución) de una controversia específica.

Aunque lo segundo presupone lógicamente lo primero⁵, y aunque las dos cosas sean probablemente indistinguibles en el proceso psicológico de interpretación (en particular si se trata de un juez), son dos actividades intelectuales lógicamente distintas⁶. Una cosa es interrogarse sobre el sentido de una secuencia de palabras; otra cosa es preguntarse si un caso particular y concreto entra o no en el campo de aplicación de una determinada norma, previamente identificada⁷. Debemos, por lo tanto, distinguir entre:

(i) la interpretación «en abstracto» («orientada a los textos»), que consiste en identificar el contenido de sentido —es decir, el contenido normativo (la norma o, más a menudo, las normas)— expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente de derecho) sin referencia a ningún caso concreto; y

(ii) la interpretación «en concreto» («orientada a los hechos»), que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto»⁸.

⁵ Lo presupone lógicamente, atención, no psicológicamente. Es muy probable que, de hecho, en la mente del juez las cosas sucedan al revés: es decir, que el juez *primero* clasifique el caso y solo *después* se dirija a los textos normativos y les atribuya significado con vistas a encontrar la norma «adecuada».

⁶ Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, cap. VI; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. II.

⁷ Hay que aclarar (pero volveremos sobre esto en otro apartado) que cada norma presenta la forma lógica de un condicional (digamos: «Si F, entonces G»), en el que el antecedente se refiere a una clase de hechos («supuesto de hecho abstracto») y el consecuente a una clase de consecuencias jurídicas de un cierto tipo. El «campo de aplicación» de la norma no es otra cosa que la clase de hechos a los cuales es imputable ese tipo de consecuencia jurídica. Y naturalmente tal clase no puede sino ser configurada mediante *predicados* en sentido lógico, es decir, mediante términos que precisamente denotan *clases*. Volveremos sobre este punto en el próximo capítulo.

⁸ Rastros de esta distinción se encuentran en L. Ferrajoli, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966; J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; M. Troppe, «La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française», en AA. VV.,

La interpretación en abstracto resuelve problemas tales como, por ejemplo, los siguientes.

(a) El art. 13, apartado 1, de la Constitución francesa dispone: «El Presidente de la República firma las ordenanzas y los decretos aprobados por el Consejo de Ministros». ¿Debemos entender que el Presidente tiene el poder o la obligación de firmar las ordenanzas?⁹

(b) El art. 11 de la Constitución italiana autoriza a la República a aceptar las «limitaciones de soberanía necesarias en un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones». ¿Qué significa «soberanía» en este contexto?¹⁰ ¿Se refiere, digamos así, a la independencia del Estado en las relaciones internacionales? ¿O se refiere en cambio al poder político supremo mencionado en el art. 1, inciso 2, según el cual «la soberanía pertenece al pueblo»?

(c) El art. 2 de la Constitución italiana proclama solemnemente los «derechos inviolables del hombre»¹¹. ¿Qué significa «inviolable»? ¿Se trata solo de una mera fórmula declamatoria, característica del lenguaje retórico comúnmente utilizado por los redactores de textos constitucionales, que como tal carece de cualquier contenido normativo preciso? ¿Se trata de una simple reiteración del carácter rígido de la constitución (los derechos constitucionales no pueden ser violados por la legislación ordinaria)? ¿O significa en cambio que los derechos en cuestión escapan completamente a la reforma constitucional (no pueden por tanto ser tocados ni siquiera por leyes de reforma constitucional)¹²?

En cuanto a la interpretación en concreto, esta resuelve problemas —de subsunción—¹³ del siguiente tipo: ¿la norma «Prohibido el ingreso de vehículos en el parque» (clásico ejemplo que siempre se encuentra en las discusiones sobre la interpretación) se aplica o no a un triciclo? ¿una norma constitucional concerniente a la «libertad de reli-

Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, 1992.

⁹ Ver M. Troper, «La signature des ordonnances: fonctions d'une controverse», en M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris, 1994, cap. XVIII.

¹⁰ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 363 y ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 477 y ss.

¹¹ Cfr. R. Guastini, «Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.», en *Ragion pratica*, 29, 2007.

¹² Esta última, dicho sea de paso, es precisamente la interpretación elegida por el Tribunal Constitucional italiano (1146/1988).

¹³ G. Lazzaro, «Sussunzione», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1970 (extracto).

gión» se aplica o no a *Scientology* o a la así llamada filosofía *New-age*? Etcétera.

La interpretación «en abstracto» es asimilable a la traducción (es, si se quiere, una traducción «intra lingüística»), ya que consiste en reformular el texto interpretado¹⁴. La interpretación «en concreto» no es otra cosa, simplemente, que la decisión en torno a la extensión de un concepto¹⁵ (del concepto mediante el cual la autoridad normativa ha configurado una clase de casos).

Más aún: la interpretación «en abstracto» consiste en atribuir significado a enunciados normativos completos¹⁶. Mientras que la interpretación «en concreto» consiste en determinar el significado de predicados en sentido lógico, es decir, de términos que denotan clases. En un caso, se identifican las normas en vigor; en el otro, se identifican los casos concretos regulados por cada norma.

Ahora bien, el derecho, como veremos mejor más adelante, es doblemente indeterminado.

Por un lado, es indeterminado *el ordenamiento jurídico*, en el sentido que —a causa de la equivocidad de los textos normativos— no se sabe qué normas pertenecen a él o están en vigor.

Por otro lado, es indeterminada *cada una de las normas* vigentes, en el sentido que —a causa de la vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural— no se sabe exactamente qué casos entran en su campo de aplicación.

¹⁴ U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2003, cap. 10. La analogía entre interpretación y traducción es puesta en discusión por T. Mazzarose, «Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un'analogia ricorrente», en *Ars interpretandi*, 5, 2000. En general, excepto por algún (raro) caso de interpretación (digamos así) «estrictamente» literal, que simplemente itera el texto interpretado, el enunciado interpretante no reproduce al pie de la letra, sino que reformula el enunciado interpretado, diferenciándose de este desde el punto de vista del léxico y/o de la estructura sintáctica. Los modos de reformulación interpretativa del texto interpretado son sutilmente analizados por P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 126 y ss., el cual distingue entre: adiciones (sintáctica, semántica y pragmáticamente necesarias, respectivamente); eliminaciones; sustituciones; multiplicaciones teóricas; pluralidad de alteraciones simultáneas.

¹⁵ La extensión (o denotación o referencia semántica) de un concepto es la clase de objetos a los que el concepto es aplicable. La extensión de cada concepto depende de su intención (o sentido), es decir, del conjunto de atributos (propiedades o relaciones) que un objeto debe tener para que el concepto se le pueda aplicar.

¹⁶ Conviene advertir que el «enunciado completo», objeto de interpretación en abstracto, no necesariamente es una precisa disposición de las fuentes normativas (el apartado tal del artículo tal de la ley tal): puede ser también, y frecuentemente es, un fragmento de disposición, o bien el fruto de la recomposición, por parte del intérprete, de varios fragmentos de disposiciones, a veces dispersas en una pluralidad de documentos normativos. Ver *infra*, § 3.

Pues bien, la interpretación «en abstracto» reduce la indeterminación del ordenamiento jurídico en cuanto tal, identificando las normas en vigor; mientras que la interpretación «en concreto» reduce la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos que cada norma regula¹⁷.

3. LA FORMA LÓGICA DE LAS NORMAS

Con pocas excepciones¹⁸, una norma jurídica, cualquiera sea su efectiva formulación, puede ser reconstruida —es decir, identificada en su «forma lógica», eventualmente latente— como un enunciado condicional, el cual establece qué se debe hacer u omitir *si se verifican ciertas circunstancias*¹⁹.

En otras palabras, las normas jurídicas son no ya prescripciones categóricas (es decir, incondicionadas), del tipo «Está prohibido matar», «Está prohibido provocar daños injustos», etc., sino más bien prescripciones condicionales o hipotéticas del tipo «Si alguien ha causado la muerte de un hombre, entonces debe ser castigado», «Si alguien ha causado un daño injusto, entonces debe resarcirlo», y otras similares.

Un enunciado condicional o hipotético —«Si..., entonces...»— puede ser analizado a través de dos elementos que lo componen:

- (a) Un antecedente, o prótasis, es decir, la parte del enunciado que determina la condición («Si...»);
- (b) Un consecuente, o apódosis, es decir, la parte del enunciado que establece la consecuencia («...entonces...»).

Toda norma jurídica presenta —a veces de manera evidente, más a menudo en estado latente— una forma lógica (una estructura sintáctica,

¹⁷ Conviene insistir en que toda interpretación «en concreto» presupone lógicamente una interpretación «en abstracto».

¹⁸ Como las normas de derogación expresa («Queda derogado el art. x de la ley y») y las normas de interpretación auténtica («El art. x de la ley y debe ser entendido en el sentido que...»).

¹⁹ Ver entre otros muchos: A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, pp. 32 y s.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971; D. Mendonça, *Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas*, México, 1995; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «Norma jurídica», en E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, pp. 217 y ss.; W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, II ed., London, 1982.

si se quiere decir de esta manera) condicional del tipo: «Si F, entonces G»²⁰. Con esta fórmula:

(i) El antecedente («F») se refiere a una clase de circunstancias de hecho (por ejemplo, que dos sujetos hayan estipulado un contrato, que un sujeto haya ocasionado un daño a otro sujeto, etc.);

(ii) El consecuente («G») se refiere a una clase de consecuencias jurídicas (del tipo: obligación de cumplir las obligaciones previstas en el contrato, obligación de resarcir a quien ha sufrido un daño, etc.)²¹.

El antecedente —que se suele llamar «supuesto de hecho»— se refiere al *objeto* de la regulación: responde a la pregunta «¿Qué se regula?».

El consecuente, por su parte, determina *el modo* de regular: responde a la pregunta «¿Cómo se regula?».

Pues bien, un aspecto esencial, y no trivial, de la interpretación en abstracto consiste en la identificación —o más bien en la reconstrucción racional— de la forma lógica de las normas, es decir, en distinguir, dentro de un enunciado normativo, el antecedente del consecuente, el caso regulado de la consecuencia jurídica ligada a tal caso²².

Reconstruir la forma lógica de las normas no es algo trivial por diversas razones, entre las cuales las siguientes²³:

²⁰ Así, por ejemplo, la norma permisiva que confiere a los ciudadanos la libertad de reunión (art. 17, apartado 1, Constitución italiana) puede ser reconstruida de esta forma (esquemática): «Si ciudadano, entonces derecho de reunión (pacífica y sin armas)». La norma que determina la adquisición de la mayoría de edad al cumplir los dieciocho años (art. 2, apartado 1, Cód. civ. italiano) puede ser reconstruida de esta forma: «Si dieciocho años, entonces mayor de edad». La norma sobre los conflictos entre leyes que establece el así llamado principio «lex posterior derogat legi priori» (art. 15 disp. prel. Cod. civ. italiano) puede ser reconstruida de esta forma: «Si dos leyes promulgadas en momentos diferentes entran en conflicto, entonces la ley menos reciente queda derogada». Etc.

²¹ En las normas de conducta, el consecuente no puede ser otro que la calificación deóntica de un comportamiento (el comportamiento x es obligatorio, el comportamiento y está prohibido, el comportamiento z está permitido). En normas de otro tipo, el consecuente puede asumir los contenidos más variados: la adquisición de un estatus (mayor de edad, ciudadano, etc.), la adscripción de una situación jurídica subjetiva ventajosa (una pretensión, una competencia, una libertad, etc.), la validez o la invalidez de un acto, etc.

²² Un cuidadoso análisis se encuentra en P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 53 y ss.

²³ Ver al respecto los importantes trabajos de G.G. Floridia: «Scomposizione e rappresentazione grafica degli enunciati normativi fra teoria dell'interpretazione e tecnica del drafting legislativo» (1985), y «Rappresentazioni grafiche, tecniche interpretative, e drafting legislativo» (1988), ahora ambos en G.G. Floridia, *Scritti minori*, recopilados por F. Sorrentino, Torino, 2008, pp. 429 y ss., 465 y ss.

(i) En primer lugar, sucede con frecuencia que un único enunciado normativo expresa (y eventualmente implica) una pluralidad de normas.

Así, por ejemplo, la disposición del art. 1417 Cód. civ. italiano («La prueba a través de testigos de la simulación es admitida sin límites, siempre que sea propuesta por acreedores o por terceros y, en caso que esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado, también si es propuesta por las partes») expresa al menos tres normas distintas: (a) la prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por los acreedores; (b) la prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por terceros; (c) la prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por las partes y si está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado; y, según una interpretación razonable, presupone (o implica) una cuarta: (d) la prueba a través de testigos no es admisible si es propuesta por las partes pero no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado.

O incluso: la disposición del art. 13, apartado 3, Constitución italiana («En casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente por la ley, la autoridad de seguridad pública puede adoptar medidas provisionales, que deben ser comunicadas dentro de cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial y, si esta no las convalida en las sucesivas cuarenta y ocho horas, se entienden revocadas y quedan sin efecto alguno») expresa no menos de cuatro normas: (a) En casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente en la ley, la autoridad de seguridad pública puede adoptar medidas provisionales (de restricción de la libertad personal); (b) Tales medidas deben ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial; (c) Estas mismas medidas, si no son convalidadas por la autoridad judicial, se entienden revocadas; (d) Estas mismas medidas, si no son convalidadas por la autoridad judicial, quedan sin efecto alguno.

(ii) En segundo lugar, puede suceder que el supuesto de hecho condicionante tenga una estructura lógica compleja, y en estas circunstancias puede resultar difícil identificar los componentes del antecedente y, respectivamente, del consecuente²⁴.

²⁴ Ejemplo trivial: tomemos el art. 18, apartado 1, Constitución italiana, que dice «Los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente, sin autorización, para fines que no estén prohibidos por la ley penal a los particulares». Una posible reconstrucción sonaría (esquemáticamente) así: Si reunión (A) y si ciudadanos (B) y si fines no prohibidos etc. (C), entonces no obligatoria autorización (Z). Una segunda posible reconstrucción sonaría en cambio así: Si ciudadanos (B) y si fines no prohibidos etc. (C),

Retomemos el ejemplo del art. 1417 Cód. civ. italiano: entre las normas que contiene esta disposición, las dos primeras —es decir, (a) La prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por los acreedores, y (b) la prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por terceros— tienen un antecedente lógicamente simple, que se refiere a una sola circunstancia²⁵. Su estructura lógica es, respectivamente, «Si A (acreedores), entonces Z» y «Si B (terceros), entonces Z». Por el contrario, las normas (c) y (d) —respectivamente: (c) la prueba a través de testigos es admisible si es propuesta por las partes y si está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado; (d) la prueba a través de testigos no es admisible si es propuesta por las partes pero no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado— tienen un antecedente levemente más complejo, que se refiere, en un caso, a la concurrencia de dos circunstancias, y en el otro caso a la concurrencia de una circunstancia y a la no concurrencia de otra²⁶ (a la cual se conecta una consecuencia jurídica opuesta): la estructura lógica de la norma (c) es «Si C (partes) y D (ilicitud), entonces Z»; la de la norma (d) es «Si C (partes) y no D (no ilicitud), entonces no Z»²⁷.

Para dar otro ejemplo: el art. 21, apartado 3, Constitución italiana («Solo se puede proceder al secuestro [de la prensa] por resolución motivada de la autoridad judicial, en el caso de delitos para los que la ley de prensa lo autorice expresamente, o en el supuesto de violación de las normas que la misma ley establezca para la indicación de los responsables») presenta *prima facie* la estructura siguiente: «Si A y (B o C), entonces Z»²⁸.

entonces derecho de reunión sin autorización (W). Ver también *infra* el ejemplo del art. 21 de la Constitución italiana.

²⁵ Respectivamente: que sea propuesta por los acreedores y que sea propuesta por terceros.

²⁶ Respectivamente: a la doble circunstancia de que la propuesta sea de las partes y esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado (norma c), y a la doble circunstancia de que la propuesta sea de las partes y no esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado (norma d).

²⁷ La norma (c), entre las expresadas por el art. 13, apartado 3, Constitución italiana, presenta la estructura «Si A (medidas adoptadas por la autoridad de seguridad pública) y no B (convalidación de la autoridad judicial), entonces Z (se entienden revocadas)». La norma (d), a su vez, presenta la estructura «Si A (medidas adoptadas por la autoridad de seguridad pública) y no B (convalidación de la autoridad judicial), entonces W (quedan sin efecto alguno)».

²⁸ Bien visto, la disposición en cuestión —en virtud de la disyunción («o») — puede ser útilmente reconstruida como expresión no de una sola norma, sino de dos normas distintas: «Si A y B, entonces Z» y «Si A y C, entonces Z», donde A está por el acto de la autoridad judicial, B por delitos en relación a los cuales la ley autoriza el secuestro y C por violaciones de las normas sobre la indicación de los responsables. Por otra

Pero no es difícil encontrar en el ordenamiento disposiciones dotadas de una estructura lógica también *muy* compleja. Por ejemplo, el art. 23, apartado 1, de la ley italiana 392/1978 (en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos) —«Cuando se realizan sobre el inmueble importantes e improrrogables obras necesarias para que el mismo conserve su destino o para evitar mayores daños [...], o en cualquier caso obras de extraordinaria manutención de relevante entidad, el arrendador puede pedir al arrendatario que el canon [...] sea integrado»— presenta la estructura siguiente: «Si A y {[B y C y (D o E)] o {F y G}}, entonces Z»²⁹.

(iii) En tercer lugar, puede suceder que para reconstruir la norma sea necesario combinar una pluralidad de enunciados normativos o de fragmentos de enunciados normativos —eventualmente dispersos en las fuentes más variadas— que forman una especie de cadena. Esto puede depender esencialmente de tres circunstancias:

(a) Ante todo, es frecuente que una norma esté sujeta a excepciones dispuestas en otros enunciados normativos, a veces circunstanciales (ver, en el Código civil italiano, el caso de los artículos 2043, resarcimiento por hecho ilícito, 2044, legítima defensa, y 2045, estado de necesidad), pero otras veces dispersos en el ordenamiento.

(b) Además es frecuente que un enunciado normativo contenga un reenvío expreso —formal o material, según los casos— a otros enunciados normativos³⁰. Por ejemplo, el art. 21, apartado 3, Consti-

parte, la misma disposición puede también ser reconstruida como norma relativa a la admisibilidad de un acto judicial que disponga el secuestro, lo cual equivale a «mover» el acto judicial (A) del antecedente al consecuente de la norma: Si B (delitos en relación a los cuales la ley autoriza el secuestro), entonces A; Si C (violación de las normas sobre la indicación de los responsables), entonces A.

²⁹ Nuevamente, como sucede siempre cuando hay disyunciones («o»), la disposición puede ser útilmente reconstruida como expresión no de una única norma (muy) compleja, sino de tres normas distintas (de menor complejidad). El supuesto de hecho de la primera es: obras (A), importantes (B), improrrogables (C), necesarias para conservar el destino (D); el de la segunda es: obras (A), importantes (B), improrrogables (C), necesarias para evitar mayores daños (E); el supuesto de hecho de la tercera es obras (A) de extraordinaria manutención (F) y de relevante entidad (G). La consecuencia es siempre Z (el arrendador puede pedir la integración del canon).

³⁰ Una norma *reenvía* a otra norma toda vez que no establece directamente la regulación del supuesto de hecho al que se refiere, sino que indica (a los destinatarios y) a los órganos de aplicación de qué otra norma tal regulación deba extraerse. El reenvío se considera «formal» o «móvil» toda vez que el objeto de reenvío es otra *fuentes*, de modo que el caso de que se trate resultará regulado de manera cambiante por las normas que en cada ocasión sean dictadas por tal fuente (en el sentido que, cambiando las normas establecidas por dicha fuente, cambiará también la regulación del supuesto de

tución italiana, que hemos mencionado antes, contiene repetidos reenvíos (formales) a la ley de prensa; el art. 1418, apartado 2, Cód. civ. italiano («Producen la nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos indicados en el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el artículo 1345 y la falta de los requisitos establecidos en el artículo 1346 respecto del objeto») contiene repetidos reenvíos (materiales) a otras disposiciones del mismo código civil, etc.

(c) Finalmente, es también bastante frecuente que el antecedente de una norma haga referencia no a hechos «desnudos», sino a hechos calificados por otras normas, lo cual equivale a un reenvío implícito. Ejemplos triviales: cualquier disposición que se refiera a los «ciudadanos» reenvía implícitamente a las normas sobre la ciudadanía (en Italia, la ley 91/1992); cualquier disposición que se refiera a la «mayoría de edad» reenvía implícitamente a las normas que la definen (art. 2, apartado 1, Cód. civ. italiano); cualquier disposición en materia de «contratos» reenvía implícitamente a la definición de contrato (art. 1321 Cód. civ. italiano); etc.

4. DOS TIPOS DE SUBSUNCIÓN

Hemos dicho que la interpretación «en concreto» consiste en subsumir un caso concreto al campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto». Hace falta, sin embargo, introducir una aclaración y una precisión:

(i) La aclaración es la siguiente: «subsumir» puede significar:

- (a) Incluir una entidad individual dentro de una clase, o bien
- (b) Incluir una clase dentro de una clase más amplia.

Por ejemplo: diciendo, no sé, «Ticio es un hombre», se incluye una entidad individual (Ticio) dentro de una clase (la clase de los hombres); diciendo «Los hombres son mortales», se incluye en cambio una clase (la clase de los hombres) dentro de una clase más amplia (la clase de los mortales).

hecho en cuestión): El reenvío se considera «material» o «fijo» cuando el objeto de reenvío es (no otra fuente, sino) una *disposición*, vigente en ese mismo momento y determinada, de modo que el caso de que se trate será regulado por esa disposición (incluso si por casualidad tal disposición tuviera que ser derogada o sustituida por una disposición o norma distinta).

Existen, dicho de otro modo, dos tipos de subsunción, a los que podríamos llamar, respectivamente: subsunción «individual» (o en concreto) y subsunción «genérica» (o en abstracto)³¹.

(ii) De aquí se sigue una precisión. En el proceso de interpretación se realizan tanto subsunciones individuales como subsunciones genéricas.

Para poner un ejemplo sencillo³²: supongamos que hay una disposición normativa que prohíbe los «contratos sacrílegos» y supongamos que tenemos que juzgar el caso concreto de un contrato estipulado en domingo. Para subsumir (subsunción individual) el contrato en cuestión en la clase de los contratos sacrílegos, se hace necesario subsumir previamente (subsunción genérica) en la clase de los contratos sacrílegos la clase de los contratos estipulados en domingo.

Podemos decir así: mediante subsunción genérica (o en abstracto) se determina una relación semántica entre dos predicados (es decir, términos que denotan clases): por ejemplo, «Son sacrílegos los contratos estipulados en domingo». Mediante subsunción individual (o en concreto) se determina una relación semántica entre un predicado y una entidad individual: por ejemplo, «El contrato entre Ticio y Cayo es sacrílego».

Pues bien, la subsunción genérica es —por un lado— parte esencial de la interpretación «en abstracto» y —por otro lado— presupuesto necesario de la interpretación «en concreto».

5. INTERLUDIO SOBRE LAS DEFINICIONES

Antes de pasar a la tercera ambigüedad del vocablo «interpretación» es útil introducir alguna noción elemental en materia de definiciones.

Se llama «definición» —y, paradójicamente, diciendo esto estoy dando precisamente una definición— al enunciado mediante el cual se

determina el significado de un término o de una expresión compuesta (sintagma).

La forma estándar de una definición es un enunciado del tipo: «x significa y». Se llama *definiendum* a la expresión (vocablo o sintagma) definida («x»), *definiens* a la expresión usada para definirla («y»). Por ejemplo: «“Democracia” significa gobierno del pueblo», «Se llama “Estados de derecho” a los ordenamientos jurídicos del tipo tal y cual», etcétera³³.

Ahora bien, existen fundamentalmente dos tipos de definiciones: las definiciones informativas y las definiciones estipulativas.

(i) Las definiciones *informativas* describen de qué modo o de qué modos la expresión definida es efectivamente usada por alguien. Típico ejemplo, las definiciones lexicales (o lexicográficas) contenidas en los diccionarios de una lengua, las cuales describen de qué modo (o, más a menudo, de qué modos) una palabra es comúnmente usada por aquellas personas que hablan la lengua en cuestión.

(ii) Las definiciones *estipulativas*, al contrario

(a) establecen cómo usar un término o sintagma de nuevo cuño (estipulación pura) o

(b) proponen usar un término o sintagma preexistente de una manera nueva (otro tipo de estipulación pura), o, incluso,

(c) proponen usar un término o sintagma preexistente de una manera más precisa respecto del uso común (redefinición).³⁴

La relevancia de estas nociones, en el presente contexto, deriva del hecho de que «definir» e «interpretar» (textos o discursos) parecen ser dos nombres diversos para una misma actividad³⁵. Cuanto menos, se puede convenir que son dos especies de un mismo género. El género

³¹ Una teoría exhaustiva de la definición se encuentra en U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), nueva ed. Milano, 1985, cap. I e II. Ver también A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979.

³² No es raro que se introduzca en el discurso un nuevo sintagma, respecto del cual hay que, obviamente, determinar *ex novo* el significado, con una estipulación pura. Pero, excepto este caso, se puede decir que casi todas las definiciones estipulativas son, propiamente, redefiniciones. Es raro, de hecho, que se atribuya un significado enteramente nuevo a un vocablo o sintagma ya en uso, y es también raro que se introduzca en el discurso un vocablo nuevo.

³³ Cfr. R. Guastini, «Interpretive Statements», en E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, 1997.

³¹ La terminología «subsunción genérica» versus «subsunción individual» ha sido propuesta por C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 303 y ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistema normativo*, Torino, 1995, especialmente pp. 267 y s. La expresión «subsunción genérica» me parece muy desafortunada, pero no encuentro otra mejor.

³² R. Dworkin, «No Right Answer?», en P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977.

es la determinación del significado de expresiones en una lengua. La especie es el tipo de expresiones en una lengua a las que se hace referencia.

Se habla, de hecho, de definiciones en referencia a la atribución de significado a vocablos y/o sintagmas aislados; mientras que no se habla de definiciones en referencia a la atribución de significado a enunciados completos. Por el contrario, se habla de interpretación en referencia, indiferentemente, a la atribución de significado sea a vocablos y/o sintagmas aislados, o a enunciados completos. Otra diferencia entre definición e interpretación no se da³⁶.

Parece obvio, por lo tanto, que las distinciones que se aplican a las prácticas definitorias son aplicables (aunque no se use aplicarlas) también a las prácticas interpretativas. Es esto lo que nos aprestamos a hacer, introduciendo la tercera ambigüedad del término «interpretación»³⁷.

³⁶ Dicho sea de paso: las definiciones informativas pueden ser verdaderas o falsas (según que describan verdicadamente, o no, un uso lingüístico efectivo). Las definiciones estipulativas, por el contrario, no son ni verdaderas ni falsas. Es también importante comprender que las definiciones —precisamente como las interpretaciones— versan no sobre cosas, sino sobre palabras: no describen objetos, sino que modelan conceptos. La definición de «democracia», por tomar un ejemplo cualquiera, no transmite información sobre la forma de Estado democrática: se refiere exclusivamente al vocablo «democracia», determinando el significado (o, si se prefiere, el concepto).

³⁷ Hemos insistido en que definiciones e interpretaciones son actividades, si no idénticas, al menos afines, y en cualquier caso semejantes. Conviene además señalar que la interpretación de un enunciado completo no es reducible, por así decirlo, a una suma de definiciones, es decir, al conjunto de las interpretaciones de cada uno de los vocablos que lo componen, aisladamente considerados. «El significado (total) de una disposición no depende únicamente de los significados de cada una de las expresiones que lo componen, tal como aparecen registradas, por ejemplo, en los diccionarios de la pertinente lengua natural, que se trataría de sumar en una suerte de cómputo lingüístico; también depende, por el contrario, de otros factores» (P. Chiassoni, «Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004). El significado de un enunciado completo es una variable dependiente, al menos, de los siguientes factores: (a) el significado de cada uno de los vocablos y/o sintagmas; (b) la sintaxis del enunciado; (c) el contexto lingüístico (o co-texto); (d) el contexto extra-lingüístico. Con esto no se quiere decir que el intérprete (un «buen» intérprete) *deba* tomar en consideración todos y solo estos factores. Se quiere decir que de hecho, normalmente, todo intérprete toma en consideración al menos algunos de ellos.

6. TERCERA AMBIGÜEDAD: COGNICIÓN VS. DECISIÓN

Con el vocablo «interpretación» nos referimos a veces a un acto de conocimiento, otras veces a un acto de decisión, y otras a un acto de creación normativa³⁸. Debemos por lo tanto distinguir:

(i) La interpretación *cognitiva*, o interpretación-averiguación, que consiste en identificar, en un texto normativo, los distintos significados posibles (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, las diversas técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas existentes en la doctrina, etc.) sin escoger ninguno³⁹;

(ii) La interpretación *decisoria*, o interpretación-decisión, que consiste en escoger un significado determinado, descartando los restantes⁴⁰.

La interpretación cognitiva —«La disposición D puede ser interpretada en los sentidos S1, o S2, o S3»— consiste en enumerar los diversos significados que se pueden atribuir a un texto normativo según que se emplee uno u otro método interpretativo, según que se adopte una u otra tesis dogmática; o bien, desde otro punto de vista, en enu-

³⁸ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, cap. VIII; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VI.

³⁹ Escribe Kelsen: «The task of a scientific commentary is first of all to find, by critical analysis, the possible meanings of the legal norm undergoing interpretation; and then to show their consequences, leaving it to the competent legal authorities to choose from among the various possible interpretations the one which they, for political reasons, consider to be preferable, and which they alone are entitled to select. A scientific interpretation has to avoid giving countenance to the fiction that there is always but a single "correct" interpretation of the norms to be applied to concrete cases» (H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1950, p. XVI). Y también: «If "interpretation" is to be understood as discovering the meaning of the norms to be applied, its result can only be the discovery of the frame that the norm to be interpreted represents and, within this frame, the cognition of various possibilities for application» (H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, 1934, Oxford, 1992, p. 80). Por otra parte, observan con razón F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 171, que «pensar [...] que la actividad del jurista examina abstractamente todos los posibles significados de un texto es algo muy alejado de la realidad, porque olvida que los significados normativos hay que precisarlos constantemente desde el interior de una práctica social». Cfr. también, en el mismo libro, p. 323.

⁴⁰ Hace falta precisar que, cuando en la literatura especializada se habla de interpretación (sin ulteriores especificaciones), es precisamente a la interpretación decisoria —es más: a la interpretación judicial— a la que se hace referencia. Y en cualquier caso, con la loable excepción de Kelsen, la distinción elaborada en el texto (interpretación cognitiva, decisoria, creadora) es totalmente desconocida.

merar los distintos significados que previsiblemente serán atribuidos a un texto normativo⁴¹.

La interpretación decisoria presupone⁴², obviamente, la interpretación cognitiva. La interpretación cognitiva resalta, si podemos decir así, la indeterminación del ordenamiento, es decir, la equivocidad de los textos normativos; la interpretación decisoria la resuelve.

Por otra parte, se pueden distinguir ulteriormente dos tipos de interpretación decisoria:

(iia) a veces —interpretación decisoria estándar⁴³— la decisión interpretativa consiste en escoger un significado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva;

(iib) otras veces —interpretación creadora, o interpretación-creación— la decisión interpretativa consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo», no comprendido entre aquellos identificables en el ámbito de la interpretación cognitiva.

Supongamos que cierta disposición D es ambigua y puede por tanto entenderse que expresa la norma N1 o la norma N2. Pues bien:

(a) La interpretación cognitiva se expresará mediante el enunciado «D puede significar N1 o N2»;

(b) La interpretación decisoria estándar se expresará mediante el enunciado «D significa N1», o bien mediante el enunciado «D significa N2»;

⁴¹ La interpretación cognitiva podría tal vez ser representada como la unión de una pluralidad de enunciados condicionales del tipo: «Si se adopta el método interpretativo M1 y/o la tesis dogmática T1, entonces D significa S1», «Si se adopta el método interpretativo M2 y/o la tesis dogmática T2, entonces D significa S2», etc. El consecuente de estos enunciados (por ejemplo, «D significa S1») debe entenderse como una proposición descriptiva de una interpretación decisoria posible; S1 es el significado que tal interpretación decisoria adscribiría a la disposición D, es decir, la norma que de ella se desprendería. En el antecedente del mismo enunciado condicional («Si se adopta el método interpretativo M1 y/o la tesis dogmática T1, entonces...») se describen los argumentos que, de ser aducidos, podrán justificar el significado (S1) escogido. Hay que decir que, en sentido estricto, prever las diversas interpretaciones que un determinado texto normativo probablemente recibirá, en la jurisprudencia y/o en la doctrina, no es ya «interpretar», sino más bien prever interpretaciones de otros; no se trata, en definitiva, de un discurso propiamente interpretativo, sino más bien de un discurso conjetural o predictivo sobre la interpretación.

⁴² Desde el punto de vista lógico, no psicológico.

⁴³ De ahora en adelante la llamaré «interpretación decisoria» sin ulteriores especificaciones.

(c) La interpretación creadora se expresará mediante un enunciado del tipo «D significa N3» (no escapará al lector que, en la hipótesis, la norma N3 no figura entre los significados posibles de la disposición D, tal como han sido identificados en el ámbito de la interpretación cognitiva).

Tómese este simple ejemplo. El art. 40 de la Constitución italiana vigente dice: «El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan». Supongamos ahora que, de hecho, ninguna ley regule el ejercicio de tal derecho (así era hasta hace no muchos años⁴⁴). Pues bien, la interpretación cognitiva de esta disposición constitucional podría asumir la siguiente forma. Al art. 40 de la Constitución se le pueden atribuir tres significados distintos⁴⁵: (a) el derecho de huelga no puede ser ejercido en absoluto hasta que alguna ley regule su ejercicio; (b) en ausencia de cualquier regulación legislativa, el derecho de huelga puede ser ejercido sin límites; (c) incluso en ausencia de leyes que regulen la materia, el derecho de huelga puede ser ejercido, no sin embargo sin límites, sino dentro de los límites derivados de su ponderación con otros derechos y valores constitucionales. La interpretación decisoria de la misma disposición, por su parte, consistirá en escoger uno u otro de estos tres significados en competencia.

El siguiente me parece un buen ejemplo de interpretación creadora. El art. 72 de la Constitución italiana (apartado 4) requiere un determinado procedimiento de aprobación para las leyes «en materia constitucional». Inútil decir que «materia constitucional» es un concepto vago (*open textured*, como se suele decir⁴⁶), que deja un vasto margen de discrecionalidad interpretativa⁴⁷. El concepto de ley «en materia constitucional», sin embargo, no es ambiguo: en el lenguaje jurídico común este concepto denota unívocamente leyes *ordinarias* (no constitucionales) sobre materias de relevancia constitucional (ejemplo paradigmático: la materia electoral). A pesar de esto, según la opinión del Tribunal Constitucional italiano, por ley «en materia constitucional» debe entenderse: leyes formalmente constitucionales según lo establecido por el art. 138 de la Constitución italiana (es decir, la disposición que regula la revisión constitucional). Este significado de la expresión queda ma-

⁴⁴ Ley italiana n. 146/1990, posteriormente modificada por la Ley italiana n. 83/2000.

⁴⁵ Y tal vez otros que en este momento no se me ocurren.

⁴⁶ Volveré sobre este punto en el próximo capítulo.

⁴⁷ Por ejemplo ¿la materia «ejercicio del derecho de huelga» es, o no, materia constitucional? Muy pocos lo sostendrían, probablemente. Pero, dado que el derecho de huelga está previsto en la constitución, se podría perfectamente argumentar que sí; también el ejercicio del derecho de huelga es «materia constitucional».

nifiestamente fuera de los significados —de hecho: del único significado en el presente caso— identificables en el ámbito de la interpretación cognitiva⁴⁸.

La interpretación cognitiva es enteramente análoga a la definición informativa (reconocimiento de los usos lingüísticos efectivos). La interpretación decisoria es análoga a la redefinición (selección de un significado determinado del ámbito de los usos efectivos). La interpretación creadora es análoga a la estipulación pura (introducción de un significado nuevo, inusual)⁴⁹.

La interpretación cognitiva es una operación puramente científica, que carece de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creadora son operaciones «políticas» (en sentido amplio)⁵⁰, que pueden ser realizadas tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación. La única diferencia importante es que solo la interpretación decisoria y/o creadora realizada por un órgano de aplicación es «auténtica», en sentido kelseniano, es decir, provista de consecuencias jurídicas, al menos *inter partes* (de las cuales carece en cambio la interpretación ofrecida por los juristas)⁵¹.

Hay que subrayar, sin embargo, que la interpretación creadora, tal como ha sido definida aquí, es un fenómeno bastante raro. En la mayor parte de los casos, lo que intuitivamente se presenta como una interpretación «creadora» consiste en obtener del texto normas no formuladas (llamadas «implícitas») con medios pseudo-lógicos, es decir, mediante razonamientos no deductivos y, por tanto, discutibles (por ejemplo, mediante el argumento analógico, el argumento *a contrario*, etc.). Tal operación no es, en sentido estricto, un acto de «interpretación»: se trata de un verdadero acto nomopoiético, es decir, de creación normativa, cuyo nombre apropiado es (tal vez) «construcción jurídica». Todo esto nos conduce a la cuarta ambigüedad del vocablo «interpretación».

7. CUARTA AMBIGÜEDAD: INTERPRETACIÓN (EN SENTIDO ESTRICTO) VS. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Con el vocablo «interpretación» nos referimos a veces a la atribución de significado a un texto (interpretación propiamente dicha), otras veces a eso que, a falta de una terminología mejor y haciéndonos eco de Jhering, llamaremos «construcción jurídica»⁵².

La actividad de construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones características de la doctrina (principalmente de la doctrina pero, claro está, también de la jurisprudencia), de las que sería difícil realizar un elenco completo. Se pueden mencionar a modo de ejemplos característicos:

- (a) la creación de lagunas axiológicas;
- (b) la elaboración de normas no expresadas o «latentes»⁵³ («reglas» o «principios», según los casos) que se pretenden implícitas,
 - (b1) para colmar tales lagunas o
 - (b2) para concretar principios;
- (c) la creación de jerarquías axiológicas entre normas;
- (d) la ponderación entre principios en conflicto;
- (e) la solución de (ciertas) antinomias⁵⁴.

De todo esto hablaremos extensamente a su debido tiempo.

Entre estas múltiples operaciones, la elaboración de normas no expresadas reviste un papel especial. En la mayor parte de los casos, eso que hemos llamado interpretación creadora consiste precisamente en esto: en construir —a partir de normas «explícitas», expresamente formuladas por las autoridades normativas— normas «no expresadas» («implícitas», pero en un sentido muy amplio, no lógico, de esta palabra⁵⁵): normas, en definitiva, que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

⁴⁸ Tribunal Constitucional italiano 168/1963.

⁴⁹ Cfr. R. Guastini, «Interpretive Statements», cit.

⁵⁰ De política del derecho, se entiende.

⁵¹ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII.

⁵² Cfr. G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965.

⁵³ G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, cit., p. 19.

⁵⁴ Este elenco de operaciones «constructivas» no incluye las definiciones: estas, de hecho, aunque son un ingrediente fundamental de cualquier operación dogmática, pertenecen, después de todo, al dominio de la interpretación en sentido estricto. Recuérdese lo que hemos dicho antes acerca de las relaciones entre interpretar y definir.

⁵⁵ Una norma puede estar implícita en sentido estricto o lógico en otras normas explícitas solo cuando se pueda desprender de estas (a) con un razonamiento deductivo y (b) sin el agregado de ulteriores premisas (es decir, un razonamiento lógicamente válido, cuyas únicas premisas sean normas explícitas).

Consideramos «explícita» toda norma que pueda ser imputada a un preciso enunciado normativo como uno de sus significados. Consideramos «no expresada» toda norma de la que *no* se pueda decir razonablemente que constituye uno de los significados de un enunciado normativo determinado.

8. ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS

La interpretación, en cuanto actividad, constituye una actividad mental, un fenómeno —mejor dicho, un proceso— psicológico⁵⁶. Sin

⁵⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 39; J. Wróblewski, «Théorie et idéologie de l'interprétation», en *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972, p. 55. No es sorprendente, por lo tanto, encontrar en la literatura conjeturas en torno al desarrollo del proceso psicológico en cuestión (P. Comanducci, «L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale», en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 7). Tales conjeturas —cada una de las cuales es probablemente fruto de autoanálisis— se presentan como conjeturas empíricas, puesto que tienen por objeto hechos, aunque sean hechos de una clase particular (eventos psíquicos), pero son, obviamente, no susceptibles de control empírico, en ausencia de adecuados instrumentos de investigación sobre la psiquis de los intérpretes en general (y de los jueces en particular, ya que las conjeturas en cuestión se refieren esencialmente, aunque no exclusivamente, a las interpretaciones judiciales). La más conocida, y hoy en día la más afortunada, conjetura psicológica sobre el proceso interpretativo es probablemente la que se conoce con el nombre de «teoría hermenéutica de la interpretación». Ver por ejemplo J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, 1983; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, pp. 47 y ss.; G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985; R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 1999; R. Alexy, «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996. Otra conjetura psicológica sobre el proceso interpretativo, que merece la pena ser mencionada, es la que se inscribe en la teoría de los «juegos interpretativos», entendiendo por «juego» una actividad (individual o social) desarrollada de conformidad con un cierto conjunto de reglas. Un juego interpretativo, en particular, es una actividad que consiste en adscribir significado a un fragmento de discurso. Se entiende que los juegos interpretativos son también juegos lingüísticos: juegos, es decir, que se llevan a cabo mediante el lenguaje. Ver al respecto los siguientes trabajos de P. Chiassoni: «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, pp. 149 y ss.; «Varieties of Judges-Interpreters», en L. Gianformaggio, S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995; «Interpretive Games. Statutory Construction through Gricean Eyes», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2000, p. 86.

embargo, en cuanto actividad mental, no es susceptible de análisis, puesto que no se ve cómo pueda ser posible penetrar en la mente de los intérpretes.

Convience por lo tanto considerar la interpretación no como actividad mental, sino como actividad discursiva o, dicho de otra manera, someter a análisis no ya la interpretación en cuanto tal (la interpretación en cuanto actividad), sino más bien su producto «literario», es decir, el discurso de los intérpretes⁵⁷. Pues bien, como producto de la actividad interpretativa pueden considerarse:

- (a) los enunciados interpretativos, es decir, los enunciados mediante los cuales se atribuye significado a un texto normativo, o bien
- (b) el significado adscrito al texto mediante tales enunciados.

Sobre los distintos tipos de significado volveremos en otro capítulo. Es preciso que digamos aquí algo más sobre los enunciados interpretativos.

Naturalmente, pueden darse tantos tipos de enunciados interpretativos como el número existente de diversas prácticas interpretativas recogidas en este capítulo: por un lado, interpretación en abstracto e interpretación en concreto; por otro lado, interpretación cognitiva, decisoria y creadora⁵⁸.

(1) La interpretación en concreto se expresa mediante enunciados *subsuntivos* o de subsunción: enunciados, es decir, que incluyen una entidad individual (por ejemplo, un hecho, un evento, un sujeto) dentro de una clase (de hechos, de eventos, de sujetos)⁵⁹.

Se puede entender que la forma estándar de un enunciado subsuntivo es grosso modo la siguiente: «El caso F entra (o no entra) en el campo de aplicación de la norma N»⁶⁰.

⁵⁷ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 39 y s.

⁵⁸ La construcción jurídica, en la medida en que es distinta de la interpretación creadora, requiere un discurso propio. Volveremos sobre este punto a su debido tiempo, a lo largo de toda la parte segunda de este volumen.

⁵⁹ Ver también G. Lazzaro, «Sussunzione», cit. Para simplificar el análisis hago abstracción de la subsunción «genérica». Según N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 95, los enunciados subsuntivos no son otra cosa que enunciados interpretativos disfrazados o indirectamente formulados. Ver también N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, 2005, *passim*. Sin embargo, para una opinión distinta cfr. R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

⁶⁰ Esta es la forma lógica latente de los enunciados que califican un caso concreto, del tipo «El evento x constituye homicidio», etc.

Se entiende que los enunciados subsuntivos pueden tener naturaleza cognitiva, decisoria o creadora. Si son cognitivos, pertenecen al discurso en función descriptiva (o cognoscitiva), y por lo tanto pueden ser verdaderos o falsos. Si son decisorios o creadores pertenecen al discurso en función adscriptiva y por lo tanto no tienen valor de verdad (es decir, que no puede decirse que sean verdaderos ni falsos).

(2) En cuanto a la interpretación en abstracto, conviene ir a los detalles distinguiendo diversos tipos de enunciados interpretativos según que sean el fruto de interpretación cognitiva, decisoria o creadora⁶¹.

(i) La interpretación cognitiva, como ya hemos dicho, se expresa mediante enunciados que recogen los distintos posibles significados de un texto. Esta, por tanto, asumirá (grosso modo) la forma: «T puede significar S1, o S2, o S3, ...».

Los enunciados de este tipo pertenecen al discurso en función descriptiva o cognoscitiva. Por lo tanto pueden ser verdaderos o falsos.

⁶¹ Tal vez resulte oportuno aclarar, para evitar malentendidos, que los enunciados interpretativos de la forma «T significa S» son doblemente ambiguos. Son ambiguos desde el punto de vista pragmático, ya que pueden ser usados para realizar actos lingüísticos distintos. En consecuencia, son también ambiguos desde el punto de vista semántico, porque tienen o no tienen referencia semántica según cuál sea el acto lingüístico realizado. La ambigüedad de tales enunciados se puede mostrar (y, al mismo tiempo, resolver) reduciéndolos a la forma performativa explícita, es decir, reformulándolos en enunciados que mencionan expresamente el tipo de acto lingüístico que con ellos se está cumpliendo (cfr. J.L. Austin, «Performatif-Constatif», en *La philosophie analytique*, Cahiers de Royaumont, Philosophie n.º IV, Paris, 1962; J.L. Austin, «Performative Utterances», en J.L. Austin, *Philosophical Papers*, II ed., Oxford, 1970). En una primera interpretación, (E) «T significa S» es pragmáticamente equivalente a (E1) «Yo adscribo a T el significado S». En una segunda interpretación, (E) «T significa S» es pragmáticamente equivalente a (E2) «Yo constato que a T se le ha adscrito el significado S». Pues bien, E1 es el enunciado idóneo para ejecutar ese peculiar acto de lenguaje (no reducible a otros, aunque sea completamente análogo a un tipo de definición estipulativa) que es el acto lingüístico de *adscripción de significado*. Se trata de un acto de interpretación decisoria o interpretación por antonomasia. E1, como cualquier otro enunciado mediante el cual se realiza un acto lingüístico distinto de constatar (o describir), carece de referencia semántica, y no puede tener valor de verdad. E1, podemos decir, es un enunciado interpretativo en sentido propio o estricto. Por el contrario, E2 es un enunciado idóneo para cumplir un acto lingüístico «constatativo» (es decir, de constatación). Este, por tanto, describe (constata) un estado de cosas (el hecho de que a T se le haya adscrito el significado S) que constituye su referencia semántica. Por lo tanto, E2 puede ser verdadero o falso. E2, evidentemente, no es un enunciado interpretativo propiamente dicho: es más bien un enunciado metalingüístico, que versa sobre interpretaciones (sobre actos lingüísticos de adscripción de significado) ajenas.

Nótese, por otra parte, que la interpretación cognitiva es tendencialmente ciega frente a las posibles interpretaciones creadoras (difícilmente puede hacer conjeturas sobre ellas o preverlas). Y, por otra parte, una eventual interpretación creadora —que atribuya al texto T un significado distinto y ulterior respecto a aquellos considerados posibles *ex ante* por la interpretación cognitiva— tiene el efecto de ampliar, para el futuro, el grupo de los significados identificables en el ámbito de la interpretación cognitiva. En el sentido que, a partir de ese momento, una «buena» interpretación cognitiva deberá incluir entre los significados (es decir, entre las interpretaciones) posibles, también este nuevo significado.

(ii) Las interpretaciones decisoria y creadora se expresan mediante enunciados —que pueden llamarse *enunciados interpretativos en sentido estricto*— que adscriben a un texto un significado determinado: ese y no otros. La forma estándar de tales enunciados será entonces «T significa S».⁶²

La única diferencia entre interpretación decisoria e interpretación creadora está no en la forma lógica de los enunciados a través de los cuales la una y la otra se expresan, sino en lo siguiente: que el significado adscrito al texto en un caso (interpretación decisoria estándar) se ubica entre aquellos identificados o identificables mediante interpretación cognitiva, en el otro caso (interpretación creadora) no.

Los enunciados a través de los cuales se expresan la interpretación decisoria y la interpretación creadora pertenecen *no* al discurso en función descriptiva, sino al discurso en función adscriptiva. Por lo tanto carecen de valor de verdad (no puede decirse que sean ni verdaderos ni falsos).

⁶² La distinción entre enunciados cognitivos y enunciados decisorios no puede ser captada usando el usual par oposicional descriptivo *versus* prescriptivo (los dos términos de la oposición son mutuamente excluyentes pero no conjuntamente exhaustivos). El abanico conceptual adecuado para captar la distinción es más bien la oposición que se encuentra en algunos escritos de J.L. Austin: «constatativo» *versus* «performativo» (ver los escritos de J.L. Austin cit. en una nota anterior). En verdad, al menos uno de los términos del par (el performativo) es conceptualmente defectuoso y bastante discutible (el mismo Austin lo critica en su último trabajo: J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962; ver también J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969). Sin embargo, me parece que, en el caso específico, la distinción de Austin puede resultar iluminadora. Los enunciados propios de la interpretación cognitiva realizan un (común) acto lingüístico «constatativo». Los enunciados propios de la interpretación decisoria realizan un acto lingüístico distinto y no reducible a otros: precisamente, el acto lingüístico de interpretación decisoria (del todo análogo a la redefinición, como hemos visto), que es además la interpretación por antonomasia.

III

LA DOBLE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

El derecho, hemos dicho, es doblemente indeterminado. Intentemos aclarar este punto.

La indeterminación concierne: por un lado, al ordenamiento jurídico en cuanto tal; por otro lado, a cada uno de sus componentes, es decir, a cada norma.¹

1. LA EQUIVOCIDAD DE LOS TEXTOS NORMATIVOS

El ordenamiento jurídico es indeterminado en el sentido que es objeto de duda qué normas «existen», qué normas pertenecen al mismo o están vigentes dentro del mismo. Y esto depende de la equivocidad de los textos normativos, es decir, del hecho de que cada texto normativo admita una pluralidad de interpretaciones y esté por esto sujeto a (posibles) controversias interpretativas².

Ofrecer un catálogo completo de los distintos tipos de equivocidad no parece posible. Sin embargo, algunos ejemplos característicos de equivocidad —y de las controversias interpretativas correspondientes— pueden aclarar la cuestión³.

¹ M.C. Redondo, «Teorías del derecho e indeterminación normativa», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 20, 1997, pp. 177 y ss.

² Ver el análisis pionero (que aquí no reproduzco) de G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 117-146. La equivocidad, de la que aquí se habla, incluye la ambigüedad, pero —como surgirá de los ejemplos— no se reduce a esta. Sobre la ambigüedad se pueden ver, por ejemplo: J. Evans, *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Auckland, 1988, cap. IV; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, cap. IV; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 105 y ss.

³ Para no sobrecargar el discurso, omito aquí cualquier referencia a los problemas, también más complicados, que pueden nacer de la sucesión de normas en el tiempo, de

(i) *Ambigüedad*. A veces, un texto normativo es ambiguo: nos preguntamos si el mismo expresa la norma N1 o en cambio la norma N2.

Por ejemplo. El artículo 32, apartado 1, de la Constitución española dispone: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». ¿Debemos entender que todo hombre y toda mujer tienen el derecho de contraer matrimonio el uno con la otra, o en cambio que todo hombre y toda mujer tiene derecho a contraer matrimonio con cualquiera (es decir, también con personas del mismo sexo)?⁴

El art. 31, ley italiana 352/1979, establece que «no puede ser depositada solicitud de referéndum [para la derogación de una ley, según lo dispuesto por el art. 75 Constitución Italiana] durante el año anterior a la finalización del mandato de una de las dos Cámaras [...]». Ahora bien, la ambigüedad depende del vocablo «año», el cual puede denotar el período que transcurre entre el 1 de enero y el 31 de diciembre (en francés: *année*), pero puede también denotar genéricamente un período de 365 días (en francés: *an*). ¿Debemos por tanto entender que la solicitud de referéndum no puede ser depositada en el año solar anterior al término del mandato de una de las Cámaras, o debemos entender que no puede ser depositada en los 365 días anteriores a dicho término?⁵

El art. 59, apartado 2, Constitución Italiana, dispone que «El Presidente de la República puede nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos». ¿«Presidente» en qué sentido? ¿Debemos entender que el órgano Presidente puede nombrar cinco senadores vitalicios (de manera que los senadores vitalicios de nombramiento presidencial no podrán nunca ser más de cinco), o en cambio que cada titular del órgano —cada persona que revista el cargo de Presidente— puede nombrar

los conflictos entre normas, de las lagunas, etc.; problemas cuya solución, por lo demás, pertenece más bien al ámbito de la «construcción jurídica» (a la que se ha hecho referencia en el capítulo anterior y sobre la que volveremos en la parte segunda de este volumen) que al de la interpretación en sentido estricto.

⁴ Se trata de una ambigüedad sintáctica enteramente análoga a la que se encuentra mencionada, se podría afirmar, en todos los manuales de lógica elemental: «Piero y María están casados». ¿En qué sentido? ¿En el sentido que Piero está casado con María, o en el sentido que cada uno de ellos está casado con una tercera persona?

⁵ No se puede excluir, por otra parte, que las dos normas alternativas se superpongan parcialmente, toda vez que ambas vinculan con un cierto caso concreto la misma consecuencia jurídica. Por ejemplo, cualquiera sea la interpretación escogida de la disposición indicada en el texto (art. 31, ley italiana 352/1979), si una de las Cámaras termina su mandato, supongamos, el 30 de abril de 2013, la solicitud de referéndum seguramente no puede ser presentada el 30 de mayo de 2012.

cinco senadores vitalicios (de modo que los senadores vitalicios de nombramiento presidencial podrán, compatiblemente con su longevidad, multiplicarse indefinidamente)?

El art. 89, apartado 1, Constitución Italiana, dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no está refrendado por los ministros proponentes»: ¿debemos entender que para todo acto presidencial tiene que haber un ministro proponente y que, por tanto, todo acto presidencial debe ser precedido de una propuesta ministerial (de modo que quede excluido que el Presidente pueda hacer algo por propia iniciativa, en ausencia de propuesta ministerial) o, en cambio, que la constitución no excluye todo acto de iniciativa presidencial, sino que simplemente calla al respecto, que no regula en modo alguno los actos en cuestión (limitándose a regular los actos adoptados precisamente a partir de una propuesta ministerial)?

El art. 40 de la Constitución Italiana dispone que «El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan». ¿Debemos entender que, a falta de leyes regulatorias del derecho de huelga, tal derecho se ejerce sin límites o, en cambio, que no se ejerce en absoluto hasta tanto tales leyes sean promulgadas?

Innumerables disposiciones constitucionales reenvían a la «ley»: ¿debemos entender que el reenvío se refiere solo a las leyes del Estado o también a las leyes regionales? ¿solo a la ley «formal» (que es un acto del Parlamento) o también a los actos con fuerza de ley (que son actos de Gobierno)?

(ii) *Complejidad*. A veces se acuerda que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si dicha disposición expresa también la norma N2.

Por ejemplo: el art. 38, ley italiana 352/1970, dispone que «en caso que el resultado del referéndum sea contrario a la derogación [...] no puede solicitarse un referéndum para la derogación de la misma ley». Ahora bien, el resultado del referéndum puede ser «contrario a la derogación» —o, mejor dicho, no surtir efecto derogatorio— por dos razones o en dos circunstancias distintas: no solo cuando la mayoría de los votantes vote «no» (como es obvio), sino también cuando la mayoría de los que tienen derecho a hacerlo no vote en absoluto (art. 75, apartado 4, Constitución italiana). Pues bien, no cabe duda de que, de la disposición mencionada, está excluida la solicitud de un referéndum cuando la precedente demanda de referéndum haya sido rechazada por la mayoría de los votos válidos. Pero cabe la duda de si esta misma disposición impida una nueva solicitud incluso cuando el referéndum

precedente haya tenido un resultado negativo por el hecho que no haya participado en la votación la mayoría de los que tienen derecho a hacerlo.

El art. 90, apartado 1, Constitución italiana, establece que «El Presidente de la República no es responsable de los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones». No cabe duda de que la inmunidad valga para los actos «oficiales», refrendados por un ministro en el sentido del art. 89, apartado 1, Constitución italiana. Pero es dudoso si el Jefe de Estado no es responsable tampoco por actos y conductas no oficiales (por ejemplo, sus discursos públicos) caracterizados por un nexo funcional con su cargo.

(iii) *Implicación*. A veces, se acuerda que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si N1 implica, o no, la norma N2.

El art. 94, apartados 2 y 5, Constitución italiana, prevé que una de las Cámaras puede votar la desconfianza al Gobierno. ¿Tal norma implica, o no, que una de las Cámaras pueda votar la desconfianza también respecto de un solo ministro?⁶

La facultad del Jefe de Estado de reenviar una ley a las Cámaras pidiendo una nueva deliberación (art. 74, apartado 1, Constitución italiana) ¿implica, o no, la facultad de reenviar (solo) parte de una ley (es decir, no la ley en toda su extensión)?

O incluso: ¿la atribución al Jefe de Estado del poder de gracia (art. 87, penúltimo apartado) implica, o no, que el refrendo ministerial (requerido por el art. 89, apartado 1) sea obligatorio?⁷

(iv) *Derrotabilidad*. A veces estamos de acuerdo en que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si tal norma es «derrotable» (*defeasible*), es decir, sujeta a excepciones implícitas no especificadas⁸.

⁶ Ver al respecto Tribunal Constitucional italiano 7/1996, que responde afirmativamente a la pregunta.

⁷ Ver al respecto Tribunal Constitucional italiano 200/2006, que responde afirmativamente a la pregunta.

⁸ Sobre el concepto de «derrotabilidad» en el derecho el texto fundamental es: C.E. Alchourrón, «On Law and Logic», en *Ratio Juris*, 9, 1996. Sin embargo, ver también, C.E. Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, 2010. Ulterior literatura en R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009, cap. VI; R. Guastini, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», en *Análisis filosófico*, XXVI, n. 2, 2006 («Homenaje a Carlos E. Alchourrón», II), pp. 277 y ss. (además en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008, pp. 143 y ss.). Supongamos, por ejemplo, que

Por ejemplo: el Presidente de la República puede oponerse con el veto (suspensivo) a las leyes (art. 74, apartado 1, Constitución italiana) ¿pero puede oponerse también a las leyes de revisión constitucional (a las que se refiere el art. 138)?

El Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de constitucionalidad sobre los actos de Gobierno: ¿sobre todos? ¿o solo sobre aquellos que carezcan de fuerza de ley?⁹

Y aún más: ¿la norma que prohíbe el ingreso de vehículos en un parque —por poner un ejemplo clásico— es o no aplicable a las ambulancias?

(v) *Taxativo/ejemplificativo*. A veces estamos de acuerdo en que cierta disposición con la estructura «Si A, o B, o C, entonces Z» expresa una norma aplicable a todos los casos expresamente enumerados (A, B, C); nos preguntamos, sin embargo, si la enumeración tiene carácter taxativo y exhaustivo, o si tiene en cambio carácter ejemplificativo. En un caso, se excluye que la consecuencia Z esté conectada también a casos distintos de los enumerados; en el otro caso, no se excluye que también casos ulteriores respecto de aquellos mencionados tengan la misma consecuencia jurídica¹⁰.

Por ejemplo, el art. 75, apartado 2, Constitución italiana, establece que no se admite el referéndum derogatorio para las leyes tributarias, de presupuesto, de amnistía e indulto y de autorización para ratificar tratados internacionales. Pues bien: ¿debemos considerar que el referéndum está proscrito *solo* para las leyes mencionadas o *también* para las leyes sobre tales cuestiones? En un caso, se tendrá que considerar admisible un referéndum, supongamos, sobre una ley en materia eco-

una norma disponga «Si A, entonces Z». Una norma así —nótese bien— implica lógicamente (por la ley lógica de refuerzo del antecedente) «Si A y B, entonces Z», «Si A y C, entonces Z», «Si A y D, entonces Z», etc., desde el momento que A es condición *suficiente* del consecuente Z, de modo que el hecho que la circunstancia A se presente en concomitancia con cualquier otra circunstancia (B, C, D, etc.) es irrelevante a los fines de la aplicación de la consecuencia Z. Pues bien, si la norma es tratada como no derrotable, de modo que no admita excepciones, la consecuencia jurídica Z se produce, precisamente, no solo cuando la circunstancia A acuda sola, sino también cuando se verifique en concomitancia con cualquier otra circunstancia (B, C, D, etc., de modo que «Si A y B, entonces Z», «Si A y C, entonces Z», y así sucesivamente). Por el contrario, si la norma es tratada como derrotable, sujeta a excepciones implícitas no especificadas, la consecuencia A no se produce cuando la circunstancia A acuda junto a cualquier otra circunstancia (B, supongamos) que parezca al intérprete axiológicamente incompatible con la consecuencia Z (de modo que «Si A y B, entonces no Z»).

⁹ Para la crónica: no, según el Tribunal Constitucional italiano 406/1989.

¹⁰ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 129 y ss.

nómica y/o sobre una ley que contenga la orden de ejecución de un tratado; en el otro caso, no¹¹.

La interpretación «en abstracto» responde a preguntas de este tipo, y de este modo reduce la indeterminación del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la equívocidad de los textos normativos exige distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos formulados en las fuentes del derecho — las «disposiciones», como se suele decir — y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no existe una correspondencia biunívoca. Sobre esto volveremos en el próximo capítulo.

2. UN PROBLEMA MUY EXTENDIDO

Existe, por otra parte, un problema de interpretación en abstracto, que merece ser tratado por separado a causa de su extendida presencia: compromete, de hecho, a la casi totalidad de los textos normativos.

Puede suceder (pero muy raramente) que una disposición normativa contenga en el antecedente el adverbio «solo»: «Solo si F, entonces G». En estos supuestos, el caso F es condición no solo suficiente, sino también necesaria de la consecuencia jurídica G¹². En estos supuestos, se verifica correspondencia biunívoca entre casos y consecuencias, en el sentido que no se da ese caso sin esa consecuencia, pero tampoco esa consecuencia sin ese caso. Se sigue lógicamente — se trata de una

¹¹ Es de hacer notar que el Tribunal Constitucional italiano (a partir de la sentencia 16/1978 y, después, en la copiosa jurisprudencia sucesiva) ha considerado meramente ejemplificativo el elenco del art. 75, apartado 2, ampliando desmesuradamente la variedad de referendums inadmisibles. En general, más allá del caso ya examinado en el texto (dudas en torno al carácter taxativo o ejemplificativo de un elenco), cada disposición que contiene un elenco en el antecedente puede dar lugar a una controversia interpretativa del tipo siguiente (cfr. G. Tarullo, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 129 y ss.): dada una disposición que presente la estructura «Si A, B y C, entonces Z», puede ser dudoso si A, B y C son elementos constitutivos de un único supuesto de hecho, en cuyo caso la disposición expresaría una única norma, o si en cambio se trata de tres supuestos de hecho distintos, en cuyo caso la disposición expresaría conjuntamente tres normas («Si A, entonces Z»; «Si B, entonces Z»; «Si C, entonces Z»). Por otra parte, dada cualquier disposición con estructura condicional («Si F, entonces G»), puede ser dudoso si la prótasis estatuye una condición solo suficiente o en cambio necesaria y suficiente: volveremos sobre este punto inmediatamente, en el próximo apartado.

¹² Técnicamente, un enunciado así es un bi-condicional: el antecedente implica el consecuente y el consecuente a su vez implica el antecedente («Si F, entonces G» y «Si G, entonces F»); esta última fórmula implica por *modus tollens* «Si no F, entonces no G»).

inferencia deductiva inapelable — que a la clase de casos complementaria de aquella regulada (es decir, la clase no-F) se aplica la consecuencia jurídica opuesta no-G: «Si no-F, entonces no-G»¹³.

¿Pero para toda disposición normativa que tenga la forma «Si F, entonces G» — de manera que la clase de casos F parecería (al pie de la letra) condición solo suficiente, no necesaria, de la consecuencia G — qué debemos pensar de la clase de casos complementaria (no-F)¹⁴? Se abren aquí dos posibilidades interpretativas y cada una de ellas se vale de una variante del argumento *a contrario*¹⁵:

(i) En primer lugar, se puede interpretar la disposición al pie de la letra: la disposición *no dice nada* sobre el caso no-F, el cual resulta por lo tanto simplemente carente de cualquier regulación: la disposición se aplica «solo» al caso F en el sentido que *calla* sobre el caso complementario.

(ii) En segundo lugar se puede interpretar la disposición como si *tácitamente* incluyese la cláusula «solo», y por lo tanto implicase lógicamente la norma «Si no-F, entonces no-G»: la disposición se aplica «solo» al caso F en el sentido que el caso complementario tiene la consecuencia jurídica opuesta. De este modo, a partir de la norma expresa «Si F, entonces G», se construye la norma no expresa «Si no-F, entonces no-G».

Un ejemplo:

El art. 48, apartado 2, Constitución italiana, dispone: «Son electores todos los ciudadanos». ¿Qué pasa con los extranjeros y con los apátridas? Se puede sostener que la constitución nada dispone al respecto y que por lo tanto contiene una laguna, o que, al contrario, la constitución positivamente, aunque tácitamente, excluye a los no ciudadanos del derecho de voto. En un caso, una ley ordinaria podría legítimamente extender el derecho de voto a los extranjeros y/o a los

¹³ Dada una clase C de entes cualesquiera, la clase complementaria de la misma es aquella que incluye todos los entes que no pertenecen a C. Ver sobre este punto P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 222 ss.

¹⁴ Dos clases de casos son entre sí complementarias cuando su conjunción agota el entero universo de casos.

¹⁵ Cfr. G. Carcaterra, «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994. Más en general: dada una disposición cualesquiera con estructura condicional («Si F, entonces G»), es dudoso si el antecedente estatuye una condición solo suficiente o en cambio necesaria y suficiente. Cfr. J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, pp. 16 y s., en nota.

apátridas; en el otro caso, la ley ordinaria que así lo hiciese sería inconstitucional.

Dispone el art. 32, apartado 1, Constitución italiana: «La República [...] garantiza cuidados gratuitos a los indigentes». ¿Qué pasa con los acaudalados y los pudientes? Se puede sostener que la constitución nada dispone al respecto y que por lo tanto contiene una laguna (de modo que para la República ni esté prohibido ni sea obligatorio garantizar cuidados gratuitos también a los no-indigentes), o que al contrario la constitución tácitamente (pero positivamente) excluye a los no-indigentes de los cuidados gratuitos (de modo que sería inconstitucional una ley que garantizase cuidados gratuitos también a los no-indigentes).

El art. 52, apartado 2, Constitución italiana, impone a los ciudadanos la obligación de prestar servicio militar. ¿Quid con los no ciudadanos? ¿Debemos entender que la constitución nada dice sobre los no ciudadanos (de modo que la ley ordinaria bien podría extender también a ellos la obligación de prestar servicio militar) o al contrario debemos entender que implícitamente la constitución exime a los no ciudadanos de la obligación en cuestión (de modo que sería inconstitucional una ley que pretendiese exigir también a los no ciudadanos la obligación de prestar servicio militar)¹⁶?

3. LAS FUENTES DE LA EQUIVOCIDAD

Hay que subrayar que la equivocidad de los textos normativos no depende solamente de ciertos defectos «objetivos» de su formulación (intrínseca oscuridad, ambigüedad semántica y sintáctica, etc.), sino también —es más: sobre todo— de otras cosas, como:

- (a) Intereses en conflicto,
- (b) distintos sentimientos de justicia¹⁷,
- (c) multiplicidad de métodos interpretativos,

¹⁶ La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Constitucional italiano y (sorprendentemente) resuelta como sigue: «El alcance normativo de la disposición constitucional consiste [...] en establecer en positivo, no ya de circunscribir en negativo, los límites subjetivos del deber constitucional. En síntesis: el silencio de la norma constitucional no comporta prohibición [para el legislador de exigir el servicio militar también a extranjeros]. Es por esto que debe entenderse que existe un espacio vacío de derecho constitucional en el que el legislador puede hacer uso del propio poder discrecional al apreciar razones que induzcan a extender el círculo de los sujetos llamados a la prestación del servicio militar» (Tribunal Constitucional italiano 172/1999).

¹⁷ Los sentimientos (las ideas) de justicia de los intérpretes a menudo quedan silenciados, pero a veces se manifiestan bajo la forma de explícitos juicios de valor.

- (d) construcciones dogmáticas.

Los «problemas» de interpretación —nótese— se pueden representar en, al menos, dos modos distintos, según cuál sea el punto de vista escogido. Desde el punto de vista del juez «fiel a la ley», la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento: interpretar es «constatar» el «verdadero» significado de las leyes y/o la «verdadera» intención del legislador. Los problemas de interpretación, entonces, se presentan como fuentes o *motivos de duda* en torno al significado de la ley o a la intención del legislador. Desde el punto de vista del «hombre malo» —o, más simplemente, del abogado o, incluso, del juez devoto no de la ley sino de su propia orientación política— la interpretación se presenta no como «constatación», sino como evaluación, elección y decisión: interpretar es individualizar los distintos posibles significados de un texto, evaluar en cada uno de ellos los posibles resultados prácticos y escoger el más oportuno en vistas de un fin preestablecido. Los problemas de interpretación, a su vez, se presentan entonces no como motivos de duda, sino más bien como espacios o *márgenes de discrecionalidad*.

(a) *Intereses en conflicto*. Que los intereses prácticos —de las partes en el proceso, de sus defensores y asesores, de la mayoría y, respectivamente, de la oposición en el parlamento, etc.— condicionan la elección interpretativa es algo demasiado obvio para que insistamos sobre ello. Es simplemente natural que la acusación pública y, respectivamente, la defensa del imputado tiendan a ofrecer interpretaciones distintas de una misma ley penal; es natural que, en caso de litigio, los contratantes y sus abogados propongan interpretaciones discordantes de la ley civil y del contrato, y así sucesivamente.

(b) *Sentimientos de justicia*. No menos obvio es el condicionamiento que ejercen sobre las decisiones interpretativas los sentimientos de justicia —es decir, las preferencias ético-políticas¹⁸— de los intérpretes. Piénsese tan solo en este simple ejemplo.

El art. 48 de la Constitución italiana, decíamos antes, confiere el derecho de voto a los ciudadanos. Un jurista prejuiciosamente hostil a la inmigración (es decir, a los inmigrantes) interpretará presumiblemente en el sentido que la constitución, refiriéndose *solo a los ciudadanos*,

¹⁸ Resulta oportuno señalar que las preferencias ético-políticas de los intérpretes están, a su vez, necesariamente condicionadas no solo por sus convicciones ideológicas, sino también por sus intereses prácticos, sobre los que se hablaba en el punto anterior.

positivamente (aunque implícitamente) excluye que los inmigrantes tengan derecho de voto (de modo que sería inconstitucional una ley ordinaria que pretendiese conferírsele). Un jurista no afectado por tales prejuicios podría en cambio interpretar en el sentido que la constitución, mencionando *solo a los ciudadanos*, no dice nada sobre los inmigrantes (de modo que el legislador ordinario es libre de extender, o no, el derecho de voto también a estos últimos)¹⁹.

(c) *Métodos interpretativos*. En la mayor parte de los casos (si no siempre), un enunciado normativo expresa significados distintos según que se lo someta a uno u otro método interpretativo. Por ejemplo: tomemos nuevamente una disposición constitucional que se refiera a los «ciudadanos», como el art. 49 de la Constitución italiana [«Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos (...)»]²⁰.

Argumento a contrario (en una de sus variantes): la disposición en cuestión no menciona otros sujetos que los ciudadanos; por lo tanto debe ser entendida en el sentido que se aplica *solo* a los ciudadanos (y no a los extranjeros y a los apátridas). El resultado de este argumento es una interpretación literal²¹.

Argumento sistemático (combinado con un presupuesto dogmático): el derecho de asociación política, conferido por esta disposición, es uno de los derechos fundamentales inviolables, contemplados en el art. 2 de la Constitución italiana²²; pero, del otro lado, el art. 2, al usar la expresión «derechos inviolables del hombre», se refiere a los derechos inviolables no solo para los ciudadanos, sino más bien para los hombres en general; por lo tanto la disposición que estamos examinando debe entenderse, a pesar de su tenor literal, en el sentido que confiere el derecho en cuestión no solo a los ciudadanos en sentido técnico-jurídico, sino a todos los hombres. El resultado de este argumento es una interpretación extensiva.

Argumento de la disociación (combinado con el literal, con el argumento a contrario y con el argumento sistemático): la clase de los ciudadanos incluye dos subclases, los ciudadanos de sexo masculino y

los de sexo femenino, a los cuales no necesariamente se aplica la misma regulación jurídica; por otro lado, la constitución aquí no menciona expresamente (como en otros casos: art. 51, apartado 1) a los «ciudadanos de uno y otro sexo»; si los constituyentes hubiesen querido referirse a los ciudadanos de ambos sexos, lo habrían hecho (como han hecho al redactar el art. 51, apartado 1); por tanto la disposición debe ser entendida en el sentido que se aplica solo a los ciudadanos de sexo masculino (no a las ciudadanas). El resultado de este argumento es una interpretación restrictiva.

(d) *Dogmática*. Cada intérprete se acerca a los textos normativos provisto de una serie de presupuestos «teóricos» que fatalmente condicionan su interpretación²³. Tales presupuestos no son otra cosa que las construcciones dogmáticas elaboradas por los juristas en un momento lógicamente anterior a, e independiente de, la interpretación de cualquier enunciado normativo específico.

Un clásico ejemplo: la doctrina formulada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury* (1803), según la cual toda constitución escrita implica el principio que cualquier ley contraria a la constitución es nula (y que su nulidad puede ser declarada por los jueces). Otros ejemplos: la teoría del gobierno parlamentario (el jefe de Estado no es jefe del ejecutivo, sino «poder neutro», garante de la constitución, pues no tiene poderes de tipo político); la teoría de las relaciones entre los sistemas jurídicos estatales y el derecho comunitario (se trata de sistemas independientes aunque coordinados, pues las normas de uno no pueden derogar las normas de otro); etc.

Los ejemplos se pueden multiplicar a voluntad.

El art. 10, apartado 1, Constitución italiana, establece que el ordenamiento jurídico italiano está de acuerdo con las «normas del derecho internacional generalmente reconocidas». Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son las normas internacionales «generalmente reconocidas» y disentir sobre su identificación (por ejemplo, con oportunas medidas argumentativas, alguien ha sostenido que esta disposición exige la adaptación del sistema italiano no solo al derecho internacional consuetudinario, sino también a las normas internacionales basadas en los pactos)²⁴. Pero la cuestión de si las normas internacionales consuetudinarias tienen un valor igual, o incluso superior, al de las normas

¹⁹ Como hemos visto más arriba, estas dos interpretaciones alternativas son fruto de dos usos distintos de un mismo argumento interpretativo: el argumento *a contrario*.

²⁰ Sobre los argumentos interpretativos que se mencionan a continuación volveremos a su debido tiempo en la tercera parte de este volumen.

²¹ Pero, como sabemos por un ejemplo anterior, queda abierta la cuestión: si la constitución no dispone nada sobre extranjeros y apátridas o si, en cambio, la constitución excluye tácitamente a extranjeros y apátridas del derecho de asociarse a partidos.

²² La asunción dogmática, a la que se aludía, es precisamente ésta: que el derecho de asociación política sea uno de los derechos inviolables contemplados en el art. 2.

²³ Escribe con razón F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, p. 180: «cada tesis interpretativa supone [...] una tesis dogmática».

²⁴ R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Napoli, 1968, pp. 64 y ss. Sin embargo, ver al respecto Tribunal Constitucional italiano 32/1960, 1/1961, 104/1969.

constitucionales²⁵ carece de toda base textual en dicha disposición: es fruto de la pura construcción jurídica.

El art. 134, Constitución italiana, dispone que el Tribunal Constitucional es competente, entre otras cosas, respecto de las controversias relativas a la constitucionalidad «de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones». Ahora bien, la locución «fuerza de ley» no tiene un significado unívoco: diversas doctrinas la definen en modo (parcialmente) distinto y, por otra parte, la constitución no la define en absoluto. Así es que se pueden mantener opiniones distintas sobre las señas distintivas de la fuerza de ley. Sin embargo, nadie piensa que, en el ordenamiento vigente, los reglamentos parlamentarios sean «actos estatales dotados de fuerza de ley». Por consiguiente la cuestión sobre si los reglamentos parlamentarios están sujetos al juicio de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (como retiene una parte de la doctrina) no nace de una incierta formulación del art. 134 de la Constitución italiana: es fruto, nuevamente, de construcción jurídica.

El art. 89, apartado 1, Constitución italiana, dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros que lo proponen [...]». La doctrina, casi unánime, sostiene, sin embargo, que no todo acto presidencial presupone una propuesta ministerial y que los actos presidenciales adoptados sin propuesta ministerial deben ser refrendados por el ministro competente para la materia. Pues bien, las cuestiones sobre si el Presidente puede llevar a cabo actos en ausencia de propuesta ministerial y, en caso afirmativo, quién debe refrendar tales actos, no nacen de una mala formulación de la disposición constitucional mencionada: nacen de elaboradas construcciones atinentes a la figura del Jefe de Estado como «poder neutro» y a la tipología de los actos presidenciales.

El art. 74, apartado 1, Constitución italiana, confiere al Presidente de la República el poder de suspender la promulgación de una ley y reenviar la ley a las Cámaras solicitando, con mensaje motivado, una nueva deliberación. La cuestión sobre si el Presidente puede reenviar una ley (solo) por razones de constitucionalidad o (también) por razones de oportunidad política no surge del texto de la disposición: es fruto, una vez más, de construcciones dogmáticas en torno a la «naturaleza» del Jefe de Estado en las formas de gobierno parlamentarias y a la función del veto presidencial sobre las leyes en el ordenamiento constitucional italiano.

²⁵ Ver sobre esta cuestión F. Sorrentino, *Corte costituzionale e corte di giustizia delle comunità europee*, vol. I, Milano, 1970, cap. I.

Por ejemplo: según el Tribunal de Justicia europeo²⁶, «la Comunidad económica europea constituye un ordenamiento jurídico de un género nuevo en el campo del derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han renunciado, aunque sea en sectores limitados, a sus poderes soberanos, y al cual están sujetos no solo los Estados miembros, sino también sus ciudadanos. El derecho comunitario, independientemente de las normas dictadas por los Estados miembros, del mismo modo en que impone obligaciones a los individuos, les atribuye derechos subjetivos. Tales derechos surgen no solo cuando el Tratado expresamente los menciona, sino también como contrapartida de obligaciones precisas que el Tratado impone a los individuos, a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias». En otras palabras, el Tribunal asume que el Tratado de la Comunidad europea no es ni un acto común internacional (que gobierna las relaciones entre Estados), ni un acto constitucional (que gobierna las relaciones entre Estados y ciudadanos), sino más bien un acto jurídico de tipo enteramente nuevo, con una naturaleza «mixta», mitad internacional, mitad constitucional. Esta asunción «teórica» conduce al Tribunal a interpretar numerosas disposiciones del Tratado en el sentido que crean derechos y obligaciones no solo en las relaciones entre Estados, sino también en las relaciones entre cada Estado y sus ciudadanos²⁷.

Pues bien, toda construcción dogmática condiciona la interpretación: algunas veces sugiriendo que una decisión interpretativa determinada es preferible a otras, y otras veces excluyendo ciertas decisiones interpretativas que de otro modo serían posibles.

Por otra parte, cada construcción dogmática —además de orientar la interpretación— es una matriz de normas «no formuladas», que se pretenden implícitas en el ordenamiento, si bien no han sido formuladas por autoridad normativa alguna, sino que han sido elaboradas por los intérpretes a través de distintos procedimientos argumentativos lógicamente no vinculantes²⁸.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5 de febrero de 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*.

²⁷ Aquí tenemos otro buen ejemplo. El art. 23 de la Constitución italiana dispone: «Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta si no es en base a la ley». Este artículo es comúnmente interpretado en el sentido que en materia tributaria la regulación legislativa puede ser integrada con normas reglamentarias. Tal tesis interpretativa no puede argumentarse sobre la base del solo texto constitucional: toma su fundamento de la distinción típicamente dogmática entre reserva de ley «absoluta» y reserva de ley (solo) «relativa». Críticas a esta distinción en F. Sorrentino, *Lezioni sulla riserva di legge*, 2 vols., Genova, 1980.

²⁸ Volveré sobre este punto en otro capítulo.

4. LA VAGUEDAD DE LAS NORMAS

A la indeterminación del ordenamiento se suma la ulterior indeterminación de cada norma²⁹. Toda norma vigente es indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos entran en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural³⁰.

Se llaman «predicados» todos los términos que denotan no un individuo («el señor X», «el acusado», «el Tribunal constitucional», etc.), sino una clase (como «contrato», «tratado», «empresa», «asociación», «tribunal», etc.)³¹.

En general, el significado de los predicados puede ser analizado a través de dos componentes: el sentido («¿qué quiere decir?») y la referencia («¿a qué se refiere?»). El sentido (llamado también intensión) es el conjunto de los atributos que un objeto debe tener para que el

²⁹ La noción de vaguedad es bien ilustrada por E. Diciotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, Siena, 2003, p. 22, en el siguiente pasaje: «Si realizásemos una investigación sobre el uso de una palabra E por parte de los integrantes de una muestra de hablantes, preguntándoles, a través de un cuestionario, si considerarían correcto hacer uso de E para referirse a una lista de casos, podríamos notar que todos (o casi todos) los hablantes considerarían correcto usar E en referencia a determinados casos, que todos (o casi todos) los hablantes no considerarían correcto usar E en referencia a otros casos, pero que habría casos en referencia a los cuales una cantidad variable de hablantes considerarían correcto usar E, mientras los otros no considerarían correcto usar E o declararían su incertidumbre sobre la cuestión de si resulta correcto o no usar E». En la extensa literatura se pueden ver: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; G.R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, IV ed., 1994; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997; C. Redondo, «Teorías del derecho e indeterminación normativa», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 1997; P.-A. Coté, *Interpretation des lois*, III ed., Montreal, 1999, especialmente pp. 353 y s.; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, especialmente pp. 367 y ss.; B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, 1999; T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, 2000; J.J. Moreso, P. Navarro, C. Redondo, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, México, 2002.

³⁰ F. Waismann, «Verifiability» (1945), en F. Waismann, *How I See Philosophy*, London, 1968.

³¹ Una clase es un conjunto de entidades individuales que comparten un mismo atributo o un mismo conjunto de atributos. Hay dos tipos principales de atributos: las propiedades y las relaciones. Se llaman «monádicos» los predicados que designan propiedades («caballo», «mayor de edad», «compra-venta», etc.). Se llaman «diádicos» los predicados que designan relaciones entre dos individuos («pariente», «principal», «más alto que», etc.); triádicos los predicados que designan relaciones entre tres individuos («la suma de x e y», «estar comprendido entre Génova y Savona»); etc.

predicado pueda serle aplicado. La referencia (llamada también extensión) es la clase de objetos que presentan tales atributos y a los cuales el predicado les es por tanto aplicable. Así, por ejemplo, el sentido de «planeta» es (grosso modo) cuerpo celeste opaco que gira alrededor de una estrella; su referencia es a todos los cuerpos celestes opacos que giran alrededor de una estrella (Venus, Marte, Tierra, etc., pero no Luna). Evidentemente, la referencia depende del sentido (cuanto menos preciso sea el sentido, tanto más extensa será la referencia y viceversa)³².

Ahora bien: todos los predicados tienen una referencia dudosa, o «abierta» (*open textured*), y en este sentido se ven afectados por la vaguedad extensional³³. Por otro lado, la vaguedad extensional depende de la incertidumbre acerca de los atributos que un objeto debe poseer para pertenecer a la clase de que se trate, es decir, depende de la vaguedad intensional del predicado en cuestión.

En consecuencia, dada una norma cualquiera, hay casos a los que esta es seguramente aplicable, casos a los que seguro no puede ser aplicada y, finalmente, casos «dudosos» o «difíciles» (*hard cases*, como se suele decir) para los que la aplicación de la norma es discutible³⁴.

Por ejemplo, un intercambio al precio medio de mercado es sin duda una venta; una supuesta «venta» a un precio irrisorio es una donación disimulada; pero ¿en qué precio debemos fijar el límite entre la venta y la donación³⁵?

³² Resumiendo, cuanto más se precisa el sentido de un predicado —es decir, cuantos más atributos se incluyen— disminuye la referencia; cuanto menos se precisa el sentido —cuantos menos atributos se incluyen— aumenta la referencia. Si, por ejemplo, definiésemos «planeta» como un cuerpo celeste opaco (sin precisar: que gira alrededor de una estrella) la referencia del predicado sería más amplia e incluiría también la Luna.

³³ Para simplificar, omito distinguir entre vaguedad sin ulteriores especificaciones y *open texture* o vaguedad «potencial» (textura abierta).

³⁴ «La vaguedad tiene lugar cuando se presentan casos límite (*borderline cases*) que no somos capaces de asignar a una determinada clase ni a su complemento» (C. Luzzati, «1984, ovvero l'indifferenza dei principi», en *Rassegna forense*, 2006, pp. 917 y ss.).

³⁵ Por «compraventa» se entiende, grosso modo, el intercambio de mercancías a cambio de dinero. Supongamos que el precio medio de mercado de una determinada mercancía M sea 100. El intercambio de M por 100 constituye seguramente una compraventa. Lo mismo se puede decir del intercambio de M por 99 o 101, 98 o 102 y tal vez también 95 o 105. Pero claramente el intercambio de M por 1 ya no es una compraventa: es una donación (de M) disimulada. Y el intercambio de M por 1000, igualmente, ya no es una compraventa: es también una donación (de dinero, esta vez) disimulada. Pero el problema es: ¿dónde termina la compraventa e inicia la donación disimulada? Si 95 y 105 son precios razonables, lo serán también 94 y 106. Y, si estos son precios razonables, lo serán también 93 y 107, 92 y 108 y así sucesivamente. ¿En qué momento debemos detenemos? ¿en qué momento la compraventa «se transforma»

«La expresión "empresa agrícola" designa seguramente el cultivo del campo; es dudoso si designa también el cultivo de plantas en condiciones artificiales, creadas en el interior de un establecimiento. La expresión "domicilio privado" designa seguramente la vivienda; es dudoso si resulta aplicable también a los locales de un estudio profesional o a la sede de un partido. La palabra "vivienda" designa seguramente las habitaciones del apartamento o de la casa donde alguien vive; es dudoso si se refiere también al portal, al patio, al sótano y al garaje. La expresión "edificio en ruinas" designa seguramente el derrumbe total del edificio mismo; es dudoso si comprende también el simple derrumbe de un balcón, de una cornisa, de un canalón, de una teja, del ascensor»³⁶.

Se puede estar de acuerdo en que el suministro de antibióticos o de analgésicos constituye un «tratamiento sanitario» en los términos del art. 32, apartado 2, Constitución italiana. ¿Pero constituyen «tratamiento sanitario» también la nutrición y la hidratación forzadas?

Generalmente se está de acuerdo en que, en virtud de una norma no expresada (o, tal vez, de una convención constitucional), el Gobierno cesante es competente para tramitar los «asuntos corrientes» hasta que asuma el nuevo Gobierno. No cabe duda que, para poner un ejemplo obvio, el pago de las retribuciones a los empleados públicos entra en el rubro de «asuntos corrientes». ¿Pero qué podemos decir de la adopción de decretos-leyes? Se puede argumentar que el Gobierno cesante no tiene la facultad de adoptar decretos-leyes, aduciendo que los decretos-leyes son por definición actos «extraordinarios», ya que la Constitución los admite solo «en casos extraordinarios de necesidad y urgencia» (art. 77, apartado 2). Pero también se puede sostener, por el contrario, que «la necesidad y la urgencia» justifiquen en cualquier caso la adopción de decretos-leyes derrotando así la regla de los «asuntos corrientes».

en una donación disimulada? ¿en qué momento dejan de ser aplicables las normas sobre la compraventa y pasan a ser aplicables las normas sobre la simulación? La verdad es que no se puede fijar una línea precisa de demarcación entre compraventa y donación disimulada. Esto equivale a decir que el término «compraventa» es vago: su referencia se parece a una «textura abierta». En el centro de la textura encontramos casos evidentes de compraventa; fuera de ella encontramos casos no menos evidentes de donación disimulada; pero en los márgenes de la textura encontramos una amplia área de «penumbra», es decir, un conjunto de intercambios a los cuales resulta dudoso si se les aplica el predicado «compraventa» o no. El ejemplo está tomado de G. R. Carrió, «Sull'interpretazione giuridica» (1965), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989.

³⁶ Así P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, pp. 10 y s.

Y aún más: el art. 575 del Código penal italiano sanciona con la reclusión «a quien cause la muerte de un hombre». Ticio le ha cortado la garganta al abuelo (con el fin de heredar sus bienes); no cabe duda de que Ticio ha causado la muerte del abuelo. Cayo, en cambio, conduciendo el coche ha golpeado a un peatón, haciéndolo caer del otro lado de la calle, por donde transitaba el coche de Sempronio, que ha atropellado y matado al peatón. ¿Podemos decir que Cayo ha causado la muerte del peatón? ¿O debemos decir que la muerte ha sido causada por Sempronio? ¿Sempronio es punible en los términos del art. 575 Cód. penal italiano?

La vaguedad (la *open texture*, la textura abierta) —a diferencia de la equivocidad— es una propiedad objetiva del lenguaje y no solo del lenguaje jurídico: todos los predicados en sentido lógico comparten (al menos potencialmente) esta propiedad. La vaguedad no depende, por tanto, de las técnicas interpretativas o de la dogmática: no se puede suprimir (aunque se pueda reducir por medio de definiciones).

La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes —que no se resuelve con la interpretación en abstracto— hace que el intérprete, frente a un caso «marginal», es decir, a un caso que se queda en los márgenes de la «textura» —en el «área de penumbra», como se suele decir— pueda decidir discrecionalmente si el caso en examen debe o no debe ser incluido en el campo de aplicación de la norma en cuestión³⁷.

La interpretación «en concreto» reduce (en relación con uno u otro caso concreto) la indeterminación de las normas.

5. ANALOGÍA Y DIFERENCIA: DOS ESTRATEGIAS DE REDUCCIÓN DE LA VAGUEDAD

A su debido tiempo hablaremos ampliamente de los modos de argumentar las decisiones interpretativas. Sin embargo, para clarificar los problemas de interpretación que presenta la vaguedad, resulta de utilidad plantear desde el principio la cuestión de las técnicas interpretativas que típicamente se usan para reducirla.

Tomemos por ejemplo la locución «edificio en ruinas». Es indiscutible, hemos dicho, que el concepto comprende el derrumbe total de un inmueble, pero es discutible si se extiende también al derrumbe de un balcón.

³⁷ Lo cual no excluye, que quede claro, que haya casos paradigmáticos que sin duda entran en el campo de aplicación de la norma.

Ahora bien, las estrategias fundamentales de reducción de la vaguedad son dos: tesis de la analogía (o de la igualdad «sustancial») y tesis de la disociación (o de la diferencia «sustancial»)³⁸.

(i) *Tesis de la analogía.* Una primera estrategia de reducción de la vaguedad consiste en sostener que —a la luz de una supuesta *ratio legis* (del resultado que la norma pretendía conseguir)— el derrumbe de un balcón es en todo análogo —sustancialmente igual a los fines de su regulación jurídica— al derrumbe de un edificio. Se puede concluir que la norma sobre el derrumbe de un edificio se aplica también al supuesto de hecho «derrumbe de balcón».

Es un ejemplo de interpretación extensiva, fundada sobre el uso del argumento analógico. Por esta vía, el área de «penumbra» de la norma es reducida, incluyendo en esta la clase de supuestos de hecho marginales «derrumbe de balcón».

(ii) *Tesis de la diferencia.* Una segunda estrategia consiste en sostener, al contrario, que derrumbe del edificio y derrumbe del balcón —siempre a la luz de una supuesta *ratio legis*— son casos *sustancialmente distintos*. Con la conclusión que la norma sobre derrumbe de edificio *no* se aplica al caso «derrumbe de balcón».

Es un ejemplo de interpretación restrictiva, fundada sobre el argumento de la disociación. De nuevo, por esta vía el área de «penumbra» de la norma es reducida, excluyendo de esta la clase de casos marginales «derrumbe de balcón».

6. LAS «CLÁUSULAS GENERALES»

A menudo el fenómeno de la vaguedad es asimilado a (si no confundido con) esa peculiar forma de indeterminación de las disposiciones normativas que dependen del uso de «cláusulas generales» en su formulación³⁹.

Se llaman cláusulas generales —o también nociones de contenido variable⁴⁰— todos aquellos términos o sintagmas que expresan o presuponen *valoraciones*, como por ejemplo: «daño injusto» (art. 2043

³⁸ F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, 1991.

³⁹ Ver en general V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, donde se encuentra citada casi toda la (vasta) literatura relevante en este sentido.

⁴⁰ Ver Ch. Perelman (ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

Cód. civ. italiano), «buena fe» (especialmente arts. 1366 y 1375 Cód. civ. italiano), «buenas costumbres» (varias disposiciones del Cód. civ. italiano), «interés público» (art. 834 y 845 Cód. civ. italiano), «normal diligencia» (art. 1431 Cód. civ. italiano), «actos que, según el común sentimiento, ofenden el pudor» (art. 529 Cód. penal italiano), «motivos de particular valor moral o social» (art. 62 Cód. penal italiano), y otros⁴¹.

Obviamente, expresiones como las señaladas se refieren no a «simples» hechos (una cosa es un daño, otra cosa es un daño «injusto»), sino a hechos previamente valorados, *calificados* por un juicio de valor (por ejemplo, un juicio de justicia)⁴².

Ahora bien, para la interpretación de las cláusulas generales se abren esencialmente dos estrategias argumentativas⁴³:

(a) La primera estrategia posible, casi siempre aconsejada por la doctrina, consiste en justificar la interpretación escogida —no (mírese bien) mediante un franco juicio de valor, sino— haciendo referencia a juicios de valor *ajenos*⁴⁴ y precisamente a la «moral social», es decir, a las convicciones morales socialmente extendidas (empíricamente comprobadas, se supone).

(b) La segunda estrategia consiste, simplemente, en fundar la interpretación escogida sobre un juicio de valor propio y *personal*: expresamente enunciado o tácitamente presupuesto (y, si se diera el caso, disfrazado de comprobación neutra de las valoraciones ampliamente extendidas en la «conciencia social»).

Hay que decir, para no faltar a la verdad, que la primera estrategia interpretativa no parece seriamente practicable. No parece realista pre-

⁴¹ A menudo se incorporan conceptos valorativos en las disposiciones que expresan principios, sobre todo principios constitucionales. Hablaremos sobre esto a su debido tiempo.

⁴² C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., cap. X. Las cláusulas generales presentan un problema distinto al de la vaguedad, ya que «mientras la vaguedad se debe a la indeterminación de los criterios de aplicación de un término, la indeterminación de un término valorativo se debe al carácter efectiva o potencialmente controvertido de sus criterios de aplicación» (E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 377). Al contrario que Dicitotti (cit., p. 378), omito toda distinción entre cláusulas generales de distinto tipo (términos que requieren del intérprete una pura y simple valoración moral, términos que requieren una investigación «sociológica», términos que requieren conjuntamente una y otra cosa).

⁴³ Ver el excelente A. Belvedere, «Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme», en *Politica del diritto*, 1988, p. 631 ss.

⁴⁴ Aduciendo, es decir, no un juicio de valor, sino una proposición descriptiva de juicios de valor ajenos.

tender que jueces y juristas lleven a cabo investigaciones sociales de tipo empírico para comprobar los sentimientos morales compartidos por la población⁴⁵; por otra parte, también por la razón que no siempre, ni sobre toda cuestión, existen sentimientos morales socialmente compartidos.

Es fácil conjeturar que, de hecho, los intérpretes simplemente interpreten las cláusulas generales guiados por sus subjetivos sentimientos morales, salvo que estos se atribuyan, cuando tal cosa sea posible, a la moral social⁴⁶ (o a su percepción de la misma).

7. LA METÁFORA DEL «MARCO»

Hemos introducido (en el capítulo anterior) la distinción entre interpretación cognitiva, interpretación decisoria e interpretación creadora. A la luz de cuanto hemos venido diciendo en el presente capítulo en torno a la indeterminación del derecho, dicha distinción puede ser reformulada y tal vez ulteriormente aclarada del siguiente modo:

La indeterminación del significado de los textos normativos consiste en lo siguiente: que todo texto normativo expresa —al menos potencialmente y/o diacrónicamente— una pluralidad de significados alternativos (es decir, admite distintas interpretaciones, a cada una de las cuales corresponde una norma distinta).

Al conjunto de los posibles significados de un texto —identificable a la luz de las reglas de la lengua, de los métodos interpretativos en uso, de las tesis dogmáticas más extendidas en la doctrina, etc.— podemos llamarlo, con Kelsen⁴⁷: el «marco de significado del texto». Ahora bien:

⁴⁵ «Los jueces no tienen la posibilidad de llevar a cabo investigaciones empíricas sobre muestras representativas de la población con el fin de afirmar con suficiente fiabilidad cuáles son los sentimientos, o las opiniones morales, compartidos por la totalidad o por la casi totalidad de la población, o bien por una mayoría más o menos amplia de esta. Ellos no pueden más que basarse sobre la propia experiencia directa y sobre la propia capacidad para percibir los temperamentos y las opiniones ajenas. Es decir, que su juicio no puede más que depender de consideraciones tan aproximativas que, en muchos casos, terminarán por ser influenciados por sus opiniones morales personales» (E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 379).

⁴⁶ Según E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 380, cuando «los términos valorativos aparentemente requieren una valoración moral en primera persona, [los jueces] tienden a producir valoraciones morales coherentes no tanto con las propias ideas y convicciones, sino más bien con las convicciones u opiniones más extendidas en la comunidad».

⁴⁷ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, cap. VIII.

(a) La interpretación cognitiva consiste en identificar el marco, es decir, en hacer un elenco de los posibles (plausibles) significados del texto;

(b) La interpretación decisoria estándar consiste en escoger uno de los significados incluidos en el marco;

(c) La interpretación creadora consiste en atribuir al texto un significado que no está incluido en el marco.

En sentido estricto, sin embargo, en presencia de una «interpretación creadora» no deberíamos decir que el intérprete (jurista o juez) ha «interpretado» el texto en cuestión: deberíamos decir más bien que ha creado una norma nueva⁴⁸.

Por cierto: el marco tiene contornos vagos. Puede suceder, por ejemplo, que las normas N1 y N2 se ubiquen sin duda dentro del marco, que la norma N4 se ubique sin duda fuera y que sin embargo la situación sea incierta para la norma N3. De manera que no se pueda decir si N3 deba adscribirse a las operaciones de mera interpretación o en cambio a las de creación normativa. A pesar de esto, al menos en los casos N1, N2 y N4, discriminar entre interpretación y creación normativa es posible.

Por otra parte, como ya hemos dicho en otra ocasión (analizando los distintos tipos de enunciados interpretativos), una interpretación creadora, que atribuya al texto del que se trate un significado distinto y ulterior respecto a aquellos considerados posibles en el ámbito de la interpretación cognitiva (N4, supongamos), tiene el efecto de extender *pro futuro* el marco de los significados posibles. De manera que desde ese momento en adelante la interpretación cognitiva deberá reconocer ese nuevo significado (N4) como uno de los significados admisibles.

Como quiera que sea, el marco (aunque sea de incierta identificación) —y con él la interpretación cognitiva que consiste en identificarlo— sirve para clasificar las operaciones de los intérpretes: en particular, para discriminar entre interpretación propiamente dicha y creación de derecho nuevo⁴⁹.

⁴⁸ El tema ha sido desarrollado por E. Diciotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, cit.

⁴⁹ También puede servir, si se quiere, para discriminar entre interpretaciones «correctas» e «incorrectas». Sin embargo, obsérvese que corrección e incorrección son conceptos valorativos, ajenos a una teoría descriptiva de la interpretación.

8. LOS LÍMITES (CONCEPTUALES) DE LA INTERPRETACIÓN

Con esta última observación a propósito de la «interpretación creadora» se quiere sugerir el uso —en contra de los usos lingüísticos corrientes— de un concepto restringido de interpretación, excluyendo de la interpretación propiamente dicha la formulación de normas nuevas (uno de los aspectos fundamentales de la construcción jurídica).

Desde este punto de vista, debe entenderse por «interpretación» no *cualquier* atribución de significado al texto interpretado, sino una atribución de significado que se ubique dentro del marco —de amplitud variable— de los significados admisibles.

En otras palabras, no se trata de que cualquier decisión sobre el significado —no sé, por decir algo, «“Italia es una república democrática” significa que Italia es una monarquía absoluta»— constituya solo por esto genuina interpretación, aunque imite su forma lógica («T significa S»). Toda atribución de significado que se ubique fuera del marco de los significados admisibles constituye no propiamente interpretación, sino más bien creación de una norma nueva⁵⁰.

La interpretación, por tanto, tiene límites. No en el sentido que juristas y jueces (sobre todo jueces de última instancia) no puedan de hecho y/o no deban atribuir a los textos normativos *cualquier* significado —incluso raro o implausible— que les parezca oportuno. Sino en el sentido que no a cualquier atribución de significado conviene el nombre de «interpretación»: no cualquier atribución de significado puede ser subsumida bajo el concepto de interpretación.

Por supuesto, trazar límites (conceptuales) a la interpretación sirve no para distinguir las interpretaciones buenas, correctas o aceptables de las interpretaciones malas, incorrectas o inaceptables —que es cuestión valorativa o normativa, cuestión de *política* del derecho, ajena como tal a la *ciencia* del derecho— sino para distinguir, en el ámbito de la ciencia del derecho, la genuina («normal») interpretación de la creación de normas nuevas.

⁵⁰ Aunque, naturalmente, el caso más macroscópico de creación de normas nuevas por parte de los intérpretes es la construcción de normas no expresadas, sobre las que volveremos a su debido tiempo.

IV

DE LAS DISPOSICIONES A LAS NORMAS

1. LA NORMA COMO SIGNIFICADO

En el lenguaje de los juristas (y también, por otra parte, en el lenguaje de las fuentes del derecho), el vocablo «norma» es ampliamente usado en referencia tanto a los *enunciados* que se encuentran en las fuentes del derecho, como a su *significado*. A veces, se llama normas a los enunciados prescriptivos; otras veces, se llama normas a los significados —los contenidos de sentido— de tales enunciados.¹

No obstante, hay que distinguir cuidadosamente las dos cosas —el enunciado y el significado—, por la razón que veremos enseguida. Con el propósito de distinguirlas, convenimos en adoptar dos términos distintos². De ahora en adelante:

- (i) Llamaremos «disposición» a todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho;
- (ii) Llamaremos «norma» no al enunciado en sí, sino a su contenido de significado.

¹ La verdad es que, con frecuencia, «norma» se usa para denotar confusamente tanto el enunciado como el significado, como si las dos cosas fuesen indistinguibles. Este modo de expresarse presupone una teoría ingenuamente cognoscitivista de la interpretación (sobre este punto volveremos más adelante en un capítulo dedicado a las controversias teóricas en materia de interpretación).

² R. Guastini, «Disposizione vs. norma», en *Giurisprudenza costituzionale*, 34, 1989; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, II ed., 1992, pp. 15 y ss. (y allí también amplia literatura referida a la doctrina italiana); M. Troper, «Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?», en *Pouvoirs*, 16, 1981, 9.

Ahora bien, la operación intelectual que conduce del enunciado al significado —o, si se prefiere, la operación de identificación del significado— no es otra cosa que la interpretación³.

La *disposición* es por tanto el *objeto* de la interpretación, la *norma* es su *resultado*⁴.

Es necesario distinguir entre disposición y norma —entre el enunciado y el significado— por la sencilla razón que entre las dos cosas no se da correspondencia biunívoca⁵. Es falso, por tanto, que a toda disposición corresponda una, y solo una, norma; como es falso que a toda norma corresponda una, y solo una, disposición⁶.

³ U. ScarPELLI, «Norma», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, pp. 370 y s.

⁴ «La disposición es fuente de la norma a través de la interpretación»: así G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, reimpresión actualizada, Torino, 1991, p. 69. No se entiende la tesis de R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, dirigido por R. Sacco, Torino, 1999, p. 163, según el cual: «El resultado de la interpretación es una máxima, o mejor una norma, por lo cual no es incorrecto decir que la norma es el objeto de la interpretación» (¿cómo puede el «resultado» de una actividad ser al mismo tiempo su «objeto»?).

⁵ Ver la ejemplar decisión 84/1996 del Tribunal Constitucional italiano: «Se plantea entonces la cuestión de principio en cuanto a si la censura dirigida en relación con una disposición que expresa una determinada norma pueda referirse a la misma norma reproducida en una disposición distinta y sucesiva, idéntica en cuanto al núcleo preceptivo esencial o incluso, como en este caso, en cuanto a la misma formulación literal. [...] El Tribunal considera que [...] no es parte esencial de la actividad del Tribunal, para hacer operativa su función de garantía, la identidad formal entre la disposición denunciada y aquella sucesiva con respecto a la cual se produce el pronunciamiento de mérito, allí donde permanezca inalterada la norma expresada por una y otra. [...] En general la disposición [...] constituye el necesario vehículo de acceso de la norma al juicio del Tribunal, que versa sobre la norma en cuanto objeto del cotejo con el contenido preceptivo del parámetro constitucional [...]. Se desvela así, en tal caso, la función de servicio e instrumental de la disposición respecto de la norma [...]. En conclusión debe afirmarse en línea de principio que la norma contenida en un acto con fuerza de ley vigente al momento en el cual la existencia en el ordenamiento de la norma misma es relevante a los fines de una útil investidura del Tribunal, pero no ya en vigor en el momento en el que este se pronuncia, continúa siendo objeto del escrutinio solicitado al propio Tribunal cuando esa misma norma subsista todavía en el ordenamiento [...] por estar reproducida, en su expresión textual o en cualquier caso en su identidad preceptiva esencial, por otra disposición sucesiva, a la que por tanto deberá referirse el pronunciamiento.»

⁶ La distinción entre disposición y norma manifiestamente evoca —y, en apariencia, itera— una distinción bien conocida elaborada por Vezio Crisafulli (V. Crisafulli, «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964; *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II. *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984, pp. 39 y ss.). La distinción de Crisafulli es hoy usada de manera bastante extendida prácticamente solo en el ámbito de las obras de los constitucionalistas (donde es indispensable cuanto menos para clasificar las sen-

Sin embargo, préstese atención: distinguiendo el enunciado (la disposición) de su significado (la norma) *no* se quiere decir que las disposiciones y las normas sean entidades distintas y heterogéneas (por ejemplo, entidades lingüísticas y, respectivamente, entidades abstractas o mentales). Los significados *no* tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan⁷. En otras palabras, la norma *no* es algo ontológicamente distinto de la disposición: es simplemente la disposición *interpretada*⁸ o, desde otro punto de vista, un enunciado (interpretante) respecto del cual el intérprete asume la sinonimia con el enunciado interpretado (la disposición)⁹.

2. DISPOSICIONES QUE EXPRESAN MÁS DE UNA NORMA

En primer lugar, muchas disposiciones —tal vez: todas las disposiciones— tienen un contenido de significado complejo: expresan *no* ya una sola norma, sino una multiplicidad de normas conjuntas¹⁰. A una única disposición pueden por tanto corresponder varias normas *conjuntamente*.

Volvamos a un ejemplo ya puesto anteriormente con otro propósito. La disposición del art. 1417 Cód. civ. italiano («La prueba a través de

tencias constitucionales). Ver al respecto la literatura cit. en R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 20 y s. Por otra parte, tal vez sea necesario precisar que la distinción que se propone aquí, a pesar de las apariencias, no coincide con la de Crisafulli: se limita a asumir, por comodidad, su léxico. Las ascendencias conceptuales de la distinción, tal como se delinea aquí, hay que buscarlas no en la doctrina de las fuentes de Crisafulli, sino en la teoría de la interpretación de Giovanni Tarello (G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, especialmente parte II; *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980). Para un examen crítico de la distinción tal como es construida por Crisafulli, ver nuevamente R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 20 y ss.

⁷ En la formulación estándar de un enunciado interpretativo «T significa S», tanto «T» como «S» representan nada más que enunciados (los cuales, en sentido estricto, se deberían escribir entre comillas —«T» significa «S»— ya que el enunciado interpretativo es un enunciado metalingüístico: quien lo profiere no usa los enunciados «T» y «S» sino que los menciona). Ver R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

⁸ Esto vale, obviamente, para las normas *expresadas*. Las normas *no expresadas* son normas carentes de disposición, es decir, carentes de formulación autoritativa (encuentran su formulación en el discurso de los intérpretes, no en el discurso de las autoridades normativas). Ver *infra*, par. 7.

⁹ El significado *no* es una entidad sino una relación: la relación de sinonimia que subsiste entre dos entidades lingüísticas. Ver nuevamente R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, cit.

¹⁰ Téngase presente que *no* es posible trazar una neta línea de separación entre lo que *expresa* una disposición, es decir, su significado, y lo que *implica* tal significado.

testigos de la simulación es admitida sin límites, siempre que sea propuesta por acreedores o por terceros y, en caso que esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado, también si es propuesta por las partes») expresa *prima facie* tres normas distintas y parece sobrentender una cuarta: (a) si la solicitud proviene de acreedores, entonces la prueba de testigos es admisible; (b) si la solicitud proviene de terceros, entonces la prueba de testigos es admisible; (c) si la solicitud proviene de las partes, y si está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado, entonces la prueba de testigos es admisible; (d) si la solicitud proviene de las partes, y no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato simulado, entonces la prueba de testigos no es admisible.

Otro ejemplo trivial: el art. 75, apartado 2, Constitución italiana —«No se admite el referéndum para las leyes tributarias ni de presupuesto, de amnistía y de indulto, de autorización para ratificar tratados internacionales»—, expresa *prima facie* cinco normas. La primera prohíbe el referéndum para las leyes tributarias, la segunda para las leyes de presupuesto, la tercera para las leyes de amnistía, la cuarta para las leyes de indulto, la quinta para las leyes de autorización para la ratificación.

El art. 77, apartado 1, Constitución italiana —«El Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan valor de ley ordinaria»—, mientras (a) prohíbe adoptar al Gobierno decretos con fuerza de ley (sin delegación de las Cámaras), al mismo tiempo (b) atribuye a los decretos gubernamentales (adoptados sin delegación) una fuerza inferior a la de la ley, y de este modo (c) excluye (¿implícitamente?) que decretos semejantes puedan derrotar o derogar la ley¹¹.

El art. 25, apartado 2, Constitución italiana, «Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido», expresa —al mismo tiempo— tanto (a) el principio de la reserva absoluta de ley en materia penal (solo la ley puede establecer los delitos y las penas), como (b) el principio de la irretroactividad de la ley penal (la ley penal no puede disponer sino para el futuro).

Y aún más: el art. 3, apartado 1, Constitución italiana —«Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales»— expresa nada menos que siete normas distintas: (a) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según el sexo; (b) está prohibido dis-

¹¹ La «fuerza de ley», en última instancia, consiste precisamente en esto: en la capacidad de derogar, o derrotar, normas de rango legislativo.

criminar entre los ciudadanos según la raza; (c) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según la lengua; (d) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según la religión; (e) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según las opiniones políticas; (f) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según las condiciones personales; (g) está prohibido discriminar entre los ciudadanos según las condiciones sociales.

3. DISPOSICIONES AMBIGUAS

En segundo lugar, algunas disposiciones son ambiguas, en el sentido que pueden ser interpretadas de distintas maneras¹². A cada interpretación corresponde un significado distinto y, por tanto, una norma distinta. En estos casos, a una sola disposición corresponde no ya una sola norma, sino una multiplicidad de normas separadas entre sí. Una única disposición expresa por tanto más de una norma *separadamente*: una u otra norma, según las distintas posibles interpretaciones.

Hemos visto ya algunos ejemplos en este sentido¹³.

Dicho sea de paso: este tipo de disociación entre disposiciones y normas se manifiesta en cualquier sentencia interpretativa desestimatoria (*sentenze di rigetto*) del Tribunal Constitucional¹⁴.

4. DISPOSICIONES SINONÍMICAS

En tercer lugar, puede suceder que dos disposiciones sean perfectamente sinonímicas, es decir, que tengan el mismo significado: que una, en definitiva, sea mera iteración, repetición, de la otra. En estos casos, a dos disposiciones corresponde una sola norma¹⁵.

Como también puede suceder (y esto es más frecuente) que dos disposiciones sean no perfectamente, sino, por así decirlo, parcialmente sinonímicas. En el sentido que expresan dos conjuntos de normas que en parte se superponen; es decir, cada una de ellas expresa una pluralidad de normas, tal que una o más normas expresadas por la

¹² A decir verdad, si se entiende «ambigüedad» en el sentido lato de equivocidad (como hacen algunos), entonces se puede decir que (casi) todas las disposiciones son ambiguas.

¹³ En el capítulo anterior (§ 1).

¹⁴ Volveremos sobre este punto más adelante (§ 8).

¹⁵ Ver nuevamente la sentencia constitucional citada más arriba, nota 5.

primera disposición son también expresadas (en modo redundante) por la segunda.

Por ejemplo, se puede considerar que la norma según la cual los reglamentos del ejecutivo están jerárquicamente subordinados a la ley (la conformidad con la ley es condición de validez de los reglamentos) está expresada —junto con otras normas— tanto por el art. 4, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano, como por el art. 77, apartado 1, Constitución italiana. O también: la norma según la cual los actos gubernamentales que tienen valor o fuerza de ley deben ser refrendados por el Presidente del Gobierno está expresada —junto con otras normas— tanto por el art. 89, apartado 2, Constitución italiana, como por el art. 5, apartado 1, letra d, de la ley italiana 400/1988.

5. NORMAS EXTRAÍDAS DE MÁS DE UNA DISPOSICIÓN

En cuarto lugar, sucede (muy a menudo, en verdad) que una norma se extrae por vía interpretativa no ya de una sola disposición, aisladamente considerada, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas: es lo que se suele llamar, en la doctrina italiana, «*combinato disposto*», es decir, combinación de disposiciones¹⁶.

Por ejemplo, la norma según la cual los así llamados decretos-leyes a los que se refiere el art. 77, apartado 2, Constitución italiana, deben ser dictados por el Jefe de Estado y refrendados por el Presidente del Gobierno, se extrae de la combinación de tres disposiciones constitucionales distintas: el art. 77, apartado 2, en virtud del cual los decretos en cuestión tienen fuerza de ley; el art. 87, apartado 5, que confiere al Jefe de Estado la competencia para dictar los decretos con valor de ley del Gobierno; y el art. 89, apartado 2, según el cual los actos presidenciales con valor legislativo deben ser refrendados (también) por el Presidente del Gobierno.

¹⁶ Un ejemplo paradigmático de combinación de disposiciones es el que deriva de la combinación, precisamente, de una disposición interpretativa (de interpretación auténtica) y de la disposición interpretada (cfr. G. U. Rescigno, *Recensión de A. Pugioffo, La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, en *Diritto pubblico*, 2003, pp. 1016 y s.), o bien de una disposición definitoria y de la disposición que contiene el término o sintagma definido. Más en general, la combinación entre dos (o más) disposiciones parece «natural» (e inevitable) toda vez que una disposición reenvíe a otra o tácitamente la presuponga. Se puede decir que las normas que se desprenden de una combinación de disposiciones están lógicamente implícitas en las disposiciones de las que se desprenden.

Otro ejemplo: la norma según la cual si alguien, al cometer un delito, ocasiona a otros un daño injusto que no tenga carácter patrimonial, entonces debe resarcir el daño, se extrae de la combinación de los art. 2043 Cód. civil italiano, 2059 Cód. civil italiano y 185 Cód. penal italiano¹⁷.

6. DISPOSICIONES SIN NORMAS

En quinto lugar, puede suceder que una disposición no exprese norma alguna. ¿En qué sentido?

Pues bien, puede decirse que una disposición no expresa norma alguna por entender que carece completamente de algún significado normativo —ejemplos: «una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una enunciaci3n de motivos, una declaraci3n didascálica y exhortativa»¹⁸— o que su contenido normativo, si acaso subsistiese, es sin embargo incomprensible, no es susceptible de identificaci3n en sede interpretativa.

7. NORMAS CARENTES DE DISPOSICIÓN

En sexto lugar, no se puede ignorar que el ordenamiento jurídico (todo ordenamiento) no consta solo de las normas que se pueden extraer, mediante interpretaci3n, de las disposiciones contenidas en las fuentes: aquel está lleno además de normas carentes de disposici3n.

Para empezar, carecen de disposici3n las normas de fuente consuetudinaria (derecho no escrito). Pero sobre todo —en relaci3n con lo que nos interesa en el presente contexto— carece de disposici3n toda norma que no pueda referirse a una precisa disposici3n como su significado, siendo meramente implícita o no expresada.

Se considera expresada toda norma que pueda ser imputada a una disposici3n precisa como su significado (o, mejor, como uno de sus significados). Se considera no expresada toda norma de la que *no* se pueda decir que constituye el significado de una determinada disposici3n.

¹⁷ Cfr. E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 173 y ss.

¹⁸ Los ejemplos son de V. Crisafulli, «*Fonti del diritto (diritto costituzionale)*», en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, pp. 928 y s.

Toda norma no expresada es extraída de una o más normas expresadas mediante un razonamiento, en el cual, precisamente, una o más normas expresadas constituyen las *premisas* y la norma no expresada constituye la *conclusión*¹⁹. Volveremos sobre este punto a su debido tiempo.

8. DECISIONES «INTERPRETATIVAS»

La disociación entre disposiciones y normas se presenta con toda claridad si se mira las decisiones «interpretativas» del juez constitucional²⁰. Una decisión interpretativa es una sentencia en la que el juez constitucional se pronuncia no ya sobre una disposición, sino sobre una *interpretación* de una disposición, es decir, sobre una *norma*²¹.

En particular, en las sentencias interpretativas desestimatorias, el juez constitucional declara que determinada disposición *no* es inconstitucional con la condición que sea interpretada en un cierto modo, es decir, con la condición que de ella se extraiga una determinada norma y no otra²². Se sobreentiende que la misma disposición sería inconstitucional si en cambio fuese interpretada de otra manera. Pero, según el

¹⁹ Las normas no expresadas son por tanto normas «derivadas»: derivadas de otras normas. Por otra parte, en la teoría de los sistemas normativos (cfr. por ejemplo C.H. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971; R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988; J.J. Moreso, P. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 1993; J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002), se da a entender que las normas derivadas son normas lógicamente implícitas en otras normas, es decir, que (a) son fruto de razonamientos deductivos, (b) cuyas premisas son (nada más que) normas explícitas preexistentes. Pero, como veremos, no es así. Escribe precisamente E. Diciotti, «Il concetto e i criteri della validità normativa», en L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpetti*, Milano, 1997, p. 343: «Una norma no se puede inferir únicamente de otra norma, a menos que estas dos normas se distingan solamente por el grado de generalidad. Dos normas que se distinguen únicamente por el grado de generalidad son por ejemplo: "Todos deben ayudar a los necesitados" y "Algunos deben ayudar a los necesitados". Una norma que, sin embargo, se distingue de otra norma no solamente por el grado de generalidad no se puede inferir solamente de esta última y puede, en cambio, inferirse de dos normas, o bien de una norma y una regla técnica, o de una norma y una definición, o de una norma y una proposición relativa a un hecho».

²⁰ Volveremos a referirnos a las decisiones del juez constitucional en otro capítulo.

²¹ Ver las observaciones de G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 146 y ss.

²² La situación es la siguiente: la disposición D puede entenderse que expresa *alternativamente* la norma N1 o la norma N2; N1 es inconstitucional; el Tribunal decide que D no es inconstitucional con la condición que sea entendida en el sentido N2.

Tribunal, precisamente porque esa disposición admite al menos una interpretación conforme a la constitución, no hay razón para declararla inconstitucional: es suficiente ordenar (o más bien recomendar) que sea interpretada de la manera conforme con la constitución²³.

En las sentencias interpretativas estimatorias (*sentenze interpretative di accoglimento*) el juez constitucional declara la invalidez (la inconstitucionalidad) de una norma, pero no así de la disposición que la expresa o de las disposiciones que le sirven de vehículo como norma implícita. De modo que la norma inconstitucional es, por efecto de la sentencia, anulada, mientras la disposición o las disposiciones correspondientes conservan su validez.

En general, las sentencias estimatorias que versan sobre normas —es decir, sobre interpretaciones—, dejando inalteradas las disposiciones, pueden ser al menos de tres tipos distintos²⁴:

(i) En primer lugar, puede tratarse de *sentencias interpretativas estimatorias en sentido estricto*²⁵. Tales son las sentencias que declaran inválida no ya la disposición (o una parte de ella) sino solo una de sus posibles interpretaciones *alternativas*²⁶. La disposición conserva por tanto su validez. La anulación versa solo sobre una de las normas *separadamente* expresadas por la disposición.

En consecuencia, una de las posibles interpretaciones de la disposición resulta ya excluida. Pero la disposición puede aún ser invocada en la motivación de decisiones jurisdiccionales y administrativas, con

²³ Véase por ejemplo Tribunal Constitucional italiano 3/1956, 8/1956, 11/1965. Se trata de un ejemplo paradigmático de interpretación conforme (hablaremos extensamente sobre este tema a su debido tiempo): el significado de un texto normativo es «adecuado», es compatible con el significado (previamente establecido) de otro texto que constituye una fuente superior desde el punto de vista de la jerarquía material de las fuentes. Entre dos interpretaciones igualmente practicables de dicho texto legislativo, se selecciona aquella que excluye el surgimiento de una antinomia con la constitución. Este tipo de interpretación consigue efectos de «conservación de los textos normativos» ya que, de este modo, se preserva la validez de un texto —que sin embargo puede ser interpretado en modo contrastante con la constitución— ya que es susceptible de ser entendido (también) en sentido conforme con la constitución.

²⁴ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, pp. 402 y ss.; G. Zagrebelsky, «Processo costituzionale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 651 ss.

²⁵ Simétricas a las sentencias interpretativas desestimatorias, a las que se ha hecho referencia más arriba.

²⁶ La situación es la siguiente: la disposición D puede ser entendida *alternativamente* como expresión de la norma N1 o de la norma N2; la norma N1 es inconstitucional, mientras la norma N2 es conforme a la constitución; el Tribunal declara inconstitucional N1. Un ejemplo entre muchos en Tribunal Constitucional italiano 26/1961.

la sola condición que no sea interpretada en el sentido de expresar la norma declarada inconstitucional por el Tribunal.

(ii) En segundo lugar, puede tratarse de *sentencias interpretativas estimatorias «parciales»*. Tales son las sentencias que declaran inválida no ya la disposición (o una parte de ella), sino solo una de las normas conjuntamente expresadas por la disposición²⁷. También en este caso la disposición sigue siendo válida. La anulación versa solo sobre una de las múltiples normas que ella expresa.

En consecuencia, el contenido normativo de la disposición se reduce (sin, sin embargo, que la disposición resulte necesariamente alterada en su tenor literal). La disposición puede seguir siendo invocada en la motivación de decisiones jurisdiccionales y administrativas, pero no puede ser interpretada en el sentido de expresar (también) la norma declarada inconstitucional por el Tribunal.

(iii) En tercer lugar, puede tratarse de *sentencias que anulan una norma implícita, no expresada*²⁸. Tales son las sentencias que declaran inválida una norma que no constituye el significado de disposición específica alguna, sino que es extraída, «construida», a partir de la combinación de una pluralidad de disposiciones²⁹. También en este caso, evidentemente, no existe ninguna disposición que pierda su validez. La anulación versa solo sobre una norma y precisamente una norma que no puede ser adscrita a ninguna disposición legislativa determinada (tomada aisladamente) como su significado.

En consecuencia, se prohíbe manipular las disposiciones existentes en modo de extraer la norma declarada inválida. Una norma (no expresada) es así excluida del sistema jurídico, sin que se toque disposición alguna.

Como se ve, una decisión «interpretativa» es tal no en el sentido genérico de involucrar un trabajo de interpretación —cualquier decisión sobre la constitucionalidad (sustancial) de una ley se puede decir que exige interpretación tanto de la ley como de la constitución— sino

en el sentido específico que el objeto de decisión es una «interpretación», es decir, una norma, y no una disposición: un significado y no un texto en cuanto tal.

Para comprender mejor el fenómeno, conviene tal vez mencionar las causas de invalidez de la ley.

Es necesario adelantar que la legislación es regulada en la constitución por dos tipos de normas: por un lado, normas sobre la producción jurídica que versan sobre los actos legislativos (por ejemplo, las normas sobre el procedimiento legislativo); por otro lado, normas que limitan el contenido de las leyes futuras (por ejemplo, las normas que confieren derechos y/o establecen principios), las cuales versan no sobre el acto legislativo, sino precisamente sobre el contenido de la ley, es decir, sobre normas.

Pues bien, la violación de normas del primer tipo provoca la invalidez del acto legislativo; la invalidez del acto, a su vez, comporta la invalidez de todo el texto legislativo, independientemente de su contenido normativo (y por tanto, normalmente, independientemente de su interpretación)³⁰. La violación de normas del segundo tipo, por el contrario, provoca la invalidez de las normas legislativas (las cuales obviamente deben ser identificadas mediante interpretación).

Por otra parte, la invalidez de una norma puede, según los casos, extenderse o no a la disposición que la expresa. Si una disposición expresa, separada o conjuntamente, varias normas todas inválidas, entonces la invalidez se extiende de la norma a la disposición. Si, por el contrario, la disposición expresa, separada o conjuntamente, varias normas no todas inválidas, entonces la invalidez no afecta a la disposición sino solo a una o más de una de las normas por ella expresadas.

En un caso, entonces, la disposición sale del ordenamiento y, sea como sea que se la interprete, no puede seguir siendo aplicada. En el otro caso, solo una o más normas salen del ordenamiento, mientras la disposición conserva su validez y es aún susceptible de aplicación, siempre que sea oportunamente interpretada³¹.

²⁷ La situación es la siguiente: la disposición D expresa conjuntamente tanto la norma N1 como la norma N2; la norma N1 es inconstitucional, mientras la norma N2 es conforme a la constitución; el Tribunal declara inconstitucional N1. Un ejemplo entre muchos en Tribunal Constitucional italiano 63/1966.

²⁸ Cfr. por ejemplo Tribunal Constitucional italiano 300/1983. Por otra parte, según algunos también las sentencias aditivas pueden ser reconducidas a esta categoría.

²⁹ Para un ejemplo cfr. D. Nocilla, «In tema di dichiarazione d'incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 156 e 145 c.c.», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pp. 785 y ss.

³⁰ Generalmente es así pero, en rigor de verdad, no siempre. El art. 72, apartado 4, Constitución Italiana, exige un procedimiento legislativo de un cierto tipo —«el procedimiento normal de examen y aprobación»— para las leyes en materia constitucional y electoral, de delegación legislativa, de autorización para la ratificación de tratados internacionales, de aprobación de presupuestos y balance; en estos casos, el procedimiento legislativo está condicionado por el contenido normativo de la ley; por lo tanto también la comprobación de la validez formal de la ley requiere la previa identificación de su contenido, es decir, requiere interpretación.

³¹ R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, cap. V.

V

VARIEDAD DE INTÉRPRETES

Las distinciones introducidas en un capítulo anterior (interpretación en abstracto y en concreto; interpretación cognitiva, decisoria, creativa) resultan útiles para ilustrar una distinción ulterior, que se refiere no ya a la actividad interpretativa, sino a los sujetos que típicamente la ejercen¹: se trata sobre todo de los juristas, de los jueces, y (a veces) del legislador mismo².

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Se llama «interpretación doctrinal» a aquella llevada a cabo por los juristas académicos —es decir, por profesores de derecho— en sus estudios: monografías, manuales, ensayos, notas sobre sentencias u otros similares.

¹ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 49 ss. En particular sobre las relaciones entre las diversas interpretaciones, distintas según el sujeto interpretante, y sobre su tendencial convergencia, cfr. *ibidem*, pp. 56 y s.

² En lo que sigue, evito hablar de la llamada interpretación «oficial»: es decir, aquella llevada a cabo por cualquier poder público (pero típicamente por un órgano de la administración pública) en el ejercicio de sus funciones. Este concepto abarca de hecho un conjunto de actividades no homogéneas, como por ejemplo: los dictámenes del Consejo de Estado en sede consultiva, las circulares administrativas, los reglamentos interpretativos de leyes y otros. Se trata, en general, de interpretaciones en abstracto, cuya eficacia jurídica, sin embargo, es extremadamente variable. Sobre este tema, ver el amplio análisis de F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, pp. 256 y ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 52 y s.

La interpretación doctrinal es esencialmente, aunque no necesariamente, interpretación en abstracto³. Puede ser indiferentemente una actividad cognitiva (de averiguación), decisoria o creadora.

Cuando un jurista se limita a la interpretación cognitiva contribuye al conocimiento del derecho.

Cuando realiza una interpretación decisoria hace «política del derecho»: es decir, que intenta influir en las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación (y especialmente de los jueces); su interpretación tiene el valor de una «propuesta» (típicamente: propuesta de *sententia ferenda*) dirigida a los órganos de aplicación⁴.

Cuando, por último, realiza una interpretación creadora contribuye —o al menos pretende contribuir— a la producción del derecho: *Juristenrecht*⁵.

2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Se llama «interpretación judicial» a aquella llevada a cabo por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La interpretación judicial es necesariamente interpretación decisoria y es necesariamente (también) interpretación en concreto («también», no solo: desde el momento que, como hemos visto, toda interpretación en concreto presupone lógicamente una interpretación en abstracto).

La interpretación doctrinal carece de efectos jurídicos. Claro está que los juristas pueden, de hecho, influir en las decisiones de los jueces y de la administración pública (y en general de los órganos de aplicación). Pero ni los jueces ni la administración pública tienen obligación jurídica alguna de adecuarse a las interpretaciones propuestas por los juristas. Por el contrario, la interpretación judicial tiene efectos jurídicos: esta es vinculante para «las partes, sus herederos o causahabientes»

³ No necesariamente: por una parte, los juristas académicos ejercen, a veces (o a menudo), también la profesión de abogado; por otra parte, también ellos hacen interpretaciones en concreto, por ejemplo, cuando en los «comentarios de sentencias» analizan y eventualmente critican una decisión jurisdiccional.

⁴ A. Ross, *On law and Justice*, London, 1958, p. 46; G. Tarello, «Frammenti di una teoria dell'interpretazione», en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 293 y ss.

⁵ La doctrina contribuye efectivamente a la producción del derecho cuando las normas («apócrifas») por ella formuladas pasan a ser normas vigentes («derecho viviente», en el lenguaje del Tribunal Constitucional italiano) a través de las decisiones de los órganos de aplicación que las hacen propias.

(art. 2909 Cód. civ. italiano). Tal interpretación tiene, como suele decirse, eficacia «inter partes»⁶: tiene, en definitiva, efectos circunscritos al caso decidido⁷.

Préstese atención: la interpretación judicial es eficaz (en general⁸) solo «inter partes». Esto quiere decir, en primer lugar, que ninguna decisión jurisdiccional puede producir efectos jurídicos sobre «terceros», extraños al proceso. Pero también quiere decir que, en principio, ningún juez tiene la obligación de conformarse con las elecciones interpretativas de algún otro juez, incluido el supremo Tribunal de casación⁹.

Dicho de otra manera: en el ordenamiento italiano vigente, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos llamados de «common law», los «precedentes» jurisprudenciales —es decir, las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores, similares, en algún aspecto esencial, al caso sobre el que se va a decidir— no son vinculantes para los otros jueces. Para decirlo aún en otras palabras, cada juez goza de total autonomía interpretativa: el juez está sujeto a la ley, y solo a esta (art. 101, apartado 2, Constitución italiana)¹⁰; por lo tanto no está sujeto a los precedentes. En este sentido, la jurisprudencia no es fuente formal del derecho en el ordenamiento italiano¹¹.

Así están las cosas, en teoría. No obstante, resulta claro que, si un juez, en la interpretación de una determinada ley, se aparta de las orientaciones interpretativas del Tribunal de Casación, especialmente si se trata de orientaciones consolidadas, es probable que su sentencia sea impugnada por la parte afectada y luego sea casada por el Tribunal

⁶ Nos referimos aquí a la interpretación del juez ordinario. La cuestión sería diferente en relación con el juez administrativo y el juez constitucional.

⁷ En este sentido nos referimos evidentemente al derecho continental, en el que no vale la regla del precedente vinculante.

⁸ En general: ya que las decisiones de nulidad de los jueces administrativos y las decisiones estimatorias del juez constitucional tienen, en el ordenamiento italiano, eficacia *erga omnes*.

⁹ En cuanto a la interpretación de la ley contenida en sentencias (interpretativas) del juez constitucional, hay que distinguir. Cuando se trata de sentencias desestimatorias, la interpretación del Tribunal Constitucional puede resultar, de hecho, persuasiva, pero no es jurídicamente vinculante, dado que las sentencias desestimatorias, según opinión común, carecen de eficacia general, *erga omnes*. Cuando se trate en cambio de sentencias estimatorias, la interpretación del Tribunal adquiere la eficacia general que es propia, precisamente, de las sentencias estimatorias: la norma declarada inconstitucional es anulada.

¹⁰ Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, pp. 115 y ss.

¹¹ A pesar de que la Casación parezca a veces inclinada a considerar lo contrario: cfr. por ejemplo Casación 10514/1998 y 434/1999.

Supremo. Por esta obvia razón, los precedentes —sobre todo los precedentes de casación— ejercen sobre los jueces una eficacia «persuasiva»: en otras palabras, a menudo son de hecho seguidos, aunque no sean vinculantes¹².

3. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

Se llama «interpretación auténtica» (por antonomasia) a la interpretación de la ley llevada a cabo por el propio legislador mediante una ley posterior, cuyo contenido consiste precisamente en determinar el significado de una ley precedente¹³.

Se trata, obviamente, de una interpretación decisoria, y precisamente de una interpretación en abstracto. (Una ley que pretendiese interpretar «en concreto», es decir, determinar la solución de una controversia específica, o en cualquier caso interferir en los procesos en curso, constituiría un ejercicio no de la función legislativa, sino de la función jurisdiccional; tal ley sería, por tanto, inconstitucional por oponerse al art. 102, apartado 1, Constitución italiana, que reserva a los jueces la función jurisdiccional)¹⁴.

Normalmente (aunque en los hechos no siempre es así), la interpretación auténtica debería encontrar su justificación en el hecho que la vieja ley —la ley interpretada— ha recibido en la jurisprudencia interpretaciones discordantes.

También la interpretación auténtica, como la judicial, tiene efectos jurídicos. Pero, mientras la interpretación judicial es eficaz solo «inter partes», la interpretación auténtica, al estar contenida en una ley, es vinculante —al igual que cualquier otra ley — «erga omnes»: es decir, que vincula a todos los sujetos del ordenamiento¹⁵.

¹² Aquí se habla de los jueces comunes (no constitucionales) y de la interpretación de la ley (no de la constitución). A los intérpretes de la constitución se dedica un capítulo separado.

¹³ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, cap. VIII, separándose mucho del uso común, llama «auténtica» —es decir, productora de efectos jurídicos— a la interpretación de cualquier órgano competente para decidir en última instancia el significado de un texto normativo.

¹⁴ Tribunal Constitucional italiano 374/2000. Sobre los problemas (bastante más complejos) de constitucionalidad de las leyes interpretativas, véase A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003 (donde se analiza detalladamente la cambiante jurisprudencia constitucional al respecto).

¹⁵ Escribe de manera icástica R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, vol. II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato de

Según la opinión tradicional, las leyes de interpretación auténtica no introducen innovaciones en el derecho: se limitan a determinar el significado de una ley preexistente, de modo que no crean normas nuevas, sino que simplemente «reconocen» normas preexistentes. Por esta razón, tales leyes son comúnmente consideradas retroactivas: la ley interpretada, se supone, tenía ya el significado que ahora el legislador le atribuye.

Pero esta lacónica presentación de las leyes interpretativas no toma en cuenta algunos complejos problemas teóricos y jurídicos puestos de manifiesto por la interpretación auténtica, que resultan relevantes no tanto para la teoría de la interpretación sino más bien para la teoría de las fuentes. Sobre este punto volveremos en el próximo capítulo.

derecho civil, dirigido por R. Sacco, Torino, 1999, p. 173: «Cuando el legislador cree que se está autointerpretando tiene la fuerza del legislador, no tiene la fuerza del intérprete».

VI

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

1. LEYES INTERPRETATIVAS

Se llama «de interpretación auténtica», o simplemente «interpretativa», a toda ley o disposición legislativa cuyo contenido consista en la determinación del significado de una o más disposiciones legislativas anteriores¹.

Como se ha dicho ya, las leyes interpretativas son, como cualquier otra ley, vinculantes *erga omnes*; dado que la interpretación auténtica —a diferencia de la judicial, eficaz solo *inter partes* (art. 2909 Cód. civ. italiano)— vincula a todos los sujetos del ordenamiento.

Es una opinión tradicional que las leyes de interpretación auténtica no innovan sobre el derecho², no establecen normas nuevas, sino que simplemente reconocen normas preexistentes, ya que —se supone— se limitan a declarar el («verdadero») significado de una ley

¹ Al respecto: G. Gavazzi, «Sulla interpretazione autentica della legge», en AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano, 1955; G. Zagrebelsky, «Sulla interpretazione autentica», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1974; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 375 y ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, cap. V; G. Verde, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003. Otros significados de la expresión «interpretación auténtica» son enumerados por P. Chiassoni, en G. Alpa, V. Mariconda (eds.), *Codice civile commentato*, II ed., IPSOA (sin lugar), 2009, sub arts. 12-14 disp. prel. cod. civ., pp. 150 y ss. Para una perspectiva histórica, ver P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e riferimento al legislatore nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000.

² Una crítica ejemplar de esta tesis tradicional se puede ver en A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit.

preexistente³. Es pacíficamente admitido que, por esta razón, tales leyes tienen efecto retroactivo⁴: la ley interpretada, se supone, tenía ya el significado que ahora el legislador le atribuye.

2. ¿«AUTÉNTICA» EN QUÉ SENTIDO?

Para empezar, conviene preguntarse: ¿en qué sentido exactamente llamamos «auténtica» a la interpretación de la ley que se realiza mediante una ley posterior?

En el lenguaje corriente, la interpretación de un texto cualquiera se considera auténtica solo si es llevada a cabo por ese mismo sujeto —por esa misma persona— que es autor del texto interpretado. Por ejemplo, se llama auténtica a la interpretación del testamento realizada por el mismo testador.

Pero, evidentemente, cuando se habla de interpretación auténtica de la ley para referirse a la interpretación llevada a cabo por el legislador mediante una ley posterior, la misma expresión adquiere un significado distinto. Tal interpretación claramente no es auténtica en virtud de la

³ Esta opinión tradicional no es aceptada por todos (y, en verdad, no resiste la prueba de los hechos). P. Chiassoni, en G. Alpa, V. Mariconda (eds.), *Codice civile commentato*, cit., pp. 152 y s., distingue distintas concepciones de las leyes interpretativas. (i) Una concepción declarativa: mediante ley interpretativa el legislador hace explícito el que fuera, *ab origine*, el correcto significado de una precedente disposición legislativa. Tal concepción conoce dos variantes. (i.a.) Según la variante no-cognoscitivista, el legislador puede declarar, cual significado correcto de la disposición interpretada, cualquier significado. (i.b) Según la variante cognoscitivista, el legislador puede solo declarar, cual significado correcto, uno de los significados constatables mediante interpretación cognoscitiva. (ii) Una concepción innovadora: mediante ley interpretativa el legislador cambia el derecho vigente. También esta concepción admite dos variantes. (ii.a) Según una variante que podemos reconducir a Savigny, la interpretación auténtica puede solo ser innovadora, porque la interpretación propiamente dicha, en tanto empresa cognoscitiva, es tarea exclusiva de la ciencia jurídica. (ii.b) Según una variante que podemos reconducir a Kelsen, la ley interpretativa es un acto de política legislativa, que sustituye la originaria pluralidad de significados constatables en sede de interpretación cognoscitiva, por un significado determinado (de la disposición interpretada).

⁴ P.-A. Coté, «Fonction législative et fonction interprétative», en P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, 1995, p. 192: «El carácter retroactivo de la ley interpretativa o declarativa reside enteramente en la concepción clásica, según la cual todo texto posee un único significado verdadero, existente independientemente de la interpretación y es función de esta revelarlo. Dado que la ley interpretativa pretende simplemente elucidar el verdadero sentido de un texto, es normal que su aplicación actúe retroactivamente hasta el día en que el texto interpretado ha adquirido vigor».

identidad del sujeto autor⁵, desde el momento que una ley interpretativa puede ser perfectamente aprobada por una mayoría parlamentaria distinta a la que había aprobado la ley interpretada, como también por un parlamento «distinto» (es decir, por el parlamento en una legislatura posterior)⁶.

¿Qué es entonces lo que hace auténtica tal interpretación? ¿Tal vez la identidad del órgano del que emana la interpretación? ¿O en cambio el idéntico *nomen juris* del documento interpretante? ¿O, incluso, su idéntica colocación en la jerarquía de las fuentes? ¿O más bien el hecho que la ley interpretativa es, en cuanto ley, al igual que la ley interpretada, vinculante para los órganos de aplicación?

Sea cual sea el modo en que se responda a la pregunta, es bastante claro que si adoptamos el significado intuitivo de la expresión «interpretación auténtica», y asumimos como caso paradigmático de interpretación auténtica la interpretación del testamento llevada a cabo por el mismo testador, la interpretación auténtica legislativa no tiene realmente nada de auténtica. Su «autenticidad», podríamos decir, es una evidente ficción⁸.

Esto no deja de tener sus consecuencias porque, desde este punto de vista, la pretendida retroactividad de las leyes interpretativas no tiene justificación plausible alguna⁹.

⁵ Entre otras cosas, por el hecho obvio que en el mundo moderno las leyes son fruto de la deliberación de órganos colegiados, es decir, de sujetos colectivos.

⁶ Para simplificar, dejo de lado el hecho que, en el ordenamiento italiano vigente, las disposiciones de interpretación auténtica de leyes son a veces adoptadas hasta por el Gobierno mediante decretos con fuerza de ley.

⁷ Ver nota anterior.

⁸ Así A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit. También G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991, p. 92.

⁹ Es costumbre interpretativa considerar retroactivas las leyes interpretativas incluso en ausencia de una expresa disposición del legislador al respecto. Sin embargo (se puede sostener) se trata de una costumbre *contra legem* (art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano). En tal sentido A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., pp. 149 y ss. Conviene aquí señalar que en el ordenamiento italiano, admitida la retroactividad de las leyes interpretativas, la interpretación auténtica «in malam partem» no es de todos modos aceptada en materia penal (art. 25, apartado 2, Constitución italiana).

3. EL PRETENDIDO CARÁCTER «DECLARATIVO» DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

Según la doctrina tradicional, la interpretación llamada auténtica tendría naturaleza «declarativa», «de reconocimiento», del derecho vigente. Hoy en día, nos preguntamos si no tendrá más bien naturaleza «decisoria» e «innovadora», creadora de derecho nuevo¹⁰. La cuestión se puede resolver, tal vez, del siguiente modo.

Al hacer interpretación auténtica el legislador puede llevar a cabo al menos tres operaciones sensiblemente distintas:

(i) En primer lugar, puede suceder que exista —por decirlo con Kelsen— un «marco»¹¹ de múltiples interpretaciones jurisprudenciales preexistentes y divergentes y que el legislador escoja un significado en el ámbito de este marco.

(ii) En segundo lugar, puede suceder que exista un marco de múltiples interpretaciones jurisprudenciales preexistentes y que, sin embargo, el legislador escoja un significado que esté más allá de este marco.

(iii) En tercer lugar, puede suceder que no haya en absoluto una multiplicidad de interpretaciones jurisprudenciales divergentes y que haya, en cambio, derecho «viviente»¹², es decir, una interpretación (judicial) determinada ya consolidada y que el legislador imponga un significado distinto a ese ya aceptado.

Pues bien, en la primera hipótesis —y solo en ella— tal vez se pueda decir que la interpretación auténtica constituye genuina interpretación (decisoria) y que no innova respecto del derecho vigente¹³. Pero en las hipótesis restantes es evidente que la interpretación auténtica constituye creación de una norma nueva, es decir, común legislación innovadora, poco importa que malamente disfrazada de interpretación.

No hay nada de malo en esto: innovar en el derecho —incluido cambiar el «derecho viviente» que resulta molesto— es el oficio del

¹⁰ Para evitar malentendidos, repitamos ante todo que la interpretación auténtica constituye obviamente un acto de decisión, no de conocimiento: es interpretación «decisoria», no interpretación «cognoscitiva». No es reconocimiento de los significados del texto interpretado, sino decisión de un significado determinado que se prefiere a los otros (si otros significados, posibles o actuales, no existiesen, no habría razón alguna para interpretar auténticamente).

¹¹ Ver más arriba, cap. III, § 7.

¹² Sobre esta noción hay que hacer referencia a A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. Genesi, uso, implicazioni, Milano, 1994.

¹³ G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 91.

legislador y está en pleno derecho de ejercerlo. Pero naturalmente en estas circunstancias la «forma» de las leyes interpretativas —y su consecuente retroactividad— no tiene justificación plausible alguna.¹⁴

4. ¿ES LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA GENUINA INTERPRETACIÓN?

A pesar de esto, hay quien niega que las leyes interpretativas puedan constituir en caso alguno genuinos actos de interpretación (de la ley auténticamente interpretada), con el argumento que una ley —todas las leyes, incluidas las leyes interpretativas— consta de disposiciones sujetas como tales a interpretación, y no de normas, es decir, de interpretaciones. «Resulta evidente que, operando con normas mediante disposiciones, el legislador no realiza una interpretación, sino que crea nuevo derecho escrito»¹⁵.

El argumento no persuade. Es claramente verdadera la premisa: el legislador no puede hacer otra cosa que disposiciones y las leyes interpretativas constan precisamente de disposiciones (no ciertamente de normas). Es verdad en definitiva que, mediante leyes interpretativas, el legislador plantea nuevo derecho escrito (y que por tanto las leyes interpretativas están, a su vez, necesariamente sujetas a interpretación). Pero la conclusión resulta un *non sequitur* porque si es obviamente verdadero que la legislación necesariamente se expresa a través de disposiciones, es decir, enunciados lingüísticos, es sin embargo igualmente verdadero que también la interpretación (judicial y no judicial)

¹⁴ Existe en la doctrina la tesis (minoritaria, en verdad) según la cual ley interpretativa y ley interpretada son incompatibles siempre y, por lo tanto, siempre una deroga (tácitamente) a la otra en virtud del criterio cronológico de solución de las antinomias (siempre A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., p. 209). Al respecto conviene tal vez distinguir. Distintos —diría— son los efectos de la ley interpretativa sobre la ley interpretada según el tipo de operación llevada a cabo por el legislador. En la hipótesis (tal vez peregrina, pero no imposible) que el legislador de verdad se limite a escoger un significado en el ámbito de las interpretaciones ya presentes en la jurisprudencia y, por tanto, haga genuina interpretación (decisoria), no me parece que la ley interpretativa sea incompatible con la ley interpretada. Y si no hay incompatibilidad, no hay ni siquiera derogación tácita. En la otra hipótesis —el legislador atribuye a la ley interpretada un significado que está fuera del marco o incluso un significado diferente del derecho «viviente»— la incompatibilidad es evidente. Y la derogación de la ley anterior debería ser la consecuencia necesaria (G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 91).

¹⁵ A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., pp. 184 y s.

se expresa a través de enunciados lingüísticos y no podría expresarse de otro modo¹⁶.

La interpretación de un enunciado normativo —cualquier interpretación, realizada por quienquiera— consiste en formular un enunciado, el enunciado interpretante, que se asume como sinónimo del enunciado interpretado. El enunciado interpretante, es decir, el producto de la actividad interpretativa, no es sino una reformulación (una «traducción», si se quiere) del enunciado interpretado¹⁷.

En este sentido, legislación e interpretación no se excluyen mutuamente: pueden convivir bien en un único y mismo acto.

5. PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN

¿Cómo identificar una ley interpretativa? ¿Cómo distinguirla, si acaso es posible¹⁸, de una simple ley innovadora (es decir, una ley no ya que *identifica*, sino que *modifica* el derecho vigente, introduciendo en este normas nuevas)? Esta pregunta admite al menos dos respuestas tendencialmente divergentes:

(a) Un primer modo de ver la cuestión es aquel según el cual las leyes interpretativas se identifican sobre la base de indicios puramente

¹⁶ Léase este fragmento de Scarpelli: «Podríamos decir, paradójicamente, que las normas no existen: no existen como entes en sí, independientemente de los procedimientos interpretativos. Una norma es solo el punto de llegada de un procedimiento interpretativo, no puede ser expresada si no es relacionándola con un enunciado o conjunto de enunciados que deberán a su vez ser reinterpretados por quien quiera entender el significado y encontrar la norma» (U. Scarpelli, «Norma», en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, p. 570).

¹⁷ En la fórmula estándar de un discurso interpretativo, «El enunciado E expresa el significado S», tanto E como S son enunciados. Se llama disposición al enunciado a la izquierda de la fórmula, que es objeto de interpretación; se llama norma al enunciado S a la derecha de la fórmula, que es resultado de la interpretación; pero ambos son enunciados, no otra cosa. Es también verdad que no se suele llamar «disposiciones» a los enunciados interpretativos formulados por los jueces (o por otros intérpretes distintos del legislador mismo), pero esto no cambia, por así decir, su naturaleza lingüística de enunciados. En definitiva, la interpretación de un enunciado se expresa mediante otro enunciado, no se ve cómo podría expresarse de otra manera: no se puede escapar al lenguaje. Las normas son entidades lingüísticas al igual que las disposiciones: podríamos decir que las normas son «disposiciones interpretadas», distintas en cuanto tales de las «disposiciones interpretantes», pero siempre enunciados lingüísticos.

¹⁸ De lo cual duda por ejemplo A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., para quien las leyes interpretativas son siempre innovadoras, y siempre derogan *ex nunc* las leyes interpretadas.

textuales, como el título de la ley («Ley de interpretación auténtica») y/o la formulación de sus disposiciones («La disposición tal debe ser entendida en el sentido que...», y similares).

(b) Un segundo —y más extendido— modo de ver la cuestión es aquel según el cual las leyes interpretativas se identifican sobre la base de un elemento no textual sino estructural¹⁹, y precisamente por el hecho que las disposiciones interpretativas no dictan normas en sentido estricto (reguladoras de algún tipo de supuestos de hecho), sino más bien metanormas (o normas de segundo grado)²⁰, que tienen por objeto nada más que el significado de las disposiciones interpretadas. De manera que una disposición interpretativa es tal siempre que no sea idónea para resolver controversia alguna por sí misma, sino *en combinación* con la disposición interpretada, con la que «se suelda», de manera que las dos forman, por así decir, un único texto normativo (sujeto, por supuesto, a ulteriores interpretaciones)²¹.

6. PRO Y CONTRA

La interpretación auténtica es políticamente discutible y a menudo discutida.

1. *Pro*. A favor de la interpretación auténtica se pueden esgrimir dos argumentos distintos.

(a) El primer argumento hace referencia a la doctrina democrática de la soberanía popular: «la interpretación auténtica es un modo de consentir la efectiva prevalencia del poder normativo sobre el poder interpretativo (sobre todo de los jueces), para reconducir de este modo la amplitud de este último dentro de límites compatibles con el princi-

¹⁹ Críticas en A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., cap. V.

²⁰ Se llama «metanormas» (en sentido estricto) a aquellas normas que tienen por objeto (versan sobre) no actos o comportamientos, sino otras disposiciones o normas. Las normas de interpretación auténtica tienen por objeto, obviamente, otras disposiciones (de manera no distinta, por ejemplo, a las normas de derogación expresa: «Se deroga la disposición D de la ley L.»).

²¹ G. U. Rescigno, Recensión de A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, en *Diritto pubblico*, 2003. Se ha dicho: según este punto de vista, las leyes interpretativas se identifican sobre la base de un elemento no textual, sino estructural. Obsérvese, sin embargo: es precisamente en virtud de su tenor textual que una disposición puede ser considerada una metanorma que tiene por objeto (no un supuesto de hecho, sino solo) el significado de una disposición preexistente.

pio según el cual el derecho lo hace el legislador, su contenido es el establecido por este»²².

En definitiva, mediante la interpretación auténtica se afirma el principio de sujeción del juez a la ley (art. 101, apartado 2, Constitución italiana).

(b) El segundo argumento hace referencia a la doctrina liberal —que tiene su origen en Montesquieu— del equilibrio de poderes (*checks and balances*)²³: la interpretación auténtica responde al propósito de «remediar las interpretaciones jurisprudenciales divergentes con la línea de política del derecho perseguida por el legislador»²⁴.

A través de las leyes interpretativas, en definitiva, el poder legislativo controla y equilibra el poder jurisdiccional.

2. *Contra*. La interpretación auténtica puede sin embargo ser contestada desde dos perspectivas distintas.

En primer lugar, aduciendo que las leyes interpretativas son, según opinión generalizada (aunque discutible), retroactivas, pero lo son no ya porque lo establezca expresamente el legislador, sino que lo son en modo subrepticio²⁵.

En segundo lugar, aduciendo que las leyes interpretativas atentan contra el principio de separación de poderes, en la medida en que invaden el poder jurisdiccional o, al menos, una de sus funciones típicas como es precisamente la interpretación. Al respecto se puede observar lo siguiente.

El equilibrio de poderes, al que se hacía referencia más arriba, no hay que confundirlo con la separación de poderes en sentido estricto, es decir (grosso modo) con ese principio en virtud del cual no está permitido al legislador interferir en la función jurisdiccional y, de manera recíproca, no está permitido a los jueces interferir en la función legislativa²⁶. Ahora bien, el principio de separación de poderes se

presenta de distinta manera —e incluso llega a conclusiones opuestas— en relación con la interpretación auténtica según la manera como se conciba la interpretación en general:

(a) Primera concepción: la interpretación es parte integrante de la aplicación de la ley a casos concretos, por lo tanto de la función jurisdiccional. Así, el principio de separación de poderes exige desde luego que la interpretación le esté prohibida al legislador.

(b) Segunda concepción²⁷: la interpretación es una actividad no de mero conocimiento sino de creación de derecho; de manera que interpretar la ley es «hacerla». Por lo tanto el principio de separación de poderes exige que la interpretación le esté prohibida no ya al legislador, sino precisamente a los jueces.

Esta segunda concepción —que se basa en la ilusión que sea posible aplicar la ley sin interpretarla— tiene dos consecuencias notables:

El modelo de la separación de poderes se caracteriza por la conjunción de dos reglas: la regla de la especialización de las funciones y la regla de la recíproca independencia de los órganos. Dejando de lado la independencia de los órganos, que no interesa en el presente contexto, la especialización de las funciones exige que las (en hipótesis) tres funciones fundamentales del Estado —la legislativa, la ejecutiva y la judicial— sean distribuidas entre otros tantos órganos o complejos de órganos, y que cada una de ellas sea ejercida por el órgano o complejo de órganos competente de modo pleno y exclusivo: hace falta, en otras palabras (con las palabras de Montesquieu), que cada órgano tenga una exclusiva «*faculté de statuer*» y que a ningún órgano le sea conferida una simétrica «*faculté d'empêcher*». (ii) El modelo de equilibrio de poderes, por su parte, si que exige, también en este caso, que el poder político esté dividido y distribuido entre una pluralidad de órganos, pero excluye la especialización de las funciones, como también la plena independencia recíproca de los órganos. Nuevamente, haciendo abstracción de las relaciones entre los órganos, el equilibrio de poderes admite —e incluso requiere— recíprocas interferencias en el ejercicio de las funciones estatales ya que, según el genial descubrimiento de Montesquieu, solo el poder puede frenar al poder: «*Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*» (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre 4). De manera que, si a un órgano le es conferido un determinado poder, una «*faculté de statuer*», es oportuno, si no necesario, que a otro órgano le sea conferido un contrapoder, es decir, la «*faculté d'empêcher*». *Checks and balances*, en definitiva. Cfr. una vez más R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, cit., tercera parte, cap. II.

²⁷ Es esta la concepción característica del constitucionalismo jacobino. Ver M. Troper, «*Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*», en *Pouvoirs*, 16, 1981; M. Troper, «*La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française*», en AA. VV., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992.

²² G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 91 s.

²³ Un sistema de pesos y contrapesos en el cual cada poder está limitado y controlado por otro poder. Cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, tercera parte, cap. II.

²⁴ Tribunal Constitucional italiano 311/1995.

²⁵ Así, por ejemplo, A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit.

²⁶ Conviene aclarar que la locución «separación (división) de poderes» es el nombre no ya de un determinado y unívoco modelo de organización constitucional, sino de dos modelos bien distintos: para evitar confusiones, podemos llamar al primero «separación de poderes» en sentido estricto y al segundo «equilibrio de poderes». (i)

(i) La idea según la cual no siempre la aplicación de la ley requiere interpretación: *in claris non fit interpretatio*; cuando una ley es clara puede ser aplicada «mecánicamente» sin interpretación²⁸;

(ii) El instituto del *référé législatif*, es decir, la obligación del juez, en presencia de dudas interpretativas, de dirigirse al legislador para obtener una interpretación auténtica de la ley²⁹.

Ambas concepciones, sin embargo, tienen el defecto —entre otros— de no distinguir entre interpretación «en abstracto» e interpretación «en concreto».³⁰ Si se observa bien, solo la interpretación en concreto con efectos *inter partes* (y no en cambio la interpretación en abstracto con efectos *erga omnes*) constituye un ejercicio de la función jurisdiccional. De manera que, de acuerdo con el principio de separación de poderes, solo la interpretación en concreto (la solución de controversias específicas) debería ser prohibida al legislador, y —simétricamente— solo la interpretación en abstracto debería ser negada a los jueces³¹.

En definitiva, el principio de separación de poderes implica: (a) que se prohíba al legislador no ya interpretar sin más, sino interpretar en concreto, con eficacia *inter partes*; (b) que se prohíba a los jueces no ya interpretar sin más, sino interpretar en abstracto, con eficacia *erga omnes*.

VII

EL PRODUCTO DE LA INTERPRETACIÓN

Como hemos dicho en otra parte, se puede considerar producto de la actividad interpretativa:

- (a) El enunciado interpretativo, es decir, el enunciado mediante el cual se atribuye significado a un texto normativo, o bien
- (b) El significado adscrito al texto mediante tal enunciado.

Sobre los enunciados interpretativos ya hemos hablado en otra parte.¹ Ahora es necesario que nos ocupemos del significado.

1. LOS ADJETIVOS DE LA INTERPRETACIÓN

Innumerables son los adjetivos que, en la doctrina, se encuentran junto al sustantivo «interpretación». Entre otros (pero el inventario es seguramente incompleto): auténtica, judicial, doctrinal, oficial, declarativa, literal, correctora, extensiva, restrictiva, derogatoria, creadora, lógica, analógica, histórica, teleológica, conforme, sistemática, evolutiva...²

Se trata de un vocabulario heterogéneo, dentro del cual no resulta fácil establecer un orden³.

¹ Cap. II, § 8.

² Echando un vistazo a los manuales de derecho civil (los únicos en los que se puede hallar un, aunque sea sucinto, tratamiento de la interpretación a nivel didáctico elemental) se encuentran, mencionados en desorden, estos y otros tipos de interpretación. Evito enumerarlos todos para no aburrir excesivamente al lector.

³ Ver P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, pp. 123 y ss.

²⁸ Ver *infra*, quinta parte, cap. I.

²⁹ El instituto en cuestión estuvo vigente durante breve tiempo en la Francia revolucionaria. Art. 12, tit. II, ley 16-24 agosto 1790: los tribunales «ne pourront point faire des règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle».

³⁰ Sobre este punto ya hemos hablado más arriba, cap. II.

³¹ Art. 5 Code Napoléon: «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

Algunos de estos adjetivos (auténtica, doctrinal, etc.) tienen un significado unívoco: se refieren evidentemente a los intérpretes —sobre lo que ya hemos hablado anteriormente— y no presentan particulares problemas conceptuales.

Los restantes (literal, evolutiva, telcológica, conforme, etc.), en cambio, parecen referirse, de manera confusa, a veces al resultado de la interpretación —más precisamente al tipo de significado atribuido al texto interpretado⁴— y otras veces a la técnica interpretativa utilizada, es decir, al argumento usado para acreditar la interpretación elegida.

Intentemos despejar las incógnitas comenzando por el significado. En este sentido, resultan oportunas cuatro distinciones⁵.

2. SIGNIFICADO OBJETIVO/SUBJETIVO

Llamaremos «significado objetivo» al contenido de sentido de un texto normativo considerado en sí mismo, haciendo abstracción de cualquier otra posible consideración, es decir —para decirlo de otra forma—, el significado lingüístico, textual o incluso literal (en uno de los muchos sentidos de la expresión «significado literal», sobre los que volveremos más adelante).

Llamaremos «significado subjetivo» a aquel que se corresponde con la intención subjetiva de la autoridad normativa, es decir —para decirlo de otra forma— el significado intencional⁶.

Se trata de dos significados potencialmente (no necesariamente) divergentes, que corresponden a dos modos distintos de argumentar la interpretación. El significado lingüístico es fruto de una interpretación que apela esencialmente al significado común (o «propio») de las palabras, es decir, a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. El significado intencional es fruto de una interpretación que apela a una conjetura en torno a la intención del «legislador», intención derivada no del texto en cuanto tal, sino de elementos extralingüísticos, como los trabajos preparatorios, el contexto político y similares⁷.

⁴ Nótese que no en todas las expresiones que hemos dicho el vocablo «significado» puede ser sustituido por el vocablo «interpretación» sin que chirrie al uso común. Así, por ejemplo, se podrá hablar de «interpretación literal» y de «significado literal»; pero no sonarían bien expresiones como «significado declarativo» o «significado teleológico».

⁵ Con la advertencia que las dos primeras en parte se superponen.

⁶ Cfr. por ejemplo R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 251.

⁷ Se ha observado, sin embargo (A. Ross, *On law and Justice*, London, 1958, pp. 120 y s., 142, 146 y s., 157), que la distinción entre el significado expresado por un

3. SIGNIFICADO CONTEXTUAL/A-CONTEXTUAL

Contextual es aquel significado que se atribuye a un texto normativo coligiéndolo de elementos extra-textuales, como por ejemplo:

(a) La supuesta intención de la autoridad normativa, como quiera que se reconstruya (por ejemplo, atendiendo a los trabajos preparatorios)⁸;

(b) Las circunstancias de hecho en las que el texto normativo ha sido promulgado;

(c) Otros textos o fragmentos de texto contiguos o en cualquier caso circunstanciales al texto interpretado (al límite: todo el ordenamiento jurídico)⁹.

A-contextual o no-contextual («literal», en otro de los muchos sentidos de esta palabra) es aquel significado que se colige simplemente aplicando las reglas semánticas y sintácticas de la lengua de que se trate, y que refleja por tanto el contenido de sentido del texto normativo tomado en sí mismo, sin tener en cuenta otros elementos.

En definitiva, el significado a-contextual coincide, grosso modo, con el significado objetivo, del que hemos hablado más arriba. El significado subjetivo, por su parte, es una de las posibles formas del significado contextual.

Es inútil decir que, también en este caso, los dos significados son potencialmente divergentes.

enunciado independientemente de la intención del emisor y el significado correspondiente a la intención del emisor no está bien fundamentada. En el sentido que una interpretación completamente «objetiva» es simplemente inconcebible: toda interpretación parte del texto y busca llegar a la intención. De hecho, la actitud del intérprete está siempre influenciada por elementos extraños al texto. Por lo que todo se reduce a un diverso «estilo» argumentativo: en un caso (estilo subjetivo) se usan los trabajos preparatorios como prueba de la intención del legislador, mientras en el otro caso (estilo objetivo) no. Pero en cualquier caso la intención del emisor es un componente que no se puede eliminar del significado. Por cierto, observa siempre Ross, la intención, en cuanto fenómeno psicológico, es fundamentalmente inaccesible, por lo que solo puede ser objeto de discutibles conjeturas.

⁸ Sobre el particular G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, pp. 73 y ss.

⁹ No se puede no mencionar, sobre el particular, F. C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cap. IV. En la literatura contemporánea cfr. también F. Denozza, «La struttura dell'interpretazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995; R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

4. SIGNIFICADO «PRIMA FACIE»/«TODO-CONSIDERADO»

Significado «prima facie» (a primera vista) es aquel que resulta de la comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo, a la luz de los usos lingüísticos comunes, es decir, de las reglas sintácticas y semánticas de la lengua (de nuevo: significado «literal» en uno de los sentidos de esta palabra).

Significado «todo-considerado» («all-considered», como se dice a veces, o también significado «post interpretationem») es el resultado de la problematización del significado *prima facie* — toda vez que este resulte por alguna razón oscuro o insatisfactorio — y de una reflexión ulterior¹⁰.

También en este caso se trata de dos significados potencialmente, pero no necesariamente, divergentes. No necesariamente, ya que puede suceder que la reflexión induzca a descartar el significado «prima facie», pero puede suceder, también, que induzca en cambio a confirmarlo.

5. SIGNIFICADO ORIGINARIO/ACTUAL

Significado «originario» es aquel significado que un texto normativo tiene (o tenía) al momento de su entrada en vigor.

Significado «actual» (lo llamo así a falta de un nombre mejor) es aquel significado que un texto normativo asume en el momento en que es interpretado y eventualmente aplicado.

Se trata, obviamente, de significados potencialmente (si bien no necesariamente) divergentes, en especial cuando el texto normativo interpretado es muy antiguo en el tiempo¹¹.

Esta distinción, obviamente, puede ser cruzada con la distinción entre significado lingüístico y significado intencional. Tendremos por tanto dos variantes —una variante lingüística y una variante intencional— tanto del significado originario como del significado actual.

En cuanto al significado actual intencional, sin embargo, hay que observar que un significado de este tipo —si es que se puede conce-

¹⁰ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, cap. IV; P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi. Nozioni introduttive*, en M. Besson (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli, Torino, 1999, pp. 24 y ss.

¹¹ La distinción es trazada con singular claridad por A. Scalia, «Notes on the Judicial Interpretation of American Constitution», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, pp. 48 y ss.

bir— no se puede atribuir a un texto normativo sino mediante una especie de ficción, es decir, haciendo referencia a la intención que a modo de conjetura se puede atribuir a la autoridad normativa mediante un enunciado contrafáctico¹² del tipo «Si el legislador hubiese tomado en cuenta un caso de este tipo, lo habría regulado de tal y tal manera», «Si hubiese legislado en las circunstancias presentes, habría dispuesto tal y tal cosa».

6. INTERPRETACIÓN LITERAL

Como se desprende de todo lo que he estado diciendo, la expresión «interpretación literal» no tiene, en el uso común, un significado unívoco¹³. Por «interpretación literal» se pueden entender fundamentalmente tres cosas bastante distintas¹⁴:

(1) En un primer sentido, por «interpretación literal» se puede entender una interpretación *prima facie*¹⁵. Así entendida, la interpretación literal se contrapone obviamente a la interpretación «todo-considerado»¹⁶.

Como se ha dicho ya, la interpretación *prima facie* es fruto de una comprensión irreflexiva del significado: de intuición lingüística, si lo queremos decir así, que depende de las competencias lingüísticas y de las expectativas del intérprete¹⁷. Por el contrario, la interpretación todo

¹² Contrafáctico es un enunciado condicional con antecedente falso.

¹³ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 208 ss., enumera siete significados de la expresión. Cfr. también E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., cap. IV; V. Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000; R. Vernengo, *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, II ed., Buenos Aires, 1994; F. Poggi, «Contesto e significato letterale», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2007.

¹⁴ Una articulada distinción de los distintos tipos de significado literal se encuentra en E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 350.

¹⁵ Cfr. G. Carcaterra, «Analogia», en *Enciclopedia giuridica*, II, Treccani Roma, 1988, p. 5. Es esta la interpretación a veces llamada «declarativa»: G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 35. Ver sin embargo E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 345 y s. Nota Diciotti (*ibidem*, p. 358, nota 83) que «la atribución a una expresión lingüística de un significado distinto del literal debe considerarse generalmente como el resultado de un razonamiento y no de un inmediato acto de comprensión».

¹⁶ Cfr. F. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 232.

¹⁷ Cfr. P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi*, cit., pp. 26 y s. Por cierto, «en el derecho el sentido literal de un enunciado depende de un complejo siste-

considerado es fruto de la problematización del significado *prima facie* y de una ulterior reflexión¹⁸.

Se puede avanzar una conjetura en el sentido que la interpretación *prima facie* no requeriría argumentación (y generalmente no se argumenta), y que en cambio requeriría argumentación (y generalmente se argumenta) la interpretación todo considerado.

(2) En un segundo sentido, por «interpretación literal» puede entenderse una interpretación no-contextual o a-contextual¹⁹ (que no es distinta, como se ha visto, de la interpretación «objetiva»). Así entendida, la interpretación literal se contraponen obviamente a la interpretación contextual.

Contextual es aquella interpretación que, para acreditar el significado elegido, aduce elementos extra-textuales, como los ya mencionados (trabajos preparatorios, etc.).

A-contextual o no-contextual es aquella interpretación que, para acreditar el significado elegido (el significado «objetivo» del texto), no aduce más que las reglas semánticas y sintácticas de la lengua²⁰.

(3) En un tercer sentido, por «interpretación literal» puede entenderse una interpretación no-correctora, es decir, una interpretación —a veces llamada «declarativa»—²¹ que ni extiende ni restringe el supuesto significado «propio», «natural», «objetivo» (es decir, «literal» en uno u otro de los dos sentidos anteriores: significado *prima facie* o significado a-contextual), del texto normativo. Volveremos sobre este punto en un momento.

ma implícito y convencional de presuposiciones y de implicaciones conversacionales» (F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 251).

¹⁸ Cfr. E. Dicitoli, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., quien distingue entre «significado *prima facie*» y «significado *post interpretationem*».

¹⁹ Así parece entenderla, por ejemplo, P.-A. Coté, *Interpretation des lois*, III ed., Montréal, 1999, p. 367. Cfr. también E. Dicitoli, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 351 y ss.

²⁰ La interpretación literal, así entendida, no es a-problemática como podría parecer. Observa P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 82: en primer lugar, por «significado común» de las palabras pueden entenderse dos cosas sensiblemente distintas, es decir, el uso ordinario (no especializado) y, respectivamente, el uso técnico o técnico; en segundo lugar, el significado común (como quiera que se entienda) no es algo inmutable, de manera que «al interpretar literalmente una disposición, se puede hacer referencia [...] tanto al dato lingüístico al momento de la producción de la disposición, como al dato lingüístico al momento de su aplicación, e incluso a ambos datos». Ver más arriba cuanto se ha dicho a propósito del significado originario y del significado actual.

²¹ Cfr. lo que observa G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 33 y ss.

Naturalmente, constituye forma paradigmática de interpretación literal —bastante frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia— la reproducción, la iteración *sine glossa*, de la disposición interpretada, sin paráfrasis o reformulaciones²²; como si el intérprete hubiese identificado el significado del texto *sin* interpretación²³.

7. INTERPRETACIÓN DECLARATIVA/CORRECTORA

La locución «interpretación declarativa» asume significado —un significado, por otra parte, no unívoco, como veremos enseguida— en relación con la expresión «interpretación correctora», y viceversa. Una se contraponen a la otra: es declarativa la interpretación que se abstiene de corregir el significado del texto normativo interpretado; correctora, al contrario, es aquella que no se limita a declararlo, sino que precisamente lo corrige.

El uso de estas expresiones parece presuponer la teoría cognoscitivista de la interpretación²⁴: es decir, aquella teoría según la cual los textos normativos incorporan un significado intrínseco pre-constituido respecto de la interpretación, susceptible de conocimiento, de manera que la interpretación consiste precisamente en constatarlo²⁵.

(i) Se entiende generalmente por «interpretación declarativa» aquella interpretación que atribuye a un texto normativo su significado (se supone) «intrínseco», sin alterarlo en modo alguno.

Sin embargo —y en esto reside la no univocidad de la expresión— se puede considerar significado «intrínseco» de un texto normativo tanto su significado lingüístico («objetivo»), como su significado intencional («subjuntivo»).

²² Es decir, sin (a) la adición, (b) la eliminación o (c) la sustitución de palabra alguna. Ver al respecto P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 126 y ss. Asumiendo que existan fenómenos como la sinonimia (entre términos y sintagmas) y la equivalencia entre constructos sintácticos, esta noción estrictísima de interpretación literal se puede extender hasta incluir también reformulaciones del texto interpretado que consistan, sin embargo, (solo) en la sustitución de términos o sintagmas por sus sinónimos y/o de constructos sintácticos por constructos equivalentes.

²³ Ver al respecto la controversia en torno a las relaciones entre interpretación y significado, y en particular la tesis «In claris non fit interpretatio», sobre la que volveremos en el cap. I de la parte quinta.

²⁴ Hablaremos más extensamente sobre este punto en el capítulo dedicado a las teorías de la interpretación.

²⁵ Por lo que el intérprete puede, según los casos, averiguar y «declarar» el significado, o en cambio averiguarlo pero, después, «corregirlo».

(ii) Se entiende por «interpretación correctora», simplemente, cualquier interpretación no declarativa.

La interpretación correctora, sin embargo, puede ser tanto «extensiva» como «restrictiva»²⁶.

8. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA/RESTRICTIVA

Interpretación extensiva, interpretación restrictiva: cada una de estas dos expresiones puede denotar dos cosas bastante distintas (distintas conceptualmente, aunque no siempre distinguibles en concreto).

Hay que recordar que —a causa de la inevitable vaguedad de los predicados (mediante los cuales son configurados los supuestos de hecho)— el campo de aplicación de toda norma es indeterminado, de manera que pueden darse casos concretos que seguramente se ubican dentro de dicho campo, casos que no menos seguramente no se ubican dentro de dicho campo y, finalmente, casos de dudosa calificación. Pongamos un simple ejemplo.

Supongamos que nos encontramos con una norma que se aplica a las «viviendas». Supongamos además que hemos convenido que el vocablo «vivienda»: denota el apartamento en el que uno vive y se extiende por tanto sin lugar a dudas al dormitorio y a la cocina; no comprende seguramente la oficina en la que uno trabaja; es dudoso si se aplica al sótano eventualmente anexo a un apartamento. Ahora bien:

(i) En un primer sentido (podríamos decir, estricto) constituye:

(a) Interpretación extensiva aquella que aplica la norma en cuestión también al sótano;

(b) Interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma al sótano.

(ii) En un segundo sentido (digamos, lato) constituye:

(a) Interpretación extensiva —o, más precisamente, aplicación analógica— aquella que aplica la norma también a la oficina;

²⁶ P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi*, cit., p. 27: «Mediante interpretación correctora, el intérprete, habiendo constatado una discrepancia entre el texto de la ley y la voluntad del legislador, remedia la (sostenida) falta de adecuación de la interpretación literal, sustituyéndola con un precepto cuyo ámbito de aplicación es, alternativamente, más amplio (*lex minus dixit quam voluit*) o más restringido (*lex magis dixit quam voluit*), y representa por lo tanto una interpretación extensiva, o bien una interpretación restrictiva, de cierta disposición». Sobre las nociones de interpretación restrictiva y extensiva ver también E. Dicioni, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 253.

(b) Interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a todo el apartamento, sino que excluye (supongamos) la cocina.

La diferencia entre los dos tipos de interpretación extensiva está en lo siguiente: la interpretación del primer tipo reduce la indeterminación —la «zona de penumbra»— de la norma extendiendo el campo de aplicación también a los casos dudosos; la interpretación del segundo tipo, por el contrario, produce una norma nueva con el auxilio del argumento analógico (la pretendida semejanza, a la luz de una supuesta *ratio legis*, entre apartamento y oficina).

La diferencia entre los dos tipos de interpretación restrictiva, a su vez, está en lo siguiente: la interpretación del primer tipo reduce la indeterminación de la norma restringiendo el campo de aplicación solo a los casos claros (y excluyendo los casos dudosos); la interpretación del segundo tipo, por el contrario, mediante el argumento de la disociación (dormitorio y cocina son supuestos de hecho sustancialmente distintos) introduce en la norma una cláusula de excepción (la vivienda, a excepción de la cocina), lo cual —obsérvese bien— equivale a sustituir la norma originaria («Si vivienda, entonces x») con una norma distinta («Si vivienda y no cocina, entonces x»).

Las interpretaciones extensiva y restrictiva del primer tipo son operaciones meramente interpretativas, que consisten en determinar el significado de los predicados usados por la autoridad normativa para delinear el supuesto de hecho.

Las interpretaciones extensiva y restrictiva del segundo tipo son más bien operaciones «constructivas» —de construcción jurídica— que consisten, respectivamente: en formular una norma nueva, no expresada (interpretación extensiva); y en formular una excepción no expresada, en otras palabras, como he dicho ya, en sustituir una norma por otra (interpretación restrictiva).

9. INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA/EVOLUTIVA

(i) Se llama «originalista» a la interpretación que atribuye a un texto normativo su significado originario²⁷. Se pueden distinguir dos versiones:

²⁷ J. Raz, «Intention in Interpretation», en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, 1996; K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999; J. Goldsworthy, «Originalism in Constitutional Interpretation», en *Federal Law Review*, 25, 1997; R.S. Kay, «Adherence to Original Intentions in Constitutional Adjudication».

(a) Una versión lingüística, que atribuye a un texto el significado lingüístico originario (o «histórico», es decir, aquel que tenían las palabras en el momento en que el texto se promulgó);

(b) Una versión intencionalista, que atribuye a un texto el sentido originariamente querido por la autoridad normativa.

(ii) Llamaremos, por el contrario, «evolutiva» a la interpretación que atribuye a un texto su significado actual (si discordante del original).²⁸

Más en general, sin embargo, se llama «evolutiva» a toda interpretación que atribuya a un texto normativo un significado nuevo, distinto del significado usual o consolidado.²⁹

La interpretación evolutiva es fruto de la adaptación de viejas, o relativamente viejas, leyes (o constituciones) a situaciones nuevas, no previstas por el legislador histórico (o por los padres constituyentes)³⁰.

Para comprender lo distintos que pueden ser los resultados de la interpretación originalista y, respectivamente, evolutiva, tómese este simple ejemplo. La octava enmienda (1791) de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe que se inflijan penas «cruces e inusuales». Es obvio que hoy en día son «inusuales» y son sentidas como «cruces» sanciones penales que en 1791 no eran tales: por ejemplo, la pena de muerte. Por lo que la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte, si se la interpreta de manera «evolutiva»; la consiente, si se la interpreta de manera «originalista».

Segunda parte

CONSTRUCCIÓN JURÍDICA Y CIENCIA DEL DERECHO

Three Objections and Responses», en *Northwestern University Law Review*, 82, 2, 1988; R.S. Kay, «Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution», en *Constitutional Commentary*, vol. 6, 1, 1989; J. Allan, «Constitutional Interpretation v. Statutory Interpretation. Understanding the Attractions of "Original Intent"», en *Legal Theory*, 6, 2000. Cfr. P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, 1998. Ulteriores indicaciones sobre la doctrina y la jurisprudencia (también italianas) se encuentran en P. Bianchi, «Le trappole dell'originalismo», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, p. 281 ss.

²⁸ F. Degni, *L'interpretazione della legge*, II ed., Napoli, 1909; W. N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.), 1994.

²⁹ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, reimpresión 1953, p. 119, observa que aquí no se puede hablar de «verdadera interpretación», ya que en realidad se trata de la creación de una «norma nueva».

³⁰ Se entiende que no se puede argumentar en favor de la interpretación evolutiva haciendo referencia a la intención «fáctica» de la autoridad normativa (es decir, la intención real de los legisladores de carne y hueso, en el caso que exista y se pueda conocer), que es, en cambio, un argumento fundamental de la interpretación originalista en la variante intencionalista. Se puede en cambio argumentar: o con referencia a la intención contrafáctica del legislador, o con referencia a la así llamada «naturalidad de las cosas» (G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 378 y ss.): la interpretación de los textos normativos debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que estos deben ser aplicados.

I

ANTINOMIAS

1. NOCIÓN DE ANTINOMIA

Puede suceder —en verdad sucede continuamente— que dos normas dispongan para un *mismo* supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias), singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas *incompatibles*¹. En virtud de una primera norma, N1, el caso F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma, N2, el mismo caso F tiene la consecuencia no-G. Estas situaciones de conflicto, contraste o incompatibilidad entre normas se llaman comúnmente «antinomias»².

¹ «Se produce una incoherencia entre dos normas cuando efectos jurídicos incompatibles están relacionados con una misma circunstancia de hecho» (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 128). Obsérvese: el concepto de antinomia, al igual, por otra parte, que el de laguna (volveremos sobre esto en el próximo capítulo), es una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento («El comportamiento x es obligatorio», «El comportamiento y está prohibido», «El comportamiento z está permitido», etc.), las antinomias se presentan como calificaciones incompatibles de una misma conducta: se produce una antinomia cuando un mismo comportamiento es calificado como obligatorio y prohibido (contrariedad), o bien prohibido y permitido (contradicción), o incluso obligatorio y facultativo (contradicción). Para quienes en cambio conciben las normas como enunciados condicionales que relacionan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las antinomias se presentan como consecuencias incompatibles relacionadas con un mismo supuesto de hecho. Este último es el punto de vista adoptado en el texto.

² En la vasta literatura: N. Bobbio, «Antinomia», en *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 667 y s.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, cap. III; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 26; Ch. Perelman (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965; N. Bobbio,

Dicho de otra manera: se produce una antinomia toda vez que un caso concreto es susceptible de dos soluciones distintas y opuestas. En circunstancias de este tipo, no resulta posible decidir sobre el caso. O mejor dicho: el caso, admitiendo dos soluciones, puede resolverse indiferentemente en un modo o en otro. Podría por tanto suceder que un cierto caso fuese resuelto de un cierto modo por un determinado juez, y otro caso del todo análogo al primero fuese resuelto de modo opuesto por otro juez o (¿por qué no?) incluso por el mismo juez en otra ocasión: incurriendo en evidente violación del principio de igualdad y del valor de certeza del derecho.

Se llama «coherente» al conjunto de normas que carece de antinomias³. Se llama «incoherente» a un conjunto de normas incluso si presenta una sola antinomia.

2. TIPOS DE ANTINOMIAS

Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de antinomias: antinomias «en abstracto» (o necesarias) y antinomias «en concreto» (o contingentes). En general, las primeras son relativamente raras; las segundas, por el contrario, son extremadamente frecuentes (y probablemente inevitables).

(1) *Antinomias en abstracto*. Tenemos una antinomia «en abstracto» cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos (es decir, a *clases* de casos concretos) que se superponen *conceptualmente*. De manera que la antinomia puede ser

Studi per una teoria generale del diritto, Torino, 1970, p. 95 ss.; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, pp. 103 y ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 143 y ss., 313 y ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, pp. 178 y ss.; T. Mazzarese, «Antinomias», en *Digesto delle discipline privative*, IV ed., Sezione civile, vol. I, Torino, 1987; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 274 y ss.; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. IV.

³ La coherencia (en inglés: *consistency*) hay que distinguirla de la cohesión o congruencia (en inglés: *coherence*). El concepto de coherencia es cristiano: «coherencia» significa ausencia de contradicciones. Por el contrario, el concepto de congruencia —grosso modo: armonía axiológica— es bastante inaprehensible. Cfr. de todos modos N. MacCormick, «La congruenza nella giustificazione giuridica» (1983), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987, pp. 243 y ss.; M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009.

identificada ya en sede de interpretación textual, «en abstracto», sin que por tanto haga falta representarse un caso concreto.

Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe (literalmente) el «aborto» sin ulteriores especificaciones y una segunda norma permite (literalmente) el «aborto terapéutico», la antinomia puede ser reconstruida «en abstracto», independientemente de cada caso concreto, dado que la clase de los abortos terapéuticos está *conceptualmente* incluida en la (constituye una subclase de la) clase de los abortos sin especificaciones.

(2) *Antinomias en concreto*. Tenemos una antinomia «en concreto» —o contingente⁴— siempre que, en sede de aplicación, se advierte que dos normas, que no entran en conflicto en abstracto, conectan sin embargo consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo caso *concreto*. Tal cosa sucede toda vez que un caso concreto (o una subclase de casos concretos) se inscribe simultáneamente en dos clases de casos *conceptualmente independientes* para los cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. De manera que la antinomia puede ser identificada solo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto (al cual, precisamente, por azar, le son aplicables ambas).

Imaginemos —el ejemplo es insulso, pero nos da una idea— que una primera norma disponga «Los ciudadanos deben pagar los impuestos» y una segunda norma disponga «Las personas desempleadas no deben pagar impuestos». Los casos abstractos a los que se refieren las dos normas —respectivamente «ciudadanos» y «personas desempleadas»— son conceptualmente inconexos: que de hecho haya, o no haya, ciudadanos desempleados es contingente (podría existir pleno empleo; las únicas personas en el paro podrían ser inmigrantes extranjeros). Por lo tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: no se presentará antinomia alguna mientras haya pleno empleo; no se presentará antinomia alguna si existe desocupación solo entre los inmigrantes; en cualquier caso, no se presentará antinomia alguna mientras se trate de decidir si la obligación tributaria grava a los ciudadanos con empleo o a los extranjeros y apátridas desempleados. Pero se presen-

⁴ W. Malgaud, «Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. Gavazzi», en Ch. Perelman (ed.), *Les antinomies en droit*, cit., p. 18. Malgaud pone el ejemplo de Orestes, al cual una norma le impone vengar al padre (Agamenón), matando a su asesina (Clitemnestra), y otra norma le impone respetar a los padres. Pero la asesina de su padre es precisamente su madre. No hay antinomia en abstracto entre la norma que obliga a vengar a los padres y la que impone respetarlos. La antinomia nace en concreto de la circunstancia, casual, de que el asesino de Agamenón es precisamente Clitemnestra.

tará una antinomia toda vez que se discuta la obligación tributaria de un ciudadano desempleado. Tal cosa sucede por la simple razón que —no obstante ser conceptualmente inconexos los dos casos abstractos⁵—, de hecho se verifican casos concretos que entran en el campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos desempleados pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de las personas desempleadas. No se presentaría ninguna antinomia si, de hecho, la clase de los ciudadanos desempleados estuviese vacía, es decir, si no hubiese ciudadanos desempleados o no hubiese desempleados ciudadanos.

O incluso: una primera norma dispone que es obligatorio detener el coche frente a un semáforo en rojo; una segunda norma prohíbe detener el coche en los alrededores de las instalaciones militares. Los casos regulados por las dos normas (respectivamente: «semáforo rojo» y «alrededores de las instalaciones militares») son inconexas, de manera que entre las dos normas no se produce, en abstracto, antinomia alguna. Para que una antinomia se presente basta sin embargo que alguien tenga la «poco brillante [...] idea de ubicar un semáforo en las proximidades de una instalación militar»⁶.

Las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del discurso de las fuentes, mientras que las antinomias en concreto dependen, por así decir, de aquello que sucede en el mundo, es decir, de las circunstancias de hecho⁷.

Por otra parte, las clases de casos regulados por las dos normas que forman la antinomia pueden superponerse *completamente o parcialmente*⁸.

(i) *Antinomias totales*. Tenemos superposición total siempre que las dos normas conectan consecuencias incompatibles con la misma clase de supuestos de hecho. Por ejemplo una norma califica el divorcio como permitido y otra lo califica como no permitido⁹.

(ii) *Antinomias parciales*. La superposición parcial puede ser de dos tipos.

⁵ Ciudadanía y empleo son, evidentemente, conceptos independientes.

⁶ J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, p. 93, del cual tomo el ejemplo.

⁷ Las antinomias en cuestión se producen entre dos normas «por la casual configuración, en la realidad, de aquello sobre lo que ellas [las normas] versan» (T. Mazzarese, «Antinomia», en *Digesto*, IV ed., Torino, 1987, § 3). Cfr. también G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 170.

⁸ A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 128 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 143; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 276 y ss.

⁹ Las antinomias totales son además antinomias en abstracto.

(a) *Antinomias parciales unilaterales*. En primer lugar, puede suceder que la clase de supuestos de hecho regulada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulada por la otra. Retomemos el ejemplo dado más arriba: una norma N1 prohíbe el aborto sin ulteriores especificaciones (es decir, toda la clase de los abortos); otra norma N2 permite el aborto terapéutico (que es una subclase de los abortos). No se produce antinomia cuando estén en discusión abortos no terapéuticos (prohibidos por N1), pero se produce antinomia cuando estén en discusión abortos terapéuticos, que están permitidos por N2 pero prohibidos por N1.

(b) *Antinomias parciales bilaterales*. En segundo lugar, puede suceder que se produzca una intersección entre las dos clases de supuestos de hecho, de manera que algunos, *pero solo algunos*, de los casos regulados por una norma coincidan con algunos, *pero solo algunos*, de los casos regulados de manera incompatible por la otra. Por ejemplo, una norma N1 dicta una regulación cualquiera para los «reglamentos», mientras otra norma N2 dicta una regulación incompatible para los «actos ministeriales»¹⁰; no se produce antinomia cuando estén en discusión actos ministeriales no reglamentarios (regulados solo por N2), o reglamentos no ministeriales (regulados solo por N1); pero se produce antinomia cuando estén en discusión reglamentos ministeriales (regulados de manera incompatible tanto por N1 como por N2).

3. ANTINOMIAS E INTERPRETACIÓN

Tradicionalmente los conflictos entre normas se discuten bajo la rúbrica de la interpretación, como si su solución fuese un problema interpretativo. Pero la cuestión no es exactamente así.

Hay que empezar por la constatación que las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas: es decir, admiten más de una interpretación. Y cada interpretación distinta hace que de una misma disposición se desprenda una norma distinta.

Por ejemplo: el art. 40 de la Constitución italiana dispone que «El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan»; el art. 503 Cód. penal italiano —ahora parcialmente anulado por inconstitucionalidad¹¹— sanciona (sancionaba) la huelga «con fines po-

¹⁰ Se sobreentiende que algunos reglamentos (pero no todos) son actos ministeriales y que algunos actos ministeriales (pero no todos) son reglamentos.

¹¹ Tribunal Constitucional italiano 290/1974.

líticos». Ahora bien, el art. 40 de la Constitución italiana admite (entre otras) dos interpretaciones: (i) está permitido abstenerse colectivamente de trabajar (solo) con fines contractuales (la así llamada huelga «económica»); (ii) Está permitido abstenerse colectivamente de trabajar para defender cualquier interés, incluso político, de los trabajadores. Si se adopta esta segunda interpretación, las dos disposiciones expresan normas incompatibles¹²; si se adopta la primera, no se presenta ninguna antinomia.

O incluso: la Constitución italiana (art. 70) reserva a las Cámaras la función legislativa y al Gobierno (arts. 76 y 77) la adopción, bajo ciertas condiciones, de actos con fuerza de ley. Se sigue de esto que ningún acto administrativo puede derogar la ley, porque solo actos con fuerza de ley pueden derogar las leyes. El art. 2, apartado 1, del Texto único de las leyes de seguridad pública (R.D. 773/1931), dispone que «El Prefecto, en caso de urgencia o por grave necesidad pública, tiene facultad de adoptar las medidas [administrativas] indispensables para la tutela del orden público y de la seguridad pública». Esta disposición puede ser entendida en el sentido que (i) el Prefecto puede adoptar medidas de urgencia solo en el ámbito de las leyes vigentes, o bien en el sentido que (ii) el Prefecto puede adoptar medidas de urgencia incluso derrotando una ley. Si se adopta esta segunda interpretación, las dos disposiciones expresan normas incompatibles; si se adopta la primera¹³, no se presenta antinomia alguna.

Más en general, supongamos que tenemos dos disposiciones normativas, D1 y D2, cada una de las cuales admite dos interpretaciones distintas: D1a y D1b y, respectivamente, D2a y D2b. Supongamos además que D1a es incompatible con D2a. Las interpretaciones combinadas posibles de las dos disposiciones son obviamente cuatro: (i) D1a y D2a, (ii) D1a y D2b, (iii) D1b y D2a, (iv) D1b y D2b. Pues bien, si se escoge la combinación (i) se crea una antinomia. Pero basta escoger una cualquiera de las tres combinaciones restantes para que la antinomia desaparezca o, mejor dicho, no se presente.

En este sentido las antinomias son fruto de interpretación.¹⁴ Pero, naturalmente, la interpretación, si puede crear una antinomia, también

puede evitarla, prevenirla¹⁵. Así son las cosas, por tanto, en cuanto a la relación entre antinomias e interpretación.

(i) En primer lugar, una antinomia puede (tal vez no siempre, pero seguramente en muchos casos) evitarse, o prevenirse, por medio de oportunas precauciones interpretativas. En el sentido que puede interpretarse que los textos normativos expresan normas entre ellas compatibles, de manera que no se presente ninguna antinomia¹⁶.

Podemos decirlo así: en una *primera* interpretación (o interpretación *prima facie*) dos disposiciones expresan normas antinómicas. Sin embargo, es posible revisar y, en definitiva, descartar esta primera interpretación, procediendo a una *segunda* y distinta interpretación, de manera tal que no se presente ninguna antinomia¹⁷.

Supongamos que una disposición legislativa admita dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras N2 se opone a ella. Pues bien, si la disposición en cuestión fuese entendida en el sentido N2, sería inevitable el surgimiento de una antinomia (entre ley y constitución). Pero si se entiende en cambio dicha disposición en el sentido N1, se evita así la antinomia. Esto es lo que se llama «interpretación conforme»¹⁸.

(ii) En segundo lugar, una antinomia —así como puede evitarse mediante interpretación, del mismo modo— puede también producirse mediante interpretación. En el sentido que puede interpretarse que los textos normativos expresan normas incompatibles.

Retomemos el ejemplo precedente: tenemos una disposición legislativa que admite dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras N2 se opone a ella. Así como se puede escoger la interpretación conforme a la constitución (N1), evitando la antinomia, también se puede escoger la interpretación opuesta a la constitución (N2), con el resultado de producir la antinomia.

Naturalmente la producción de una antinomia mediante interpretación, si es llevada a cabo por un órgano jurisdiccional, no es el prelu-

¹² Es obviamente esta segunda la interpretación recogida por el Tribunal en la sentencia citada en la nota anterior.

¹³ Que hace propia el Tribunal Constitucional, en un primer momento con una sentencia interpretativa desestimatoria (Tribunal Constitucional italiano 8/1956), y después con una sentencia interpretativa estimatoria (Tribunal Constitucional italiano 26/1961).

¹⁴ Lo ha mostrado de manera magistral G. Gavazzi, *Delle antinomie*, cit., cap. I.

¹⁵ Ver los muchos ejemplos citados por P. Foriers, «Les antinomies en droit», en Ch. Perelman (ed), *Les antinomies en droit*, cit., pp. 20 y ss.

¹⁶ Ch. Perelman, «Les antinomies en droit. Essai de synthèse», en Ch. Perelman (ed), *Les antinomies en droit*, cit., p. 398, 403.

¹⁷ Cfr. P. Chiassoni, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 297 y s.

¹⁸ Volveremos sobre este punto en su momento: parte tercera, cap. IV.

dio de una sentencia de *non liquet*, sino que está predispuesta, más bien, a la no aplicación, o incluso a la anulación, de una de las dos normas en conflicto. Por otra parte, si es llevada a cabo por un jurista, la creación interpretativa de una antinomia está predispuesta a algún tipo de maniobra de política del derecho: según los casos, puede tratarse de una recomendación *de lege ferenda* o *de sententia ferenda*.

(iii) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, la identificación de una antinomia presupone la interpretación: no se producen antinomias antes de la interpretación; una antinomia solo puede presentarse cuando se ha consumado ya la interpretación.

(iv) En cuarto lugar, puesto que las antinomias son fruto de interpretación o, en cualquier caso, siguen —no preceden— a la interpretación, toda antinomia abre no propiamente un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Es decir, una antinomia no puede «resolverse» por vía interpretativa (advuértase: una cosa es resolver una antinomia, otra cosa es prevenirla o evitarla):

(a) Por una lado, por la simple razón que si la antinomia se presenta lo hace solo cuando la interpretación ya ha concluido¹⁹.

(b) Por otro lado, por la no tan simple razón que para resolver una antinomia hay que «eliminar» —en algún sentido que habrá que precisar²⁰— o al menos derrotar una de las dos normas en conflicto (o, quizás, eliminar ambas); y «eliminar», así como derrotar, una norma son cosas que atañen a la producción del derecho antes que a la interpretación.

4. MODOS DE SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS

En cierto sentido, las técnicas de solución de las antinomias no son objeto de la teoría de la interpretación, dado que (aunque con alguna excepción no marginal) son reguladas por normas jurídicas positivas²¹,

¹⁹ Claro está que es en sentido lógico, no cronológico, que las antinomias «siguen» no «preceden» a la interpretación.

²⁰ Una de las dos normas podría ser considerada derogada por entrar en conflicto con una norma posterior en el tiempo, o anulada por entrar en conflicto con una norma materialmente superior; en el ordenamiento italiano vigente (como veremos) una norma legislativa debe ser «inaplicable» (es decir, dejada de lado) cuando entre en conflicto con una norma comunitaria.

²¹ Se alude en particular: (i) al art. 15 disp. prel. Cód. civil italiano, que establece el principio «*lex posterior derogat priori*»; (ii) a todas aquellas disposiciones que esta-

y son distintas según el tipo de fuentes involucradas. Sucintamente, en el derecho italiano vigente la situación es la siguiente.

Una antinomia puede presentarse en al menos tres circunstancias distintas:

(1) Primer caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes distintas, pero del mismo tipo (por ejemplo, dos leyes estatales ordinarias).

Pues bien, dos fuentes semejantes normalmente habrán sido dictadas en momentos distintos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando la preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma posterior debe ser aplicada, la norma anterior debe considerarse derogada, no ya en vigor.

De este modo, se aplica el así llamado principio cronológico, dispuesto en el art. 15 disp. prel. Cód. civ. italiano: la norma posterior deroga a la anterior («*lex posterior derogat legi priori*»).

(2) Segundo caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes de distinto tipo. Aquí hay que hacer una ulterior distinción.

(2.1) En primer lugar, es posible que las dos fuentes en cuestión tengan entre sí una relación jerárquica, es decir, que una de ellas esté materialmente subordinada a la otra, en el sentido que no le está permitido contradecirla. Es lo que sucede, por ejemplo, en las relaciones entre constitución y ley (la ley no puede contradecir la constitución: arts. 134, 136 y 138 Constitución italiana), entre ley delegada y decreto legislativo (el decreto legislativo no puede contradecir la ley delegada: art. 76 Constitución italiana), entre ley y reglamento del ejecutivo (el reglamento no puede contradecir la ley: art. 4 disp. prel. Cód. civ. italiano).

En estos casos se debe aplicar la norma «superior». En cuanto a la norma inferior, esta es inválida: si es una norma de rango legislativo debe ser anulada por el Tribunal Constitucional; si es de rango reglamentario no debe ser aplicada por los jueces civiles y debe ser anulada por los jueces administrativos.

De este modo se aplica el así llamado principio jerárquico: la norma superior invalida la inferior («*lex superior derogat legi inferiori*»).

blecen relaciones de jerarquía material entre una fuente y otra, disponiendo que una determinada fuente no puede válidamente contradecir a otra (ejemplo: arts. 134 y 138 Constitución italiana, prevalencia de la Constitución sobre la ley ordinaria; art. 4, apartado 1, disp. prel. Cód. civil italiano, prevalencia de la ley sobre el reglamento; etc.). El concepto de jerarquía material se ilustra *infra*, cap. IV.

Obsérvese: el ordenamiento incluye una multiplicidad de normas que, con variadas formulaciones, establecen una relación jerárquica entre una fuente y otra (entre constitución y ley ordinaria, entre leyes estatales de principio y leyes regionales de detalle, entre leyes y reglamentos, etc.). En virtud de tal relación jerárquica, a una determinada fuente le está prohibido contradecir otra fuente. El principio jerárquico, sin embargo, no está establecido *en general* por norma positiva alguna: es fruto, más bien, de generalizaciones doctrinales.

(2.2) En segundo lugar, es posible que las dos fuentes, no existiendo entre ellas relación jerárquica, tengan ámbitos de competencia distintos y que una de las dos haya invadido la competencia de la otra. Por ejemplo, puede suceder que una ley regional pretenda regular una materia que la constitución reserva a la ley del Estado, o que un decreto-ley pretenda regular una materia que la constitución reserva a la ley formal.

En estos casos, en virtud del así llamado principio «de competencia», la norma que proviene de la fuente competente debe ser aplicada. En cuanto a la norma proveniente de la fuente incompetente, esta es inválida. Por ejemplo, la ley regional que invade la competencia estatal es inválida: no porque contradiga la ley del estado, sino porque viola la norma constitucional (por tanto una norma «superior») que determina la competencia regional²².

(2.3) En tercer lugar, es posible que las dos fuentes sean de igual rango en la jerarquía de las fuentes (la ley y el decreto-ley, por ejemplo) y que, teniendo ámbitos de competencia parcialmente distintos, de hecho cada una de ellas haya actuado en su ámbito de competencia.

En estos casos, se aplica una vez más el principio cronológico: la norma posterior deroga la anterior.

(3) Tercer caso: antinomia entre normas estatales y normas comunitarias (o, mejor dicho, de la Unión Europea). Este caso necesita una explicación independiente.

Dos posibles antinomias deben ser examinadas: la que se produce entre norma comunitaria y ley, y la que se produce entre norma comunitaria y constitución.

²² Como surge del ejemplo, el criterio de la competencia es parasitario del principio jerárquico. Sobre las relaciones entre jerarquía y competencia, en la literatura reciente, ver G.U. Rescigno, «Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme», en *Diritto pubblico*, 1-2, 2010.

(3.1) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma de rango legislativo —según la jurisprudencia constitucional²³— debe aplicarse la norma comunitaria y debe dejarse de lado, inaplicarse, la norma interna, tanto si es anterior como si es posterior, poco importa²⁴.

Sin embargo, la norma interna —aunque «dejada de lado», inaplicada— no es derogada, ni queda invalidada²⁵. Sigue en el ordenamiento, por así decir, «en letargo»: podría recuperar eficacia en el momento en que la norma comunitaria fuese derogada (por un acto comunitario) y no sustituida.

(3.2) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma constitucional, hay que hacer una ulterior distinción:

(a) En general, en el conflicto entre normas comunitarias y normas constitucionales —según la jurisprudencia constitucional²⁶— la norma comunitaria (inopinadamente) prevalece, de manera que la norma constitucional debe ser dejada de lado e inaplicada²⁷: en definitiva resulta derrotada²⁸.

(b) Sin embargo, la norma comunitaria sucumbe cuando esté en conflicto con los principios constitucionales supremos o con las normas constitucionales que garantizan derechos inviolables: principios y normas que son —según el Tribunal Constitucional— absolutamente inderrotables²⁹.

²³ Se trata de derecho jurisprudencial.

²⁴ Tribunal Constitucional italiano 170/1984, 399/1987, 168/1991.

²⁵ Dado que, según el Tribunal Constitucional italiano, la norma comunitaria pertenece a un ordenamiento jurídico distinto y separado del ordenamiento interno, si bien «comunicante» con él, y ninguna norma puede provocar la derogación o invalidez de una norma que pertenece a un ordenamiento *distinto*: Tribunal Constitucional italiano 170/1984, 399/1987.

²⁶ Se trata, nuevamente, de (discutible) derecho jurisprudencial.

²⁷ O, mejor dicho, «no aplicada».

²⁸ Tribunal Constitucional italiano 399/1987, 168/1991, 117/1994.

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 168/1991, y también 1146/1988.

5. INTERFERENCIAS ENTRE PRINCIPIO JERÁRQUICO Y PRINCIPIO CRONOLÓGICO

El criterio jerárquico («*lex superior*») y el cronológico («*lex posterior*») de resolución de antinomias pueden interferir³⁰. Tal interferencia se verifica siempre que las dos normas en conflicto estén no solo establecidas en planos distintos de la jerarquía de fuentes, sino que hayan sido también dictadas en tiempos distintos.

La interferencia entre principio jerárquico y principio cronológico puede presentarse en dos situaciones distintas:

(i) En primer lugar, puede darse una antinomia entre dos normas, una de las cuales es al mismo tiempo jerárquicamente inferior pero cronológicamente posterior y la otra jerárquicamente superior pero cronológicamente anterior. Este es el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que se opone a una norma constitucional anterior o de una norma reglamentaria que se oponga a una norma legislativa anterior. En estas circunstancias, los dos criterios chocan entre sí: en virtud del criterio cronológico la norma inferior, en cuanto posterior, debería prevalecer sobre la norma superior (aunque sea superior); en virtud del criterio jerárquico, la norma inferior, en cuanto tal, debería sucumbir frente a la norma superior (aunque sea anterior).

Pero en realidad es aceptado sin discusión que, en caso de conflicto, el principio jerárquico prevalece sobre el cronológico. De manera que la norma inferior, independientemente del hecho de que sea anterior o posterior, es inválida cuando entra en conflicto con una norma superior. Por ejemplo, la ley posterior a la constitución que entra en conflicto con la propia constitución, claramente no deroga la constitución, sino que, al contrario, es inconstitucional y por lo tanto inválida.

(ii) En segundo lugar, puede darse una antinomia entre dos normas, una de las cuales es al mismo tiempo jerárquicamente superior y cronológicamente posterior a la otra. Este es el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que entra en conflicto con una norma constitucional posterior, o de una norma reglamentaria que entra en conflicto con una norma legislativa posterior. En estas circunstancias, los dos criterios no entran en conflicto, sino que concurren: la norma anterior e inferior, de hecho, puede indiferentemente considerarse o

³⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, cit., pp. 195 y ss.; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 111 y ss.; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pp. 113 y ss.

bien derogada por ser anterior (en virtud del principio cronológico), o bien inválida por ser inferior (en virtud del principio jerárquico).

El derecho vigente parece consentir ambas soluciones.

Por otra parte, cuando está en discusión una antinomia entre constitución y ley anterior a la constitución, doctrina y jurisprudencia parecen preferir decididamente la segunda, de manera que una norma legislativa en conflicto con la constitución, pero anterior a esta, debe considerarse no simplemente derogada, sino inválida, por inconstitucionalidad sobreviniente. Con la relevante consecuencia que la antinomia entre constitución y ley anterior no la pueden resolver los jueces comunes (por otra parte con efectos circunscritos al caso en cuestión), sino solo el Tribunal Constitucional (cuyas sentencias estimatorias tienen efectos *erga omnes*).

6. ESPECIALIDAD E INCOMPATIBILIDAD

El criterio de solución —o, mejor dicho, de composición— de las antinomias llamado «de especialidad» («*lex specialis derogat legi generali*»), que hasta aquí no ha sido siquiera mencionado, merece una explicación aparte. A diferencia de los criterios «*lex posterior*» y «*lex superior*», el criterio «*lex specialis*» no está prescrito en general por norma positiva alguna³¹: la mayoría de las veces es fruto de construcción jurídica³².

Comencemos por precisar el (o, mejor, un) concepto de norma especial³³.

³¹ El artículo 15 del Cód. penal italiano dispone: «Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley o la disposición legal especial deroga la ley o la disposición legal general, salvo disposición en contrario». Aquí, sin embargo, el criterio de especialidad se prescribe como método para escoger no ya entre normas en conflicto (es decir, como método de solución de antinomias), sino entre normas concurrentes. Ver por ejemplo G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, pp. 679 y ss.

³² Normalmente, el uso del criterio de especialidad es fruto de una decisión interpretativa autónoma del órgano de aplicación. Solo ocasionalmente el uso del criterio de especialidad es prescrito directamente por el legislador: algunas veces indicando expresamente que una determinada norma plantea una excepción a otra, y es por tanto «especial» (o, mejor, «excepcional») respecto de esta (con fórmulas del tipo «Dejando sin efecto...» y similares); otras veces indicando expresamente que cierta norma sufre excepciones y es por tanto norma «general» respecto de otras (con fórmulas del tipo «Con excepción de lo prescrito...» y similares).

³³ Ver el trabajo fundamental de S. Zorzelto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011.

Dadas una norma N1 que regula la clase de casos F (supongamos: los transportes suburbanos) y una norma N2 que regula una subclase de la clase de casos incluidos en F (supongamos: los transportes suburbanos por carretera),³⁴ diremos que N1 es general en relación con N2, y simétricamente que N2 es especial en relación con N1. Simplemente: los casos regulados por las dos normas presentan una relación de género a especie.³⁵

Ahora bien, una norma especial puede, según los casos, constituir una *especificación* de la norma general³⁶, o en cambio puede plantear una *excepción* a la norma general³⁷.

Una norma especial plantea una excepción a una norma general siempre que disponga —para uno o más casos incluidos en el campo de aplicación de la norma general— una consecuencia jurídica incompatible con aquella dispuesta por la norma general. Para ser más precisos, en estos casos no se debería hablar de normas especiales, sino más bien de normas *excepcionales*³⁸.

Evidentemente, el criterio llamado «de especialidad» —en tanto criterio de solución de antinomias— se alega en presencia de normas generales y normas excepcionales, es decir, de normas especiales que sean además *incompatibles* con las relativas normas generales. Solo de una norma excepcional se puede decir que derrota (en el caso en que verdaderamente derrote) a una norma general³⁹.

³⁴ Es decir, un supuesto de hecho concreto incluido en la clase F.

³⁵ Como se ve, especialidad y generalidad son conceptos de relación. Por otra parte, el ilustrado en el texto (relación de género a especie de los supuestos de hecho regulados) no es el único tipo de especialidad concebible: volver a ver S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., cap. I.

³⁶ Por ejemplo, «Todos los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre inmuebles», «Los ciudadanos de Liguria deben pagar un impuesto sobre inmuebles equivalente al x%».

³⁷ Por ejemplo, «Todos los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre inmuebles», «El impuesto sobre inmuebles no lo deben pagar los ciudadanos que residan en otros municipios».

³⁸ Dos normas guardan entre sí una relación de regla y excepción en la siguiente circunstancia. Supongamos que una norma N1 regula de un determinado modo una determinada clase de supuestos de hecho F («Si F, entonces G»). En principio, la clase de supuestos de hecho F incluye diversas subclases: F1, F2, F3, etc. Entre la clase F y sus subclases, evidentemente, media una relación de «género» a «especie». Supongamos además que una segunda norma N2 regula de manera incompatible una de estas subclases, por ejemplo F2 («Si F2, entonces no-G»). De este modo, la norma N2 excluye del campo de aplicación de la norma N1 la subclase de supuestos de hecho F2, y por tanto lo restringe. Pues bien, en estos casos, se suele decir indistintamente que N2 constituye una norma «especial» respecto de N1, que N2 «plantea una excepción» a N1, o que N2 «derrota» a N1. Por ejemplo, el art. 2046 del Cód. civil italiano («No responde por las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía capacidad de discernimiento y voluntad en el momento en que lo ha cometido [...]») derrota a la norma (más general dispuesta en el art. 2043 («Cualquier hecho doloso o culposo, que causare a otros un daño injusto, obliga a quien lo haya cometido a resarcir el daño»)).

³⁹ Solo si por norma especial se entiende (como casi siempre sucede) norma excepcional, se puede sostener que el criterio de especialidad («lex specialis derogat legi

7. DOS VARIANTES DEL CRITERIO DE ESPECIALIDAD

El criterio de especialidad —la norma especial derrota a la general— conoce, sin embargo, dos posibles variantes, que conviene distinguir.

(i) *Primera variante.* En una primera variante, el criterio de especialidad es una técnica de resolución de antinomias que se aplica en presencia de una antinomia entre dos normas —contiguas, o en cualquier caso de igual rango en la jerarquía de fuentes⁴⁰— que tengan entre ellas una relación de regla y excepción⁴¹: una antinomia, por tanto, del tipo parcial unilateral⁴².

generalis») no es otra cosa que una definición (apenas disfrazada) de norma especial (es decir, precisamente excepcional). Una norma excepcional es, de hecho, precisamente esto: una norma que presenta una excepción —y en este sentido derrota— a una norma relativamente más general. Desde este punto de vista, el criterio de especialidad se presenta no ya como una meta-norma para la solución de antinomias (lo que en efecto es), sino como una necesidad lógica (por definición, la excepción derrota a la regla general). Sin embargo, una definición, de por sí, no puede ofrecer una regla para la decisión de las controversias.

⁴⁰ Se puede dar por bueno que el criterio de especialidad no es aplicable cuando las dos normas en conflicto estén entre sí jerárquicamente ordenadas (la norma superior, aunque general, prevalece sobre la inferior, aunque especial).

⁴¹ Hay que hacer notar que, de dos normas se puede decir que guardan entre sí una relación de regla y excepción solo una vez interpretadas: lo cual es bastante obvio. Es sin embargo importante entender —y esto no es para nada obvio (lo ha aclarado muy bien S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit.)— que, en estos casos, el intérprete realiza no una, sino dos operaciones distintas: por un lado, interpreta en sentido estricto (es decir, atribuye significado a los textos involucrados); por otro lado, atribuye a una de las normas (obtenidas mediante interpretación) el valor de «regla» y a la otra el valor de «excepción» (esta segunda operación no es exactamente interpretativa, sino más bien «constructiva»). Así, la identificación de una norma como regla y de la otra como excepción no es tan «natural» como parece: depende de presuposiciones de variada naturaleza no lógicamente controlables. En muchos casos, se considera general la norma imperativa o prohibitiva y excepcional la norma permisiva o facultativa en el presupuesto ideológico-político de que el derecho, en cuanto ordenamiento normativo de la conducta, es esencialmente un conjunto de mandatos, cuya sola función es limitar la libertad «natural» (esa libertad, en sentido débil, de la que gozaría cada uno en un hipotético «estado de naturaleza», carente por completo de derecho); y que por lo tanto una norma jurídica positiva con contenido permisivo o facultativo no tiene otra función que la de circunscribir el campo de aplicación de una preexistente norma imperativa o prohibitiva (no tendría sentido establecer un permiso o una facultad que simplemente reiterase una libertad «primordial»).

⁴² Por lo general, cuando se trata de normas contiguas, la antinomia es considerada por los intérpretes como «aparente», asumiendo que la voluntad de toda autoridad normativa es al menos sincrónicamente coherente. De manera que la antinomia se evita o previene con idóneas técnicas interpretativas: una de estas es precisamente el criterio de especialidad (otras son la interpretación restrictiva, la interpretación conforme, la interpretación sistemática, la ponderación).

En virtud del criterio de especialidad, se considera no que una de las dos normas en conflicto sea inválida o quede derogada, sino que una de ellas —y precisamente la norma más general— es simplemente derrotada por la otra. La norma (relativamente) más específica es una excepción respecto de aquella (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no se aplica (es precisamente derrotada) allí donde resulte aplicable aquella particular. En este sentido, la norma especial —más precisamente: excepcional— «prevalece» sobre la general: la primera derrota, plantea una excepción, a la segunda⁴³.

Tómense por ejemplo los arts. 2043 y 2044 Cód. civ. italiano. Esquemáticamente: «Si daño injusto, entonces responsabilidad», «Si daño injusto y legítima defensa, entonces no responsabilidad»⁴⁴.

En algún sentido se podría decir que se trata no ya de dos normas distintas, sino de dos fragmentos normativos, que se pueden recomponer en una única norma que incorpora una excepción: «Si daño injusto y no legítima defensa, entonces responsabilidad». De este modo, la norma general se reformula en sede interpretativa, incorporando a la misma la norma excepcional, es decir, introduciendo en la norma general una cláusula de excepción o de exclusión. En otras palabras, desde este punto de vista aquí «no existe una verdadera incoherencia, sino solo un modo de expresarse [del legislador] que puede ser parafraseado mediante una sola norma»⁴⁵.

A pesar de esto, resulta más plausible sostener que en estos casos tenemos ante nosotros una incompatibilidad genuina, que se resuelve —en el ámbito de la construcción jurídica— adoptando un criterio de

⁴³ Si, por ejemplo, una norma N1 prohíbe el comercio de sustancias estupefacientes en general y otra norma N2 permite el comercio de cáñamo indico (suponiendo que el cáñamo indico se considere una sustancia estupefaciente), aplicando el criterio de especialidad se considerará que ambas normas son válidas y están vigentes, pero que N1 es derrotada por N2. Esto se resuelve a través de una interpretación restrictiva de N1, en virtud de la cual N1 prohíbe no ya el comercio de cualquier sustancia estupefaciente, sino solo el comercio de sustancias estupefacientes que no sean cáñamo indico.

⁴⁴ Recuérdese sin embargo lo que hemos dicho en una nota precedente a propósito de la identificación de una norma como regla y de otra norma como excepción. Parece «natural» considerar la clase de los daños provocados en el ejercicio de la legítima defensa como subclase de los daños sin ulteriores especificaciones. Pero no es así: la lógica no prohíbe considerar la clase de los actos de ejercicio de la legítima defensa que provocan daños como subclase de los actos de ejercicio de la legítima defensa sin ulteriores especificaciones. De nuevo: la identificación de una norma como regla y de otra como excepción depende de presupuestos no lógicamente controlables.

⁴⁵ A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 130. Críticas perspicuas a este modo de ver, en S. Zorzelto, *La norma speciale*, cit., cap. VI.

preferencia entre las dos normas incompatibles (el criterio «*dex specialis*», precisamente). Criterio, hay que insistir, que —aunque pueda parecer obvio— es él mismo fruto de construcción jurídica, dado que en general no es prescrito por norma positiva alguna⁴⁶.

Como quiera que sea, el uso del criterio de especialidad no plantea especiales problemas —parece realmente una operación completamente «natural»— cuando se presenta una antinomia entre dos normas contiguas (expresadas, por ejemplo, por dos disposiciones distintas de una misma ley). Los problemas nacen, sin embargo, cuando se lo quiere aplicar a normas diversamente dispuestas en el tiempo, de manera que una es cronológicamente posterior a la otra. En estos casos, de hecho, el criterio de especialidad interfiere inevitablemente con el principio cronológico («*dex posterior*»).

Pueden darse las dos situaciones siguientes⁴⁷.

⁴⁶ Señala agudamente S. Zorzelto, *La norma speciale*, cit., pp. 532 y ss., que considerar las dos disposiciones del Cód. civ. italiano mencionadas más arriba como normas distintas o como fragmentos de una única norma parece tener consecuencias relevantes sobre la carga de la prueba. En el primer caso (normas distintas), parece que el actor debe probar (solo) el daño, y que toca al demandado probar la legítima defensa; en el segundo caso (única norma que incorpora una excepción), parece que el actor debe probar tanto el daño como la ausencia de legítima defensa.

⁴⁷ A. Pizzorosso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, pp. 111 y ss.; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 113 ss. Un ejemplo. El art. 11, apartado 5, d. p. r. 382/1980 (modificado por las leyes 705/1985 y 118/1989), del ordenamiento italiano, prohíbe a los profesores universitarios a tiempo completo desempeñar cargos retribuidos por cuenta de cualquier sujeto que no sea una administración del Estado, un ente público, o un organismo con participación estatal mayoritaria. El art. 58, apartado 9, del decreto legislativo italiano 29/1993 (modificado por el art. 26 del decreto legislativo italiano 80/1998), a su vez, dispone que «los entes públicos económicos y sujetos privados no pueden conferir cargos retribuidos a dependientes públicos sin la previa autorización de la administración a la que pertenezcan dichos dependientes». Se puede inferir, a contrario, que entes públicos económicos y sujetos privados —al igual que las administraciones públicas (apartado 8)— pueden conferir cargos retribuidos a dependientes públicos, previa autorización de la administración a la que pertenecen. Por otra parte, esta norma se aplica a todos los dependientes de las administraciones públicas mencionadas en el art. 1, apartado 2, y en el art. 2, apartados 4 y 5, del mismo decreto legislativo italiano 29/1993: entre ellos se encuentran los profesores y los investigadores universitarios a tiempo completo (art. 2, apartado 5). Pues bien: se debe por tanto considerar que las nuevas disposiciones cambian el régimen preexistente de incompatibilidad de los profesores e investigadores a tiempo completo, de manera que también los profesores e investigadores a tiempo completo puedan ahora, previa autorización, aceptar cargos retribuidos no solo de las administraciones públicas (apartado 8), sino también de entes públicos económicos y de sujetos privados (apartado 9); lo al contrario se debe considerar que las nuevas disposiciones, en cuanto «generales», no derogan el régimen «especial» antes vigente relativo a los profesores e investigadores universitarios?

(a) La norma especial⁴⁸ es anterior a la general. En este caso —si la norma especial derrotase a la general— el criterio de especialidad debería reformularse de este modo: la norma especial no es derogada por la norma general posterior, sino que constituye una excepción a esta última (restringe su ámbito de aplicación): «lex posterior generalis non derogat priori speciali», como se suele decir en la doctrina.

Esta regla para la solución de las antinomias, sin embargo, no parece tener fundamento alguno en el ordenamiento italiano vigente, dado que, salvo las eventuales excepciones dispuestas por el legislador de manera expresa, la norma posterior, *aunque sea general*, deroga la anterior, *aunque sea especial*, en virtud del principio cronológico, que sí está establecido por el derecho positivo (art. 15 disp. prel. Cód. Civ. italiano). De manera que utilizar el criterio de especialidad para conservar la eficacia de una norma especial anterior constituye, *prima facie*, una violación del art. 15 disp. prel. Cód. civ. italiano.

Al menos se debe admitir, como hace el Tribunal Constitucional italiano, que «en la hipótesis en la que una ley general sobreviene a una ley especial, no es en absoluto verdadera la máxima *lex posterior generalis non derogat priori speciali*: puesto que los límites de dicho principio hay que verificarlos, en efecto, siempre y en cada caso, teniendo en cuenta la intención del legislador. Y no hay que descartar que en concreto la interpretación de la *voluntas legis*, de la que depende la solución del mencionado problema de sucesión de normas, ponga de manifiesto una extensión tal de la ley general posterior, que no tolere excepciones, ni siquiera provenientes de leyes especiales: que quedan, de tal modo, tácitamente derogadas»⁴⁹.

(b) La norma especial es posterior a la general. En este caso —si la norma especial derrotase a la general— el criterio de especialidad debería reformularse del siguiente modo: la norma especial no deroga la norma general anterior, sino que se limita a establecer una excepción a la misma (se limita a restringir su campo de aplicación, lo cual, por otra parte, no es muy distinto de una derogación «parcial»⁵⁰).

Pero también esta regla de solución de antinomias, dejando de lado los (raros) casos en los que es expresamente prescrita, es discutible. Es

⁴⁸ Para simplificar continuo expresándome en términos de «norma especial», pero debe quedar claro que me refiero exclusivamente a las normas especiales *incompatibles* con las correspondientes normas generales, es decir, a las normas *excepcionales*.

⁴⁹ Tribunal Constitucional italiano 29/1976.

⁵⁰ H. Kelsen, «La derogazione» (1962), en H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano, 1981.

verdad que, una norma especial establece una excepción a una norma general anterior, sin derogarla, cuando esto es expresamente establecido por el legislador. Pero en ausencia de una previsión expresa del legislador, resulta siempre posible afirmar que la norma más reciente (aunque sea especial) constituye una tácita derogación de la norma más antigua (aunque sea general): por ejemplo, argumentando que la norma más reciente expresa un nuevo principio (de una nueva política del derecho) capaz de arrasar por completo la vieja regulación⁵¹.

(ii) *Segunda variante.* En una segunda variante, el criterio de especialidad es una técnica de composición de las antinomias que puede aplicarse en presencia de una antinomia entre dos normas —contiguas o en cualquier caso del mismo rango en la jerarquía de fuentes— cuyos ámbitos de aplicación no guardan entre sí exactamente una relación de género a especie, sino que más bien se superponen parcialmente: una antinomia, en definitiva, del tipo parcial bilateral.

En estas circunstancias, el criterio de especialidad no puede aplicarse sino después de haber establecido, entre las dos normas en con-

⁵¹ También puede suceder que el principio de especialidad interfiera con el jerárquico. (i) Puede suceder, en primer lugar, que la norma especial sea jerárquicamente superior a la general. En este caso, el criterio de especialidad, si se toma en serio, debería decir así: la norma especial deroga a la norma general que está subordinada a la primera, sin provocar, sin embargo, su invalidez (si la norma general fuese inválida sin más, entonces veríamos actuar al principio jerárquico y no al de especialidad). Ahora bien, no cabe duda de que la norma especial superior o principal «prevalece» sobre la general subordinada: es decir, que la norma especial debe ser aplicada (cuando concurren, se entiende, los presupuestos), y la norma general inaplicada. Nótese, por otra parte, que aquí la norma especial prevalece sobre la general no en cuanto especial, sino en cuanto jerárquicamente superior. Resulta muy dudoso, sin embargo, que la norma general no deba ya considerarse inválida, sino simplemente derrotada, permaneciendo como norma válida (y por tanto aplicable, cuando no concurren los presupuestos para aplicar la norma especial). Se trata obviamente de un problema de interpretación: en particular, uno de esos problemas que se pueden resolver solo recurriendo a la interpretación llamada sistemática. En principio, la norma general puede considerarse inválida, por lo menos siempre que se pueda argumentar de manera convincente que la norma especial expresa o presupone un (nuevo) principio de derecho, de modo tal que echa por tierra cualquier norma que se oponga a él. (ii) Puede suceder, en segundo lugar, que en términos jerárquicos la norma especial esté subordinada a la general. En este caso, si se lo toma en serio, el criterio de especialidad debería decir así: la norma general superior no provoca la invalidez de la norma especial, sino que más bien esta última restringe el campo de aplicación de la primera. Evidentemente, en esta versión, el criterio de especialidad no tiene razón de ser. No cabe duda de que en estos casos la norma general «prevalece» sobre la especial: y precisamente en el sentido que la norma especial en contraposición con una norma general superior resulta decididamente inválida (y por tanto totalmente ineficaz). Baste una reflexión en el sentido que, si así no fuese, las leyes ordinarias podrían derrotar a la constitución.

flicto, una relación jerárquica, y precisamente *una jerarquía axiológica*, es decir, una relación de valor⁵². Una relación jerárquica, en otras palabras, creada no por el derecho mismo, sino por los intérpretes a través de la «construcción jurídica».

Supongamos, por ejemplo, que una primera norma N1 tutele el derecho a la intimidad de la vida privada y otra norma N2 garantice la libertad de prensa. Así, la publicación de una noticia periodística relativa a los hábitos sexuales de Ticio, por un lado, viola el derecho a la intimidad de este señor, pero, por otro lado, constituye un legítimo ejercicio de la libertad de prensa. En otras palabras: un mismo comportamiento es calificado ilícito por N1, lícito por N2. Pues bien, en un caso como este se puede entender *indiferentemente*:

(a) que la norma N1 constituye la regla general y N2 establece una excepción a aquella: como consecuencia, la libertad de prensa «cede» frente al derecho a la intimidad; el derecho a la intimidad no puede ser violado (ni siquiera) en ejercicio de la libertad de prensa; o bien lo opuesto,

(b) que la norma N2 es la regla general y N1 establece una excepción a aquella: como consecuencia, el derecho a la intimidad «cede» frente a la libertad de prensa; la libertad de prensa se puede ejercer (incluso) en violación del derecho a la intimidad.

Pero optar por una u otra solución presupone *en cualquier caso* una jerarquía de valores entre las dos normas en cuestión. En el caso (a), la norma N2 es axiológicamente superior respecto de la norma N1; en el caso (b), al contrario, la norma N1 es axiológicamente superior a la norma N2. De otro modo, la antinomia sería insoluble.

8. ANTINOMIAS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (REENVÍO)

Finalmente, necesitan un apartado especial las antinomias entre principios constitucionales. Se trata de antinomias sumamente peculiares: en general, son antinomias *en concreto*, entre normas que no guardan entre sí una relación de regla a excepción (antinomias, por tanto, del tipo parcial bilateral), cuya solución no está regulada por norma positiva alguna, de manera que solo puede ser fruto de construcción jurídica.

⁵² Volveremos más extensamente sobre este punto en otro capítulo.

No es aplicable el principio jerárquico, dado que las normas en cuestión tienen el mismo rango en la jerarquía de fuentes. No es aplicable el principio cronológico, dado que las normas en cuestión —salvo que una de ellas haya sido introducida a través de reforma constitucional— son coevas. No es aplicable el principio de especialidad, dado que las clases de supuestos de hecho reguladas no guardan entre sí una relación de género a especie, sino que se cruzan.

Baste aquí con decir que la técnica generalmente utilizada por los jueces constitucionales en casos como estos lleva por nombre *ponderación de principios*, y consiste en establecer entre los dos principios involucrados una jerarquía (a) axiológica y (b) móvil.

Volveré sobre este tema en otro capítulo, al hablar sobre la aplicación de los principios constitucionales.

II

LAGUNAS

La expresión «laguna del (en el) derecho» puede denotar no menos de tres fenómenos distintos¹: lagunas normativas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas².

¹ El concepto de laguna, como el de antinomia, es una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento («El comportamiento x es obligatorio», «El comportamiento y está prohibido», «El comportamiento z está permitido», etc.), las lagunas se presentan como comportamientos no calificados. Para quienes en cambio conciben las normas como enunciados que conectan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las lagunas se presentan como supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna. Este último es el punto de vista adoptado en el texto.

² Hay en realidad un cuarto fenómeno en relación al cual se ha hablado de «lagunas». Me limito a señalarlo. Se puede decir que un ordenamiento jurídico —entendido aquí no ya como conjunto de normas, sino como complejo de «instituciones»— presenta una laguna institucional siempre que, por causas de hecho, falte una de las instituciones que son esenciales para su funcionamiento. Por ejemplo: se crea una laguna institucional siempre que, en un estado monárquico, se extinga la dinastía reinante, hasta que no se provenga a dar otro titular a la corona, o no se instaure una nueva forma de Estado; se crea una laguna institucional siempre que una persistente abstención de voto del cuerpo electoral —como imaginó José Saramago en *Ensayo sobre la lucidez* (Madrid, 2004)— impida la formación de la cámara de representantes. El concepto y los ejemplos se pueden reconducir a S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925 (ahora también en S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969). En el ordenamiento constitucional italiano vigente, se produciría una laguna institucional en este sentido si, por ejemplo, el Presidente de la República o las Cámaras omitiesen sustituir a los jueces constitucionales cesados, que son designados respectivamente por el Presidente y el Parlamento. Distinta es la situación que se crearía en caso de que fuesen meramente derogadas (es decir, derogadas y no sustituidas) las normas que regulan la formación de un órgano constitucional. Se trataría de hecho no de una laguna institucional, sino

1. LAGUNAS NORMATIVAS

Puede suceder —no sé decir con qué frecuencia se produce el fenómeno— que el legislador regule una serie de supuestos de hecho, pero omita regular una o más de una de sus posibles combinaciones³.

Supongamos que tenemos un texto normativo en materia tributaria del cual, por vía interpretativa, hemos extraído las tres normas siguientes:

N1: El impuesto sobre la renta debe ser pagado por los ciudadanos (o bien: Si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta)

N2: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no sea residente en el territorio nacional (o bien: Si no residencia, entonces no impuesto sobre la renta)

N3: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no tenga una ocupación (o bien: Si desocupación, entonces no impuesto sobre la renta)

de una laguna técnica (la cual, sin embargo, podría a su vez generar una laguna institucional). Véase al respecto la jurisprudencia constitucional en materia de referéndum para la derogación (especialmente Tribunal Constitucional italiano 29/1987).

³ Es este el riguroso (y restringido) concepto de laguna normativa elaborado por C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971 (traducción castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1975) cap. I, § 7, quienes aducen un ejemplo sacado del código civil argentino en materia de adquisición de inmuebles *a non domino*: según cierta interpretación de las disposiciones relevantes, ninguna consecuencia jurídica está expresamente prevista para los casos (a) de buena fe sea del enajenante que del adquirente, y (b) de mala fe del adquirente. Las lagunas normativas no deben confundirse con las lagunas llamadas «de reconocimiento» (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 31 y ss.). Grosso modo: hay una laguna normativa siempre que haya un supuesto de hecho para el cual ninguna norma dispone una consecuencia jurídica (o, dicho de otra manera, siempre que para un caso no se prevé solución); hay una laguna de reconocimiento siempre que no se pueda decidir cuál es la consecuencia jurídica ligada a un cierto supuesto de hecho a causa de la indeterminación del lenguaje en el que las normas están formuladas. Para referirse al «defecto de precisión» de la ley, algunos hablan de laguna «impropia»: R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 270. Ulteriores distinciones (lagunas objetivas y subjetivas, lagunas lógico-sistemáticas e históricas) en G. Carcaterra, «Analogia», en *Enciclopedia giuridica*, Treccani Roma, 1988, vol. II, p. 15. Aún más distinciones (lagunas ontológicas y deontológicas, ideológicas y teleológicas, críticas y diacríticas) en A.G. Conte, «Decision, completezza, clotture», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, pp. 67 y ss. En la literatura más reciente ver también: P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 288 y ss.; F. Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2005; T. García-Berrio Hernández, *Las lagunas de la ley. Hacia un derecho flexible*, Madrid, 2006; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. III; J. Ruiz Manero, U. Schmill, *El juez y las lagunas del derecho*, México, 2007; E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, 2009.

Los tres supuestos de hecho simples (ciudadanía, residencia, desocupación), regulados por las tres normas, pueden combinarse entre sí dando lugar a ocho supuestos de hecho complejos: (i) ciudadanos residentes desempleados; (ii) ciudadanos residentes empleados; (iii) ciudadanos no residentes desempleados; (iv) ciudadanos no residentes empleados; (v) no ciudadanos residentes desempleados; etc.

Ahora bien: tomemos el caso de un extranjero residente empleado (una de las ocho combinaciones posibles). A este supuesto de hecho no se le aplica N1, que se refiere a los ciudadanos; no se le aplica N2, que se refiere a los no residentes; no se le aplica N3, que se refiere a los desempleados. El supuesto de hecho carece por tanto de regulación⁴: el derecho es lagunoso.

Se trata —obsérvese bien— de una combinación de supuestos de hecho cada uno de los cuales *está* regulado separadamente por una norma, por lo que parece obvio pensar que también su combinación es jurídicamente «relevante». Si así no fuese, se podría pensar que este particular supuesto de hecho complejo es jurídicamente irrelevante, es decir, que se ubica en el «espacio vacío de derecho» (al que nos referiremos más extensamente en seguida): en ese conjunto de supuestos de hecho que el derecho no toma en absoluto en consideración (como, supongamos, los viajes interestelares)⁵.

2. LAGUNAS NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN

Préstese atención: hemos identificado una laguna razonando obviamente con normas (y no ya con disposiciones normativas aún por interpretar), es decir, con la interpretación ya realizada. Si *aquellas* son las normas con las que tenemos que trabajar —si aquella es la interpretación seleccionada— no se puede huir de la laguna⁶.

⁴ En esta sede no nos interesaremos por las antinomias (hemos hablado de las mismas en el capítulo anterior). Pero, dicho sea de paso, en el supuesto de hecho de un ciudadano no residente desempleado tenemos una antinomia: en tal caso, de hecho, el impuesto es debido en virtud de N1, pero es no debido en virtud de N3.

⁵ G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 70 y ss., analiza, bajo el nombre de «principios de completitud», dos modos característicos de colmar lagunas: el principio de exclusión y el simétrico principio de inclusión. El principio de exclusión establece que todos los casos no previstos por una norma tienen la regulación opuesta a aquella establecida por la norma. El principio de inclusión (o analogía) establece que todos los casos no previstos por una norma, pero similares a aquellos previstos, tienen la misma regulación que estos últimos.

⁶ Conviene repetir que las lagunas normativas no hay que confundirlas con los problemas de aplicación de normas a casos concretos, llamados «lagunas de conoci-

Para evitar la laguna —y resolver el caso— tendremos, probablemente, que *re-interpretar* el texto normativo del que hemos extraído esas tres normas, es decir, volver al texto e interpretarlo de otra manera⁷:

(a) Podremos, por ejemplo, re-interpretar el texto de manera tal de sustituir N1 con N1bis:

N1bis: *Solo* si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta

N1bis, al ser un bicondicional, implica lógicamente: «Si no ciudadanía, entonces no impuesto sobre la renta». La ciudadanía es, en conclusión, condición no ya solo suficiente, sino también necesaria, para que surja la obligación de impuesto. Se sigue que el extranjero (aunque residente y con ocupación) no está sujeto a la obligación tributaria en cuestión.

(b) O bien podremos argumentar⁸ la tesis que N2 conlleve («implique» en algún sentido) N2bis:

N2bis: Si residencia, entonces impuesto sobre la renta

Según N2bis, la residencia es condición suficiente para que surja la obligación de impuesto. Y de esto último se sigue que el residente (aunque extranjero) está, solo por esto, sujeto a la obligación tributaria.

(c) O, incluso, podremos re-interpretar el texto en modo tal de sustituir N3 por N3bis:

N3bis: *Solo* si desempleado, entonces no impuesto sobre la renta

N3bis —nuevamente un bicondicional— implica lógicamente: «Si empleado, entonces impuesto sobre la renta». La desocupación es condición no ya solo suficiente, sino también necesaria para estar exentos de la obligación tributaria. Se sigue que quien tenga una ocupación (a pesar de ser extranjero) está sujeto a la obligación en cuestión.

miento» (resulta dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto por falta de información sobre los hechos del caso) y «lagunas de reconocimiento» (resulta dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto a causa de la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear el supuesto de hecho abstracto). En este sentido C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 31 y ss.

⁷ Ver P. Chiassoni, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 294 y ss.

⁸ Este sería el uso «constructivo» del argumento *a contrario*.

Pero es importante entender que, de esta manera (re-interpretando los textos normativos o desarrollando ciertas supuestas implicaciones de los mismos), hemos sustituido el micro-ordenamiento normativo con el que hemos comenzado por un micro-ordenamiento distinto.

El primer micro-ordenamiento (MO1) incluía las normas N1, N2 y N3:

MO1: N1, N2, N3

El nuevo micro-ordenamiento (MO2), según la solución escogida, incluye:

MO2a: N1bis, N2 y N3

O bien,

MO2b: N1, N2bis, N3

O incluso,

MO2c: N1, N2 y N3bis.

Esto es igual que decir que las lagunas siguen —no anteceden— a la interpretación. La interpretación, en algún sentido, produce las lagunas y, como las produce, puede también evitarlas o prevenirlas⁹.

Las lagunas son a menudo presentadas en la literatura sobre la materia como un (peculiar) problema de interpretación. Bien visto, sin embargo, las cosas no son exactamente así¹⁰.

El problema de si hay y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación textual (interpretación en abstracto) y/o de subsunción del supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto (interpretación en concreto). Un problema semejante puede ser resuelto de dos modos: o decidiendo que el supuesto de hecho en examen entra en el campo de aplicación de una cierta norma, o deci-

⁹ Parece natural pensar que la completitud o incompletitud de un ordenamiento depende de su contenido normativo: es completo un ordenamiento que, de hecho, dispone consecuencias jurídicas para cualquier supuesto de hecho; incompleto un ordenamiento dentro del cual hay supuestos de hecho que no tienen consecuencias jurídicas. Pero el contenido normativo del ordenamiento —si tenemos en mente la distinción entre las disposiciones y las normas (nos hemos referido a esto en un capítulo anterior)— es una variable dependiente no solo de los textos normativos, como es obvio, sino también de la interpretación.

¹⁰ Ver G.B. Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, 2009, cap. I.

diendo que no hay norma alguna aplicable a ese supuesto de hecho¹¹. En un caso, el derecho no presenta laguna alguna; en el otro caso, el derecho se revela lagunoso. Con frecuencia, *ambas* decisiones son viables (convincientemente argumentables): es el intérprete quien decide si hay o no hay una laguna. Pero en ambos casos el problema de interpretación es resuelto: la laguna, si se presenta, se presenta solo después de haber llevado a cabo la interpretación.

En consecuencia, una laguna no abre exactamente un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Por un lado, si y cuando la laguna se presenta, la interpretación está ya realizada (aunque se podría abandonar la interpretación seleccionada y optar por una interpretación distinta, de manera de evitar la laguna¹²). Por otro lado, una laguna no puede ser colmada por vía de la interpretación: para colmar una laguna es necesario «integrar» o completar el ordenamiento jurídico, y esto solo puede hacerse introduciendo en él una norma nueva¹³.

Resumiendo:

(i) En primer lugar, la interpretación puede *prevenir* una laguna, evitarla: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que la laguna ni siquiera se presente¹⁴;

¹¹ Claro está que la creación interpretativa de una laguna, por parte de un juez, no prelude una sentencia de *non liquet*, sino que predispone a la construcción de una norma implícita idónea para dar solución al caso (en este sentido todas las lagunas son, como dice E. Dicitoli, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454, «effimeras»: son creadas solo para ser colmadas inmediatamente después). Por otro lado, la creación interpretativa de una laguna por parte de un jurista prelude una operación de política del derecho: según los casos, una recomendación de *lege ferenda* (dirigida al legislador) o de *sententia ferenda* (dirigida a los jueces).

¹² Como hemos visto, cuando en una *primera interpretación* (o *interpretación prima facie*) ninguna disposición expresa una norma idónea para regular el supuesto de hecho en examen, a menudo el intérprete procede a una *segunda interpretación* (o *reinterpretación* o interpretación «todo considerado») atribuyendo a una cierta disposición un significado distinto de modo tal que ninguna laguna se presente. Cfr. P. Chiassoni, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», cit.

¹³ C.F. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 158 y ss.

¹⁴ Ejemplo paradigmático: considérese las posibles interpretaciones del art. 89, apartado 1, Constitución italiana, el cual exige que los actos del Jefe de Estado sean refrendados por los «ministros que los han propuesto». Si se entiende esta disposición en el sentido que se refiere solo a aquellos actos que el Jefe de Estado adopta, precisamente, como consecuencia de una propuesta ministerial, entonces se produce una laguna: la constitución no regula en modo alguno los actos que el Presidente adopta por propia iniciativa (en ausencia de una propuesta ministerial). Pero si por el contrario se la interpreta en el sentido que se refiere a todos los actos presidenciales sin excepciones,

(ii) En segundo lugar, la interpretación, así como puede evitar la laguna, puede también *producirla*: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que sí se presente una laguna;

(iii) En tercer lugar, la interpretación —si puede producir o prevenir las lagunas— no puede, sin embargo, *colmar* las lagunas: la laguna, si se presenta, se presenta solo después de realizada la interpretación; para colmarla, no queda sino integrar el derecho, es decir, crear derecho nuevo; y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente distinto de la interpretación de una disposición preexistente: no se trata de interpretación sino de construcción jurídica.

3. LAGUNAS TÉCNICAS

Se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica cuando falta en él una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma¹⁵.

Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que, digámoslo así, la concreten¹⁶.

Por ejemplo: una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano, pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc¹⁷.

de este modo la laguna mágicamente se disipa: ya que, desde este punto de vista, simplemente no se dan actos presidenciales que no estén precedidos de propuesta ministerial. Cfr. F. Sorrentino, «I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto», en *Diritto e società*, 1987.

¹⁵ A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, pp. 43 y s.

¹⁶ Se puede también sostener que existe una laguna de este tipo toda vez que una norma imperativa (un mandato o una prohibición) no vaya acompañada de una norma sancionatoria (de tal forma que sería una «lex imperfecta», como a veces se dice).

¹⁷ Por ejemplo, el ordenamiento italiano vigente era lagunoso, en este sentido, y las normas constitucionales sobre el Tribunal Constitucional y sobre el Consejo superior de la magistratura eran ineficaces, antes de que fueran concretadas, respectivamente, por la ley 87/1953 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional) y por la ley 195/1958 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Consejo superior de la magistratura).

O también: *quid juris*, en el ordenamiento italiano vigente, si el mandato del Presidente de la República vence (al término del séptimo año) sin que sin embargo haya sido elegido un nuevo Presidente?¹⁸

4. LAGUNAS AXIOLÓGICAS

Se llama «laguna axiológica» a la falta de una norma que —según las subjetivas preferencias ético-políticas (axiológicas, precisamente) del intérprete— *debería estar*.

Debe quedar claro que afirmar la existencia en el ordenamiento de una laguna axiológica no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor: no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser.

De lagunas axiológicas se pueden distinguir fundamentalmente dos tipos:

(1) Puede suceder que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación le parezca al intérprete *insatisfactoria*, por lo que, a su juicio, falta en el ordenamiento (no una norma cualquiera, sino) una norma «justa»: la norma que exigiría su sentido de la justicia¹⁹.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que una disposición enlaza la consecuencia jurídica «no obligación de resarcir» con el supuesto de hecho «daño no patrimonial» («No hay obligación de resarcir por el daño no patrimonial»). Pero, por hipótesis, la clase de supuestos de hecho «daño no patrimonial» incluye daños morales, daños existenciales, daños biológicos y tal vez incluso otros tipos de daños. Pues bien, puede suceder que la consecuencia jurídica dispuesta por la ley a algún intérprete le parezca axiológicamente inadecuada para los daños biológicos²⁰. Para

¹⁸ G.U. Rescigno, «Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto», en *Diritto pubblico*, 2009, pp. 699 y ss. Rescigno muestra, con un sutil análisis, en qué modos (con qué argumentos) la laguna puede ser colmada «construyendo» (p. 702) una norma constitucional no expresada: o la norma que consiente la *prorogatio* del vicio Presidente o la norma que confía la suplencia al presidente del Senado. Rescigno subraya también (p. 703) que, colmando así la laguna, no se realiza una «interpretación» propiamente dicha, sino una operación de otro tipo: precisamente «construcción» jurídica.

¹⁹ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., cap. VI; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 96 y s.

²⁰ Es decir, que sea justo no prever la obligación de resarcimiento por los daños morales, pero sea injusto no preverla para los daños biológicos.

argumentar la presencia de una laguna, dicho intérprete podría razonar más o menos del modo siguiente.

Se dan dos tipos de daños no patrimoniales: los daños morales y los daños biológicos. Estas dos (sub)clases de supuestos de hecho son «sustancialmente distintas» y exigen por tanto regulaciones distintas²¹ (esta es la técnica interpretativa de la «disociación», sobre la que hablaremos a su debido tiempo). La consecuencia jurídica que resulta de la interpretación literal, «no obligación de resarcimiento» es razonable —es decir, justa— para los daños morales, pero es irrazonable —es decir, injusta— para los daños biológicos. La disposición en cuestión debe por tanto ser re-interpretada, entendiéndola solo en referencia a los daños morales (excepción implícita o interpretación restrictiva).²² En consecuencia, el supuesto de hecho «daño biológico» queda sin regulación: el ordenamiento es lagunoso en relación con este supuesto de hecho.

(2) Puede suceder además que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación no sea conforme a lo que ordena otra norma positiva²³: en particular, una norma material o axiológicamente superior²⁴.

Se encuentran ejemplos paradigmáticos de lagunas de este tipo en todos los casos en los que el intérprete considere violado el principio

²¹ Decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» distintos es solo un modo retóricamente eficaz para sostener que debe haber regulaciones distintas.

²² En otras palabras: la disposición en cuestión se aplica no a la entera clase de los daños no patrimoniales, como querría la interpretación literal, sino solo a una subclase de los daños no patrimoniales: los daños morales. O bien, desde otro punto de vista, la disposición expresa una norma «derrotable»: está sujeta a una excepción implícita («Si daño no patrimonial, a menos que daño biológico, entonces no obligación de resarcimiento»).

²³ G. Parodi, «Lacune e norme inespresso nella giurisprudenza costituzionale», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, pp. 131 y ss. Se podría aducir también el siguiente ejemplo: el art. 81, apartado 4, Constitución italiana exige que las Cámaras, toda vez que aprueben una norma (legislativa) que comporte nuevos o mayores gastos respecto de aquellos ya previstos en el presupuesto, aprueben además una norma que indique los medios para afrontarlos; la ausencia de una norma semejante en el documento legislativo configura una laguna axiológica de este tipo.

²⁴ Las nociones de jerarquía material y de jerarquía axiológica serán introducidas en un capítulo sucesivo. Sin embargo, grosso modo: jerarquía material es la usual jerarquía de las fuentes (determinada por normas positivas, del tipo, por ejemplo, del art. 134 Constitución italiana, que subordina la ley a la constitución); jerarquía axiológica es una jerarquía de valor («La norma N1 tiene más valor que la norma N2») estipulada por el intérprete.

de igualdad (art. 3, apartado 1, Constitución italiana) tal como es normalmente entendido —evocando a Aristóteles— en la jurisprudencia constitucional: se deben tratar de igual modo los casos iguales, de distinto modo los casos distintos.

(a) El legislador no ha tomado en consideración una diferencia (a juicio del intérprete) «sustancial» o «relevante» entre dos clases de supuestos de hecho y ha dictado para estos la misma regulación, *omitendo* diferenciarlos, por lo que una misma consecuencia jurídica está ligada a supuestos de hecho «sustancialmente» distintos²⁵.

Por ejemplo: el legislador ha acordado beneficios fiscales a las «empresas» en general: de este modo, ha omitido distinguir, dentro de la clase de las empresas, dos subclases —las «grandes» y las «pequeñas» empresas, supongamos— que, siendo (a juicio del intérprete) «sustancialmente» distintas, exigen regulaciones distintas. Falta por tanto una norma *diferenciadora* que enlace con una u otra de las dos subclases de supuestos de hecho una consecuencia jurídica distinta.

(b) El legislador, al regular una determinada clase de supuestos de hecho, ha *omitido* regular del mismo modo otra clase de supuestos de hecho, considerada por el intérprete «sustancialmente» igual a la primera,²⁶ por lo que a supuestos de hecho «sustancialmente» iguales se vinculan consecuencias jurídicas distintas.

Por ejemplo, el legislador ha impuesto un gravamen fiscal a las «pequeñas empresas»; de este modo, el legislador no ha tomado en consideración otra clase de empresas —«las grandes empresas»— que, siendo (a juicio del intérprete) «sustancialmente» iguales a la clase de las pequeñas empresas, exigiría la misma regulación. Falta por tanto una norma *igualadora* que vincule al supuesto de hecho «grandes empresas» la misma regulación²⁷.

²⁵ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 106 y ss.

²⁶ Naturalmente, decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» iguales no es sino un modo retórico de sugerir que deben tener la misma regulación.

²⁷ Los dos casos examinados son axiológicamente equivalentes, ya que en ambos se viola el principio de igualdad, entendido en el modo que se ha dicho (como doble obligación: de tratar del mismo modo supuestos de hecho iguales y de tratar en modo distinto supuestos de hecho distintos). No es infrecuente encontrar razonamientos como los que hemos mencionado en la práctica del Tribunal Constitucional italiano (así como de otros tribunales constitucionales).

5. EL DERECHO COMO CONJUNTO FINITO DE NORMAS

El derecho —cualquier ordenamiento positivo, sincrónicamente considerado— no regula cualquier posible supuesto de hecho (no sé, los viajes interplanetarios, la cultivación del romero, la salsa apropiada para la *soupe de poisson*). No califica deónticamente —obligatorio, prohibido, permitido, facultativo— todo posible comportamiento humano (no sé, la elección del vino apropiado cuando se saborea el *fois gras*, el tiro al plato, el color de la corbata o del pañuelo).

Por lo tanto, en la totalidad de los supuestos de hecho (o, desde otro punto de vista, de los comportamientos humanos) posibles se pueden distinguir dos subconjuntos: el conjunto de los supuestos de hecho a los que una norma enlaza una cierta consecuencia jurídica (o el conjunto de los comportamientos deónticamente calificados) y el conjunto de los supuestos de hecho no regulados en modo alguno (o el conjunto de los comportamientos incalificados o indiferentes²⁸). Con una transparente metáfora: el «espacio» *lleno* de derecho y el «espacio» *vacío* de derecho²⁹.

Pues bien, en un sentido obvio (pretórico, si se quiere), cada supuesto de hecho no regulado —o bien cada conducta no calificada— constituye intuitivamente una laguna. ¿Pero de qué tipo de laguna se trata exactamente? Esta pregunta admite dos respuestas, *prima facie* ambas plausibles.

(a) Primera respuesta. Se trata de una genuina laguna normativa, no muy diferente de aquella examinada en el párrafo inicial³⁰. Simplemente: también en este caso, como en aquel, hay un supuesto de hecho³¹ al que ninguna norma expresa vincula consecuencia jurídica alguna³².

²⁸ Sobre la cuestión de si aquello que está incalificado debe considerarse indiferente ver A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit.

²⁹ K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 371 y ss.; S. Romano, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», cit.

³⁰ J.C. Bayón, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, cit.

³¹ Aquí se trata (por hipótesis) de un supuesto de hecho simple o «atómico», no regulado en modo alguno; allí se trataba de un supuesto de hecho no regulado, complejo o «molecular», resultado de la combinación de varios supuestos de hecho simples, estos sí regulados.

³² Con la significativa diferencia, sin embargo, que en el caso del «extranjero residente empleado», al que nos referimos en el apartado 1, se trata de un supuesto de hecho respecto del cual se puede sostener la relevancia jurídica (derivándola de la

Y, por otra parte, como diremos en seguida, es generalmente derecho vigente en los ordenamientos modernos la prohibición de «denegar justicia», en virtud de la cual el juez tiene la obligación de decidir cualquier controversia que se someta a su consideración. La prohibición de denegar justicia —se puede sostener— es un potente generador de lagunas normativas, y por lo tanto de normas implícitas, ya que obliga al juez a decidir también casos que ninguna norma expresa regula.

(b) Segunda respuesta. Se trata de otro (un tercer³³) tipo de laguna axiológica: precisamente, la falta de una norma que, a juicio del intérprete, debería regular un supuesto de hecho no regulado.

He aquí un fácil ejemplo (entre mil) que parece avalar esta segunda respuesta. El art. 87, apartado 5, Constitución italiana, atribuye al Presidente de la República el poder de dictar actos gubernativos con fuerza de ley. Tal disposición «no contiene ninguna otra previsión sustancial o procedimental que delimite el poder presidencial»³⁴. Se podría concluir que el poder presidencial en cuestión no está sujeto a límites, sustanciales o procedimentales, de ningún tipo. Pero la doctrina constitucional dominante no encuentra satisfactoria esta simple conclusión. Entiende que deben existir límites y, por tanto, considera que la constitución es lagunosa a este respecto (y rápidamente colma con fantasía la laguna en cuestión)³⁵.

En cualquier caso, si se toma en serio el carácter finito, limitado (la «clausura», si queremos llamarla así³⁶), del derecho, se comprende que en todo ordenamiento hay potencialmente tantas lagunas — sean estas normativas o axiológicas— como supuestos de hecho que el ordenamiento en cuestión no regula en absoluto. Y, obsérvese bien, argumentando *a contrario* se puede sostener que el ordenamiento no regula en

absoluto todos aquellos supuestos de hecho que no estén literalmente incluidos en el campo de aplicación de alguna norma³⁷.

Es una idea muy extendida, sin embargo, que la existencia de una laguna de este tipo no conlleva además la existencia de controversias que no puedan ser decididas en sede jurisdiccional. Se piensa de hecho que cualquier controversia puede y/o debe en cualquier caso ser decidida con una u otra de las dos técnicas de construcción jurídica siguientes:

(i) Argumentando *a contrario* a partir de la totalidad de las normas expresadas: si ninguna norma califica deónticamente de algún modo la conducta del demandado, la demanda del actor es infundada, por lo que no puede más que ser rechazada³⁸; o bien

(ii) Construyendo normas no expresadas, por ejemplo del modo prescrito —en el ordenamiento italiano vigente— por el art. 12, apartado 2, disp. prel. del Cód. civ. italiano³⁹, es decir, por vía de analogía o apelando a los principios generales del ordenamiento.

Dicho sea de paso, el argumento que se aduce en favor de la construcción de una norma no expresada a partir de un principio general toma a menudo la forma de un condicional contrafáctico: una conjetura⁴⁰ en torno a aquello que el legislador habría decidido si se le hubiese presentado el problema: «El legislador, visto que ha formulado (o dado por supuesto) el principio P, habría resuelto el caso de conformidad con P, si lo hubiese tomado en consideración»⁴¹.

6. DOGMA DE LA COMPLETITUD Y ESTADO DE DERECHO

Los legisladores a menudo prevén la existencia de lagunas y prescriben a los jueces técnicas para colmarlas⁴². Los juristas y los jueces

combinación de supuestos de hecho atómicos positivamente regulados), mientras en estos casos se trata de supuestos de hecho respecto de los cuales es posible sostener la irrelevancia jurídica.

³³ Ulterior respecto de los dos examinados en el apartado anterior.

³⁴ M. Luciani, «L'emanazione presidenziale dei decreti-legge. (Spunti a partire dal caso E.)», en *Politica del diritto*, 3, 2009, p. 410.

³⁵ Es fácil comprender que la cuestión es particularmente delicada a nivel constitucional. En el sentido que, allí donde la constitución contiene una laguna (es decir, no regula en absoluto un determinado supuesto de hecho), el legislador puede disponer (es decir, regular el supuesto de hecho en cuestión) como más le agrade. Por lo que colmar las (presuntas) lagunas del texto constitucional tiene el efecto de delimitar la discrecionalidad del legislador.

³⁶ A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit.

³⁷ Sobre el argumento *a contrario* volveremos en un capítulo sucesivo dedicado a la argumentación de la interpretación.

³⁸ Así A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit., sobre el presupuesto del carácter intrínsecamente «cerrado» (finito) de todo ordenamiento normativo. Ver también F. Atria, «Sobre las lagunas», y J. Ruiz Manero, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», ambos en F. Atria et al., *Lagunas en el derecho*, cit.

³⁹ Nos referiremos a esto a su debido tiempo.

⁴⁰ No susceptible de verificación o falsificación.

⁴¹ Un enunciado contrafáctico es un condicional con antecedente falso: en el ejemplo, es falso que el legislador haya tomado en consideración el caso de que se trata.

⁴² Ver por ejemplo el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano. Pero ver también el art. 1, apartado 2, del Código civil suizo (1907): «En los casos no previstos

cotidianamente denuncian —y colman— lagunas (por lo general axiológicas, a decir verdad).

A pesar de esto, según un modo de ver, muy extendido sobre todo en la cultura jurídica del siglo XIX, pero todavía hoy presente en el pensamiento jurídico, el derecho —cualquier ordenamiento jurídico— sería un conjunto de normas *necesariamente* completo. Este modo de ver las cosas es lo que se suele llamar: dogma de la completitud.

El dogma de la completitud del ordenamiento está estrechamente ligado al liberalismo jurídico, es decir, a la doctrina política del moderno Estado de derecho.

El Estado de derecho está gobernado por el principio de legalidad de la jurisdicción, que obliga al juez a fundar cada una de sus decisiones en una norma jurídica preexistente.

Ahora bien, si el derecho fuese incompleto, habría controversias que no se podrían decidir sobre la base de normas positivas vigentes. Para decidir controversias de tal tipo el juez no tendría más que dos posibilidades: o «denegar justicia» (pronunciar una sentencia de «mon liqueur», negarse a juzgar), o crear una norma nueva a su arbitrio. Solo que ninguna de las dos cosas parece admisible.

(i) En general, en el Estado de derecho, el juez tiene la obligación de decidir cualquier controversia que se someta ante él: está prohibido denegar justicia⁴³. Lo establece expresamente, por ejemplo, el art. 4 del Code Napoléon (1804)⁴⁴: «el juez que se negase a juzgar, con el pre-

por la ley el juez decide según la costumbre y, en defecto de esta, según la regla que él adoptaría como legislador». Una óptima reseña de las técnicas de solución de las lagunas previstas por diversos ordenamientos positivos se encuentra en Ch. Huberlant, «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit.

⁴³ La prohibición de denegar justicia (es decir, la obligación de decidir toda controversia, incluso cuando falte una «precisa disposición») está implícita en el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano. A tenor del art. 3, apartado 1, de la ley italiana 117/1988 (que precisamente lleva por título «Denegación de justicia») constituye denegación de justicia «el rechazo, la omisión o el retraso del magistrado en el cumplimiento de actos de su cargo»; el art. 2, apartado 1, establece además que «quien ha sufrido un daño injusto [...] por denegación de justicia puede actuar contra el Estado para obtener el resarcimiento por daños patrimoniales y también por aquellos no patrimoniales que se deriven de la privación de libertad personal». Incluso antes de la entrada en vigor de la ley 117/1988, el principio podía considerarse implícito en la combinación de los arts. 55 Cód. proc. civ. italiano (que prevé la responsabilidad civil del juez que «sin justo motivo rechaza, omite o retrasa proveer sobre demandas o instancias de las partes y, en general, cumplir un acto de su ministerio») y 328 Cód. penal italiano (que penaliza la omisión o la denegación de actos de oficio).

⁴⁴ Ver al respecto L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1965. En realidad, el art. 4 del Code civil sí ordena al juez resolver toda controversia

texto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia»⁴⁵.

(ii) En general⁴⁶, en el Estado de derecho rige el principio de la división de poderes que, en sus dos variantes (separación en sentido estricto o «check and balances», equilibrio⁴⁷), excluye la jurisprudencia de la clase de las fuentes del derecho. La creación de derecho es monopolio de los órganos legislativos: generalmente asambleas represen-

—actuando como si el sistema jurídico fuese completo— pero no expresa en absoluto una regla de clausura. Al contrario, autoriza al juez a interpretar libremente la ley y a colmar las lagunas (J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, pp. 26 y ss.). Cfr. J. Ghestin, G. Goubeaux, *Introduction générale*, *Traité de droit civil*, dirigé par J. Ghestin, Paris, 1977, pp. 326: «Les hommes de la Révolution [...] ont admis [...] l'interprétation judiciaire de la loi, et même le comblement des ses lacunes et la correction de ses insuffisances. C'est ce qui exprime l'article 4 du Code civil. [...] Ainsi en vertu des articles 4 et 5 du Code civil le juge est autorisé à créer éventuellement une règle particulière qu'il appliquera au litige déterminé qui lui est soumis. Mais cette règle ne peut avoir en principe une portée générale». «Le cours de la justice — dice Portalis — serait interrompu, si l'on n'était pas permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis» (así Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Paris, 1989, p. 119). Y también: «La prévoyance du législateur est limitée [...] Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles» (Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, cit., p. 27). «Il est donc une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer» (J.-E.-M. Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, 1998, pp. 75-76). Por otra parte, es necesario observar que, según Portalis, solo el derecho civil es incompleto y susceptible de ser completado por parte de la jurisprudencia, mientras «en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile: là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indéfinies sans forcer chaque citoyen à devenir juge dans sa propre cause [...]» (Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, cit., p. 28 s.). En otras palabras, según Portalis, la regla de clausura vale solo en el ámbito del derecho penal y no alcanza a todo el sistema jurídico. Al respecto: R. Guastini, «La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III», en R. Dupuy, M. Morabito (eds.), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes, 1996.

⁴⁵ Conviene repetir que la prohibición de denegar justicia es un generador de lagunas (sean estas normativas o axiológicas), puesto que obliga al juez a decidir incluso los casos que ninguna norma expresa regula.

⁴⁶ Con la notable excepción del art. 1, apartado 2, del Código civil suizo, que hemos citado en una nota anterior.

⁴⁷ Lo hemos mencionado en un capítulo anterior, al referirnos a la interpretación auténtica.

tativas. Los jueces —órganos burocráticos, generalmente seleccionados por concurso y por tanto carentes, como se suele decir, de «legitimación democrática»— no están autorizados para crear derecho, tienen en cambio la obligación de limitarse a aplicar el derecho que encuentran ya hecho por obra del legislador. Evidentemente, la existencia de lagunas, conjugada con la prohibición de denegar justicia, tendría el efecto de transferir una cuota de poder normativo de los órganos legislativos a aquellos jurisdiccionales.

Hay además dos razones ulteriores que hacen inadmisibles la creación jurisprudencial del derecho, y por tanto inducen a negar la existencia de lagunas:

(a) La creación jurisprudencial de derecho entra en conflicto con el valor (generalmente aceptado, aunque raramente positivizado) de la «certeza del derecho», en virtud del cual cada uno debe tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las propias acciones y, por tanto, en última instancia, de prever las decisiones jurisdiccionales⁴⁸. Va de suyo que no sería previsible una decisión jurisdiccional que aplicase una norma no preexistente al juicio, sino creada *ex novo* por el propio juez⁴⁹.

(b) Por la misma razón, la creación jurisprudencial de derecho está además en conflicto con el principio (generalmente positivizado) de irretroactividad de las leyes⁵⁰. La creación jurisprudencial de derecho, de hecho, es necesariamente una especie de legislación *ex post facto*: la norma eventualmente creada por el juez va a regular un supuesto de hecho ya sometido a la atención del juez, y que por tanto se había formado con anterioridad a la formulación de la norma en cuestión.

En conclusión, en el Estado de derecho al juez le está prohibido tanto dejar de decidir, como decidir creando una norma nueva.

⁴⁸ En verdad, el valor de la certeza del derecho encierra no pocos problemas conceptuales, que aquí no podemos abordar: ver G. Gometz, *La certezza del diritto come prevedibilità*, Torino, 2005.

⁴⁹ En el ordenamiento italiano vigente, el principio en cuestión no está codificado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional demuestra considerarlo un principio implícito de rango constitucional. Cfr. Tribunal Constitucional italiano 210/1971, 101/1986.

⁵⁰ Se trata, en el ordenamiento italiano vigente, de un principio positivamente establecido: en la Constitución (art. 25, apartado 2) en relación solo con las leyes penales; en las disposiciones preliminares del Código civil (art. 11, apartado 1) en relación con las leyes en general. Se entiende por tanto que, para la ley ordinaria, el principio es inderrotable en materia penal, pero derrotable en todas las otras materias.

Ahora bien, en favor del dogma de la (necesaria) completitud de todo ordenamiento se han adoptado distintos argumentos⁵¹. Los más interesantes son los dos a los cuales ahora nos referiremos. Ambos, se observará, abordan la cuestión no en términos de conexiones entre supuestos de hecho y consecuencias, sino en términos de calificación normativa de la conducta: consideran completo un ordenamiento en el cual toda posible conducta esté normativamente calificada, incompleto un ordenamiento en el cual incluso una sola conducta carezca de calificación normativa.

7. LA NORMA GENERAL EXCLUYENTE

Una primera doctrina⁵² —de evidente ascendencia liberal— sostiene que todos los ordenamientos jurídicos necesariamente incluyen una norma de clausura, más precisamente el «principio de libertad» o «norma general excluyente»⁵³: «Todo lo que no está (expresamente) prohibido está (tácitamente) permitido»⁵⁴.

La norma general excluyente —allí donde es derecho vigente— tiene obviamente el efecto de «cerrar» el ordenamiento en el sentido que, en virtud de esta, toda posible conducta resulta deónticamente calificada o como prohibida, o como permitida, ya que los casos son dos y solo dos: o una conducta entra bajo el dominio de una norma particular que la prohíbe o, a falta de esta, entra bajo el dominio de la norma general que la permite.

⁵¹ Todos cuidadosamente examinados por A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit.

⁵² De la que omito, para simplificar, las distintas variantes.

⁵³ D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910 (ahora en D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. I). Este punto de vista está cargado de consecuencias tanto respecto de las fuentes como respecto de la aplicación. (i) Por lo que concierne a las fuentes, esta doctrina implica que todo lo que no esté expresamente prohibido por una determinada fuente (por ejemplo, por la ley) está, por esa misma fuente, implícitamente calificado como permitido: por lo que no puede ser legítimamente prohibido por una fuente inferior (por ejemplo, por un reglamento del ejecutivo). (ii) Por lo que concierne a la aplicación jurisdiccional del derecho, esta doctrina se resume en una política de *sententia ferenda*: en una recomendación, dirigida a los jueces, de rechazar la demanda del actor cada vez que no esté fundada en una norma particular que imponga una obligación al demandado.

⁵⁴ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, pp. 276 y ss.; M. Troper, «Sur le "dogme" de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive», en *Droits*, 47, 2008; E. Diciotti, «Comandi, lacune, completezza della legge», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. II, pp. 1349 y ss.

Es necesario insistir, sin embargo, en que la norma general excluyente hace completos solo todos aquellos ordenamientos en los cuales es derecho vigente.

Ahora bien, es perfectamente posible que en uno u otro ordenamiento dicha norma esté expresamente establecida. Por ejemplo, el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, que hasta nuestros días sigue siendo derecho vigente en Francia, establece: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas»; el art. 19 de la constitución argentina dispone: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Disposiciones como estas pueden entenderse precisamente como formulaciones de la norma general excluyente. Pero no todos los ordenamientos contienen disposiciones de este tenor: no el ordenamiento italiano, por ejemplo.

No obstante, la tesis que estamos discutiendo es precisamente que la norma general excluyente es derecho vigente —en tanto norma *no expresada* (fruto, por tanto, de construcción jurídica)— incluso en los ordenamientos en los que no está expresamente establecida. La tesis es que *cualquier* ordenamiento contiene *necesariamente* una norma semejante, independientemente de lo que sus fuentes normativas de hecho dispongan.

Prima facie, no parece que la tesis de la existencia de la norma general excluyente pueda argumentarse seriamente fuera de los ordenamientos jurídicos liberales. E incluso en los ordenamientos liberales es difícil sostener que la misma alcance al ordenamiento en su totalidad (y/o tenga rango constitucional).

En el derecho italiano vigente, por ejemplo, la norma general excluyente está expresamente establecida en el ámbito del derecho penal (art. 25, apartado 2, Constitución italiana; art. 1 Cód. penal italiano)⁵⁵, pero en el derecho civil rige más bien una «norma general incluyente» —así se la ha llamado—, es decir, el principio que autoriza al juez a extender las normas jurídicas particulares, mediante analogía, incluso más allá de los supuestos de hecho literalmente incluidos en su campo de aplicación⁵⁶. De manera que, si en derecho penal todo lo que no está

expresamente prohibido está tácitamente permitido⁵⁷, en derecho civil, por el contrario, está tácitamente prohibido no solo todo lo que está prohibido expresamente, sino también lo que es análogo (similar) a lo que está prohibido expresamente.

Hay que agregar que, en los ordenamientos jurídicos liberales (en los «Estados de derecho»), la norma general excluyente —si bien vale a nivel de las ordinarias normas de conducta, dirigidas a los ciudadanos— se considera que no vale, sin embargo, a nivel de las normas de competencia, es decir, de aquellas normas que confieren poderes (normativos, administrativos, jurisdiccionales) a los órganos del Estado. En el ámbito del derecho público, tales ordenamientos se caracterizan más bien por el principio opuesto —el principio de legalidad (sea expreso o implícito)—, en virtud del cual los poderes públicos pueden realizar no ya todo acto que no les esté prohibido, sino solo aquellos actos que les estén expresamente consentidos⁵⁸.

El argumento que comúnmente se aduce en favor de la norma general excluyente es que tal norma no es tanto, como el nombre sugeriría, una *norma positiva* —y como tal contingente—⁵⁹ sino un principio lógico: incluso, nada más que una *tautología* y por lo tanto una verdad necesaria (precisamente como «2+2=4», «Todos los triángulos tienen tres lados», «O *p* o no-*p*»⁶⁰, etc.).

Es necesariamente verdadero —se dice— que todo aquello que no está prohibido está permitido, por la simple razón que «prohibido» y «permitido» son conceptos interdefinibles: «permitido» significa precisamente «no prohibido». Y por lo tanto es verdadero por definición que todo aquello que está no-prohibido está permitido. Una tautología, se observe, es verdadera en cualquier discurso —incluido el discurso prescriptivo del legislador— ya que, por un lado, no puede ser negada;⁶¹ por otro lado, no es necesario (sería redundante) explicitarla (por ejemplo, establecerla expresamente en una disposición normativa); y, aún más, no puede ser derogada⁶².

⁵⁵ Más precisamente: todo lo que no está penalmente sancionado *de manera expresa* no está penalmente sancionado.

⁵⁶ Mejor dicho: los actos de los poderes públicos que no estén expresamente autorizados son inválidos (aunque no se pueda decir exactamente que estén prohibidos).

⁵⁷ Es decir, dependiente del contenido normativo de uno u otro ordenamiento.

⁵⁸ Que equivale a decir: la proposición *p* es o verdadera o falsa (principio del tercero excluido).

⁶¹ La negación de una tautología («Algunos triángulos no tienen tres lados») sería una contradicción.

⁶² Observa con razón P. Navarro, «Normas permisivas y clausura de los sistemas jurídicos», en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 34, 2011, p. 130, que

⁵⁵ Sobre la «norma penal excluyente» ver F. Poggi, *Norme permissive*, Torino, 2004, pp. 57 y ss.

⁵⁶ No hay, por otra parte, meta-normas que prescriban un criterio de elección entre argumento *a simili* y argumento *a contrario*, cuando ambos sean aplicables. Ver N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 148 y ss.

Esto equivale a admitir que — a pesar del nombre («norma») — la norma general excluyente no es en absoluto una norma⁶³: es más bien una afirmación doctrinal que concierne a la relación conceptual entre «permiso» y «prohibición». Su formulación más apropiada, capaz de revelar el carácter (no normativo, sino) tautológico más allá de toda duda razonable, sería la siguiente: «Todo aquello que está no prohibido está no prohibido»⁶⁴.

Ahora bien, ante todo, una tautología, así como carece de contenido informativo (al no ser una proposición sobre hechos), carece también de contenido prescriptivo (al no ser una norma)⁶⁵. Así como no transmite información sobre hechos, tampoco califica normativamente una conducta cualquiera. Por lo que no se ve cómo puede garantizar la completitud del ordenamiento, es decir, calificar los comportamientos no calificados por otras normas.

Además, en el lenguaje jurídico — tanto en el lenguaje de los juristas, como en el lenguaje del legislador — la locución «no prohibido» es usada no ya como una calificación normativa de la conducta, sino como su *negación*⁶⁶ (a nivel de metalenguaje).

En general, más allá del lenguaje artificial de la lógica deóntica, la negación de una modalidad deóntica *no* es, en sí misma, una modalidad deóntica⁶⁷, sino, precisamente, solo su negación. Por lo tanto, resulta sensato usar la negación de una modalidad deóntica para formular una proposición normativa⁶⁸, que niega la existencia de una norma; pero no es sensato usarla en el discurso prescriptivo para formular una norma, es decir, para calificar una conducta.

Cuando el legislador quiere calificar como permitida una conducta, se expresa en términos no ya de «no prohibido», sino de «permiso», o «facultad», o «libertad», o «licitud», o algo por el estilo. Sería bastante sorprendente encontrar la expresión «no prohibido» en cuanto calificación de un comportamiento, es decir, en el consecuente de una

norma de conducta («En las circunstancias x, el comportamiento y está no prohibido»)⁶⁹.

En el discurso doctrinal, por otro lado, los enunciados deónticos («El comportamiento x es obligatorio», «El comportamiento y no está prohibido», etc.) expresan no ya normas, sino proposiciones existenciales sobre normas. «El comportamiento x es obligatorio» significa: «Existe una norma que ordena x»; «El comportamiento y está no prohibido» significa: «No existe una norma que prohíba el comportamiento y». En síntesis, afirmando que un determinado comportamiento está «no prohibido», un jurista constata no ya la existencia de una norma permisiva, sino la *inexistencia* de una norma prohibitiva⁷⁰.

⁶³ Obsérvese que en el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* («Tout ce qui n'est pas défendu par la loi...» y lo que sigue) la expresión «no prohibido» es usada en el antecedente de la norma: no ya para calificar una conducta, sino para diseñar el supuesto de hecho: para cada comportamiento x, si x no está prohibido (supuesto de hecho), entonces x está permitido (consecuencia jurídica).

⁷⁰ Un enunciado del tipo «El comportamiento x está permitido» es ambiguo, ya que puede significar o «Existe una norma que permite x» o «No existe una norma que prohíba x». Ver C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 119 y ss., quienes formulan la hipótesis según la cual la llamada norma general excluyente, desde el momento que resulta claro que no puede considerarse derecho positivo vigente en todos los ordenamientos, sería no ya una norma, sino una proposición normativa, es decir, un enunciado doctrinal que pretende describir una norma (implícita) en vigor. Pero precisamente en el lenguaje de los juristas, el vocablo «permitido» es ambiguo: (a) en sentido fuerte, una conducta se considera «permitida» siempre que existe una norma jurídica que expresamente la califica permitida (por ejemplo, una norma constitucional que confiere un derecho de libertad); (b) en sentido débil, una conducta se considera «permitida» siempre que simplemente no exista alguna norma jurídica que la califique como prohibida (así, por ejemplo, en el ordenamiento vigente está «permitido» llevar corbata de lunares). Evidentemente, se trata de dos situaciones bastante distintas. En el sentido fuerte de la palabra «permitido», al decir que una determinada conducta está permitida se explicita el contenido de una norma jurídica positiva; mientras que en el sentido débil de la misma palabra, al decir que una determinada conducta está permitida se constata más bien la ausencia de una norma (la ausencia de una prohibición). En otros términos: en un caso (permiso en sentido fuerte), el enunciado «El comportamiento x está permitido» significa «Existe en el ordenamiento una norma que permite x»; en el otro caso (permiso en sentido débil), el mismo enunciado significa «No existe en el ordenamiento una norma que prohíba x». Por lo tanto, si al decir «Todo lo que no está prohibido está permitido» se dice que todo comportamiento no prohibido está permitido *en sentido fuerte*, la norma general excluyente no es en absoluto una verdad necesaria, una tautología verdadera en todo posible ordenamiento, sino simplemente un principio jurídico positivo, como tal contingente: es decir, un principio que está expresamente establecido solo en algunos ordenamientos jurídicos y/o solo en algunos sectores del derecho, mientras no vale en otros ordenamientos y/o en otros sectores del mismo. Si, por el contrario, al decir «Todo lo que no está prohibido está permitido» se quiere decir que todo comportamiento no prohibido está permitido *en sentido débil*, la llamada norma general excluyente resulta sí tautológica, pero no excluye en absoluto,

un enunciado cualquiera puede ser considerado una norma jurídica positiva si, y solo si, puede ser derogado. Evidentemente, no es este el caso de una tautología.

⁶³ Incluso porque no se entiende cómo una norma pueda ser (necesariamente) verdadera, desde el momento en que las normas carecen de valor de verdad.

⁶⁴ Para todo comportamiento x, si x está no-prohibido, entonces x está no-prohibido.

⁶⁵ Así, por ejemplo, la tautología «La proposición p es o verdadera o falsa» no dice si p es verdadera o falsa; la tautología «Todo comportamiento está permitido o no permitido» no dice cuál comportamiento está permitido y cuál no permitido.

⁶⁶ Se trata, técnicamente, de la «negación externa» de un enunciado deóntico. Ver por ejemplo A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, cap. VI.

⁶⁷ Son modalidades deónticas: obligatorio, prohibido, permitido, facultativo.

⁶⁸ Es decir, una proposición sobre normas.

Pero la inexistencia, en un determinado ordenamiento, de una norma prohibitiva no implica en modo alguno la existencia, en ese mismo ordenamiento, de una norma permisiva⁷¹. En verdad, la ausencia de una norma cualquiera no implica la existencia de alguna otra norma⁷². La existencia y la inexistencia de normas son hechos contingentes: simplemente, se dan relaciones de implicación entre proposiciones y (tal vez⁷³) entre normas, pero no entre hechos.

La norma general excluyente se refiere a comportamientos que, por hipótesis, (a) no están calificados como permitidos⁷⁴, y (b) tampoco están calificados como prohibidos. Pues bien, en estas circunstancias, simplemente, tales comportamientos carecen de cualquier calificación normativa⁷⁵. Lo cual constituye precisamente una laguna (en algún sentido).

como se pretende, la presencia de lagunas (no excluye que haya comportamientos jurídicamente incalificados).

⁷¹ Esto equivale a decir que la pretensión de tautología no es en absoluto tal: «No existe la norma "Prohibido x"» no implica en modo alguno «Existe la norma "Permitido x"», como la presencia de ratones en el sótano no implica la presencia de gatos en el salón. Por otro lado, si verdaderamente la norma general excluyente fuese una simple tautología, no tendría ni siquiera sentido formularla expresamente en un documento normativo (como por ejemplo el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*). Un legislador que dictase una disposición puramente tautológica no expresaría norma alguna.

⁷² E. Bulygin, «La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas», en E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, cit.

⁷³ Como veremos en un capítulo sucesivo al hablar de lógica y normas, no es materia incontrovertida que se den relaciones de implicación lógica entre normas.

⁷⁴ Si lo estuviesen, evidentemente, la conducta estaría provista de una calificación normativa y no habría problema.

⁷⁵ La conducta en cuestión está «permitida», si se quiere decir así, pero solo en sentido débil, es decir, precisamente no prohibida. Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, p. 86; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «Permission and Permissible Norms», en W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen. Festschrift für Ota Weinberger 65. Geburtstag*, Berlin, 1984. Hay quienes sostienen que, desde el punto de vista de los «súbditos», que una conducta esté permitida en sentido fuerte (es decir, expresamente calificada como permitida en el derecho vigente) o permitida en sentido débil (es decir, simplemente no prohibida) no comporta ninguna diferencia práctica. Ver por ejemplo D.T. Echave, M.E. Urquijo, R. Guibourg, *Lógica, proposición, y norma*, II ed., Buenos Aires, 1986, pp. 153 y ss. Esto, sin embargo, no es incondicionalmente verdadero más que desde el punto de vista sincrónico. Piénsese, para poner el ejemplo más obvio, en un ordenamiento en el que el comportamiento x esté calificado como permitido por una norma constitucional, y el comportamiento y no esté calificado en modo alguno por la constitución. Ambos comportamientos están, en el momento en que entra en vigor la constitución, «permitidos» (uno en sentido fuerte, el otro en sentido débil), pero: si la constitución es flexible, la calificación normativa de ambos comportamientos puede cambiar diacrónicamente por obra de la ley; por el contrario, si la constitución

Por tanto, allí donde la norma general excluyente no es derecho positivo vigente⁷⁶ —porque no está expresada en alguna disposición, ni se puede argumentar a partir de normas expresas—, una conducta que no está expresamente prohibida, ni tampoco expresamente permitida, está jurídicamente *incalificada*. Precisamente: es un caso de laguna⁷⁷.

8. INTERLUDIO: INCALIFICADO, PERO NO INDECIDIBLE

Supongamos que el actor, M. Poirot, que ama las peonías pero odia los geranios, pretende que el demandado, su vecina Miss Marple, se abstenga de cultivar geranios en el jardín de casa, si bien tal supuesto de hecho carece por completo de cualquier regulación, de modo que el comportamiento en cuestión no está ni prohibido ni expresamente consentido por norma alguna de ley (está incalificado, precisamente).

En estas circunstancias, el juez tiene no una sino dos⁷⁸ posibilidades:

(a) Puede claro rechazar la demanda del actor, con el argumento que la ley no prohíbe el cultivo de geranios en el jardín de casa y, por tanto, tal conducta debe considerarse permitida;

(b) Pero puede también estimar la demanda, por ejemplo con el argumento que el cultivo de geranios en el jardín de casa es similar (bajo un aspecto esencial) a otro comportamiento, este último sí prohibido por ley.

Con una decisión del segundo tipo, el juez evidentemente crea una norma nueva prohibitiva por vía de analogía: «Está prohibido cultivar geranios en el jardín de casa» (argumentando que: «El comportamiento x no está regulado por ley. El comportamiento x, sin embargo, es similar al comportamiento y, prohibido por ley. Por tanto, también el comportamiento x está prohibido»).

es rígida, solo la calificación normativa del comportamiento y puede cambiar en virtud de una ley futura, ya que el comportamiento x está protegido contra normas prohibitivas de rango legislativo. Cfr. también F. Poggi, *Norme permissive*, cit., cap. II y III; F. Poggi, «Sobre las normas permisivas», en *Revista de derecho* (Universidad católica de Temuco, Chile), 5, 2005; P. Navarro, «Normas permisivas y clausura de los sistemas jurídicos», cit.

⁷⁶ Es decir, en ordenamientos jurídicos no liberales y/o en sectores del derecho distintos del derecho penal.

⁷⁷ Normativa o axiológica, según los puntos de vista (cfr. arriba, § 5).

⁷⁸ Y solo dos, por otra parte.

¿Pero qué debemos pensar de una decisión del primer tipo? Tres son las respuestas posibles y que han sido expuestas en la literatura sobre la materia.

En primer lugar, se puede opinar que el juez se ha limitado a «declarar» el derecho vigente⁷⁹, sin crear derecho nuevo: el derecho vigente, en efecto (oportunamente interpretado, se entiende), no prohíbe la conducta del demandado⁸⁰.

En segundo lugar, se puede opinar que, rechazando la demanda, el juez ha (tácitamente) creado y aplicado una nueva norma general permisiva: «Está permitido cultivar geranios en el jardín de casa»⁸¹; norma creada por él mismo *ex novo*, ya que no preexistía a la decisión (la conducta en cuestión, recuérdese, estaba por hipótesis incalificada).

En tercer lugar, se puede opinar que el juez ha pronunciado una sentencia «arbitraria» en tanto no fundada sobre norma preexistente alguna⁸².

9. EL ESPACIO JURÍDICAMENTE VACÍO

Una segunda doctrina funda el dogma de la completitud sobre el llamado argumento del «espacio jurídicamente vacío» (*rechtsleerer Raum*). Según esta doctrina, toda conducta que no esté jurídicamente calificada es, simplemente, jurídicamente indiferente⁸³.

El derecho —como ya hemos dicho— no regula todo posible comportamiento humano (o, desde otro punto de vista, todo posible supuesto de hecho). En la totalidad de los comportamientos humanos se pueden por tanto distinguir dos subconjuntos: el conjunto de los com-

portamientos regulados y el conjunto de los comportamientos no regulados por el derecho. Respectivamente: el «espacio» lleno de derecho y el «espacio» vacío de derecho.

Ahora bien, al interior del espacio lleno de derecho, evidentemente, no hay lagunas, ya que, por definición, todo comportamiento está jurídicamente calificado. Pero tampoco fuera de este espacio hay lagunas «del derecho»: por la buena razón que, allí, no hay tampoco derecho. En este sentido, más allá del área de los comportamientos positivamente regulados no queda sino un espacio jurídicamente «vacío», «deónticamente neutro»⁸⁴; en síntesis, un conjunto de comportamientos que el derecho no toma en absoluto en consideración y que, por tanto, son para el derecho irrelevantes o indiferentes.

Como puede verse, esta doctrina antes que «resolver» el problema de las lagunas, más bien —se puede decir— lo «disuelve»⁸⁵. En rigor, dicha teoría sostiene no ya que el derecho sea completo, sino solo que el derecho es un conjunto de normas «finito», es decir, limitado, en sí mismo cerrado: lo cual es algo distinto y absolutamente verdadero⁸⁶.

⁸⁴ La expresión es de A.G. Conte, «Completezza», en *Digesto*, IV ed. (Discipline civilistiche), Torino, 1988.

⁸⁵ Según la doctrina de la norma general excluyente, todo lo que no está regulado por normas particulares (no es jurídicamente indiferente, sino que) está regulado precisamente por la norma general excluyente. Por el contrario, según la doctrina del espacio vacío de derecho, todo lo que no entra bajo el dominio de normas jurídicas positivas es jurídicamente indiferente. La primera doctrina sostiene que el derecho es completo; la segunda sostiene más bien que el derecho es limitado.

⁸⁶ De manera no muy distinta a lo que sucede con la doctrina de la norma general excluyente, también la doctrina en examen tiene notables implicaciones tanto en el plano de las fuentes como en el plano de la aplicación. (i) En lo que concierne a la aplicación del derecho, también esta doctrina se resuelve en una política de *sententia ferenda* del todo análoga a la de la doctrina precedente: se encomienda al juez rechazar la demanda del actor siempre que esta no esté fundada en una norma específica que imponga una obligación al demandado. (ii) En lo que concierne a las fuentes, en cambio, la doctrina del espacio vacío de derecho implica que todo lo que no está prohibido por una determinada fuente (por ejemplo, por la ley) es, para esa misma fuente, indiferente: por lo que puede legítimamente ser prohibido por una fuente interior (por ejemplo, por un reglamento del ejecutivo). Las dos doctrinas tienen por tanto implicaciones bastante distintas en relación con la doctrina de las fuentes. Según la doctrina de la norma general excluyente, el derecho es completo en el sentido que todo posible comportamiento está regulado por la ley, por lo que no hay lagunas que puedan ser legítimamente colmadas por fuentes subordinadas a la ley (como los reglamentos del poder ejecutivo): una norma reglamentaria que calificase como prohibido un comportamiento no expresamente regulado por la ley, contrastaría con el principio de libertad y, por tanto, sería ilegítima. Por el contrario, según la doctrina del espacio jurídicamente vacío, el derecho es no ya completo, sino solamente «finito», limitado, por lo que más allá de la ley queda un área de comportamientos que pueden ser libremente regulados por fuentes subordinadas a la ley (sin violar la ley misma).

⁷⁹ Es tesis de H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 276 y ss. Ver también A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit.

⁸⁰ Observa con agudeza A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit., pp. 82 y ss., que el juez, aseverando «El comportamiento x no está prohibido» (como fundamento al rechazo de la demanda), expresa no ya una norma, sino una proposición sobre la inexistencia de una norma. Ver cuanto hemos dicho al final del apartado anterior.

⁸¹ Es tesis de E. Bulygin, de quien ver, entre otros: «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto» (1967), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987; «Creación y aplicación del derecho», en F. Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid, 2005.

⁸² Es tesis de U. Schmoll, «Supuestos de algunas teorías de las lagunas», en J. Ruiz Manero, U. Schmoll, *El juez y las lagunas del derecho*, México, 2007.

⁸³ Ver también K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 371 y ss.; S. Romano, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», cit. A este punto de vista se puede asimilar la doctrina de la norma general (no ya excluyente, sino) «negativa» de E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

La doctrina del espacio vacío de derecho se rige por un doble presupuesto:

- (a) Por un lado, el presupuesto que «en la naturaleza» —es decir, en ausencia de normas jurídicas positivas— los hombres son libres, en el sentido que al no ser obligatorio ningún comportamiento (en virtud de una norma positiva), todos los comportamientos están permitidos⁸⁷;
- (b) Por otro lado, el presupuesto que el derecho positivo es un conjunto de órdenes, es decir, de normas imperativas, que imponen obligaciones (de hacer o de omitir)⁸⁸.

Se sigue, por un lado, que toda nueva norma jurídica positiva quita a los hombres una parte de su libertad natural (prejurídica, antecedente a la legislación positiva). Pero se sigue también, por otro lado, que más allá del ordenamiento jurídico positivo queda siempre, en cualquier caso, una zona de libertad natural incompresible. Precisamente: todo lo que no está expresamente prohibido por el derecho (positivo) se ubica en el ámbito de la libertad natural prejurídica y queda por tanto permitido (en sentido débil, naturalmente)⁸⁹.

III

NORMAS IMPLÍCITAS¹

1. PRODUCCIÓN DE NORMAS POR MEDIO DE NORMAS

En la mayor parte de los casos, lo que en su momento he llamado interpretación creadora consiste en «construir» —a partir de normas explícitas, es decir, expresamente formuladas por la autoridad normativa— normas implícitas: es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca. En otras palabras, la interpretación creadora tiende inevitablemente a difuminarse en la construcción jurídica².

Una norma implícita no puede referirse a texto normativo alguno como su significado. Se extrae, en general, de una o más normas explícitas (formuladas) mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de la cual (al menos) un enunciado desempeña la función de tesis o conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha tesis o conclusión.

¹ Utilizaré esta expresión para referirme no solo a normas «implícitas» en sentido estricto (es decir, en sentido lógico: normas derivables deductivamente de normas expresas), sino, más en general, a normas no expresadas —es decir, no formuladas por ninguna autoridad normativa— de cualquier tipo.

² El título de este apartado retoma el título de un viejo trabajo mío (R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio, F. Lecalano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986), el cual a su vez se hace eco del clásico trabajo de P. Sraffa, *Production of Commodities by Means of Commodities. Prelude to a Critique to Economic Theory*, Cambridge, 1960 (ed. it. *Produzione di merci a mezzo di merci. Premesse a una critica della teoria economica*, Einaudi, Torino, 1960).

⁸⁷ «Permitido» en sentido débil, evidentemente.

⁸⁸ Este punto de vista se remonta a Th. Hobbes (*De cive*, 1647; *Leviathan*, 1951) y a S. von Pufendorf (*De officio hominis et civis*, 1673).

⁸⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 106 y ss. (con referencia a Pufendorf).

Pues bien, los razonamientos mediante los cuales los juristas elaboran una norma implícita presentan la siguiente estructura: por lo general (pero no siempre, como veremos) una o más normas explícitas constituyen *premisas* del razonamiento, mientras la norma implícita constituye su *conclusión*³.

Sin embargo, si toda norma implícita es fruto de un razonamiento, es necesario distinguir al menos tres tipos de razonamientos cuya conclusión es una norma implícita⁴.

(1) En primer lugar, hay normas implícitas que se extraen a partir de normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos (es decir, deductivos⁵), en los que no aparecen premisas que no sean normas explícitas.

Por ejemplo, dada una norma explícita N1 que establece «Los mayores de edad tienen derecho al voto», y otra norma explícita N2 que

³ Las normas implícitas son normas «dependientes» o «derivadas» y, más precisamente, *derivadas estáticamente* de otras normas. Me explico. Son normas supremas, originarias o independientes de un ordenamiento aquellas de su primera constitución histórica, fruto del ejercicio del poder constituyente (un poder originario, *extra ordinem*). Son normas dependientes o derivadas todas las restantes. Las normas originarias carecen de cualquier fundamento jurídico. Las normas derivadas, al contrario, encuentran fundamento en otras normas preexistentes. Que una norma dé «fundamento» a otra norma y que por tanto esta «derive» de aquella, puede decirse sin embargo en dos sentidos distintos: el primero alude a la *dinámica* del ordenamiento (es decir, a los procesos de producción del derecho) y a las normas explícitas o *formuladas*, el segundo alude a la *estática* del ordenamiento (es decir, al ordenamiento tal cual es en un momento dado de su existencia histórica) y a las normas *implícitas*. (1) Una norma de competencia N1 da fundamento «dinámico» a otra norma N2, siempre que N2 haya sido creada por una autoridad normativa A instituida por N1. (2) Una norma N1 da fundamento «estático» a otra norma N2, siempre que N2 se pueda derivar de N1 con instrumentos lógicos o argumentativos, en los modos que nos aprestamos a analizar. Las normas que encuentran fundamento estático en otras normas son precisamente normas implícitas, cuya formulación se debe no a una u otra autoridad normativa, sino a los intérpretes (doctrina y/o jurisprudencia). Ver R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 417 y ss., 425 y ss.

⁴ A los tres tipos de normas implícitas (y de razonamientos respectivos), a los que ahora nos referiremos, hay que agregar los principios implícitos, a los que nos referiremos más adelante. Por lo pronto, los principios implícitos se construyen con un razonamiento de tipo distinto de los aquí examinados, y precisamente avanzando conjeturas alrededor de los fines o valores de la autoridad normativa («El legislador ha dictado la norma N porque quería perseguir el fin S y/o realizar el valor V»). Los principios implícitos son por tanto normas teleológicas, de fin («Se debe perseguir el fin S y/o realizar el valor V»), que dan justificación axiológica a las normas formuladas, a partir de las cuales son construidos.

⁵ Deductivo es un razonamiento en el que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas. Volveremos sobre este punto al hablar del razonamiento jurídico.

establece «Las personas de dieciocho años son mayores de edad», se puede inferir deductivamente, sin agregar ulteriores premisas, la norma implícita N3: «Las personas de dieciocho años tienen derecho al voto»⁶. Dada una norma que establece «Los actos presidenciales con fuerza de ley son refrendados por el Presidente del Consejo», y una norma que atribuye fuerza de ley a los decretos-leyes, es fácil concluir deductivamente, sin que hagan falta ulteriores premisas, que los decretos-leyes son refrendados por el Presidente del Consejo. Y también: dada una norma que establece que la solicitud por escrito de cumplimiento de la obligación constituye en mora al deudor, y una norma en virtud de la cual la declaración de mora del deudor interrumpe la prescripción, se puede deductivamente inferir que la solicitud de cumplimiento por escrito interrumpe la prescripción⁷.

Las normas implícitas de este tipo casi carecen de interés en el presente contexto, ya que, si bien no formuladas por autoridad normativa alguna, están *lógicamente implícitas* en normas explícitas (repito: sin agregar ulteriores premisas). La formulación de tales normas, por parte de los juristas, es fruto de una operación puramente cognitiva.

(2) En segundo lugar, hay normas implícitas que se extraen, de manera más o menos convincente, a partir de normas explícitas según esquemas de razonamiento no deductivos, lógicamente inválidos⁸ (por ejemplo, un entimema, el argumento analógico, el argumento *a contrario* en alguna de sus variantes, etc.⁹).

Un ejemplo: cierta disposición normativa confiere un derecho (por ejemplo el art. 48, apartado 1, Constitución italiana) o impone una obligación (por ejemplo el art. 52, apartado 2, Constitución italiana) a los «ciudadanos»; argumentando *a contrario*, se puede sostener que la disposición en cuestión —dado que confiere un derecho o impone una obligación a los ciudadanos; sin mencionar a los no ciudadanos— ex-

⁶ O también, dada una norma (N1) que establece «Es obligatorio *p*» y una segunda norma (N2) que establece «Es obligatorio *q*», se puede inferir deductivamente la norma (N3): «Es obligatorio *p* y *q*».

⁷ Ver lo que diremos en relación con la «combinación de disposiciones (*combinato disposto*)» en el capítulo dedicado a la argumentación de las decisiones interpretativas.

⁸ F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, p. 213: «pudiera llamarse derecho implícito a normas y reglas obtenidas argumentativamente a partir del derecho explícito mediante razonamientos aceptables» que no poseen «la fuerza de la argumentación deductiva»; la relación de las normas implícitas con aquellas explícitas es una relación de «*coherences*» (cohesión, congruencia).

⁹ Sobre argumento analógico y argumento *a contrario* hablaremos en un capítulo sucesivo.

cluye positivamente, de esta manera, a los extranjeros y a los apátridas de la titularidad de tal derecho o de la sujeción a tal obligación; es decir, la constitución contiene, presupone o implica, también la norma implícita según la cual extranjeros y apátridas no son titulares del derecho o no están sujetos a la obligación en cuestión¹⁰.

O también: una disposición de ley garantiza un beneficio fiscal a las «grandes empresas»; argumentando *a simili* se puede sostener que, a la luz de una presunta *ratio legis* (por ejemplo, favorecer el desarrollo de la producción en un período de estancamiento económico), las grandes empresas son esencialmente «similares» a las pequeñas empresas, por lo que la disposición en cuestión presupone la norma ulterior que extiende el beneficio fiscal también a las pequeñas empresas.

En ambos casos (argumento *a contrariis*, argumento *a simili*) una nueva norma implícita termina agregándose al ordenamiento.

(3) En tercer lugar, hay normas implícitas que se derivan (mediante razonamientos válidos o inválidos, aquí poco importa) o

(a) de una conjunción de normas explícitas (o, a su vez, implícitas) y de asunciones dogmáticas, o bien

(b) directamente solo de asunciones dogmáticas.

Son asunciones dogmáticas todas las tesis «teóricas» construidas por los juristas (o por los jueces) previamente e independientemente de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico¹¹: por ejemplo, la «teoría general» del gobierno parlamentario, la «teoría» de las relaciones entre derecho estatal y derecho de la Unión Europea, la «teoría general» del delito, la «teoría general» del negocio jurídico, la «teoría» de la responsabilidad civil, la «teoría» de la propiedad, y tantas otras.

Es fácil procurar ejemplos, porque la construcción de normas implícitas de este tipo es un fenómeno muy arraigado en la doctrina o dogmática jurídica (como también en la jurisprudencia, claro está): más aún, es el núcleo mismo del trabajo doctrinal o dogmático.

¹⁰ Así razona, por ejemplo, quien interpreta el art. 48, apartado 1, Constitución italiana, en el sentido que el derecho de voto no puede ser extendido a los inmigrantes. De manera opuesta razona el Tribunal Constitucional italiano 172/1999 al interpretar el art. 52, apartado 2, Constitución italiana: «debe entenderse que existe un espacio vacío de derecho constitucional en el cual el legislador puede hacer uso del propio poder discrecional al apreciar razones que induzcan a extender el círculo de los sujetos llamados a la prestación del servicio militar».

¹¹ A menudo, e intencionadamente, tales asunciones dogmáticas asumen la forma de una tesis acerca de la «naturaleza» de una u otra «institución».

2. NORMAS IMPLÍCITAS Y DOGMÁTICA: ALGUNOS EJEMPLOS

Primer ejemplo: una norma constitucional explícita establece que no se admite la reforma de la «forma republicana» de Estado (art. 139 Constitución italiana). Quienes consideran que no hay república (ordenamiento en el que el jefe de Estado es electivo y temporal) sin democracia (ordenamiento en el que la soberanía pertenece al pueblo) concluyen que existe una norma constitucional implícita según la cual no se admite la reforma de la forma democrática de Estado, es decir, de las normas que concretan el principio de soberanía popular (típicamente: las normas que determinan el carácter electivo del órgano legislativo, aunque no solo estas). Como puede verse, este tipo de razonamiento exhibe dos premisas: una es la norma constitucional explícita (prohibición de reforma de la forma republicana), la otra es una tesis dogmática (o, si se quiere, filosófico-política) en torno a las relaciones conceptuales entre república y democracia.

Segundo ejemplo: la Constitución italiana vigente ha modelado un «gobierno parlamentario», ya que el Ejecutivo está sujeto a la confianza de las Cámaras y, frente a un voto de desconfianza, tiene la obligación de presentar la dimisión (art. 94 Constitución italiana). Así, los constitucionalistas italianos (de forma más o menos unánime sobre este punto) consideran que, a la luz de una supuesta «teoría general» del gobierno parlamentario, el Presidente de la República no es el jefe del Ejecutivo, sino que más bien es un poder «neutro» (políticamente neutral), cuya sola función es «garantizar» la constitución, es decir, asegurar el normal funcionamiento del proceso político-constitucional. Semblante asunción «teórica» es rica en consecuencias normativas. Por ejemplo: al Presidente se le confiere el poder de veto (suspensivo) sobre las leyes; el Presidente, sin embargo, no puede ejercer tal poder por razones políticas, ya que la función del poder de veto es consentir al Presidente ejercer un control *a priori* (distinto del control *a posteriori* ejercido por el Tribunal Constitucional) sobre la constitucionalidad de las leyes; en particular, el Presidente puede usar este poder solo contra leyes cuya inconstitucionalidad sea evidente. Y también: los actos del Ejecutivo, si bien sujetos a deliberación sobre su contenido en el Consejo de ministros, son dictados por el Presidente, es decir, que son, en sentido estricto, actos (no gubernativos, sino) presidenciales; el Presidente, sin embargo, no puede oponerse a dictarlos sino cuando se trate de actos claramente inconstitucionales. Y así podríamos seguir. En otras palabras, la «teoría general» del gobierno parlamentario consiente a los juristas agregar a las normas constitucionales explícitas una

gran cantidad de normas implícitas, que limitan de variadas maneras los poderes presidenciales¹².

Tercer ejemplo: según la teoría constitucional «clásica» de la Ilustración, la función de toda constitución es limitar el poder político¹³; este punto de vista va acompañado de la idea (aunque no la implique lógicamente) de que las normas constitucionales están dirigidas (solo) a los órganos supremos del Estado y no están sujetas en modo alguno a la aplicación jurisdiccional. Hoy en día, al contrario, muchos constitucionalistas piensan que es función de la constitución (también o incluso esencialmente) modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos¹⁴; de esta opinión —puramente «teórica» (o, si se quiere, filosófico-política)— extraen la conclusión que las normas constitucionales deben ser aplicadas directamente por cualquier juez en cualquier controversia (lo que se llama «Drittwirkung» en la doctrina alemana)¹⁵.

Cuarto ejemplo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asume, por un lado, que el derecho comunitario (o, mejor, de la Unión Europea) y el derecho de los Estados miembros constituyen un ordenamiento jurídico único y, por otro lado, que las normas comunitarias son superiores a las normas internas de los Estados miembros. De aquí el Tribunal saca la conclusión que la legislación estatal es inválida (o en cualquier caso no aplicable) cuando resulta incompatible con el derecho comunitario¹⁶.

¹² Ver R. Guastini, «Teoria e ideologia della funzione presidenziale», en *Ragion pratica*, 31, 2008.

¹³ Recuérdese el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

¹⁴ G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

¹⁵ Ver por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 15 de julio 1964, causa 6/64, *Costa*: «A diferencia de los normales tratados internacionales, el Tratado CEE ha establecido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, [...] que los jueces nacionales deben aplicar. [...] La integración en el derecho de cada Estado miembro de normas que emanan de fuentes comunitarias y, más en general, el espíritu y los términos del Tratado tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado con la condición de reciprocidad, una disposición unilateral posterior, la cual por tanto no puede ser incompatible con el ordenamiento comunitario. Surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría, en razón precisamente de su naturaleza específica, encontrar un límite en ninguna disposición interna sin perder el propio carácter comunitario y sin que resultase sacudido el fundamento jurídico de la misma Comunidad. La transferencia, efectuada por los Estados a favor del ordenamiento jurí-

Quinto ejemplo: el Tribunal Constitucional italiano asume, al contrario, que el ordenamiento comunitario y los ordenamientos internos de los Estados miembros constituyen «sistemas autónomos y distintos, aunque coordinados»¹⁷. Y saca la conclusión que la regulación comunitaria «no puede derogar, modificar o derrotar las normas nacionales en conflicto, ni invalidar su contenido»¹⁸.

Sexto ejemplo: el Tribunal Constitucional italiano asume que el instituto de la gracia (art. 87, penúltimo apartado, Constitución italiana) hoy en día no responde ya a fines de política penitenciaria, sino en cambio a una finalidad esencialmente humanitaria. Y extrae la consecuencia que el poder de gracia tiene naturaleza estrictamente presidencial, por lo que el ministro competente tiene la obligación de refrendar.¹⁹

3. TRES TIPOS DE NORMAS IMPLÍCITAS

Tenemos por tanto tres tipos de normas implícitas²⁰.

Las normas implícitas del primer tipo pueden ser consideradas implícitas en sentido estricto (es decir, en sentido lógico) y, por tanto, por así decirlo, «positivas», si bien no formuladas. Estas normas son fruto de actividad genuinamente cognitiva.

Por el contrario, las normas implícitas de los tipos restantes son fruto de actividad (más o menos marcadamente) «nomopoiética», es decir, que crean normas (nuevas).

En general, la formulación de normas implícitas está dirigida a colmar lagunas²¹. Pero, como se ha visto, las lagunas —o al menos la enorme mayoría de estas— son lagunas axiológicas: construidas por los mismos intérpretes precisamente con el fin de colmarlas.

La elaboración de normas implícitas es una suerte de legislación «apócrifa» de los intérpretes. Y, de hecho, esta constituye la parte cuantitativamente mayor y más significativa del trabajo doctrinal o

dico comunitario, de los derechos y de las obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado implica por tanto una limitación definitiva de sus poderes soberanos. Cfr. también Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

¹⁷ Tribunal Constitucional italiano 183/1973.

¹⁸ Tribunal Constitucional italiano 170/1984.

¹⁹ Tribunal Constitucional italiano 200/2006.

²⁰ Aunque una distinción más analítica y articulada se encuentra en G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 319 y ss.

²¹ Así como, según señalaremos, a concretar principios.

dogmático. Esto es especialmente verdadero cuando se trata de interpretación constitucional o, más bien, de «construcción» constitucional; volveremos sobre este punto al discurrir sobre la aplicación de principios constitucionales.

4. LÁBILES CONFINES

La línea de demarcación entre la mera interpretación, entendida en sentido estricto (atribución de significado a un texto), y la construcción jurídica es lábil. En algunos casos se puede discutir si una determinada tesis doctrinal o jurisprudencial es fruto de simple interpretación o lo es en cambio de genuina construcción.²² Sin embargo, en muchos otros casos la diferencia es lo suficientemente clara como para resultar palpable.

Tómense los siguientes ejemplos, que se encuentran en la jurisprudencia constitucional:

(a) Según el Tribunal Constitucional italiano, conforme lo dispuesto por el art. 134 Constitución italiana, los reglamentos parlamentarios no están sujetos al control de constitucionalidad, desde el momento que no entran en la clase de los «actos, con fuerza de ley, del Estado» (y agrega el Tribunal que tampoco pueden ser reconducidos a esta clase «en vía interpretativa»)²³.

(b) Según el Tribunal Constitucional italiano, la expresión «diseños de ley [...] en materia [...] electoral», a que se refiere el art. 72, apartado 4, Constitución italiana, no se extiende a las leyes en «materia de referéndum»²⁴.

²² Tómese este ejemplo. El art. 43 Constitución italiana establece: «Para fines de utilidad general la ley puede reservar originariamente o transferir, mediante expropiación y con indemnización, al Estado, a entes públicos o a una comunidad de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas [...]». Según el Tribunal Constitucional italiano, sin embargo, el art. 43 establece que *solo* con fines de utilidad general la ley puede [...]» (Tribunal Constitucional italiano 226/1974; la cursiva es mía). Ahora bien, se puede entender que el Tribunal haya hecho simplemente una interpretación restrictiva de la disposición en examen, pero también (más plausiblemente) que de esta haya extraído, a contrario, una norma implícita: «Si no se dan fines de utilidad general, la ley no puede...».

²³ Tribunal Constitucional italiano 154/1985. Lo que el Tribunal quiere decir, cuando agrega que los reglamentos parlamentarios no pueden ser «reconducidos [al supuesto de hecho del art. 134] en vía interpretativa», es que no es admisible construir una norma implícita en tal sentido.

²⁴ Tribunal Constitucional italiano 161/1995.

Resulta bastante claro que, en estos casos, el Tribunal se limita a interpretar (al pie de la letra, por otra parte²⁵) algunas disposiciones constitucionales.

Pero léanse en cambio estos pasajes de una famosa sentencia en materia de límites al referéndum para la derogación:

(c) «La textual indicación de las causas de inadmisibilidad [del referéndum], contenida en el apartado segundo del art. 75» [«leyes tributarias y de presupuesto, de amnistía y de indulto, de autorización para ratificar tratados internacionales»] —dice el Tribunal Constitucional italiano— no es «rigurosamente taxativa». Al contrario, tal disposición «presupone una serie de causas *implícitas*, que se deben extraer previamente del conjunto del ordenamiento constitucional del referéndum para la derogación», así como de las características «esenciales y necesarias» de la institución²⁶. Por lo tanto, «este Tribunal considera que existen en efecto valores de orden constitucional, que se refieren a la estructura o temas de las solicitudes de referéndum, que hay que tutelar excluyendo los respectivos referéndum, *más allá de la letra* del art. 75, apartado segundo, Const.»²⁷.

Es bastante evidente que el Tribunal, en este caso, no se limita a atribuir significado —incluso un significado «más allá de la letra»— al art. 75, apartado 2, Constitución italiana, sino que construye, según él mismo admite, una serie de normas implícitas (las «causas implícitas» de inadmisibilidad²⁸) que limitan el posible objeto del referéndum para la derogación mucho más allá de lo expresamente previsto por la constitución.

O incluso: piénsese en la jurisprudencia constitucional en materia de irretroactividad de las leyes no penales.

(d) Según el Tribunal Constitucional italiano, el art. 25, apartado 2, Constitución italiana, que establece la prohibición de leyes penales retroactivas («Nadie puede ser sancionado sino según lo dispuesto

²⁵ No hay duda de que, según el uso común del lenguaje, los reglamentos parlamentarios son actos de un órgano (la Cámara o el Senado, y no el Estado), y que las elecciones son algo distinto del referéndum.

²⁶ Es decir, de características que el referéndum posee de forma antecedente y de manera completamente independiente de su regulación constitucional positiva, casi como si el referéndum tuviese sus propias características... «por naturaleza», es decir, según el «derecho natural».

²⁷ Tribunal Constitucional italiano 16/1978 (cursivas mías).

²⁸ No se preste atención al analfabetismo conceptual del redactor de la sentencia: este dice «causas», pero se refiere a «razones».

por una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido»), «se refiere *solamente* al ámbito penal»²⁹.

Esto no es impugnabile, ya que la disposición en examen menciona solo la ley penal. Pero de esta premisa el Tribunal extrae, *a contrario*, la norma implícita según la cual son en cambio constitucionalmente admisibles leyes no penales retroactivas³⁰.

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 9/1959 (cursiva mía).

³⁰ Tribunal Constitucional italiano 118/1957. De este modo, el Tribunal usa el argumento *a contrario* en su variante nomopoiética (volveremos sobre este punto a su debido tiempo). Es inútil decir que el Tribunal bien podría usar, en cambio, el argumento *a simili*, para concluir (otra vez «nomopoiéticamente»), que el principio de irretroactividad vale también más allá del ámbito penal. Habría buenos argumentos, por ejemplo, para atribuir al principio de irretroactividad la misma extensión que tenía la prohibición de analogía en el código civil italiano (liberal) de 1865, donde el art. 4 de las disposiciones preliminares prohibía aplicar analógicamente no solo las leyes penales, sino «todas las leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos».

IV

JERARQUÍAS NORMATIVAS

1. TRES TIPOS DE RELACIONES JERÁRQUICAS

En general se considera que todo ordenamiento jurídico —o al menos todo ordenamiento moderno— tiene una estructura jerárquica: es decir, que las normas que lo componen no están todas en el mismo plano, sino que están jerárquicamente ordenadas. ¿Pero en qué sentido exactamente? Hay que distinguir¹.

(1) *Jerarquías estructurales o formales*, es decir, que se refieren no al contenido de las normas sino a la estructura (dinámica) del ordenamiento:² son aquellas que median entre las normas sobre la producción jurídica³ y las normas cuya producción es regulada por ellas⁴.

¹ Cfr. R. Guastini, «Gerarchie normative», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 463 y ss. En la literatura reciente: G.U. Rescigno, «Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. IV, pp. 2821 y ss.; J. Ferrer Beltrán, J.L. Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2011, cap. III.

² Es este el único tipo de relación jerárquica identificado por Kelsen: cfr. por ejemplo H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), México, 1979, capítulo V. La relación entre normas sobre la producción jurídica y normas producidas de acuerdo con aquellas, es a menudo erróneamente considerada una relación lógica (o lingüística): ese tipo de relación que se establece entre dos niveles del lenguaje (un meta-lenguaje y su lenguaje-objeto). Volveremos sobre este punto en seguida. Ver H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 92; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 180 ss.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 235.

³ Esta expresión denota las normas que confieren competencias normativas (ejemplo, art. 70 Constitución italiana) y regulan los modos de su ejercicio (ejemplo, art. 72 Constitución italiana).

⁴ Estas y aquellas —nótese— emanan de dos poderes normativos distintos, uno de los cuales extrae su fuente de legitimidad del otro.

En otras palabras: dos normas, N1 y N2, guardan entre sí una relación jerárquica estructural o formal siempre que una de ellas sea una norma que regula la producción de la otra. Por lo tanto, si N1 es una norma sobre la producción jurídica y N2 es una norma cuya producción está regulada por N1, diremos que N1 es estructural o formalmente superior a N2.

Por ejemplo: incluso en un régimen de constitución flexible⁵, las normas constitucionales sobre la legislación —aquellas que confieren poder legislativo y regulan sus modalidades de ejercicio— son estructuralmente superiores a las normas legislativas. De manera análoga, las normas que confieren poder legislativo delegado (art. 76 Constitución italiana) son estructuralmente superiores a las normas del correspondiente decreto legislativo delegado.

La jerarquía en cuestión tiene carácter «formal» en el sentido que no se refiere en absoluto al contenido de la norma inferior. Por ejemplo, las normas constitucionales que confieren al parlamento la función legislativa y aquellas que regulan el procedimiento de creación de las leyes nada dicen sobre al contenido de las leyes futuras.

(2) *Jerarquías materiales o sustanciales*, es decir, que se refieren al contenido de las normas; son aquellas que median entre dos normas siempre que una tercera norma establezca que una de las dos primeras es inválida cuando entre en conflicto con la otra⁶.

En otras palabras: dos normas, N1 y N2, guardan entre sí una relación jerárquica material siempre que una tercera norma positiva, N3, establezca que N2 es inválida cuando entre en conflicto con N1. En estos casos, diremos que N1 es materialmente superior a N2. Es lo que en la doctrina se suele llamar «jerarquía de las fuentes»⁷.

Claro está que una norma del tipo de N3 puede revestir las formas más variadas. Puede ser, por ejemplo, que N3 disponga que cierta fuente, F1, no puede producir normas que se opongan a otra fuente, F2⁸. O bien puede ser que N3 autorice a un órgano jurisdiccional a inaplicar⁹ o incluso a anular las normas provenientes de la fuente F1

cuando se opongan a las normas provenientes de F2¹⁰. O, incluso, puede ser que N3 establezca que la fuente F2 no puede ser modificada sino con un procedimiento especial, distinto de (más complejo que) aquel que se requiere para la producción de F1¹¹.

La jerarquía en cuestión tiene carácter «material», es decir, «de contenido», desde el momento en que influye en el contenido de la norma inferior. O, mejor dicho, esta jerarquía consiste precisamente en esto: que la norma inferior no puede asumir un contenido que entre en conflicto (sea incompatible, antinómico) con aquel de la norma superior.

Por ejemplo: en un régimen de constitución rígida (y solo en régimen de constitución rígida: no en régimen de constitución flexible) las normas constitucionales son materialmente superiores a las normas legislativas ordinarias¹²; en general, en los ordenamientos modernos, las normas de rango legislativo son materialmente superiores a las normas de rango reglamentario.

Con frecuencia una jerarquía material refleja una jerarquía formal, pero no toda jerarquía formal implica una jerarquía material. Por ejemplo, en un régimen de constitución flexible las normas de rango legislativo están estructuralmente, pero no materialmente, subordinadas a las normas constitucionales sobre la legislación¹³.

(3) *Jerarquías lógicas o lingüísticas*, es decir, que se refieren al lenguaje, son aquellas que median entre dos normas siempre que una verse (metalingüísticamente) sobre la otra¹⁴.

¹⁰ Ejemplo: art. 134 y 136 Constitución italiana.

¹¹ Ejemplo: art. 138 Constitución italiana.

¹² En el sentido que, si así no fuese, no llamaríamos rígida a la constitución en cuestión.

¹³ Con la relevante consecuencia que, en un régimen de constitución flexible, las normas constitucionales sobre producción legislativa pueden ser modificadas con ley ordinaria.

¹⁴ No siempre el lenguaje tiene por objeto los hechos, la realidad extra-lingüística. Las definiciones, por ejemplo («Por «soltero» se entiende el varón no casado»), no versan sobre hechos sino sobre (el significado de) palabras; una norma derogatoria («Queda derogada la norma que prohíbe el adulterio») no es una norma de conducta: a diferencia de la norma derogada, no versa sobre el adulterio, sino sobre otra norma (la norma que deroga), es decir, sobre otro enunciado de las fuentes del derecho. Pues bien, cuando el lenguaje que usamos tiene por objeto no cosas extralingüísticas, sino otro lenguaje: (a) se suele llamar «meta-lenguaje» al lenguaje en el que nos expresamos (por ejemplo, está formulado en meta-lenguaje el enunciado «La palabra «gato» tiene cuatro letras»); y (b) se suele llamar «lenguaje-objeto» al lenguaje del que hablamos (la palabra «gato» en el ejemplo anterior). Se suele también decir que un meta-lenguaje y su

⁵ Incluso en un régimen de constitución flexible, nótese bien.

⁶ Este segundo tipo de relación jerárquica ha sido individualizado por A. Merkl, «Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto» (1931), en A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, pp. 37 y ss.

⁷ Sobre este punto hemos hablado en un capítulo anterior, a propósito del principio «lex superior derogat priori», como criterio de solución de antinomias entre normas que, precisamente, guardan entre sí una relación jerárquica (material).

⁸ Ejemplo: art. 4 disp. prel. Cód. civ. italiano.

⁹ Ejemplo: art. 5, ley italiana 2248/1865, anexo E, sobre el contencioso administrativo.

En otros términos: dos normas, N1 y N2, guardan entre sí una relación jerárquica lógica o lingüística siempre que una de ellas *mencione* a la otra. Así, si N1 menciona a N2, diremos que N1 es lógica o lingüísticamente superior a N2: «superior» en el sentido que, simplemente, «versa sobre» N2, se coloca en un nivel de lenguaje más alto. N1 se formula en un metalenguaje respecto de N2, la cual constituye su lenguaje-objeto. N1 es, como se suele decir, una *metanorma* (en sentido estricto) respecto de N2¹⁵.

Son ejemplos paradigmáticos de normas que mencionan otras normas: las normas de derogación expresa («Queda derogado el artículo x de la ley y»), las normas de interpretación auténtica («El artículo x de la ley y debe ser entendido en el sentido que...»), las normas de reenvío («Tal supuesto de hecho está regulado por la fuente x»). Pero también pertenecen a la especie de las metanormas las normas sancionadoras (las cuales son lógicamente superiores a las normas de conducta cuya violación sancionan), las definiciones legislativas (las cuales son lógicamente superiores a las normas que contienen el término o sintagma definido), las normas que determinan el ámbito de eficacia de otras normas (las cuales son lógicamente superiores a estas últimas).

Obsérvese: las jerarquías formales y las jerarquías materiales están conceptualmente vinculadas a la validez: en el sentido que es inválida toda norma que no haya sido producida de conformidad con las normas que son formalmente superiores (es decir, aquellas que regulan la producción) y/o que se oponga a normas materialmente superiores.

Así, por ejemplo, incluso en un régimen de constitución flexible es inválida la ley que se haya creado en modo discordante con lo prescrito por la constitución (al estar la ley formalmente, aunque no materialmente, subordinada a las normas constitucionales sobre la legislación)¹⁶. En un régimen de constitución rígida es también inválida la ley

lenguaje-objeto se ubican en dos niveles distintos del lenguaje: el meta-lenguaje está «sobre» el lenguaje-objeto, en el sentido que *versa sobre* este.

¹⁵ El término «metanorma» está sujeto a dos usos. (i) En sentido lato se llama «metanorma» a toda norma que tenga por objeto no la conducta, sino: (a) actos normativos (ejemplo: «La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras», art. 70 Constitución italiana); (b) otras normas (ejemplo: el principio de irretroactividad, art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano); u (c) otras disposiciones (ejemplo: «Queda derogado el artículo x de la ley y»). (ii) Metanorma en sentido estricto es una norma que tiene por objeto (no un acto normativo sino) otra norma y/o la disposición que la expresa. Es inútil decir que las metanormas en sentido estricto, al no tener por objeto una conducta, no son prescripciones sino «fragmentos» de normas. Al respecto ver R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 53 y s.

¹⁶ Sobre la posible invalidez de las leyes en un régimen de constitución flexible, se debe recordar el clásico C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della*

cuyo contenido se oponga a las normas constitucionales (al estar la ley subordinada también materialmente a la constitución).

Por el contrario, no hay relación conceptual alguna entre la validez y las jerarquías lógicas.

2. JERARQUÍAS AXIOLÓGICAS

Esta tipología de jerarquías normativas, adviértase, no es exhaustiva. Todas las diversas relaciones jerárquicas examinadas en el apartado anterior dependen, de distintas maneras, del contenido normativo del ordenamiento: no de valoraciones del intérprete. Para completar el cuadro hay que introducir otro tipo de relaciones jerárquicas entre las normas: las jerarquías axiológicas, que son fruto de construcción jurídica.¹⁷

Una jerarquía axiológica —es decir, que se refiere a valores— es aquella que media entre dos normas, N1 y N2, siempre que *el intérprete*, a través de un *juicio de valor comparativo* suyo, adscriba a N1 un valor superior respecto del valor de N2¹⁸.

El juicio de valor del intérprete, claro está, puede ser tácito (implícito) y, cuando es expreso, puede asumir las formas más diversas. Sin embargo, un modo típico de establecer una jerarquía axiológica entre dos normas consiste en atribuir a una de ellas (y negar a la otra) el valor de «principio».

En este sentido, por ejemplo, los principios que rigen una determinada materia (la materia de los contratos, supongamos) son axiológicamente superiores a las correspondientes normas de detalle (la regulación de la compraventa, del arrendamiento, etc.)¹⁹; o, incluso, el

potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale (1934), reimpresión, Milano, 1964.

¹⁷ G. Tarullo, «Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi», en *Politica del diritto*, 1977, pp. 499 y ss.; G. Tarullo, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, cap. VII. Ver también M. Troper, «Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, 1989, pp. 215 y ss., según el cual, por otra parte, también las jerarquías de fuentes son fruto de interpretación.

¹⁸ Sin embargo, según G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 44, una jerarquía axiológica puede ser también establecida por el propio derecho.

¹⁹ Distinta es la relación entre leyes estatales de principio y leyes regionales de detalle tal como está configurada por el art. 117 Constitución italiana, con referencia a la potestad legislativa concurrente de las Regiones: aquí se trata de una jerarquía ma-

principio general de irretroactividad de las leyes es axiológicamente superior a las leyes en general²⁰.

3. DOS USOS DE LAS JERARQUÍAS AXIOLÓGICAS

Ahora bien, establecer una jerarquía axiológica entre dos normas produce, según las circunstancias, uno u otro de los siguientes efectos²¹.

(i) Siempre que las dos normas en cuestión sean compatibles entre sí, establecer entre ellas una jerarquía axiológica:

(a) en primer lugar, equivale a «afirmar que entre tales normas se da una relación de *justificación*; la norma N1 (más importante) será considerada el fundamento, la justificación, la *ratio* de la norma N2 (menos importante); N2, por su parte, será considerada «actuación» o «concreción» de N1;

(b) en segundo lugar, y en consecuencia, la disposición que expresa la norma subordinada «será modelada, con oportunas técnicas argumentativas, de modo que resulte lo más adecuada posible (conforme, congruente, etc.)» respecto de aquella más importante; «a tal fin se usarán técnicas como la interpretación correctora, la interpretación conforme o la introducción en la norma inferior de excepciones implícitas» (haciéndola así derrotable); en general, la norma más importante «guiará e influenciará la aplicación de las normas» subordinadas.

(ii) Siempre que, por el contrario, las dos normas en cuestión estén en conflicto, establecer entre ellas una jerarquía axiológica antecede:

(a) a veces a la decisión de inaplicar —de dejar de lado en el caso concreto— la norma inferior (sin, sin embargo, considerarla derogada o inválida),

terial, dado que la norma regional de detalle en conflicto con una norma estatal de principio es inválida.

²⁰ A pesar de que, nótese bien, el principio general de irretroactividad de las leyes (no confundirse con el principio constitucional de irretroactividad solo de las leyes penales) no sea materialmente superior a las leyes, al ser establecido por una norma de rango legislativo (el art. 22, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano). Por otra parte, nótese que el principio en cuestión es además lógicamente superior a las leyes (dado que se refiere a estas).

²¹ Sigo aquí el excelente trabajo de G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 43 y s., del que se extraen las citas que siguen.

(b) otras veces a la decisión de considerar inválida sin más la norma inferior.

Veamos un ejemplo paradigmático para cada una de estas dos hipótesis:

(a) Cuando un juez constitucional (en Italia y en otros ordenamientos) resuelve un conflicto entre principios constitucionales mediante la técnica llamada de la ponderación: en primer lugar, asigna (provisoriamente y solo para esa decisión específica) valores distintos a los dos principios en conflicto; en segundo lugar, aplica el principio considerado axiológicamente superior e inaplica el inferior, que sin embargo sigue siendo válido y permanece vigente²².

(b) El Tribunal Constitucional italiano considera que la constitución incluye (o da por supuestos) algunos principios «supremos», que resultan superiores al resto de las propias normas constitucionales, y llega a la conclusión que los principios en cuestión están absolutamente excluidos de la reforma constitucional (es decir, que no son susceptibles de reforma ni siquiera en las formas previstas por el art. 138 Constitución italiana)²³. De este modo, como se puede ver, el Tribunal: en primer lugar, establece una jerarquía axiológica entre normas constitucionales (los principios supremos y las normas constitucionales «comunes», respectivamente)²⁴; en segundo lugar, convierte esta jerarquía meramente axiológica en una jerarquía material²⁵, de tal modo que sería inválida (inconstitucional) una ley de reforma constitucional que pretendiese alterar los principios supremos.

²² Volveremos sobre este punto más adelante, en el capítulo VI.

²³ Tribunal Constitucional italiano 1146/1988. «Queda establecida así por obra de los intérpretes una jerarquía entre las normas constitucionales, algunas de las cuales [...] resultan superiores a otras y como tales capaces de limitar también el poder de reforma de la Constitución» (S. Bartole, «I principi costituzionali», en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, p. 137, cursiva mía).

²⁴ Tribunal Constitucional italiano 175/1971: «Hay que compartir la tesis de la existencia de una jerarquía entre unas normas y otras de la misma Constitución, respecto de la cual se puede individualizar (como, por otra parte, en cualquier cuerpo de disposiciones ordenadas en un sistema) un orden que lleva a conferir preeminencia a algunas de ellas respecto de otras».

²⁵ Otros ejemplos de operaciones de este tipo en G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 44.

V

PRINCIPIOS DEL DERECHO

1. REGLAS VS. PRINCIPIOS

En la doctrina —y aún más en la teoría general del derecho— se suele decir que todo ordenamiento jurídico incluye dos tipos de normas: «reglas» y «principios» (a veces sin adjetivos, otras veces adjetivados como «generales» o como «fundamentales»)¹. ¿Pero cómo distinguir

¹ Obsérvese que la distinción tiene relevancia no solo teórica, sino también dogmática, debido a la existencia de numerosas disposiciones de derecho positivo vigente que, precisamente, hacen referencia a los principios como algo distinto de las restantes normas. Algunos ejemplos. El art. 117, apartado 3, Constitución italiana —que autoriza a las Regiones (con estatuto ordinario) a dictar leyes dentro de los límites de los «principios fundamentales» establecidos por leyes del Estado— sugiere, o tal vez impone, distinguir entre «principios fundamentales» y normas de otro tipo (normas que no son principios). La misma distinción es sugerida también por el art. 1, apartado 3, ley italiana 131/2003, que dispone que «en las materias pertenecientes a la legislación concurrente, las Regiones ejercerán la potestad legislativa en el ámbito de los principios fundamentales expresamente determinados por el Estado o, en su defecto, de aquellos que se desprendan de las leyes estatales vigentes». Esta disposición distingue entre principios explícitos (aquellos que resulten de leyes estatales que «expresamente» los determinan) y principios implícitos (aquellos que precisamente no estén expresamente establecidos, pero que sin embargo «se desprendan» de leyes estatales). Por su parte, el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano —que dispone que «si una controversia no puede decidirse con una precisa disposición [...] se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»— sugiere, si no impone, distinguir entre «precisas disposiciones» y «principios generales». Sobre «principios e intereses generales que inspiran la legislación del Estado» habla también el art. 17 del Regio decreto legislativo italiano 455/1946, convertido en ley constitucional 2/1948, Estatuto de la Región siciliana. Los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» son mencionados por el art. 3 de la ley constitucional 3/1948, Estatuto especial para Cerdeña, por el art. 2 de la ley constitucional 4/1948, Estatuto especial para el Valle de Aosta, y

entre principios y reglas? La distinción depende obviamente de los conceptos empleados: del concepto de regla y del concepto de principio.

Ahora bien, se puede convenir que una regla es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos: «Si F, entonces G».

El concepto de principio, por el contrario, es algo más complicado y, por otra parte, bastante controvertido². Se puede adelantar provisoriamente que en nuestra cultura jurídica se consideran principios aquellas normas que presenten conjuntamente dos características:

- (i) Por un lado, que tengan carácter fundamental y
- (ii) Por otro lado, que estén sujetas a una peculiar forma de indeterminación³.

también por el art. 4 del D.P. R (Decreto del Presidente de la República) 670/1972, Texto único de las leyes constitucionales concernientes al Estatuto especial para Trentino-Alto Adige; este último, en el art. 5, contrapone los «principios establecidos por las leyes del Estado» a las «normas legislativas» regionales. Analizando estos distintos textos normativos, parecería necesario distinguir ulteriormente (si no también entre «normas» y «precisas disposiciones»), al menos, entre «principios fundamentales» y «principios generales».

² La literatura sobre este tema es amplísima. Me limito a señalar algunas pocas contribuciones que tienen, a mi parecer, un especial interés: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, 1978; G.R. Carrió, «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en G.R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, 1990, pp. 197 y ss.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; J. Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996; C.B. Ratti, *Norme, principi e logica*, Roma, 2009, cap. III; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III.

³ Como he dicho, el concepto de principio es muy controvertido. Tal vez la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas. Sin embargo, la indeterminación no es un carácter suficiente para distinguir los principios de las otras normas. Esto es así por al menos dos razones. (a) En primer lugar, en el lenguaje corriente de los juristas, el uso del vocablo «principio» tiene un evidente componente axiológico, que el concepto de indeterminación no captura en modo alguno. Con este vocablo los juristas parecen referirse a normas —constitucionales, pero también de derecho civil, penal, etc.— que consideran en algún sentido «fundamentales», es decir, dotadas de una importancia especial desde el punto de vista axiológico (dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, o bien en algún sector o subsector del mismo: el derecho civil, el derecho penal, el derecho de las obligaciones, el derecho de los contratos, el derecho de la prueba, etc.). La idea subyacente es que, desde el punto de vista valorativo, las normas jurídicas no están todas en el mismo plano: algunas normas expresan los valores ético-políticos que caracterizan la fisonomía —mejor: la identidad axiológica— del ordenamiento, y en este sentido son (axiológicamente) superiores a las restantes. (b) En segundo lugar, la indeterminación —en

2. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS FUNDAMENTALES

La primera —y esencial— característica tiene que ver con la «posición» de las normas en cuestión en el ordenamiento jurídico o en un subsector del mismo (un subconjunto, como por ejemplo el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo o, incluso, el derecho de los contratos, el derecho electoral, el derecho de arrendamiento de inmuebles urbanos para uso residencial, etc.).

Cada conjunto de normas —aunadas por un mismo objeto de regulación— presupone y sobrentiende ciertos valores, determinadas elecciones políticas, ideas de justicia: por ejemplo, la igualdad entre los ciudadanos, la paz entre las naciones, la así llamada certeza del derecho (es decir: previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones y, además, estabilidad de las relaciones establecidas), la libertad contractual (o autonomía privada), la tutela de quien actúa de buena fe, y así otros ejemplos. Pues bien, dado un conjunto de normas (que puede también coincidir con el ordenamiento en su totalidad), se consideran principios aquellas normas que incorporan tales valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas.

Por ejemplo, el principio de tutela de la buena fe fundamenta y justifica las disposiciones sobre el error como causa de nulidad del contrato (art. 1428 Cód. civ. italiano), las disposiciones sobre efectos de la simulación respecto de terceros y acreedores (arts. 1415 y 1416 Cód. civ. italiano), las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación del poder (art. 1396 Cód. civ. italiano). El principio de división de poderes justifica la atribución al Parlamento de la función legislativa (art. 70 Constitución italiana) y a la magistratura de la función jurisdiccional (art. 102, apartado 1, Constitución italiana), etc. El principio de conservación de los actos negociales viciados fundamenta y justifica las disposiciones sobre la conservación del contrato (art. 1367 Cód. civ. italiano), sobre la nulidad parcial del contrato (art. 1419 Cód. civ. italiano), sobre la conversión del contrato nulo (art. 1424 Cód. civ. italiano), sobre la anulabilidad y

particular la llamada «open texture», la vaguedad semántica— es una característica propia de toda norma jurídica, desde el momento en que toda norma es necesariamente formulada por medio de «términos generales clasificatorios», como se suele decir (técnicamente: predicados en sentido lógico, es decir, términos que se refieren a clases). Es una ilusión formalista la idea que solo los principios son indeterminados, y que en cambio las «reglas» (es decir, todas las normas restantes) tienen un contenido claro y preciso, susceptible de ser identificado por vía de la interpretación. Ahora bien, si todas las normas son indeterminadas, los principios deben ser indeterminados de algún modo especial, que se trata de identificar.

sobre la resolución del contrato plurilateral (arts. 1446 y 1459 Cód. civ. italiano).

Los principios son, en definitiva, normas «fundamentales»⁴ en cuanto *fundamentan*, pero no están *fundamentados*⁵:

(a) En primer lugar, son normas fundamentales en el sentido que dan fundamento y/o justificación axiológica (ético-política) a otras normas: por lo general, todo principio constituye el fundamento axiológico de una multiplicidad de otras normas.

(b) En segundo lugar, son normas fundamentales en el sentido que no tienen o no requieren a su vez de fundamento axiológico alguno, de justificación ético-política alguna, ya que son percibidos, en la cultura jurídica existente, como normas evidentemente «justas» o «correctas».

En otras palabras, los principios son normas que, según quienes se refieren a ellos en estos términos, revisten una especial «importancia» o se presentan como normas «características» del ordenamiento o de una parte del mismo, esenciales para su identidad o fisonomía axiológica. Piénsese, por ejemplo: en el derecho constitucional, en el principio de la división de poderes; en el derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en el derecho penal en el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»; en el ordenamiento jurídico en su conjunto, en el principio «lex posterior derogat priori» o, incluso, en el principio de irretroactividad de las leyes⁶.

⁴ V. Crisafulli, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), ed. corregida y ampliada a cargo de G. Crifò, 2 vols., Milano, 1990, vol. II, pp. 851 y s. Cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 262: «En la estructura de los sistemas jurídicos los principios son esas normas consideradas por el legislador, por la doctrina y/o por la jurisprudencia como *fundamento* (en alguno de los posibles sentidos del término: se hablará así de «fundamento» político-ideológico, lógico-deductivo, axiológico, teleológico o, más genéricamente, de «fundamento» justificativo) de un conjunto de otras normas ya dictadas o por dictar (los así llamados principios programáticos)».

⁵ Esto es así por esa misma razón: si una norma está fundada, entonces no puede ser fundamental; fundamental será más bien la norma que le otorga fundamento.

⁶ Por supuesto, cada uno de estos principios puede ser argumentado (y, en este sentido, ulteriormente «fundado»), pero solo apelando a razones ético-políticas y, por lo tanto, no-jurídicas.

3. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS INDETERMINADAS

La segunda característica tiene que ver no con la posición de las normas en el sistema jurídico, sino con el contenido mismo de las normas y/o su estructura lógica.

Un principio es una norma «indeterminada». Claro está, como hemos visto, que cualquier norma jurídica es indeterminada, vaga, *open textured*, pero en el caso de los principios tenemos —se puede sostener— una indeterminación peculiar, que puede asumir al menos tres formas distintas. A veces los principios son:

- (i) normas con supuesto de hecho abierto, o bien
- (ii) normas derrotables, o bien
- (iii) normas genéricas.

(i) *Los principios como normas con supuesto de hecho abierto.* Las reglas son normas con antecedente «cerrado» (con supuesto de hecho cerrado), mientras que los principios son normas con antecedente «abierto» (con supuesto de hecho abierto)⁷, en el siguiente sentido.

El antecedente (el supuesto de hecho) de una norma es cerrado, siempre que la norma enumere exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica que ella misma dispone. Por el contrario, el antecedente (el supuesto de hecho) es abierto siempre que la norma *no* enumere exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica correspondiente⁸.

En definitiva, el antecedente de una norma es cerrado en el mismo sentido en que puede decirse cerrada una enumeración exhaustiva (o taxativa), abierto en el mismo sentido en que puede decirse abierta una enumeración meramente ejemplificativa⁹.

⁷ O aún más, como piensan algunos, carentes de supuesto de hecho: una norma carente de supuesto de hecho es una norma (no hipotética, sino) categórica.

⁸ Ver *infra* el ejemplo del art. 3, apartado 1, Constitución italiana, tal como lo interpreta el juez constitucional.

⁹ Nótese, sin embargo, que en general la decisión en torno al carácter abierto o cerrado de un elenco (o bien de la norma que lo contiene) tiene carácter discrecional, ya que depende del intérprete. Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 139 y ss. Un buen ejemplo (que se refiere a una disposición que, sin embargo, no parece expresar un principio) es el siguiente: la jurisprudencia constitucional, incluso en ausencia de alguna base textual, considera meramente ejemplificativo y no taxativo el elenco de causas de exclusión del referéndum para la derogación de las leyes, contenido en el art. 75, apartado 2, Constitución italiana (Tribunal Constitucional italiano 16/1978). En otras palabras, el Tribunal interpreta la disposición en cuestión como una norma con supuesto de hecho abierto.

(ii) *Los principios como normas «derrotables»*. Las reglas son normas «inderrotables», mientras que los principios son normas «derrotables» (*defeasible*)¹⁰. Me explico.

Una norma es inderrotable siempre que no admita excepciones o, mejor dicho, no admita otras excepciones que aquellas eventualmente establecidas en modo expreso en la norma misma o en otras normas del mismo ordenamiento. Por el contrario, una norma es derrotable siempre que admita excepciones no formuladas, no establecidas en la norma misma ni en ninguna otra norma del ordenamiento, y por tanto totalmente indeterminadas.

Una norma derrotable no puede ser aplicada mediante un simple razonamiento deductivo del tipo: «Todos los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre la renta. Ticio es un ciudadano. Por lo tanto Ticio debe pagar el impuesto sobre la renta». De hecho, una norma que admite excepciones implícitas no especificadas *no* se aplica a *todos* los hechos a los que se refiere el antecedente (por ejemplo: la norma en cuestión no se aplica a todos los ciudadanos), por lo cual el que se verifique alguno de los hechos contemplados en el antecedente (el hecho de que Ticio sea un ciudadano) *no* es condición *suficiente* para que se siga la relativa consecuencia jurídica¹¹.

Por ejemplo, hay quien considera que la norma constitucional que confiere al Presidente de la República el poder de reenviar las leyes a las Cámaras para una nueva deliberación, no se aplica (excepción

¹⁰ C.E. Alchourrón, «Sobre derecho y lógica» (1996), en *Isonomía*, 13, 2000, 24. Ver también M. Barberis, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, III ed., Torino, 2008, pp. 132 y ss.; G.B. Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, 2009, especialmente caps. V y VIII; por último, también R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, cap. VI (y la literatura allí referida).

¹¹ Técnicamente hablando, una norma derrotable no admite un razonamiento en *modus ponens*, ni admite el refuerzo del antecedente. Supongamos que tenemos que aplicar la norma «Los contratos deben ser cumplidos». (i) Si tal norma es un condicional inderrotable, de dicha norma, en conjunción con la proposición «x es un contrato», se puede válidamente concluir (por *modus ponens*) «x debe ser cumplido». Por el contrario, si la norma es un condicional derrotable, tal conclusión *no* está consentida, ya que la norma está sujeta a excepciones (innominadas), por lo que *no todos* los contratos deben ser cumplidos: la realización de un contrato no es condición suficiente para que subsista la obligación de cumplimiento. (ii) Además, si la norma es un condicional inderrotable, de dicha norma, en conjunción con la proposición «x es un contrato sacrilego», se puede válidamente concluir (por refuerzo del antecedente) «x debe ser cumplido» (es como decir: los contratos sacrilegos son en cualquier caso siempre contratos y la norma no distingue). Por el contrario, si la norma es un condicional derrotable, tal conclusión *no* está consentida, ya que la norma, de nuevo, está sujeta a excepciones (innominadas), por lo que, nuevamente, la realización de un contrato no es condición suficiente para que haya obligación de cumplimiento (la obligación podría no valer para los contratos sacrilegos).

implícita) a las leyes de rango constitucional. Otros consideran que la norma constitucional (art. 33, apartado 1, Constitución italiana) que proclama solemnemente la libertad de la ciencia y del arte encuentra un límite en las «buenas costumbres» y en el «orden público constitucional»: consideran, en síntesis, que la libertad en cuestión no está garantizada sin excepciones (implícitas). El Tribunal Constitucional italiano ha considerado que el art. 5 Cód. penal italiano —«Nadie puede invocar como eximente la propia ignorancia de la ley penal»— está sujeto a la excepción implícita en virtud de la cual la ignorancia de la ley penal puede alegarse como eximente siempre que la misma (la ignorancia) haya sido inevitable¹².

(iii) *Los principios como normas genéricas*. Las reglas son normas (relativamente) «precisas», circunstanciadas, mientras los principios son normas «genéricas»¹³, en el siguiente sentido.

Una norma «precisa» —y por tanto una «regla»— es una norma inmediatamente susceptible de aplicación a casos concretos: una norma que puede ser utilizada como premisa mayor en el silogismo judicial («Todos los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por tanto Ticio debe ser castigado»). Una norma «genérica» —y por tanto un «principio»— es en cambio una norma que:

(a) por un lado, exige la formulación de otras normas —que la «concreten», que posibiliten su «aplicación» o «ejecución»— sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero

(b) por otro lado, puede ser ejecutada o concretada de muchos modos distintos y alternativos.

Por ejemplo: supongamos que una norma constitucional establezca que el jefe de Estado es un órgano electivo (así, implícitamente en el art. 1, apartado 1, de la Constitución italiana, al disponer que Italia es una república). Pues bien: en primer lugar, una norma de este tipo no es aplicable en ausencia de otras normas que determinen la modalidad de elección del jefe de Estado; pero, en segundo lugar, las modalidades de elección del jefe de Estado pueden ser de lo más variadas (sin que el principio sea violado).

¹² Tribunal Constitucional italiano 364/1988.

¹³ A normas de este tipo nos referimos cuando se trata de sentencias constitucionales «aditivas de principios», es decir, que «añaden» al ordenamiento (no una regla, sino) un principio. Cfr. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

O incluso: tomemos una norma constitucional que confiera un «derecho social», como el derecho al trabajo o el derecho a la salud; se trata de una norma programática o teleológica que recomienda al legislador el cumplimiento de un cierto fin; pues bien, una norma de este tipo exige otras normas (legislativas) que concreten el derecho conferido, pero por otra parte, evidentemente, el derecho en cuestión puede ser concretado de muchos modos distintos.

4. UNA POSIBLE SÍNTESIS

Tal vez —intencionadamente uso un tono dubitativo— se podría definir un principio como una norma que presenta conjuntamente las dos características siguientes:

(1) que tiene carácter «fundamental» (en el sentido que se ha intentado precisar) y

(2) que tiene contenido indeterminado en una u otra de las formas siguientes (ninguna de las cuales se identifica con la vaguedad que es propia de toda regla), es decir:

(2.1) que tiene un antecedente abierto, o bien

(2.2) que es derrotable, o bien

(2.3) que es genérica.

Pero hay que advertir que ninguna de estas tres formas de indeterminación puede considerarse característica *exclusiva* de los principios. El derecho está lleno de normas con antecedente abierto y/o derrotables y/o genéricas, que sin embargo son comúnmente consideradas reglas, no principios. Por lo que, al final, la única peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, es su posición en el ordenamiento: su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas (que a su vez pueden ser reglas, pero también principios).

5. LOS PRINCIPIOS COMO FRUTO DE INTERPRETACIÓN

Dicho esto, hay que aclarar, por si acaso no fuese obvio, que el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o inderrotable, y (en muchos casos) el carácter abierto o cerrado de un supuesto de hecho no son, digámoslo así, datos objetivos, anteriores a

la interpretación: al contrario, dependen de la interpretación, son fruto de la interpretación (entendida en sentido lato).

El carácter fundamental de una norma depende evidentemente de un juicio de valor de los intérpretes. Ciertamente, puede tratarse de una valoración generalmente compartida (por toda la comunidad jurídica), pero el consenso no basta para hacerla objetiva o verdadera.

Por otra parte, la identificación del contenido de toda norma (más precisamente: de todo texto normativo) depende de la interpretación y la interpretación¹⁴ no es una actividad puramente cognitiva: presupone la adhesión a una u otra doctrina, la elección de uno u otro método interpretativo, ciertas ideas de justicia, etc.

En consecuencia, la identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de las reglas o a la clase de los principios) depende de la interpretación, y es por tanto una cuestión discrecional, en el sentido que, al límite, cualquier (o casi cualquier) enunciado normativo puede ser considerado como expresión tanto de una regla, como de un principio.

Un ejemplo muy claro en tal sentido lo ofrece una disposición como el art. 3, apartado 1 de la Constitución italiana, el cual dispone que todos los ciudadanos son iguales ante la ley sin distinción de sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Nada impide interpretar esta disposición como una regla¹⁵, con supuesto de hecho cerrado e inderrotable, con la consecuencia de tener que considerar inconstitucional cualquier ley que distinga entre los ciudadanos sobre la base de uno u otro de estos criterios (sexo, raza, etc.) y de considerar no inconstitucional toda ley que distinga sobre la base de criterios distintos de los enumerados.

Sin embargo, según la interpretación estándar del Tribunal Constitucional italiano,¹⁶ esta disposición expresa no ya una regla, sino un principio (a) con antecedente abierto y (b) derrotable. Por lo que: por un lado, una ley puede ser inconstitucional aunque distinga entre los ciudadanos por razones distintas de las expresamente enumeradas, por ejemplo la edad (antecedente abierto); por otro lado, una ley puede ser

¹⁴ Con la única excepción de una interpretación puramente cognitiva («científica», diría Kelsen), que se limite a ilustrar las distintas posibles opciones interpretativas, sin tomar partido por ninguna de ellas. Pero el texto se refiere evidentemente a la que en otro lugar he llamado interpretación «decisoria». *Supra*, primera parte, cap. II.

¹⁵ Cfr. por ejemplo Tribunal Constitucional italiano 28/1957. En rigor, se trata no ya de una sola regla, sino de siete reglas distintas: la primera prohíbe la discriminación según el sexo, la segunda prohíbe la discriminación según la raza, etc.

¹⁶ A partir de los años sesenta. Cfr. por ejemplo Tribunal Constitucional italiano 15/1960.

no inconstitucional no obstante distinguir entre los ciudadanos por una de las razones expresamente enumeradas, por ejemplo el sexo (derrotabilidad, excepción implícita).

Es verdad que la cláusula «condiciones personales» es omnícomprensiva y consiente el considerar que la norma pueda tener antecedente abierto incluso a la luz de la simple interpretación literal. Pero no hay bases textuales para considerar que la norma pueda ser también derrotable: las excepciones implícitas (tales que, por ejemplo, en ciertas circunstancias una distinción sobre la base del sexo pueda, a pesar de todo, estar constitucionalmente justificada) dependen enteramente de juicios de valor de los intérpretes.

La verdad es que cualquier disposición puede ser convertida en una norma con antecedente abierto y/o derrotable mediante oportunas técnicas interpretativas¹⁷.

La técnica apropiada para hacer que el antecedente de una norma sea abierto es, obviamente, la analogía, que consiste en extender la consecuencia jurídica a supuestos de hecho distintos y ulteriores respecto de aquellos (literalmente) previstos, sobre la base de un juicio de similitud¹⁸.

La técnica apropiada para hacer que una norma sea derrotable (para introducir en la misma excepciones implícitas) es la disociación, que consiste simplemente en introducir, en la clase de supuestos de hecho (literalmente) considerados en el antecedente, distinciones «nuevas», no tomadas en consideración por la autoridad normativa, de manera de restringir el campo de aplicación de la relativa consecuencia jurídica¹⁹.

6. CLASIFICACIONES DE LOS PRINCIPIOS

Los principios constituyen una categoría heterogénea bajo distintos aspectos:

¹⁷ Sin que por esto, sin embargo, debamos considerarla necesariamente un principio. Conviene repetir que la derrotabilidad no es característica exclusiva de los principios. En verdad, cualquier disposición puede volverse derrotable mediante la técnica de la disociación, como veremos en seguida.

¹⁸ Volveremos en otro capítulo sobre las técnicas interpretativas.

¹⁹ Ver R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 163 y ss.; R. Guastini, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008. Pero sobre la técnica de la disociación volveremos a su debido tiempo.

(1) En primer lugar, hay que distinguir entre los principios *constitucionales*, comúnmente llamados «fundamentales» y aquellos de rango simplemente *legislativo*, llamados algunas veces «principios generales», otras veces «ratio(nes) legis».

La importancia de la distinción es obvia: en el ordenamiento italiano vigente los principios constitucionales, al ser la constitución rígida y por tanto superior a la ley, son absolutamente vinculantes para el legislador (un buen ejemplo es el principio de irretroactividad en materia penal: art. 25, apartado 2, Constitución italiana);²⁰ mientras los principios legislativos pueden ser derrotados o derogados por la propia ley (véase el caso del principio de irretroactividad fuera de la materia penal: art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano).

Por otra parte, como hemos señalado ya en otro lugar, el Tribunal Constitucional considera que, en el ámbito de los principios constitucionales, hay algunos, los así llamados *principios «supremos»* del ordenamiento, que no pueden ser derrotados, derogados o subvertidos en modo alguno (legítimo) —ni siquiera por leyes de reforma constitucional— y que, por tanto, son en cierto sentido «supra-constitucionales»²¹.

²⁰ Un inventario de los principios generales expresados por la constitución se puede ver en F. Modugno, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Treccani, Roma, 1991, pp. 17 y ss., a decir del cual, por otra parte, todos los principios generales del ordenamiento están dotados de cobertura constitucional al menos indirecta.

²¹ Tribunal Constitucional italiano 1146/1988. Esta doctrina del Tribunal es muy discutible desde dos puntos de vista. En primer lugar, es discutible la existencia misma de principios supra-constitucionales absolutamente inmodificables, al carecer de base textual en la constitución (excepción hecha de los principios a que hace referencia el art. 139, en conformidad con el significado común del vocablo «república»: el principio de electividad del jefe de Estado y el principio de temporalidad de su mandato); en otras palabras, podemos dudar de que haya en la constitución límites a la reforma constitucional totalmente implícitos. En segundo lugar, es igualmente discutible la identificación de los principios en cuestión, es decir, la tesis según la cual uno u otro principio pertenecen al núcleo de los principios supra-constitucionales. Como quiera que sea, en distintas ocasiones el Tribunal ha calificado como supremos o fundamentales, por ejemplo: el principio de unidad de la jurisdicción (Tribunal Constitucional italiano 30/1971); el derecho a la tutela judicial (Tribunal Constitucional italiano 232/1989); el principio democrático (Tribunal Constitucional italiano 30/1971); el principio de laicidad del Estado (Tribunal Constitucional italiano 203/1989); etc. Por otra parte, hay buenas razones para pensar que, según la ocasión, el elenco esté destinado a alargarse. Hay quienes consideran, por ejemplo, que entre los principios supremos se encuentran el principio de rigidez de la constitución, el principio de la garantía jurisdiccional de la constitución, el principio de unidad e indivisibilidad de la república, el principio de división de poderes. Obsérvese: la doctrina de los principios supremos, por un lado, es fruto de construcción jurídica (en particular, es fruto de creación jurisprudencial de derecho constitucional por parte del Tribunal); por otro lado, ofrece al Tribunal la ocasión de crear ulteriormente derecho constitucional, cada vez que se presente concretamente el

(2) En segundo lugar, hay que distinguir entre:

- (a) los principios «generales», que abarcan todo el ordenamiento;
- (b) los principios que se refieren solo a un sector específico (como, supongamos, el derecho administrativo, el proceso civil, etc.);
- (c) los principios propios de una única «materia» (como aquellos previstos por el art. 117, apartado 3, Constitución italiana, como límites a la potestad legislativa concurrente de las regiones); y por último
- (d) los principios que justifican un conjunto reducido de normas (por ejemplo una determinada ley) o incluso una única norma: cada principio de este tipo es lo que se suele llamar «ratio legis».

Muchos principios generales en sentido estricto²² son al mismo tiempo principios constitucionales. Se pueden mencionar como ejemplos: la igualdad (art. 3, apartado 1, Constitución italiana), la libertad personal (art. 13, apartado 1, Constitución italiana), el derecho a actuar en juicio para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24, apartado 1, Constitución italiana), la libertad de empresa (art. 41, apartado 1, Constitución italiana), y así otros. Pero no faltan principios generales de rango simplemente legislativo: por ejemplo, el principio de irretroactividad fuera de la materia penal (art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano), o el principio «lex posterior derogat priori»²³ (art. 15 disp. prel. Cód. civ. italiano).

Entre los principios sectoriales —es decir, aquellos que caracterizan un sector particular del ordenamiento: el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho procesal, el derecho penal, el derecho del trabajo, etc.— hay algunos de rango constitucional, otros de rango legislativo. Por ejemplo: en derecho administrativo, tiene rango constitucional el principio de buen funcionamiento e imparcialidad de la administración (art. 97, apartado 1, Constitución italiana), mientras que

problema de identificar los principios supremos que se supone que son inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional bajo su aspecto sustancial una ley de reforma que se opusiese a ellos o pretendiese alterarlos). Se entiende que el Tribunal crea derecho constitucional no solo cuando incluye un determinado principio (por ejemplo el derecho a la tutela judicial) en la lista de los principios supremos, sino también cuando excluye algún otro principio de la misma lista (por ejemplo, el Tribunal no reconoce como principio supremo la reserva de ley, por lo que no considera que la reserva de ley funcione como «límite» para el ingreso del derecho comunitario en el ordenamiento interno).

²² Que no necesariamente coinciden con los «principios generales» a los que se refiere el art. 12, apartado 2, de las disposiciones preliminares del Código civil italiano.

²³ El cual, por otro lado, se puede considerar implícito en la constitución. Ver R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, tercera parte, cap. II.

tiene rango legislativo el principio del así llamado por la doctrina italiana «justo procedimiento»; en derecho del trabajo, tiene rango constitucional el principio de paridad (de derechos y de retribución) entre trabajadoras y trabajadores (art. 37, apartado 1, Constitución italiana), mientras que tiene rango legislativo el principio llamado del «favor» (art. 2077 Cód. civ. italiano); en derecho procesal, tiene rango constitucional el principio del «juez natural» (art. 25, apartado 1, Constitución italiana), mientras que tiene rango legislativo el principio «dispositivo» (que se extrae de los arts. 2907, apartado 1, y 2697 Cód. civ. italiano, de los arts. 99 ss. Cód. proc. civ. italiano, de la regulación de la transacción, arts. 1965 ss. Cód. civ. italiano, etc.).

(3) En tercer lugar, hay que distinguir entre los principios *explícitos* y aquellos *no formulados* o implícitos (en sentido amplio, no lógico)²⁴.

Principios *explícitos* son aquellos que están directamente formulados en una disposición normativa específica (constitucional o legislativa), de la cual se pueden extraer (como cualquier otra norma) mediante interpretación²⁵.

Principios implícitos —fruto de construcción jurídica— son aquellos «que no tienen disposición»²⁶, es decir, no están formulados explícitamente en disposición normativa alguna (constitucional o legislativa),

²⁴ No se comprende la tesis de F. Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, pp. 118 y s., según el cual «aunque sean explícitos, fijados en disposiciones precisas, los principios presentan de todos modos un carácter esencialmente implícito [...] ya que su contenido excede siempre cualquier posible formulación».

²⁵ Nótese que, en el ámbito de los principios explícitos, hay algunos que son explícitamente calificados como «principios» por la propia autoridad normativa que los ha formulado. El ejemplo más obvio lo constituyen los artículos 1 al 11 de la Constitución italiana, que precisamente se auto-denominan «Principios fundamentales». Pero los ejemplos se pueden fácilmente multiplicar en las siguientes leyes italianas: la ley 382/1978 se titula «Normas de principio sobre la disciplina militar»; la ley 335/1979 se titula «Principios fundamentales y normas de coordinación en materia de presupuesto y contabilidad de las Regiones»; el art. 1 de la ley 833/1978 («Institución del servicio sanitario nacional») lleva por título «Los principios»; el art. 22 de la ley 93/1983 («Ley-cuadro sobre el empleo público») lleva por título «Principios en materia de responsabilidad, procedimientos y sanciones disciplinarias»; y así otros. Obviamente, las disposiciones que explícitamente se presentan como principios hay que distinguirlas de las disposiciones que no expresan ellas mismas principios (al menos: no necesariamente), pero que de distintos modos hacen referencia a principios. Son ejemplos de estas últimas el art. 117, apartado 3, Constitución italiana y el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano.

²⁶ La expresión es de V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984.

pero son elaborados o «construidos» por los intérpretes. Por supuesto, los intérpretes, cuando formulan un principio implícito, no actúan como legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes. Los principios implícitos, sin embargo, son fruto no exactamente de interpretación (en sentido estricto, es decir, adscripción de sentido a específicos textos normativos), sino de construcción jurídica, es decir, de integración del derecho por obra de los intérpretes. Dichos principios son extraídos por los operadores jurídicos: unas veces a partir de reglas aisladas, otras veces a partir de conjuntos más o menos grandes de reglas, o incluso del ordenamiento jurídico en su conjunto²⁷.

Por ejemplo: en derecho civil, son explícitos el principio de autonomía privada (art. 1322 Cód. civ. italiano), el principio «neminem laedere» (art. 2043 Cód. civ. italiano), el principio de libertad de las formas negociales (art. 1325 Cód. civ. italiano); mientras que es implícito el principio de tutela de la buena fe, que se desprende de la disposición sobre el error como causa de anulabilidad del contrato (art. 1428 Cód. civ. italiano), las disposiciones sobre efectos de la simulación respecto a terceros y acreedores (arts. 1415 y 1416 Cód. civ. italiano), las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación del poder (art. 1396 Cód. civ. italiano), etc.

Son también principios explícitos en el ordenamiento italiano vigente: el principio de igualdad (art. 3, apartado 1, Constitución italiana); el principio de irretroactividad de la ley penal (art. 25, apartado 2, Constitución italiana); el principio llamado de interpretación estricta de la ley penal (art. 1 Cód. penal italiano y art. 14 disp. prel. Cód. civ. italiano); el principio de legalidad en la jurisdicción (art. 101, apartado 2, Constitución italiana); y otros. Por el contrario, son principios implícitos: el (ya mencionado) principio de tutela de la buena fe, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de conservación de los actos negociales viciados, el principio de conservación de los documentos normativos²⁸, el principio de división de poderes, (tal vez) el principio de legalidad en la administración²⁹, los llamados principios de orden público, y otros.

²⁷ En el siguiente apartado veremos cómo.

²⁸ A menudo invocado por el Tribunal Constitucional italiano al dictar sentencias interpretativas desestimatorias.

²⁹ Ver S. Foix, «Legalità (principio di)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 659 y ss.

7. CONSTRUCCIÓN DE PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

(i) En general, de una o más reglas se desprende —o, mejor dicho, se construye— un principio implícito mediante una conjetura en torno a la *ratio*, a la razón de ser, a la finalidad, de la regla o reglas en cuestión.

El principio así construido no es otra cosa que una norma teleológica —es decir, una norma que prescribe un fin a conseguir (o un valor a perseguir), del tipo: «Se debe tutelar a quien actúa de buena fe en las relaciones contractuales»— que constituye la justificación axiológica³⁰ de las reglas de las cuales se ha partido³¹.

Nótese, sin embargo, que toda conjetura en torno a las razones del legislador tiene carácter discrecional y depende de valoraciones. Es raro que una regla responda a una finalidad unívoca y bien definida. Cualquier resultado que una regla (si es observada y/o aplicada) sea capaz de producir puede ser abstractamente considerado como razón de ser de dicha regla. Si una determinada regla es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener que *ratio* de la regla en cuestión es, indiferentemente, tanto la realización de R1 como la realización de R2³². La elección entre R1 y R2, como *ratio* de la regla, es fruto de valoración (por ejemplo, una valoración de «razonabilidad»).

Por ejemplo, la regla (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89, apartado 1, Constitución italiana) puede ser reconducida indiferentemente a al menos dos finalidades distintas: liberar al jefe de Estado de toda responsabilidad jurídica y política, o bien garantizar un control gubernativo sobre los actos del Presidente. La regla (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (art. 112 Constitución italiana) puede ser justificada: tanto con el (más general) principio de igualdad frente a la ley (art. 3, apartado 1, Constitución italiana); como con la finalidad de perseguir todos los delitos, independientemente de cualquier consideración de utilidad; como también con la finalidad de garantizar la neutralidad política de la fiscalía.

³⁰ O el «fundamento» (*supra*, § 2).

³¹ G. Carcaterra, «Indizi di norme», en *Sociologia del diritto*, 2002, pp. 134 y ss.; G. Tuzet, «L'abduzione dei principi», en *Ragion pratica*, 33, 2009, pp. 517 y ss.; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, primera parte; G. Carcaterra, «Sulla logica della costruzione dei principi generali», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, pp. 499 y ss.

³² Cfr. G. Carcaterra, «Analogia», en *Enciclopedia giuridica*, vol. II, Treccani Roma, 1988, p. 15.

El art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano (que expresa a su vez un principio: el principio de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido indiferentemente a tres finalidades diferentes: garantizar la estabilidad de las relaciones establecidas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos, garantizar a todos la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus propias acciones. Una regla que establezca un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indiferentemente a aumentar los ingresos del Estado, a redistribuir la riqueza o (¿por qué no?) a desincentivar las actividades productoras de rédito. Una regla penal puede ser entendida indiferentemente como dirigida a la represión o, en cambio, a la prevención del comportamiento calificado como delito o (¿por qué no?) como dirigida a incrementar la población carcelaria.³³ Y así otros ejemplos.

Los últimos dos ejemplos ilustran muy bien lo que se decía más arriba a propósito del carácter valorativo de las conjeturas en torno a la *ratio legis*: es probable que a muchos parezca «irrazonable» que el legislador quiera desincentivar la producción de rédito, y suene en cambio «razonable» que el legislador quiera redistribuir el rédito producido; muchos considerarán «razonable» el intento de reprimir ciertas conductas e «irrazonable» querer aumentar la población carcelaria. Pero, obviamente, «razonable» e «irrazonable» son conceptos de valor.

(ii) A veces un principio implícito es en cambio el resultado de un procedimiento de abstracción, generalización o universalización a partir de reglas particulares³⁴.

Supongamos que tenemos tres reglas así construidas:

R1: Si A y B, entonces Z

R2: Si A y C, entonces Z

R3: Si A y D, entonces Z.

Las tres reglas establecen una misma consecuencia jurídica (Z) para tres supuestos de hecho distintos pero con un elemento atómico en común (la circunstancia A). Se puede inferir —inductivamente, conjeturalmente— la regla más general, es decir, el principio, según el cual

todos los supuestos de hecho que comparten el elemento A deben tener esa misma consecuencia jurídica³⁵:

P: Si A, entonces Z.

El principio P, a su vez, consiente inferir (deductivamente, esta vez, por refuerzo del antecedente) un número indeterminado de reglas particulares³⁶, como por ejemplo:

R4: Si A y E, entonces Z

R5: Si A y G, entonces Z

R6: Si A y H, entonces Z

Etcétera.

Por ejemplo: de los arts. 1573 Cód. civ. italiano (el arrendamiento no puede estipularse por un tiempo que exceda los treinta años), 2097 Cód. civ. italiano (el contrato de trabajo no puede ser estipulado por una duración superior a cinco o diez años), etc., la jurisprudencia extrae el principio según el cual las relaciones que crean obligaciones deben tener duración limitada³⁷. De lo cual se sigue, obviamente, que no solo el arrendamiento y el contrato de trabajo, sino cualquier otra relación que genere obligaciones está sujeta a la misma regulación (salvo que la ley disponga otra cosa de manera expresa).

Pero veamos otro ejemplo más: «El art. 1768 Cód. civ. italiano dispone que el depositario debe usar en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: “si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa es valorada con menor rigor”. Una análoga atenuación de la responsabilidad la dictan los arts. 789 y 798 Cód. civ. italiano, a propósito de la donación y los arts. 1710, 1812, 1821 Cód. civ. italiano a propósito del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien hace una prestación gratuita está sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto de quien actúa a cambio de algo equivalente. Y entonces, pasando a un caso no expresamente previsto, si alguien da gratuitamente una información y esta es errada, su respon-

³⁵ Cfr. G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 327 y ss.

³⁶ Dice con acierto U. Scarpelli («Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiótica», en S. Caprioli, F. Treggiari (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39): «los principios se desempeñan como matrices y generadores de normas, de modo tal de extraer como resultado de una interpretación ético-política especificadora cada principio en el contexto en el que debe operar».

³⁷ Cfr. G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 7.

³³ Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 415.

³⁴ Es el mismo procedimiento intelectual a través del cual, especialmente en la cultura jurídica del *common law*, de una decisión individual y concreta se extrae una norma general y abstracta (la *ratio decidendi*). Volveremos sobre este punto al referirnos a la aplicación de precedentes jurisprudenciales.

sabilidad deberá valorarse de manera menos severa, en base a una aplicación analógica de las normas antes mencionadas»³⁸.

(c) Otras veces un principio implícito es una norma que se supone instrumental para la aplicación de otro principio (explícito): una norma cuya existencia en el ordenamiento se presupone con el argumento que en ausencia de la misma el principio explícito sería ineficaz, y que se eleva al rango de principio sin argumentar demasiado³⁹.

Encontramos un ejemplo en la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de las partes en el proceso: la *par condicio* de las partes (o «paridad de armas») es considerada por el Tribunal Constitucional italiano un principio en ausencia del cual no encontraría plena aplicación el derecho de defensa, previsto por el art. 24, apartado 2, Constitución italiana.⁴⁰

8. EL USO DE LOS PRINCIPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Los principios —sobre todo los principios explícitos y, entre estos, especialmente los de rango constitucional— se invocan en general para justificar una interpretación «conforme», de manera de obtener un ordenamiento tendencialmente armonioso⁴¹.

Supongamos que una disposición admita dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, tales que N1 sea conforme a un principio y N2 se oponga a él. Pues bien, se realiza interpretación conforme interpretando la disposición en cuestión en el sentido N1 y rechazando el sentido N2⁴², aduciendo precisamente que N2 es incompatible con el principio.

³⁸ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 14.

³⁹ Obviamente, sin embargo, no todas las normas que son condiciones necesarias de actuación de un principio pueden considerarse solo por esto existentes; y por otro lado las normas en cuestión, cuando se consideren efectivamente existentes, no necesariamente tendrán el valor de principios.

⁴⁰ Nótese que también el art. 24, apartado 2, de la Constitución italiana (derecho de defensa) expresa un principio. Cfr. A. Pizzorusso, «Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne», en *Études et documents du Conseil d'Etat*, 48, 1997, p. 459.

⁴¹ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 443. Pero sobre la interpretación conforme tendremos que volver.

⁴² E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 427: «En la interpretación los principios son utilizados para precisar, extender o restringir el significado de enunciados que expresan reglas; el argumento interpretativo con el cual los principios son así utilizados es el argumento de la conformidad con los principios».

Se considera, en particular, que la interpretación de la ley, allí donde sea posible, debe ser conforme a los principios constitucionales (de modo que, cuando se puede realizar una interpretación conforme, no hay razón para plantear una cuestión de constitucionalidad); que la interpretación de la ley regional (en las materias de competencia concurrente) debe ser conforme, de ser posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados debe ser conforme, de ser posible, a los principios establecidos en la ley de delegación.

En general, en sede de interpretación, argumentar por principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), respecto de la cual se presupone la «superioridad» —según los casos: material o meramente axiológica— en relación con la disposición a interpretar, de manera tal de conformar a aquella el significado de esta⁴³. Y tratar una norma como un principio significa precisamente presuponer su superioridad —cuanto menos su superioridad axiológica— respecto de otra.

Por ejemplo, adoptando esta técnica argumentativa, una disposición que pueda ser entendida sea como retroactiva que como irretroactiva, será preferiblemente entendida en el segundo sentido, de acuerdo con el principio general explícito de irretroactividad (art. 11 disp. prel. Cód. civ. italiano)⁴⁴.

9. EL USO DE LOS PRINCIPIOS EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

El art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano, dispone: «Si una controversia no puede decidirse con una precisa disposición, se acudirá a disposiciones que regulen casos similares o materias análogas; si el caso permanece aún dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»⁴⁵.

⁴³ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 317 y s. Ver algunos ejemplos en G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, cit., pp. 14 y ss.

⁴⁴ Un ejemplo entre mil: se puede leer en Tribunal italiano de Casación 22.4.1975, n. 1575, en *Giurisprudenza civile*, 1975, I, 1086, «Dado el carácter excepcional de la posibilidad de derrotar el canon según el cual la ley no dispone sino para el futuro, la voluntad de derrotar del legislador, allí donde no esté explícitamente afirmada, puede ser extraída por el intérprete solo si el significado de la norma es incompatible con el normal destino de la ley de disponer solo para el futuro».

⁴⁵ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 427 y s.: «En la integración [del derecho] los principios son utilizados para introducir excepciones a la regulación legislativa a través del argumento de la disociación, o para colmar las lagunas a través del argumento de la analogía *juris* (o también, a veces, como re-

Las controversias que no pueden decidirse con una «precisa disposición», es decir, con una norma explícita, dan lugar a lagunas del derecho (en algún sentido del vocablo «laguna»). Los principios, por tanto, operan aquí como instrumentos de integración del derecho en presencia de lagunas:⁴⁶ el juez está obligado a apelar a aquellos después de haber inútilmente intentado el argumento analógico⁴⁷.

Por otra parte, en general, los principios no son de por sí idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas⁴⁸: como tendremos ocasión de ver⁴⁹, aquellos requieren «concreción»⁵⁰. Por dar un solo ejemplo entre miles: suponiendo que el llamado «daño biológico» no constituya un daño no-patrimonial (en el sentido del art. 2059 Código. civ. italiano), y que por tanto el Código civil no disponga regulación alguna en torno a la posibilidad de resarcimiento, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32 Constitución italiana).⁵¹ Pero evidentemente tal principio no es por sí solo suficiente para resolver controversia alguna en la materia, ya que nada dice sobre la posibilidad de resarcimiento del daño biológico. Se puede

usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, solo con la condición de que se establezca una regla implícita —«El daño biológico debe ser resarcido»⁵²— idónea, esta sí, para colmar la laguna y regular el supuesto de hecho para el que se busca regulación⁵³. La construcción de esta regla constituye precisamente una «concreción» del principio.

Pero, por otra parte, no hay regla que pueda ser extraída de un principio con un razonamiento puramente deductivo, y por lo tanto indiscutible, sin el agregado de ulteriores premisas de algún tipo⁵⁴. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad del intérprete.

En general, un principio puede solo constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento —casi siempre *no deductivo*— cuya conclusión ha de ser una regla implícita, elaborada y formulada por el intérprete⁵⁵. La cuestión puede ser explicada un poco más extensamente como sigue.

Como veremos mejor a su debido tiempo⁵⁶, en el seno del razonamiento judicial se pueden distinguir dos «niveles» de justificación o argumentación⁵⁷.

El nivel inferior —llamado «justificación interna»— es un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla: «El homicidio debe ser castigado con la reclusión. Tal persona ha cometido homicidio. Por lo tanto debe ser reclusa». La regla aplicada (en el ejemplo «El homicidio debe ser castigado con la reclusión») constituye la premisa normativa del razonamiento así realizado.

El nivel superior —llamado «justificación externa»— es el conjunto de los razonamientos —más o menos convincentes, pero general-

fuerzo del razonamiento llevado a cabo utilizando el argumento de la *analogia legis* o el argumento *a contrario*»).

⁴⁶ Un buen ejemplo del uso de los principios generales para colmar lagunas puede verse en Tribunal italiano de Casación, (sesión plenaria), 1464/1983, sobre el cual ver F. Sorrentino, «Los principios generales del ordenamiento jurídico en la interpretación y en la aplicación del derecho», en *Diritto e società*, 1987, pp. 186 y ss.

⁴⁷ Por otra parte, también la aplicación analógica de una norma cualquiera supone la búsqueda de un principio: precisamente de ese principio que constituye la razón, el fin, el motivo (la *ratio*, como se suele decir) de la norma en cuestión. Por lo tanto, se puede decir que cuando el derecho presenta una laguna, el intérprete está obligado por el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano, a colmarla recurriendo: o a un principio «particular» que esté en la fundamentación de una norma específica (la así llamada *ratio legis*) o, en su ausencia, a un principio «general», que esté en la fundamentación de todo un conjunto de normas. En el primer caso, se suele decir, la laguna se colma mediante *analogia legis*; en el segundo caso, la misma se colma mediante *analogia juris*.

⁴⁸ Cfr. G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, cit., pp. 4 y ss.

⁴⁹ En un capítulo posterior, al ocuparnos en particular de principios constitucionales.

⁵⁰ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., vol. II, p. 846, señala «la repulsión que los principios generales oponen a una precisa formulación preceptiva, en cuanto afirman orientaciones e ideales de política legislativa capaces de una indefinida y, casi se diría, inagotable virtualidad». Escribe C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 58: los principios «logran guiar concretamente a los ciudadanos solo en la medida en que ofician de «generadores de normas de comportamiento». Ver también allí, p. 184: los principios como «matrices de normas».

⁵¹ Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, 54. Al respecto, E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., cap. VI.

⁵² Grosso modo, mediante un razonamiento del tipo siguiente: la salud constituye un derecho fundamental; el daño biológico constituye una lesión del derecho a la salud; toda lesión de un derecho fundamental constituye un daño injusto; por tanto el daño biológico debe ser resarcido.

⁵³ Al respecto G. Alpa, *I principi generali*, Tratado de derecho privado, a cargo de G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1993, pp. 197 y ss.

⁵⁴ A. Costanzo, B. Montanari, *Teoria generale del diritto. Regole, casi, teorie*, Torino, 1998, p. 10 s.

⁵⁵ E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 434, 446.

⁵⁶ Al referirnos a la aplicación del derecho.

⁵⁷ M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, especialmente cap. V; J. Wróblewski, «El sillogismo jurídico y la racionalidad de la decisión judicial» (1974), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; M. Atienza, *Las razones del derecho*, Madrid, 1991; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, pp. 195 y ss.

mente *no* deductivos— mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna, incluida la premisa normativa.

Ahora bien, normalmente, la premisa normativa del razonamiento decisorio es una *regla explícita*, que constituye el significado (uno de los posibles significados) de una disposición⁵⁸. Pero, obviamente, en presencia de una laguna tal premisa no puede ser una regla explícita: si hubiese una regla explícita aplicable al supuesto de hecho concreto no habría laguna. La premisa normativa de la justificación interna del razonamiento puede solo ser una regla *implícita*⁵⁹. Y esta se puede —como sucede a menudo— desprender precisamente de un principio (que puede ser a su vez explícito, pero también implícito).

Los principios —a causa de su contenido normativo indeterminado— no son idóneos para desempeñar el rol de premisa normativa de la justificación interna. Más bien, aquellos desempeñan un rol en la justificación externa de la premisa normativa. Es decir, se usan para argumentar la existencia de normas implícitas, estas sí aptas para justificar deductivamente la decisión.

Cuando se usa una regla implícita como premisa normativa de la justificación interna, hay que mostrar convincentemente que tal regla es (materialmente) válida, a pesar de no estar formulada, a pesar de «carecer de disposición». Pues bien, esto puede hacerse reconduciendo la norma en cuestión a un principio, explícito o implícito, que constituye su fundamento axiológico.

Por ejemplo, se puede sostener que una norma implícita N encuentra fundamento en un principio P siempre que N sea lógicamente deducible de P (con el agregado, eventualmente, de oportunas premisas). O bien se puede sostener que una norma implícita N encuentra fundamento en un principio P siempre que N sea un medio para conseguir el fin prescrito por P. En el primer caso, se dirá que N constituye la «expresión», «especificación» o «aplicación» de P. En el segundo caso, se dirá que N constituye la «realización» de P.

⁵⁸ Por lo que la justificación externa de tal premisa consiste, grosso modo, en aducir que: (a) la disposición D es formalmente válida; (b) tal disposición expresa la norma N; (c) la norma N es, a su vez, materialmente válida. A su vez, se puede argumentar ulteriormente sobre las afirmaciones (a) y (c) haciendo referencia a los criterios de validez (formal y material) propios del ordenamiento jurídico de que se trate. Sobre la afirmación (b), que constituye un enunciado interpretativo (con la forma «D significa N»), se puede argumentar apelando a una u otra técnica interpretativa comúnmente aceptada en la cultura jurídica existente.

⁵⁹ Es evidente que, en estos casos, la justificación externa de la premisa normativa debe asumir una forma distinta de la indicada en la nota anterior.

Se entiende que, cuando el juez aplica un principio implícito, lo que hace es integrar el derecho doblemente: por un lado, elaborando el principio en cuestión; por otro lado, elaborando, a partir del mismo, la regla, igualmente implícita, que hace de premisa normativa de la justificación interna.

VI

INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Muchas constituciones contemporáneas, si no todas, están llenas de disposiciones de principio en cuya formulación se usan expresiones que evocan valores morales (o políticos o ético-políticos), como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz y otros.

De este modo, según un punto de vista hoy muy extendido, los principios constitucionales «reenvían» a la moral, o bien «incorporan» valores morales en el derecho constitucional —o en la «regla de reconocimiento»¹, como algunos prefieren decir— como criterios de validez sustancial de las leyes². Esta tesis no convence por diversas razones.

(i) La primera razón es simple. Los conceptos, pretendidamente «morales», usados para formular principios constitucionales, al ser incorporados a un texto jurídico son «positivizados»: ya son, por esto mismo, conceptos de derecho positivo, igual que «contrato», «testa-

¹ Esta expresión está tomada de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, I ed., Oxford, 1961.

² Cfr. Por ejemplo H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, II ed., Oxford, 1994, Postscript; W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994; J. L. Coleman, *The Practice of Principles*, Oxford, 2001; J.J. Moreo, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, 2001. La doctrina en cuestión es manifiestamente deudora de las ideas de R. Dworkin, del cual ver *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge (Mass.) and London, 1996.

mento», «propiedad», «usucapión», «juicio», «causar la muerte de un hombre», «ocasionar un daño injusto», «buena fe» y un largo etcétera.

Los conceptos en cuestión no son en absoluto (o en cualquier caso ya no son) conceptos morales. Cuanto menos en el sentido que, estando ya sujetos a la elaboración dogmática de los juristas, tienden inevitablemente a adquirir en el lenguaje jurídico un sentido que no necesariamente coincide con aquel o aquellos que tienen en el lenguaje (de la filosofía) moral, es decir, de la ética normativa.

(ii) La segunda razón es igualmente simple. Los principios constitucionales en cuestión —se dice— «reenvían» a la moral y, por esta vía, «incorporan» la moral en el texto constitucional.

Ahora bien:

(a) El término «incorporación» está sin lugar a duda fuera de lugar. ¿Quién diría que una norma de derecho internacional privado italiano, al exigir en ciertas circunstancias la aplicación de la ley francesa, «incorpora» la ley francesa en el ordenamiento italiano? Nadie. La tesis de la «incorporación» es simplemente fruto de un uso inapropiado del lenguaje.

(b) Pero tampoco el término «reenvío» es del todo apropiado. En rigor, una norma de reenvío es un enunciado meta-lingüístico que incluye en su formulación la mención —con «nombre y apellido» por así decir— de otra fuente, de otra disposición o de otro ordenamiento normativo³. Ejemplo paradigmático (de nuevo): las normas de derecho internacional privado.

Los principios constitucionales en cuestión, sin embargo, no mencionan disposición o norma alguna, ni tampoco un sistema normativo determinado⁴.

Por otra parte, tomemos una disposición normativa que use el término «propiedad». Este término admite una pluralidad de interpretaciones, que dependen de las distintas «teorías» de la propiedad elaboradas por la dogmática jurídica. Pues bien: ¿Quién diría que la autoridad normativa, usando el término «propiedad», ha reenviado a la

³ «La materia M está regulada por ley», «Al supuesto de hecho F se aplica el art. x de la ley y», «Al supuesto de hecho F se aplica la ley del ordenamiento G», etc.

⁴ A menos que se piense, se entiende, que «la» moral —una presunta moral «objetiva», es decir, universalmente «válida», «verdadera» (casi como si los enunciados del discurso prescriptivo y/o valorativo pudieran tener valor de verdad)— constituya ella misma un ordenamiento normativo determinado, identificable y capaz de ser conocido en su contenido, igual que un ordenamiento jurídico nacional.

dogmática de la propiedad —a una u otra doctrina sobre la propiedad— o incluso que la haya incorporado?

(iii) La tercera razón es más compleja. Es absolutamente cierto que la interpretación del contenido de significado de las disposiciones constitucionales de principio es una variable dependiente de valoraciones morales. Pero hay que preguntarse ¿de qué «moral» estamos hablando exactamente?

El vocablo «moral», en efecto, puede hacer referencia a dos cosas bien distintas: (a) la moral llamada «social», es decir, los principios éticos generalmente aceptados en la sociedad (en la «comunidad») de que se trate; o bien (b) la moral llamada «ideal» o «crítica», es decir, los principios éticos elaborados privadamente o en cualquier caso aceptados por algunos⁵.

Si por «moral» se entiende la moral crítica, la aplicación de las cláusulas constitucionales que nos ocupan requiere valoración moral —juicios de valor, necesariamente subjetivos— por parte de los intérpretes. Es como decir que la interpretación (o la concreción, como diremos en seguida) de las disposiciones constitucionales que contienen conceptos «morales», está enteramente subordinada a los sentimientos morales, a las ideas de justicia y, por tanto, a la discrecionalidad de los jueces (especialmente de los jueces constitucionales).

Si por «moral» se entiende la moral social, las cláusulas constitucionales de las que nos ocupamos requieren de los intérpretes no exactamente valoraciones morales, sino más bien la investigación empírica («sociológica») en torno a las convicciones morales existentes en la sociedad. Pero, entre otras cosas, los juristas (incluidos los jueces) no parecen culturalmente preparados para desarrollar averiguaciones empíricas de este tipo. Y, por otra parte, el proceso (por ejemplo, el proceso constitucional) no parece la sede adecuada para indagaciones de este tipo. Resulta fácil conjeturar que un juez que pretenda aplicar la moral social esté simplemente atribuyendo a la colectividad sus propias opiniones morales.

Sobre todo, allí donde no haya opiniones morales socialmente compartidas —y con frecuencia en efecto no las hay sobre cuestiones

⁵ Insisto: *tertium non datur*. A pesar de la opinión de muchos, no existe en absoluto una cosa como una «moral objetiva», independiente de las convicciones morales de cada uno. Sostener la existencia de una moral objetiva no es distinto de sostener que de las normas se puede decir si son verdaderas o falsas (tal que sean verdaderas las normas de la moral presuntamente objetiva y falsas las de cualquier otra moral). Desgraciadamente, las normas no tienen valor de verdad (no se puede decir que sean ni verdaderas, ni falsas).

seriamente controvertidas y/o en sociedades caracterizadas por un elevado grado de pluralismo— la averiguación en torno a la moral social es simplemente imposible (por falta de objeto), por lo que necesariamente las valoraciones morales de los intérpretes sustituyen a la neutra, imparcial, averiguación en torno a las valoraciones ajenas⁶.

En definitiva, los conceptos «morales» utilizados en la formulación de principios constitucionales son, simplemente, conceptos jurídicos altamente indeterminados —que apelan a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes— cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional⁷.

2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Según diversos autores, los principios —y esto vale sobre todo para los principios constitucionales— se distinguen de las reglas no ya (o no solo) por su estructura o por su contenido, sino (también) por el hecho que las dos clases de normas funcionan de manera distinta en el razonamiento de los jueces.

Por ejemplo, según una tesis muy conocida, los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican a la manera de «todo-o-nada»⁸, ya que tienen una dimensión (desconocida para las reglas) de «peso» o de «importancia» relativa⁹. Esta idea no es muy precisa, pero, y a pesar de todo, no es en fin de cuentas tan mala, ya que alude a tres fenómenos importantes conectados con la aplicación jurisdiccional de principios: en particular de principios constitucionales.

⁶ Por otra parte, los conceptos «morales» no son una peculiaridad de los textos constitucionales: basta pensar en las cláusulas generales que se encuentran en las leyes civiles, entre las cuales «daño injusto» (art. 2043 Cód. civ. italiano) constituye un ejemplo paradigmático (al que hemos hecho referencia más arriba, primera parte, cap. III). Y en todo caso, cualquier jurista competente sabe bien que los juicios de valor pueden condicionar la interpretación de cualquier texto normativo que presente alguna forma de equivocidad o de indeterminación semántica. Sería una sorprendente ingenuidad pensar que los juicios de valor intervienen solo en la interpretación de los conceptos «morales» empleados en los textos constitucionales.

⁷ Recuérdese lo que hemos dicho en su momento sobre las «cláusulas generales».

⁸ Es decir, que, o se aplican (porque son aplicables al supuesto de hecho de que se trata), o no se aplican en absoluto (porque el supuesto de hecho en cuestión no entra en su campo de aplicación). Esto equivale a decir que las reglas son inderrotables, los principios derrotables.

⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. II.

En primer lugar, el hecho que los principios constitucionales no tienen un campo de aplicación determinado¹⁰, con la consecuencia que la aplicabilidad de un determinado principio a un cierto caso concreto es a menudo controvertida.

En segundo lugar, el hecho que los principios constitucionales, incluso cuando su aplicabilidad no sea controvertida, no establecen soluciones unívocas para las cuestiones de derecho¹¹.

En tercer lugar, el hecho que a veces un principio constitucional, a pesar de su aplicabilidad (no controvertida) a un cierto caso concreto, termine no aplicándose.

Todo esto puede aclararse un poco mediante el análisis lógico de dos tipos característicos de razonamiento judicial: por un lado, el razonamiento que los jueces realizan para aplicar un principio constitucional; por otro lado, el razonamiento que realizan para resolver un conflicto (una antinomia, una «colisión» como dicen algunos) entre principios constitucionales.

3. CONCRECIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios constitucionales pueden ser aplicados esencialmente en dos tipos de circunstancias: (a) por el juez constitucional, para decidir sobre la conformidad con la constitución de una norma legal; (b) por el juez común (civil, penal, administrativo) para colmar una laguna (por lo general axiológica) en la ley¹².

Sin embargo, en ambos casos, los principios constitucionales, a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa «concreción»¹³. Mejor aún, decir «aplicar» un principio significa precisamente concretarlo.

La concreción no es una operación interpretativa en sentido estricto. En el lenguaje común de los juristas se tiende a llamar genéricamente «interpretación» al discurso de la doctrina y de la jurisprudencia

¹⁰ O bien porque tienen antecedente abierto, o bien porque son derrotables, o bien porque son genéricos. Cfr. *supra*, cap. V.

¹¹ Por las mismas razones que hemos dicho en la nota anterior.

¹² Sobre la aplicación directa de normas constitucionales por parte de los jueces civiles, se puede ver G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, pp. 39 y ss.; S. Bartole, «I principi costituzionali», en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011. Cfr. también R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 272 y ss.

¹³ Sobre la concreción de «estándares», ver F. Schauer, «The Convergence of Rules and Standards», en *New Zealand Law Review*, 2003, pp. 315 y ss.

en su conjunto. Este modo de expresarse, sin embargo, tiene el defecto de opacar la variedad de operaciones intelectuales efectivamente llevadas a cabo por los operadores jurídicos.

Concretar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una «regla»: una nueva regla, hasta ese momento no formulada, que constituye su «actuación» o «especificación»¹⁴.

(1) En la mayor parte de los casos, el juicio de constitucionalidad requiere confrontar no ya dos reglas (una regla constitucional y una regla legal), sino una regla (legal) y un principio (constitucional)¹⁵.

Ahora bien, dada la peculiar indeterminación de los principios, reglas y principios son normas heterogéneas en su estructura lógica, por lo que una comparación directa es imposible. ¿Una regla que atribuye a los extranjeros el derecho de voto en las elecciones municipales es compatible, o no, con el principio de soberanía nacional (proclamado en la constitución francesa)? ¿El principio de igualdad (entre los sexos) es compatible, o no, con la obligación de incluir en las listas electorales una cuota de candidatas de sexo femenino? ¿El principio de laicidad del Estado excluye, o en cambio admite, la exposición de símbolos religiosos en las aulas escolares y/o en las aulas de justicia? Evidentemente, el principio de soberanía nacional no dice nada sobre el electorado activo en las elecciones municipales. El principio de igualdad no dice nada sobre la composición de las listas electorales. Y el principio de laicidad del Estado nada dice en torno a la exposición de símbolos religiosos en lugares públicos.

Para hacer posible la comparación entre un principio y una regla es necesario extraer del principio una regla (implícita) —con supuesto de hecho cerrado, inderrotable, no genérica— que tenga el mismo antecedente (es decir, que regule la misma clase de supuestos de hecho) que la regla cuya constitucionalidad se discute.

¹⁴ Volver a ver U. Scarpelli («Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. Caprioli, F. Treggiari (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39): «los principios operan como matrices y generadores de normas, que se extraen como resultado de una interpretación ético-política que especifica cada principio en el contexto en el que debe operar. No identificamos, por tanto, en los principios, las premisas de conclusiones normativas adscriptivas de derechos, sino índices y criterios para conseguir normas capaces de hacer de premisas a conclusiones normativas adscriptivas de derechos».

¹⁵ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 125 y ss.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959, pp. 40 y s. En el texto se alude a la distinción entre «reglas» y «principios» ya introducida en un capítulo anterior.

(2) Se considera que el núcleo de la motivación de las decisiones jurisdiccionales tiene (no puede no tener) estructura deductiva: «Los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por tanto Ticio debe ser castigado»¹⁶. La premisa normativa es una regla que conecta a una clase de supuestos de hecho (el asesinato) una consecuencia normativa (la pena).

Sin embargo, los principios —una vez más: a causa de su peculiar forma de indeterminación— no son idóneos para funcionar como premisa normativa en la motivación de una decisión jurisdiccional. El principio de la tutela de la salud no dice nada en torno a la posibilidad de resarcimiento del daño llamado «biológico». El principio del derecho a la defensa no dice nada en torno a la presencia del abogado en el interrogatorio del imputado. E igual con los otros principios.

Para que un principio pueda contribuir a la motivación de una decisión jurisdiccional (civil, penal, etc.), es necesario extraer del mismo una regla (implícita) dotada de un antecedente (relativamente) determinado, es decir, con supuesto de hecho cerrado, inderrotable, y no genérico.

En definitiva, la aplicación de un principio exige concreción; aplicar un principio consiste precisamente en concretarlo.

La concreción de un principio es un razonamiento —generalmente no deductivo y, por tanto, controvertible— que (a) tiene entre las premisas el principio en cuestión y (b) tiene como conclusión una regla (implícita).

4. CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios constitucionales tienen la deplorable tendencia a entrar en conflicto unos con otros. Aún más, según algunos autores, todo principio está, por definición y por tanto necesariamente, en conflicto con otros principios: es decir, que estar en conflicto con otros

¹⁶ Esta inferencia deductiva es lo que se llama «justificación interna» de la decisión jurisdiccional: se trata del conjunto de las premisas necesarias y suficientes para fundar la decisión (el contenido del dispositivo). Se llama en cambio «justificación externa» al conjunto de las premisas necesarias y suficientes para fundar las premisas de la justificación interna. La distinción entre justificación «interna» y justificación «externa» de las decisiones jurisdiccionales se debe a J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1983; J. Wróblewski, «Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche», en L. Gianfranceschi, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, pp. 203 y ss.

principios sería un rasgo definitorio del concepto mismo de principio¹⁷. Por lo que, en toda controversia en la que resultase aplicable un determinado principio P1, habría siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable e incompatible con P1.

Como quiera que sea, los conflictos entre principios constitucionales — también a causa de la pluralidad de valores ético-políticos incorporados en todas las constituciones contemporáneas — son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones¹⁸: el conflicto entre la libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la identidad personal, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos constitucionales de los usuarios. Se puede también avanzar la hipótesis de que cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con el fin de concretar uno u otro principio constitucional, desemboca en una lesión o limitación de algún derecho constitucional de los propios ciudadanos, y entra por tanto en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

En la constitución italiana, por otra parte, se encuentran algunos conflictos emblemáticos, como por ejemplo: el conflicto entre el principio de igualdad (llamada «formal»), que excluye toda forma de discriminación, y el principio de igualdad llamada «sustancial», que admite discriminaciones «positivas» (*affirmative actions*) con el fin de eliminar las desigualdades sociales; o el conflicto entre el principio de igualdad, que excluye todo tratamiento diferencial de los ciudadanos, y el principio de autonomía legislativa de las Regiones, que conlleva la posibilidad de un tratamiento diferencial de los ciudadanos en las distintas Regiones.

Ahora bien, en general, todo conflicto entre principios constitucionales presenta las siguientes características¹⁹:

¹⁷ Cfr. por ejemplo L. Gianformaggio, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.

¹⁸ Que son el resultado de la convergencia (o del compromiso) entre doctrinas políticas distintas e incompatibles.

¹⁹ R. Guastini, «Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali», en *Ragion pratica*, 26, 2006; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.; L. Prieto Sanchís, «El juicio de ponderación constitucional», en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003, pp. 221 y ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, pp. 99 y ss.

(a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (generalmente) han sido promulgadas en el mismo momento.²⁰

(b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen, por así decir, el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho.

(c) En tercer lugar, se trata de un conflicto «en concreto», no identificable en sede de interpretación textual: una antinomia, en definitiva, que se muestra solo en ocasión de aplicar las normas involucradas a un caso particular.

(d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto «parcial bilateral», en el sentido que las clases de supuestos de hecho regulados por las dos normas se superponen parcialmente, de modo tal que algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados por una norma coinciden con algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados (incompatiblemente) por la otra norma.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse por medio de los criterios estándar de solución de los conflictos entre normas. No se puede emplear el criterio «lex posterior» ya que los dos principios son contemporáneos. No se puede emplear el criterio «lex superior» ya que los dos principios tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No se puede emplear el criterio «lex specialis» ya que las dos clases de hechos regulados por los dos principios no tienen entre sí una relación de género a especie, sino que se cruzan.

Pues bien, la técnica normalmente empleada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar «ponderación»: se trata de poner los principios en conflicto sobre los platillos de una balanza y, por tanto, «pesarlos» para ver cuál «pesa» más, es decir, cuál tiene más valor.

²⁰ Por lo general, ya que no se puede excluir que uno de los principios en conflicto sea fruto de reformas constitucionales y sea, por tanto, «lex posterior» respecto del otro. En el ordenamiento italiano vigente se podría imaginar, por ejemplo, un conflicto entre un principio contenido en la parte primera de la constitución (hasta ahora no tocada por reforma alguna) y uno de los principios introducidos en el art. 111 por la ley de reforma 2/1999. Pero incluso en tales circunstancias, dudo que el juez constitucional se inclinase por aplicar el criterio cronológico («lex posterior», precisamente) de solución de las antinomias.

5. PONDERACIÓN

La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil²¹.

(1) Una jerarquía axiológica, como se recordará, es una relación de valor creada (no ya por el derecho mismo, como la jerarquía material de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, es decir, un enunciado dotado de la forma lógica: «El principio P1 tiene más valor que el principio P2». Establecer una jerarquía axiológica se resume por tanto en atribuir a uno de los dos principios en conflicto un «pcso», un valor, una «importancia» ético-política mayor respecto del otro²².

En consecuencia, el principio que tiene «más valor» prevalece sobre el otro: el primero es aplicado mientras el segundo es dejado de lado.²³ Obsérvese: los criterios de solución de los conflictos «lex posterior» y «lex superior» no tienen papel alguno en esta representación. El principio que sucumbe, aunque dejado de lado, no aplicado, no es en absoluto derogado o declarado inválido. En otras palabras, dicho principio sigue «vivo», en vigor, en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias.

²¹ En la ya nutrida literatura, ver R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; B. Celano, «Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?», en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, 2002; L. Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 175 y ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, cit., pp. 99 y ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 216 y ss.; D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid, 2007; J.J. Moreo, *La constitución: modelo para armar*, Madrid, 2009; M. Carbonell, P.P. Grández Castro (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, 2010; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. VII; D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, cap. IV; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. En relación con la ponderación en la jurisprudencia constitucional italiana, ver, entre otros muchos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. Parodi, «In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a *Diritti e argomenti* di Roberto Bin», en *Diritto pubblico*, 1995.

²² Tiene razón R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. II, en subrayar que los principios tienen una dimensión —aquella del «pcso» o de la «importancia» relativa— normalmente desconocida para las reglas.

²³ G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 183: «la ponderación consiste en hacer que una norma [un principio] sea derrotable: a través de la ponderación se introducen excepciones en una norma [un principio] con el fin de asegurar la aplicación de otra norma [de otro principio]».

(ii) Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una específica clase de casos), pero que podría ser abatida —y que a menudo es abatida— en un caso concreto distinto (o en una clase de casos distintos).

El hecho es que para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no valora «el valor» de los dos principios «en abstracto», una vez y para todos los casos. No establece entre los dos principios una jerarquía fija o permanente. Tampoco aplica —como sin embargo podría hacer abstractamente— el criterio «lex specialis», reconstruyendo los dos principios en modo que uno de los dos sea una excepción respecto del otro *siempre*, en todas las circunstancias. El juez se limita a valorar la «justicia» de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto.

El conflicto, por tanto, no se resuelve definitivamente: toda solución vale solo para una controversia particular —para una (pretendida) antinomia entre la constitución y una específica ley— de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras, en las cuales estén involucrados los mismo principios pero una ley distinta²⁴.

Para aclarar la cuestión resultará útil ofrecer un par de ejemplos del Tribunal Constitucional italiano.

Primer ejemplo: en algunas ocasiones el Tribunal ha considerado que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad²⁵; en otras ocasiones, ha considerado en cambio que el principio de la autonomía regional debe ceder frente al principio de igualdad²⁶.

²⁴ Se entiende que el juicio de constitucionalidad, allí donde se lleva a cabo de forma «concentrada» (como en general en los ordenamientos europeos), incluso si es ocasionado «incidentalmente» por una concreta controversia (como en el ordenamiento italiano), tiene por objeto (no la controversia misma, sino) la conformidad con la constitución de una norma de ley. Por lo que, en ordenamientos como el italiano vigente, el juez constitucional decide no exactamente «casos» —en el sentido de casos concretos (ni siquiera cuando la cuestión de constitucionalidad nace en vía incidental, en el curso de un proceso que tiene por objeto, este sí, un caso concreto)— sino *clases de casos*. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, el juez constitucional decide casos concretos.

²⁵ Cfr. por ejemplo Tribunal Constitucional italiano 234/1988, 143/1989, 103/1991, etc.: inadmisibilidad de una comparación entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de distintas Regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad.

²⁶ Cfr. Tribunal Constitucional italiano 58/1959, 142/1969: incompetencia de las Regiones en materia penal; Tribunal Constitucional italiano 109/1957, 6/1958: incompetencia de las Regiones en materia de relaciones civiles.

Segundo ejemplo: a veces el Tribunal ha considerado que el principio de igualdad (llamada «formal», es decir, igualdad *tout court*), a que se refiere el art. 3, apartado 1, Constitución italiana, debe prevalecer sobre el principio así llamado de igualdad «sustancial», a que se refiere el art. 3, apartado 2, Constitución italiana²⁷; otras veces ha considerado al contrario que el principio de igualdad «sustancial» debe prevalecer sobre el principio de igualdad «formal»²⁸.

Conviene señalar que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es en efecto una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los dos principios en conflicto. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de dos principios a la luz de una nueva y distinta controversia por resolver.

Una última observación. La ponderación de principios *no* es una operación interpretativa en sentido estricto: pertenece más bien al ámbito de la «construcción jurídica». La decisión de hacer prevalecer el principio P1, en el caso específico, sobre el principio P2, de modo que P2 deba ser dejado de lado, no dice nada sobre el contenido normativo de las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto: no es una decisión interpretativa. La interpretación está en el fondo, es obvio, pero aquí no se trata de decidir cuál es el significado de una u otra disposición constitucional (que es el problema interpretativo verdadero): se trata de decidir si, dada una cierta interpretación (cualquiera que sea) de las dos disposiciones en cuestión, una debe ser aplicada y la otra dejada de lado o viceversa.

En otras palabras, la ponderación sirve no ya para aplicar uno u otro principio, sino para escoger el principio aplicable²⁹.

²⁷ Cfr. Tribunal Constitucional italiano 210/1986: inconstitucionalidad de la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres; Tribunal Constitucional italiano 422/1995: inconstitucionalidad de las cuotas (femeninas) en las listas electorales.

²⁸ Cfr. Tribunal Constitucional italiano 109/1993: constitucionalidad de una acción positiva para el empresariado femenino; Tribunal Constitucional italiano 13/1977: constitucionalidad de un tratamiento más favorable para los trabajadores en el seno del proceso laboral.

²⁹ Es una idea extendida, por el contrario, que las reglas se aplican mediante subsumción y los principios mediante ponderación: es decir, que la ponderación es (no ya selección del principio a aplicar, sino) aplicación de los principios.

6. PONDERAR Y CONCILIAR

Es una idea muy extendida que la ponderación es una suerte de «conciliación», es decir, que consiste en «poner de acuerdo», como se dice a veces, los dos principios en conflicto o en encontrar un punto de «equilibrio» o una «vía intermedia» entre los dos³⁰. Las cosas no son exactamente así.

Una cosa es *balancear* (ponderar) dos principios, «sopesarlos», para decidir cuál de los dos —por tener mayor «peso» o valor— debe ser aplicado y cuál en cambio —por tener menor «peso» o valor— debe ser dejado de lado, otra cosa es *conciliar* dos principios, es decir, «mezclarlos en las justas proporciones», en modo de encontrar una suerte de macroprincipio que, conciliándolos, los contenga a ambos.³¹

Hay que distinguir el efecto (sincrónico) de la ponderación entre dos principios en una única decisión, del efecto (diacrónico) de la ponderación entre los mismos principios *repetida* en la jurisprudencia de un mismo tribunal.

Si se examina una determinada decisión, se advierte que la ponderación tiene como resultado el sacrificio de uno de los principios en conflicto y la aplicación del otro. No se trata de la aplicación y del sacrificio *parcial* de ambos³². Simplemente, uno de los dos principios es aplicado, el otro es (momentáneamente) dejado de lado, inaplicado.³³ Hablar aquí de conciliar estaría completamente fuera de lugar.

Si examinamos la evolución de la jurisprudencia en el tiempo, por el contrario, encontramos que el principio P1 a veces cede frente al principio P2, otras veces prevalece sobre este último: en ciertas cir-

³⁰ Ver por ejemplo G. Pino, *Diritti e interpretazioni. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 182 y ss., y ulterior literatura allí citada.

³¹ Como ejemplo de conciliación entre principios (no constitucionales), se puede mencionar la regla según la cual la parte que ha interrumpido las tratativas, defraudando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos realizados y/o el daño sufrido por haber renunciado a oportunidades más favorables (cfr. por ejemplo Tribunal italiano de Casación 430/1981, 340/1988). Los principios conciliados son obviamente: el de libertad contractual y el de obligación de corrección en las tratativas. Típica actividad de conciliación entre derechos constitucionales (el derecho de huelga y los derechos fundamentales de los usuarios de servicios públicos) parece ser aquella llevada a cabo por la Comisión italiana para la aplicación de la ley sobre la huelga en los servicios públicos a que se refieren las leyes 146/1990 y 83/2000.

³² Que, por otra parte, no se comprende en qué pueda consistir exactamente.

³³ Un buen ejemplo en Tribunal Constitucional italiano 126/1996, donde, en la ponderación entre el «valor» de la inmunidad parlamentaria y el «valor» de la jurisdicción, «el primero ha sido exaltado y el segundo totalmente eclipsado» (así escribe A. Pace, «Metodi interpretativi e costituzionalismo», en *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 58, nota 82).

cunstancias, por ejemplo, la libertad de prensa cede frente al derecho a la intimidad (no está consentido, supongamos, publicar noticias sobre las inclinaciones sexuales de un ciudadano privado), mientras que en otras circunstancias prevalece sobre este último (está consentido publicar noticias sobre la vida privada de sujetos que ocupan cargos públicos).

Es precisamente este fenómeno el que provoca un efecto —o, tal vez, una impresión— de «conciliación» entre los principios en cuestión: a la distancia, si se puede decir así, ambos principios son «parcialmente» aplicados y ambos son «parcialmente» sacrificados. Parcialmente: no en el sentido que, en cada caso en particular, un determinado principio sea en parte aplicado y en parte inaplicado³⁴, sino en el sentido que un mismo principio a veces es aplicado y a veces no.

En otras palabras, la conciliación es efecto del carácter *móvil*, inestable, de la jerarquía axiológica que se establece entre los dos principios en conflicto.

A la luz de las distintas (mutables) ponderaciones de dos idénticos principios que tienen lugar en la jurisprudencia, la doctrina (o la jurisprudencia misma) puede construir un macroprincipio que incluya en su formulación —y que en este sentido «concilie»— ambos principios en conflicto así como las excepciones (entrecruzadas) a las que ambos están sujetos.

7. OTROS USOS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Por otra parte, el uso de los principios constitucionales en el razonamiento jurídico no se agota en la concreción (de los principios mismos) y en la ponderación (de los principios en conflicto). En general, los principios constitucionales desempeñan la función de orientar las decisiones interpretativas.

Esto sucede en modo particularmente evidente en el caso de la así llamada interpretación «conforme» de la ley, es decir, la interpretación de la ley de manera tal que se adecue a la constitución³⁵.

Frente a un texto de ley que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales entra en conflicto con un principio constitucional, mientras que la otra es conforme al mismo, el juez constitucional escoge normalmente esta segunda interpretación, descartando la primera

(y de este modo pronuncia una sentencia «interpretativa», típicamente una sentencia interpretativa desestimatoria). Y el principio constitucional en cuestión es adoptado precisamente como argumento para justificar la interpretación escogida.

De este modo, el juez constitucional (pero ocasionalmente también el juez ordinario) hace dos cosas notables: por un lado

(a) preserva la coherencia lógica o la armonía axiológica del ordenamiento, y por otro

(b) conserva la validez de un texto legislativo que, si se interpretara diversamente, debería ser declarado inválido (inconstitucional).

³⁴ Lo cual, insisto, no sé siquiera qué pueda querer decir. ¿Qué podría significar aplicar (y, simétricamente, inaplicar) un principio al 50%, o algo parecido?

³⁵ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 173 y ss.

Tercera parte

RAZONAMIENTO JURÍDICO Y APLICACIÓN
DEL DERECHO

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
BIBLIOTECA CARLOS GAVIRIA DÍAZ

I

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO: INTRODUCCIÓN

1. RAZONAMIENTO

En el uso común, el vocablo «razonamiento» puede denotar indistintamente:

- (a) Un proceso mental: el proceso mental a través del cual se llega a una conclusión o decisión;
- (b) Un discurso: el discurso con el cual se argumenta o se justifica —se dan *razones* para sostener— tal conclusión o decisión.

En esta sede entenderemos por «razonamiento» un discurso, más precisamente *una secuencia de enunciados*, uno de los cuales desempeña la función de tesis o conclusión y los restantes desempeñan la función de premisas, argumentos o razones en favor de aquella¹.

Son sinónimos de «razonamiento» en este sentido: «inferencia» y «argumentación»².

Hay que decir, por si no fuese obvio, que esta definición se refiere a un razonamiento «atómico» (un micro-razonamiento). Pero, naturalmente, sucede frecuentemente que una pluralidad de razonamientos atómicos están entrelazados unos con otros, de manera que producen un razonamiento «molecular», un macro-razonamiento o una cadena de

¹ Cfr. F. Berto, *Logica da zero a Gödel*, Roma-Bari, 2007, p. 3.

² Sobre la distinción entre argumentación y demostración puede verse U. Scarpelli, «Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi» (1970), en U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, pp. 275 y s.

razonamientos, donde la conclusión de un razonamiento atómico desempeña el papel de premisa en otro razonamiento atómico³.

2. TIPOS DE RAZONAMIENTO

Los razonamientos pueden ser clasificados según los criterios más variados, pero en el presente contexto los criterios de clasificación relevantes son dos.

(1) *Razonamientos aléticos y razonamientos normativos*. Un primer criterio relevante de clasificación se refiere a los elementos (al tipo de enunciados) que pasan a componer un razonamiento.

(i) Se llama *alético* o teórico un razonamiento cuyos componentes (premisas y conclusiones) son, todos, proposiciones, es decir, enunciados del discurso cognoscitivo o descriptivo, como tales verdaderos o falsos.

(ii) Se llama *normativo* o práctico un razonamiento cuya conclusión es una norma⁴, es decir, un enunciado del discurso prescriptivo o directivo, como tal ni verdadero ni falso.

El razonamiento jurídico pertenece, obviamente, a la clase de los razonamientos normativos. Su única peculiaridad es que la norma que ocupa el lugar de la conclusión es una norma (no moral, no de etiqueta, etc.) sino jurídica. Llamaremos, por tanto, jurídico a todo razonamiento cuya conclusión sea una norma jurídica.

En la literatura, por otra parte, cuando se habla de razonamiento jurídico, casi siempre se hace referencia al razonamiento del juez, que se presenta, por tanto, como el razonamiento jurídico por antonomasia. En el razonamiento del juez, no solo una norma jurídica desempeña el papel de conclusión, sino que además, por las razones que veremos, al menos otra norma jurídica no puede no figurar entre las premisas (bajo pena de invalidez o arbitrariedad).

³ Por ejemplo: «Todas las palomas son pájaros. Todos los pájaros son vertebrados. Por tanto todas las palomas son vertebrados. Todos los vertebrados son animales. Por tanto todas las palomas son animales», donde la conclusión del primer razonamiento atómico constituye la premisa del segundo.

⁴ En este contexto, y para simplificar, uso el vocablo «norma» también para referirme a prescripciones singulares y concretas (del tipo: «El ladrón Ticio debe ser castigado con seis meses y dos días de reclusión»).

(2) *Razonamientos deductivos y razonamientos no deductivos*. Un segundo criterio relevante de clasificación se refiere a la estructura lógica de los razonamientos y, en consecuencia, a su «fuerza» persuasiva, si se puede decir así.

(i) Un razonamiento tiene estructura deductiva —o bien es lógicamente válido— siempre que la conclusión se siga lógicamente de las premisas, esté lógicamente implícita en ellas.

(ii) Un razonamiento tiene estructura no deductiva en todos los otros casos.

Frente a un razonamiento deductivo, si se aceptan las premisas, no se puede (sin contradicción) rechazar la conclusión: las premisas, digámoslo así, «garantizan» la conclusión. Frente a los razonamientos no deductivos (inductivos, abductivos u otros)⁵, por el contrario, si se puede (sin contradicción) rechazar la conclusión aunque se acepten las premisas: las premisas no «garantizan» la conclusión.

3. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS RAZONAMIENTOS NORMATIVOS

Es condición necesaria de validez lógica de todo razonamiento normativo —todo razonamiento cuya conclusión sea una norma— que aparezca al menos una norma entre las premisas.

Se llama «ley de Hume»⁶ a la regla de la lógica según la cual no se pueden válidamente inferir conclusiones normativas (es decir, normas) de premisas exclusivamente cognoscitivas (es decir, proposiciones) ni, por otra parte, conclusiones cognoscitivas (proposiciones) de premisas puramente normativas (normas)⁷.

Se sigue de esto que es lógicamente inválido sin más (no concluyente) cualquier razonamiento cuya conclusión sea una norma, pero cuyas premisas sean (todas) proposiciones,⁸ como también cualquier

⁵ Hemos visto algún ejemplo al referirnos a las técnicas de construcción de principios no formulados.

⁶ D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, libro tercero.

⁷ Ver W.D. Hudson (ed.), *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, London, 1969.

⁸ Una formulación ejemplar se encuentra en H. Poincaré, *Dernières pensées*, Paris, 1913, pp. 224 y s.

razonamiento cuya conclusión sea una proposición, pero cuyas premisas sean (todas) normativas.⁹

Así, por ejemplo, es lógicamente inválido¹⁰ el razonamiento «Ticio ha prometido pagar a Cayo cien dólares. Por lo tanto Ticio debe pagar a Cayo cien dólares», a menos que agreguemos entre las premisas la norma «Las promesas deben ser cumplidas». Y resulta igualmente inválido el razonamiento (no normativo, por otra parte) «Todos los ladrones deben ser castigados. Por tanto el ladrón Ticio ha sido castigado», a menos que agreguemos entre las premisas la proposición «La norma "Todos los ladrones deben ser castigados" es aplicada».

4. VARIEDAD DE RAZONAMIENTOS EN EL DERECHO

Si hacemos abstracción de los operadores jurídicos «privados» (juristas, abogados, notarios, entre otros, hasta llegar a los ciudadanos mismos), el mundo del derecho parece poblado esencialmente de dos tipos de sujetos: órganos que *producen* normas y órganos que las *aplican*. Por un lado los legisladores (en sentido «material»), por otro lado los jueces y la administración pública.

Sin embargo, la (amplísima) literatura sobre el razonamiento jurídico está esencialmente, si no exclusivamente, dedicada al razonamiento judicial¹¹.

⁹ Ver al respecto G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969; B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994.

¹⁰ Contrariamente a lo que piensa J.R. Searle, «How to Derive "ought" from "is"», en Ph. Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford, 1967; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, cap. 8.

¹¹ La literatura sobre el tema es muy extensa. Se pueden ver, entre otros: A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turku, 1977; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, 1987; A. Aarnio, N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, 2 volúmenes., Aldershot, 1992; C.F. Alchourrón, E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C.F. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; R. Alexy, *Teoría dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998; M. Atienza, *Las razones del derecho*, Madrid, 1991; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. I; P. Comanducci, «L'analisi del ragionamento giuridico», en *Diritto penale e processo*, 4, 1995; P. Comanducci, «El razonamiento judicial: lineamientos de un modelo», en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999; P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, 1999; P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, 2 vols., Torino 1987 e 1989; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuri-*

(a) Que no haya estudios sobre el razonamiento del legislador es fácilmente explicable. En la cultura jurídica moderna, la legislación es concebida como una actividad, por un lado, «libre en sus fines» (así se suele decir) y, por otro lado, no aplicadora sino creadora de derecho. Es decir, los legisladores ni están vinculados a la obligación de perseguir fines heterónomos predeterminados¹², ni tienen el deber de aplicar normas preestablecidas¹³.

Por esta razón, en los ordenamientos jurídicos modernos, los órganos legislativos, en general, no tienen obligación alguna de motivar sus deliberaciones: los legisladores no están obligados a «dar razones»

dica, Torino, 1986; G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970; L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986; M. Golding, *Legal Reasoning*, New York, 1984; G. Kalinowski, *Introduzione alla logica giuridica* (1965), Milano, 1971; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago-London, 1949; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; M.-L. Mathieu-Izorce, *Le raisonnement juridique*, Paris, 2001; T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996; A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983; A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien-New York, 1983; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston, 1989; Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, 1976; M.C. Redondo, «Sulla giustificazione della sentenza giudiziale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009; C.M. Stamatis, *Argumenter en droit*, Paris, 1995; R. Summers (ed.), *Legal Reasoning and Statutory Interpretation*, Amherst, 1989; G. Tarello, «Gli argomenti retorici dei giuristi nell'interpretazione del diritto», en *Rivista di diritto civile*, 1977; G. Tarello, «L'argomentazione dell'interpretazione», en *Annali Giurisprudenza Genova*, 1977; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; J. Wróblewski, «Legal Reasonings in Legal Interpretation», en Ch. Perelman (ed.), *Études de logique juridique, III. Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1969; J. Wróblewski, «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987.

¹² Aunque no se puede descartar que a un legislador le esté prescrito perseguir fines predeterminados por disposiciones constitucionales llamadas usualmente «programáticas» (del tipo del art. 3, apartado 2, de la Constitución italiana vigente).

¹³ Dos aclaraciones al respecto: (i) Según Kelsen, todo acto jurídico constituye al mismo tiempo creación de normas inferiores y aplicación de normas superiores: así, por ejemplo, la jurisdicción es tanto aplicación de normas generales, como también creación de normas individuales; la legislación, a su vez, es tanto creación de normas legislativas, como también aplicación de normas constitucionales. Constituyen una excepción solo los actos constituyentes (que sí crean normas, pero no aplican norma superior alguna) y los actos de mera ejecución (que aplican normas sin que a pesar de esto creen normas de ningún tipo). Ver H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966. (ii) Algunos constitucionalistas italianos conciben la legislación como actividad no (completamente) libre en sus fines, sino (prevalentemente) dirigida a desarrollar los fines prescritos en la constitución. Ver por ejemplo F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 volúmenes, Milano, 1970.

sobre sus decisiones, ni se espera que las den. De hecho, las leyes (por lo general) carecen de motivación¹⁴.

Esto no excluye que los legisladores lleven a cabo razonamientos. Por ejemplo, se puede conjeturar que un legislador —o al menos un legislador racional (en el sentido de la racionalidad instrumental)¹⁵— determina con antelación los fines que piensa perseguir y luego escoge los medios (es decir, delibera sobre los textos legislativos) idóneos para alcanzar tales fines, mediante un razonamiento que tiene, grosso modo, la siguiente estructura formal: «Se debe conseguir el fin F. M es un medio para F. Por tanto se debe hacer M» (donde M es un texto legislativo).

Sin embargo, los legisladores no tienen obligación alguna de razonar en este (o en otro) modo, ni tienen obligación de hacer público su razonamiento. El razonamiento del legislador, cualquiera que este sea (y suponiendo que lo haya), es un proceso psicológico externo y extraño al documento legislativo: en cualquier caso no forma parte de este.

(b) La abundancia de estudios sobre el razonamiento del juez es igualmente comprensible. En la cultura jurídica moderna, la actividad jurisdiccional es concebida como una actividad de mera aplicación de normas generales preestablecidas a casos individuales. Una actividad de este tipo exige, como veremos, un razonamiento deductivo —e incluso, según Cesare Beccaria, un silogismo¹⁶— del tipo: «Todos los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por tanto Ticio debe ser castigado»¹⁷.

¹⁴ Sobre el tema S. Boccialatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; G. Gavazzi, «La motivazione delle leggi», en *Il politico*, 1974; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 67 y ss.

¹⁵ Se llama «instrumentalmente racional» a la acción o la decisión más idónea para conseguir los fines preestablecidos.

¹⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV.

¹⁷ Desde este punto de vista, la jurisdicción no constituye «producción» del derecho por una razón evidente. El precepto individual y concreto pronunciado por el juez es fruto de inferencia lógica y no sonaría apropiado calificar una inferencia lógica como acto «productivo» de cosa alguna (E. Bulygin, «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto» (1967), ahora en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, cit.). Quien deduce no crea nada nuevo: se limita a explicitar lo que ya estaba contenido, aunque fuera en estado implícito, en la conjunción de las premisas, y en este sentido no «produce» nada. Quien infiere un precepto individual y concreto de una norma preexistente, en definitiva, no cambia el derecho: no tanto porque el derecho es (por definición, se supone) un conjunto de normas generales y abstractas, sino más bien porque el precepto en cuestión existía ya virtualmente antes de que fuese formulado.

En los ordenamientos jurídicos modernos, la actividad jurisdiccional está regida por el principio de legalidad. En virtud de tal principio, toda decisión jurisdiccional debe estar fundada en —es decir, poder ser deducida de— una norma jurídica preexistente. Si así no fuese no estarían garantizados ni el igual tratamiento de supuestos de hecho iguales, ni la certeza del derecho, es decir, la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Por lo tanto, no estaría justificada una decisión jurisdiccional en la que el dispositivo de la sentencia (por ejemplo, la norma individual que condena a un asesino) no fuese deducido a partir de una norma general (la norma general que ordena condenar a los asesinos, en conjunción con una o más proposiciones factuales, descriptivas de las circunstancias del caso debidamente probadas).

Por esta razón, en los ordenamientos jurídicos modernos, las decisiones jurisdiccionales deben ser *motivadas*, y deben ser motivadas *sobre la base de la ley*, es decir, sobre la base de normas previamente establecidas (véanse por ejemplo los artículos 101, apartado 2, y 111, apartado 6, de la Constitución italiana vigente).

En definitiva, los jueces, a diferencia de los legisladores, tienen la obligación de realizar razonamientos —y más precisamente razonamientos deductivos, entre cuyas premisas debe figurar al menos una norma jurídica positiva— y, sobre todo, tienen la obligación de exhibir tales razonamientos, de hacerlos públicos¹⁸. El razonamiento del juez, puesto en la motivación, constituye parte integral de la sentencia, y sería jurídicamente inválida una sentencia que careciera de motivación (y fuese, por tanto, arbitraria)¹⁹.

(c) La ausencia de estudios sobre el razonamiento de los funcionarios de la administración pública, por el contrario, es menos comprensible. En el ordenamiento italiano vigente (como, por lo demás, en otros ordenamientos), también los actos administrativos —con la única excepción de aquellos que, como las leyes, tienen contenido normativo (reglamentario)— deben ser motivados: «la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado las decisiones de la administración» (art. 3, apartado 1, ley italiana 241/1990). Bajo esta configuración, las decisiones administrativas no difieren en manera significativa de aquellas jurisdiccionales.

¹⁸ Sobre la regulación positiva de la argumentación jurídica en el ordenamiento italiano, ver P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 489 y ss.

¹⁹ Sobre el tema: M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit.

A diferencia de la actividad jurisdiccional, sin embargo, la actividad administrativa tiene (prevalentemente) carácter «discrecional»: es decir, consiste en perseguir «los fines determinados por la ley» (art. 1, apartado 1, ley italiana 241/1990), escogiendo los medios apropiados a la luz de las circunstancias de hecho debidamente constatadas.

Este tipo de actividad parece requerir un razonamiento absolutamente similar —al menos en su estructura formal— a aquel propio del legislador: «Se debe conseguir el fin F. M es un medio para F. Por tanto se debe hacer M» (donde M equivale a la adopción de un determinado acto administrativo). Con la importante diferencia que la actividad de la administración pública *no* es «libre» en la elección de los fines, sino precisamente «discrecional» —así se suele decir en la doctrina administrativa— y el fin está preestablecido por la ley²⁰.

A primera vista, tenemos entonces —en el derecho— dos tipos de razonamientos, con estructuras formales distintas. El razonamiento de los jueces es de tipo «deontológico»: su punto de partida es una norma. El razonamiento del legislador (racional) y de los funcionarios administrativos es de tipo «teleológico»: su punto de partida es un fin.

Pero la diferencia entre el razonamiento judicial y el de los funcionarios administrativos se atenúa, si se tiene en mente el hecho que también los funcionarios administrativos (no así los legisladores) parten de una norma preestablecida: la norma de ley que predetermina el fin a perseguir²¹.

En lo que sigue, la discusión estará circunscrita al razonamiento judicial. Por otra parte, algunas de las cosas que diremos —la distinción entre «descubrimiento» y «justificación», la distinción entre justificación interna y justificación externa, el análisis de esta última— son extensibles, con pocos aditamentos, al razonamiento de los funcionarios administrativos.

5. «DESCUBRIMIENTO» Y «JUSTIFICACIÓN» DE LA DECISIÓN

Hemos dicho que el vocablo «razonamiento» puede designar indiferentemente tanto un proceso mental como un discurso: el proceso mental a través del cual se llega a una conclusión o decisión y, respec-

²⁰ Ver por ejemplo D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, cap. X.

²¹ En verdad, sin embargo, no se puede descartar que también el legislador parta de un fin preconstituido: un fin predeterminado en la constitución.

tivamente, el discurso con el cual se argumenta —se dan razones para sostener— tal conclusión o decisión. Las dos cosas son obviamente distintas, y la distinción hay que subrayarla en el presente contexto²²: una cosa son los *motivos* de una decisión, otra cosa son las *razones* que la sustentan.

Los motivos son estados (o eventos) mentales, psíquicos: son los impulsos, las emociones, las actitudes, los sentimientos, etc., que inducen a tener una creencia, a sostener una tesis o a tomar una decisión.

Las razones son, en cambio, enunciados del lenguaje que se alegan públicamente para sostener o justificar una tesis o una decisión: son, en otras palabras, las premisas de un razonamiento.

Obsérvese: el vocablo «motivación», de uso común en el lenguaje jurídico para denotar una de las dos partes constitutiva de cualquier sentencia (siendo la otra la parte «dispositiva», es decir, la decisión en sentido estricto), lleva a confusión. «Motivación», en efecto, significa exposición *no* ya de «motivos», como se suele decir, *sino* —técnicamente hablando— de «razones». Es decir, la motivación es un razonamiento²³.

Del mismo modo que en relación con las teorías científicas se suele distinguir entre contexto «de descubrimiento» (o de invención) y contexto «de justificación» (o de control), así en relación con las decisiones jurisdiccionales conviene distinguir entre el proceso psicológico a través del cual el juez llega a la decisión y el discurso a través del cual la argumenta o justifica públicamente²⁴. La importancia de la distinción proviene del hecho, obvio, de que el discurso justificatorio no necesariamente refleja fielmente el proceso psicológico.

Es posible —más aún, según algunos, es seguro— que el discurso justificatorio constituye la «racionalización» *ex post* de una conclusión a la que el juez ha llegado de un modo completamente «irracional», dejándose llevar por emociones, preferencias, ideologías²⁵. Puede ser

²² U. Scarpelli, «Le argomentazioni dei giudici», cit., p. 280 ss.

²³ Y no una manifestación de sentimientos u otras actitudes psicológicas similares.

²⁴ Ver, sin embargo, T. Mazzaresse, «Scoperta vs. giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 1995. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1995.

²⁵ En general, este punto de vista es compartido por los juristas «realistas» y por los teóricos de la interpretación de orientación «hermenéutica». Desde esta perspectiva, los métodos de interpretación se configuran «como posibilidades, ofertas para el intérprete, de legitimar los resultados deseados o en cualquier caso considerados como los más apropiados»; «la elección del método sigue a una dirección previa que el intérprete ha imprimido a su actividad de localización del derecho» (F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 212).

—en verdad es muy probable— que al tomar la decisión el juez esté guiado (también) por sus sentimientos de justicia privados. Pero, en general, en los ordenamientos jurídicos modernos, no puede alegar tales sentimientos en la motivación; debe mostrar que su decisión está fundada sobre (es deducible de) normas jurídicas positivas.

Ahora bien, el análisis del razonamiento judicial tiene por objeto el discurso justificatorio del juez, no sus estados mentales y procesos psicológicos.

En el ordenamiento italiano (y, en general, en los ordenamientos modernos que adoptan una cultura jurídica de tipo liberal) todas las sentencias presentan una estructura común: parte dispositiva más motivación. El contenido de la parte dispositiva —o decisión en sentido estricto— puede ser configurado como la conclusión de un razonamiento. La motivación, a su vez, puede ser configurada como el conjunto de los argumentos adoptados para justificar la decisión. En esta última se encuentra, por tanto, como «depositado», el razonamiento del juez.

Hay que precisar, sin embargo, que todo lo que diremos (en un capítulo posterior dedicado a la aplicación del derecho) no constituye una descripción empírica del modo en que los jueces razonan de hecho. Constituye, más bien, un modelo ideal del modo en que se espera que los jueces razonen, conforme al principio de legalidad en la jurisdicción, que es propio de los ordenamientos jurídicos modernos.

II

LÓGICA Y NORMAS

1. PREMISA: NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Es importante distinguir cuidadosamente entre normas y proposiciones normativas¹.

Una norma es (el significado de) un enunciado del discurso prescriptivo. Por ejemplo: «Los asesinos deben ser castigados». No podemos decir que las normas sean ni verdaderas, ni falsas.

Una proposición es (el significado de) un enunciado del discurso descriptivo de hechos. Por ejemplo: «Algunos asesinos son (o no son) castigados». Las proposiciones sí, a diferencia de las normas, pueden ser verdaderas o falsas.

Una proposición normativa es una proposición que recae sobre una norma: afirma su existencia (entendida como relación de pertenencia a un determinado ordenamiento)², o su validez, o su efectividad. Por ejemplo: «La norma “Los asesinos deben ser castigados” es válida (efectiva, etc.)».

La diferencia fundamental entre normas y proposiciones normativas está en esto: las proposiciones normativas (al igual que cualquier otra proposición) pueden ser verdaderas o falsas, las normas no, las normas carecen de valor de verdad.

La distinción es particularmente importante por la razón que, como hemos visto, en el lenguaje común de los juristas (los cuales, se supo-

¹ Ver, por ejemplo, E. Bulygin, «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», en G. Fløistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, The Hague-Boston-London, 1982 (y allí la literatura esencial).

² R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, cap. XXIV.

ne, no crean normas sino que las describen)³, a menudo se formulan proposiciones normativas que suenan como un eco de las normas mismas. En un manual de derecho penal, por ejemplo, en lugar de decir «Existe la norma "Los asesinos deben ser castigados"», se dice simplemente «Los asesinos deben ser castigados». Por eso es importante entender que, a pesar de las apariencias, nos estamos refiriendo no a una norma (la norma en cuestión, por hipótesis, ha sido ya formulada por el legislador), sino a una proposición normativa que (en algún sentido) «describe» una norma.

2. ¿NORMAS SIN LÓGICA O LÓGICA SIN VERDAD?

Ahora bien, los razonamientos normativos, de los cuales el razonamiento jurídico constituye una especie, plantean un delicado problema de filosofía de la lógica: ¿cuál es —si es que lo hay— el comportamiento lógico de las normas?

Me explico.

Comúnmente, se define como correcto (o formalmente válido) cualquier razonamiento tal que, si las premisas son proposiciones verdaderas, entonces también la conclusión es una proposición verdadera. Si es verdad que todos los hombres son mortales y es verdad que Sócrates es un hombre, entonces es necesariamente verdadero que Sócrates es mortal.

Comúnmente, se define el concepto de contradicción del siguiente modo: dos proposiciones son contradictorias si no pueden ser ambas verdaderas ni ambas falsas. «Los hombres son mortales» y «Los hombres no son mortales» son proposiciones contradictorias: si es verdadera una, entonces es falsa la otra.

Como se puede ver, estas dos nociones fundamentales de la lógica (en realidad: todas las nociones de la lógica) se definen en términos de verdad. Pero las normas no son ni verdaderas ni falsas. Por tanto cabe preguntarse: ¿la lógica se aplica a las normas? Parecería que no.

Por otra parte, de hecho razonamos continuamente con normas, de manera intuitivamente (aparentemente) correcta. Por ejemplo:

(a) De la norma general «Está prohibido fumar en los locales universitarios», conjuntamente con la proposición «Esta aula es un local universitario», inferimos la norma particular «Está prohibido fumar en esta aula»;

³ Aunque no siempre es así.

(b) De la norma según la cual «El comportamiento x está prohibido», conjuntamente con la definición «Prohibido significa no permitido», inferimos la norma «El comportamiento x no está permitido»;

(c) De la norma «Se deben obedecer las órdenes de los oficiales», conjuntamente con la proposición «Un oficial ha ordenado permanecer alerta», inferimos la norma «Se debe permanecer alerta».

Podemos también reconocer sin dificultad (aquellas que se presentan como) genuinas contradicciones entre normas: ¿la norma «Los asesinos deben ser castigados» no contradice acaso la norma «Los asesinos no deben ser castigados»?

Nos encontramos, por tanto, frente a un dilema: o mantenemos las clásicas nociones de la lógica (definidas en términos de verdad), y entonces debemos concluir que tales nociones no se pueden aplicar a las normas; o bien atendemos a nuestras intuiciones, según las cuales se dan relaciones lógicas entre normas, y entonces debemos reformular las nociones lógicas en términos distintos, no ya en términos de verdad.

El dilema, en otras palabras, es este: ¿normas sin lógica o lógica sin verdad⁴?

⁴ Es este el así llamado «dilema de J. Jørgensen»: J. Jørgensen, «Imperativi e logici» (1938), en G. Lorini (ed.), *Il valore logico delle norme*, Bari, 2003. En el mismo volumen se pueden ver algunas contribuciones fundamentales sobre el tema. Entre la extensa literatura señalo solo: C.E. Alchourrón, «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», en *Logique et analyse*, 1969; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «The Expressive Conception of Norms», en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, 1981; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «Pragmatic Foundations for a Logic of Norms», en *Rechtstheorie*, 1984; C.E. Alchourrón, A.A. Martino, «Logic without Truth», en *Ratio Juris*, 1990; N. Amato, *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969; E. Bulygin, «Lógica deontica», en C. E. Alchourrón (ed.), *Lógica*, Enciclopedia iberoamericana de filosofía, 7, Madrid, 1995; L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica, na de filosofia*, 7, Madrid, 1995; L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico*, Milano, 1987; R.M. Torino, 1986; L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico*, Milano, 1987; R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952; R.M. Hare, *Practical Inferences*, Oxford, 1971; G. Kalinowski, *Introduzione alla logica giuridica* (1965), Milano, 1971; G. Kalinowski, *La logique des normes*, Paris, 1972; H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston, 1973; H. Kelsen, *General Theory of Norms* (1979), Oxford, 1991; H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988; T. Mazzarrese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989; T. Mazzarrese, (ed.), *Logic and Norms*, fascicolo monografico di *Ratio Juris*, 1991; A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968; U. Scarrelli (ed.), *La logica e il dover essere*, número monográfico de la *Rivista di filosofia*, 4, 1976; G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963; G.H. von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, 1968; G.H. von Wright, *Practical Reason*, Oxford, 1983; L. Ferrajoli, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, vol. I.

Existen muchos modos distintos de resolver el dilema (o al menos de intentarlo)⁵.

3. LA SOLUCIÓN IUSNATURALISTA

Iusnaturalismo —dicho grosso modo— es ese punto de vista según el cual existen en la naturaleza no solo hechos, sino también normas, valores (lo bueno, lo justo, etc.) y, simétricamente, disvalores (lo malo, lo injusto, etc.), objetivos y susceptibles de ser conocidos⁶. Por ejemplo, según cierto punto de vista, matar hombres es *objetivamente* injusto, ya que existe en la naturaleza la norma que prohíbe el homicidio. Al decir «objetivamente» se quiere decir que matar hombres es injusto no porque alguien —algún legislador— lo haya establecido, sino porque existe en la naturaleza el disvalor (es decir, el valor negativo) objetivo de matar hombres. Por tanto un enunciado normativo que prohíba el homicidio no crea *ex novo* una prohibición (una norma), sino que simplemente describe verídicamente un valor y/o una norma pre-existente. En consecuencia tal enunciado, a pesar de ser normativo, es verdadero. Y sería falso un enunciado, igualmente normativo, que permitiera el homicidio.

En síntesis: las normas sí pueden ser verdaderas o falsas. Esto lo prueba el hecho —dicen algunos— que enunciados del tipo «Es verdad que no se debe matar» son enunciados bien formados de la lengua española; por lo que resulta completamente sensato predicar la verdad de normas⁷. Las normas son verdaderas siempre que corresponden a deberes o valores objetivamente existentes en la «naturaleza de las cosas» (o en la estructura de la humana existencia o algo por el estilo) y reconocibles mediante el uso de la «recta razón».

Desde este punto de vista, por tanto, el dilema no tiene razón de ser. Los razonamientos normativos son perfectamente posibles, porque uno de los dos cuernos del dilema (la idea que las normas carecen de valor de verdad) es falso: las normas sí *tienen* valor de verdad. Por lo que, si es verdadera, por ejemplo, la norma general que constituye la premisa de un silogismo normativo («Todos los asesinos deben ser

castigados»), será también verdadera la norma individual que constituye la conclusión («El asesino Ticio debe ser castigado»).

Y, por otra parte, los conflictos entre normas son genuinas contradicciones lógicas: si es verdadera, supongamos, la norma «Matar hombres está prohibido», entonces es falsa la norma «Matar hombres está permitido».

Desafortunadamente, esta solución del dilema no es factible. Por un lado, se basa en una premisa metafísica —la existencia de valores, al lado de los hechos— cuya verdad o falsedad no es susceptible de comprobación científica; los valores, al no ser hechos, no son perceptibles a través de los sentidos: ¿cómo comprobar entonces su existencia y contenido? Por otro lado, la tesis de la objetividad de los valores parece ser desmentida por los hechos: los valores son variables dependientes de la cultura, la cual a su vez varía en el tiempo y en el espacio; es decir, que son fruto de valoraciones (de actos humanos de valoración), como tales subjetivas⁸.

En cuanto a enunciados del tipo «Es verdadero que no se debe matar», no hay que dejarse engañar por el uso del vocablo «verdadero». Enunciados de este tipo esconden su forma lógica: *parecen* afirmar la verdad de la norma «No se debe matar». En realidad, expresan una actitud normativa⁹: una actitud de *aprobación* hacia dicha norma. La aprobación de una norma es fruto no del conocimiento (como el reconocimiento de la verdad), sino de emociones o sentimientos.

4. UNA SOLUCIÓN EstrictAMENTE IUSPOSITIVISTA

Es un presupuesto del positivismo jurídico —e incluso el núcleo mismo del positivismo jurídico— la idea de que no existen en la naturaleza normas o valores objetivos: las normas son fruto de decisiones humanas, nacen de actos humanos de producción normativa¹⁰. Y los actos humanos son hechos.

En cierto sentido, eso que llamamos «norma» se puede reducir a un hecho: en el sentido que una norma existe si, y solo si, alguien la

⁵ E. Bulygin, «Lógica deóntica», cit.

⁶ El iusnaturalismo, en otras palabras, es una forma de cognoscitivismo ético (así se llama la tesis de la cognoscibilidad de los valores morales). N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, cap. VIII.

⁷ G. Kalinowski, *La logique des normes*, cit. Ma cfr. G.H. von Wright, «Demystifying Propositions», en G. H. von Wright, *Truth, Knowledge, and Modality*, Oxford, 1984, spec. p. 21.

⁸ G.H. von Wright, «Valuations, or How to Say the Unsayable», en *Ratio Juris*, 2000 (trad. it. «Valutazioni, o come dire l'indicibile», en G.H. von Wright, *Mente, azione, libertà. Saggi 1983-2003*, Macerata, 2007).

⁹ Se llaman actitudes proposicionales el creer verdadera y el creer falsa una proposición; de manera análoga pueden llamarse actitudes normativas el creer justa y el creer injusta una norma.

¹⁰ U. Scarcelli, «Il positivismo giuridico rivisitato», en *Rivista di filosofia*, 1989, p. 461.

ha establecido o creado, y el acto de establecerla o crearla (es decir, un acto de autoridad) es precisamente un hecho, un evento que tiene lugar en el tiempo y en el espacio.¹¹ Se sigue de esto que las normas —al ser hechos— no pueden ser ni verdaderas ni falsas (no tiene sentido predicar verdad o falsedad de los hechos).

Por tanto los razonamientos normativos son fruto de ilusiones, de autoengaño¹². A pesar de las apariencias, ningún razonamiento normativo es válido.

Esto es así porque entre los hechos pueden darse relaciones causales, pero ciertamente no relaciones de implicación lógica. De la conjunción de proposiciones (a) «Si llueve, entonces llevo el paraguas» y (b) «Llueve» se sigue lógicamente la proposición (c) «Llevo el paraguas». Pero del hecho que llueva no se sigue lógicamente nada: puede seguirse *causalmente* que yo lleve el paraguas (o que me moje), pero no se sigue *lógicamente* la verdad de la proposición «Llevo el paraguas» (ni de ninguna otra proposición).

En cuanto a las normas jurídicas, estas cobran existencia cuando, y solo cuando, son promulgadas o establecidas por una autoridad normativa; y dejan de existir cuando, y solo cuando, una autoridad normativa las suprime (mediante derogación o anulación)¹³. Esta simple observación está llena de consecuencias.

(i) El legislador ha establecido la norma general «Los asesinos deben ser castigados». El juez usa esta norma como argumento (seu-do-lógico, retórico) para justificar la sentencia —es decir, la norma individual— que condena a un asesino en particular: «El asesino Ticio debe ser castigado». Pero esta norma individual no existía antes de que el juez pronunciase la sentencia¹⁴. El hecho que la norma individual aparezca (en algún sentido) «implícita» en la norma general preexistente, o sea conforme con esta, no es suficiente para que cobre vida mágicamente: aquella llega a existir solo como consecuencia del pronunciamiento jurisdiccional.

¹¹ Esta es la «concepción expresiva» de las normas. Cfr. C.F. Alchourrón, E. Bulygin, «The Expressive Conception of Norms», cit. De los mismos autores ver también *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), 1979.

¹² A. Ross, «Imperativi e logica» (1941), en A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982.

¹³ H. Kelsen, «La derogazione» (1962), en H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo (e altri saggi di teoria del diritto e dello stato)*, Milano, 1981.

¹⁴ H. Kelsen, «Diritto e logica» (1965), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, 1989.

Las cosas son completamente distintas cuando se trata de proposiciones. Si es verdad que todos los hombres son mortales y que Sócrates es un hombre, es verdad que Sócrates es mortal, y esta última proposición es verdadera incluso si nadie la ha pronunciado nunca. Que la tierra gira alrededor del sol era verdad incluso antes de que alguien lo descubriese (cuando todos creían que el sol giraba alrededor de la tierra).

(ii) El legislador ha establecido tanto la norma «Los asesinos deben ser castigados» como la norma «Los asesinos no deben ser castigados». Aparentemente estas dos normas se contradicen. Pero, dado que el legislador ha establecido ambas, estas existen: el hecho que una norma aparezca (en algún sentido) «en conflicto» con otra no la hace desaparecer mágicamente del ordenamiento¹⁵.

Las cosas son distintas cuando se trata de proposiciones. Si es verdad que los asesinos son, de hecho, castigados, no puede ser verdad que los asesinos, de hecho, no sean castigados, y viceversa¹⁶.

5. UNA SOLUCIÓN ILUSORIA

Los componentes del razonamiento normativo son enunciados deónticos (es decir, en términos de «deber»). Ahora bien, los enunciados deónticos son ambiguos: pueden expresar, según el contexto y las circunstancias, normas o proposiciones normativas. Por ejemplo, expresan normas cuando son formulados por un legislador; expresan proposiciones normativas cuando son formulados por un jurista al describir el derecho vigente¹⁷. Pues bien: cuando aparecen como premisas o conclusiones de razonamientos, los enunciados deónticos expresan proposiciones normativas, no normas. Las proposiciones —y las proposiciones sobre normas no representan una excepción— pueden ser verdaderas o falsas.

Por tanto los razonamientos normativos —entendidos como razonamientos cuyos componentes no son normas, sino proposiciones normativas— son perfectamente posibles.

¹⁵ Volver a ver H. Kelsen, «Diritto e logica», cit.; H. Kelsen, *General Theory of Norms*, cit.; además de L. Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit.

¹⁶ Cfr. R. Guastini, «Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen», en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.

¹⁷ Ver más arriba, § 1.

Quien, por ejemplo, de la premisa que los asesinos deben ser castigados concluye que el asesino Ticio debe ser castigado, solo aparentemente infiere una norma de otra norma, pero en realidad infiere una proposición de otra proposición: de la proposición que afirma la existencia de cierta norma (general) infiere otra proposición que afirma la existencia de otra norma (individual). Si la primera proposición es verdadera, entonces también la segunda es verdadera.

E incluso: si es verdadera la proposición normativa «Los asesinos deben ser castigados» (es decir, la proposición de la que proviene la norma que ordena castigar a los asesinos), entonces no puede ser verdadera la proposición «Los asesinos no deben ser castigados» (es decir, la proposición que origina la norma que ordena no castigar a los asesinos)¹⁸.

Por otra parte, según este punto de vista, las proposiciones normativas —al ser sintácticamente idénticas a las normas (las iteran, las repiten, las evocan)¹⁹— reflejan su comportamiento lógico²⁰.

Por tanto la lógica, si bien no se puede aplicar directamente a las normas (ya que las normas no son ni verdaderas ni falsas), se puede sin embargo aplicar a las normas *indirectamente*, a través de las proposiciones normativas que —iterándolas— afirman su existencia o validez.

¹⁸ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, pp. 231 y ss. (versión castellana, *Teoría pura del derecho* (1960), México, 1979). «Los principios de la lógica, como la ley de no contradicción y la regla de inferencia, si bien se aplican solo a los enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, son también indirectamente aplicables a las normas jurídicas, en la medida en que los enunciados en torno a normas (que afirman la existencia, es decir, la validez, de normas jurídicas) están sujetos a tales principios. Dos enunciados, uno de los cuales afirma la validez de una norma que prescribe a los hombres un determinado comportamiento, mientras que el otro afirma la validez de una norma que prescribe a los hombres el comportamiento opuesto, se contradicen entre sí (de la misma manera que dos enunciados, uno de los cuales afirma que una cosa es, mientras que el otro afirma que tal cosa no es). Si uno de ellos es verdadero, el otro debe ser falso. En tal caso, de dos normas en conflicto podemos decir que se "contradicen" entre sí. En consecuencia, dos normas en conflicto no pueden ser consideradas ambas válidas. Así, la ciencia jurídica concibe su objeto como una unidad lógica: un sistema de normas no contradictorias» (H. Kelsen, «Che cos'è la teoria pura del diritto?», en H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., pp. 180 y s.).

¹⁹ U. Scarpelli, «Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967.

²⁰ Obsérvese que la cuestión no es exactamente así: la lógica de las normas es algo distinto de la lógica de las proposiciones normativas. Lo ha mostrado C.E. Alchourrón, «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», cit.; pero ver también N. Bobbio, «La logica giuridica di Eduardo García Maynez», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1954 (reimpreso con el título «Logica giuridica (II)», en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994).

Esta solución del dilema es ilusoria. Los enunciados deónticos que expresan (en hipótesis) proposiciones normativas —«Los asesinos deben ser castigados»— no significan lo que, literalmente, parecen significar: su formulación no se corresponde con su forma lógica (escondida).

El enunciado «Los asesinos deben ser castigados» parece hablar del castigo de los asesinos. Pero, si es una proposición normativa (y no una norma), a pesar de las apariencias, no habla en absoluto de esto: habla de la norma que ordena castigar a los asesinos²¹. Por tanto su forma lógica es, grosso modo, esta: «Existe la norma "Los asesinos deben ser castigados"»²². Este no es, por tanto, un enunciado deóntico, sino un enunciado existencial sobre una norma, en el cual el verbo «deber» ya no es usado sino solo mencionado entre comillas.

Sin embargo, del enunciado fáctico (existencial) «Existe la norma N1 (= "Los asesinos deben ser castigados")» no se puede en absoluto inferir otro enunciado fáctico (existencial) «Existe la norma N2 (= "El asesino Ticio debe ser castigado")». Por la obvia razón que la existencia de una norma (N1) y la existencia de otra norma (N2) son dos hechos independientes, tanto como el hecho que hoy llueva y el hecho que ayer hubiese sol.

Como se mencionó más arriba, de un hecho cualquiera no se sigue lógicamente nada. No hay relaciones de implicación lógica entre hechos, sino solo entre enunciados. La lógica gobierna el discurso (los razonamientos), no el mundo.

Análogamente, el enunciado fáctico (existencial) «Existe la norma N1 (= "Los asesinos deben ser castigados")» no está en absoluto en contradicción con el enunciado fáctico (existencial) «Existe la norma N2 (= "Los asesinos no deben ser castigados")»: las dos normas, N1 y N2, pueden perfectamente existir (puede ser que dos autoridades normativas distintas las hayan dictado o que la misma autoridad haya dictado primero una y después la otra). No hay contradicción entre la lluvia de ayer y el sol de hoy: no hay contradicciones lógicas entre hechos, sino solo entre enunciados.

²¹ En otras palabras, el castigo de los asesinos es objeto de la norma, no de la proposición que la describe (cuyo objeto es precisamente la norma en cuestión).

²² R. Guastini, «"Sollsätze". An Exercise in Hard Legal Positivism», en P. Chiasoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, 2001 (también en *Rechtstheorie*, 2, 2000); R. Guastini, «Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems», en S.L. Paulson, B. Litchewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Oxford, 1998.

6. UNA SOLUCIÓN NO CONVINCENTE

Una manera fascinante, aunque lamentablemente no convincente, de resolver el dilema es la siguiente.

El ámbito de la lógica, según algunos, es más amplio que el ámbito de la verdad²³. Las normas no tienen valor de verdad, pero no por esto carecen de cualesquiera valores lógicos. Simplemente, ellas tienen otros valores lógicos, distintos del de verdad.

Pues bien, hay quien sostiene que el valor lógico de las normas es el valor de «validez», aunque entendido —obsérvese bien— no como pertenencia a un ordenamiento, o algo parecido, sino como justicia, obligatoriedad o, como se suele decir también, «fuerza vinculante»²⁴. El valor de validez, así entendido, tiene un comportamiento lógico completamente análogo al valor de verdad²⁵.

Según cierto punto de vista, el predicado «verdadero», usado en relación con proposiciones, es redundante, en el sentido que decir que es verdadera una determinada proposición no es distinto de afirmar esa misma proposición (el enunciado «Es verdadero que los ladrones son castigados» es lógicamente equivalente al enunciado «Los ladrones son castigados»)²⁶. De forma análoga, el predicado «obligatorio», usado en relación con normas, es redundante, en el sentido que decir que una norma es obligatoria no es distinto de repetir, iterar, la misma norma («Se debe obedecer la norma "Los ladrones deben ser castigados"» es lógicamente equivalente a «Los ladrones deben ser castigados»)²⁷.

Si de un razonamiento normativo es «válida» —en este sentido— la premisa normativa, entonces será igualmente «válida» la conclusión

(también esta normativa); si la premisa normativa es inválida, será igualmente inválida la conclusión. En definitiva, si es obligatoria (justa, vinculante) la norma general según la cual «Todos los ladrones deben ser castigados», será igualmente obligatoria (justa, vinculante) la norma individual «El ladrón Ticio debe ser castigado».

Y, por otra parte, si es obligatoria (justa, vinculante) la norma según la cual «Los ladrones deben ser castigados», no puede ser igualmente obligatoria (justa, vinculante) la norma que la contradice, «Los ladrones no deben ser castigados».

Esta solución del dilema no es convincente por la simple razón que los valores de obligatoriedad (justicia, fuerza vinculante) son muy distintos del valor de verdad. La verdad es la objetiva correspondencia entre una proposición y el mundo: la proposición «La nieve es blanca» es verdadera si, y solo si, la nieve es de verdad blanca. La justicia, la obligatoriedad, etc., por el contrario, no se corresponden con nada, salvo con valoraciones subjetivas. Es absolutamente posible que alguien considere obligatoria la norma general «Todos los ladrones deben ser castigados» y sin embargo considere no obligatoria (injusta) la norma individual «El ladrón Ticio debe ser castigado» (por ejemplo porque Ticio es un hombre pobre que ha robado solo una manzana para saciar su hambre).

Finalmente, veremos a continuación dos soluciones (alternativas) factibles. En realidad se trata de variantes de una misma solución.

7. PRIMERA SOLUCIÓN FACTIBLE

Según cierto punto de vista, toda norma puede reducirse en última instancia a la forma estándar de un enunciado deontico: «Es obligatorio que...», «Está prohibido que...», etc. Por ejemplo, «Todos los ladrones deben ser castigados» = «Es obligatorio que los ladrones sean castigados».

Esta «traducción» pone de relieve que en la norma hay dos componentes: una parte específicamente normativa («Es obligatorio...»), que carece de referencia semántica, y una parte que se refiere a una acción (o a un estado de cosas), que la «describe» («... que los ladrones sean castigados»)²⁸.

²⁸ J. Jørgensen, «Imperativi e logica», cit.; R.M. Hare, *The Language of Morals*, cit.; R.M. Hare, «Imperative Sentences», en R.M. Hare, *Practical Inferences*, cit. Ver N. Muffato, *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*, Genova, 2007.

²³ C.E. Alchourrón, A.A. Martino, «Logic without Truth», cit.

²⁴ L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico*, cit.

²⁵ B. Celano, «Validity as Disquotational», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2000, pp. 35. y ss. Del mismo autor ver también: *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, cap. V; «Cuatro temas kelsenianos», en P.F. Navarro, M.C. Redondo (eds.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral, y política*, Barcelona, 2002, pp. 153 y ss.

²⁶ Obsérvese bien: los dos enunciados son equivalentes desde el punto de vista lógico (más precisamente semántico, en el sentido que tienen el mismo valor de verdad), pero no desde el punto de vista pragmático. Desde el punto de vista pragmático, el enunciado «Es verdadero la proposición *p*» expresa una actitud proposicional: la creencia en la verdad de *p*.

²⁷ También en este caso la equivalencia entre los dos enunciados es lógica, pero no pragmática. Desde el punto de vista pragmático, el enunciado «Es válida (en el sentido de obligatoria o justa) la norma *N*» expresa una actitud normativa: la aprobación de la norma *N*.

Ahora bien, la parte referencial («descriptiva») de la norma —se puede afirmar— no es otra cosa que una proposición: un enunciado, descriptivo de una acción o de un estado de cosas, del cual se puede predicar la verdad o falsedad²⁹. En la práctica: un enunciado al que se puede sensatamente —y esta vez sin equívocos— anteponer las expresiones «Es verdadero que...» y «Es falso que...» (por ejemplo: «Es verdadero que todos los ladrones son castigados», «Es falso que todos los ladrones son castigados»). En definitiva: según este análisis, toda norma incorpora una proposición.

Pues bien, se puede sostener que los componentes de los razonamientos llamados normativos (aparentemente normativos) son, bien visto, no ya normas, sino *proposiciones incorporadas en normas*: no se razona con las normas en su conjunto, si se puede decir así, sino con la parte referencial de las normas.

La proposición incorporada en la norma general «Todos los ladrones deben ser castigados» es «que todos los ladrones sean castigados»; y la proposición general «que todos los ladrones sean castigados» evidentemente implica la proposición singular «que el ladrón Ticio sea castigado». En este sentido, y solo en este sentido, la norma «Todos los ladrones deben ser castigados» implica la norma «El ladrón Ticio debe ser castigado». Razonando así, no derivamos normas de normas, sino proposiciones de proposiciones: si es verdad que todos los ladrones son castigados, entonces es también verdad que el ladrón Ticio es castigado.

Y, por otra parte, si es verdad que los ladrones son castigados, no puede ser verdad que los ladrones no sean castigados. En este sentido, y solo en este sentido, la norma «Los ladrones deben ser castigados» contradice la norma «Los ladrones no deben ser castigados». En sentido estricto, no son contradictorias las dos normas: son contradictorias las dos proposiciones que ellas incorporan.

Por tanto la lógica no se aplica a las normas, sino que se aplica a las proposiciones incorporadas en las normas.

8. SEGUNDA SOLUCIÓN FACTIBLE

Al carecer las normas de valor de verdad, no se puede razonar deductivamente con normas. Pero, aunque no se pueda razonar con normas, se puede sin embargo razonar con proposiciones fácticas que

²⁹ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «The Expressive Conception of Norms», cit.

afirmen la «satisfacción» (la observancia, el cumplimiento, en definitiva, la efectividad) de normas³⁰.

Así, por ejemplo, de la proposición según la cual la norma (general) «Los asesinos deben ser castigados» es cumplida o satisfecha, se puede inferir la proposición según la cual la norma (individual) «El asesino Ticio debe ser castigado» es, también ella, cumplida o satisfecha. La proposición que afirma que se satisface la norma general implica lógicamente la proposición que afirma la satisfacción de la norma individual.

Y, por otro lado, si se satisface la norma que ordena castigar a los asesinos (de modo que los asesinos son efectivamente castigados), no puede ser igualmente satisfecha la norma que prohíbe castigar a los asesinos (por la cual los asesinos no son castigados). En realidad, no es que las dos normas se contradigan (solo dos proposiciones pueden contradecirse, es decir, no ser ambas verdaderas ni ambas falsas), pero no pueden ser satisfechas las dos.

En cierto sentido, por tanto, la lógica sí puede aplicarse a las normas: pero solo indirectamente, a través de proposiciones fácticas (como tales verdaderas o falsas) que versan sobre su «satisfacción».

³⁰ A. Hofstadter, J.C.C. McKinsey, «Sulla logica degli imperativi», en G. Lorini (ed.), *Il valore logico delle norme*, cit.; A. Ross, «Imperativi e logica», cit.; G.H. von Wright, *Norm and Action*, cit.

III

LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. «APLICACIÓN»

La expresión «aplicación del derecho» denota genéricamente el uso de materiales jurídicos —es decir: disposiciones, normas explícitas, normas implícitas— para argumentar o justificar una decisión jurídica (jurisdiccional, administrativa, etc.)¹. De este modo, sin embargo, nos estamos refiriendo a operaciones intelectuales muy distintas, entre las que conviene distinguir².

¹ Son «órganos de aplicación» todos los órganos que, precisamente, aplican el derecho: los supremos órganos constitucionales (el parlamento, el gobierno, el jefe de Estado, el tribunal constitucional), la administración pública, los jueces. En lo que sigue, sin embargo, el discurso estará circunscrito, para simplificar, a la aplicación judicial.

² Aplicación e interpretación son cosas evidentemente diferentes. Mientras que el verbo «interpretar» concuerda con cualquier sujeto (ya que cualquiera puede desempeñar la actividad interpretativa), el verbo «aplicar» concuerda solo con aquellos sujetos que designan —precisamente— órganos llamados de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos (principalmente, pero no exclusivamente: muchas normas constitucionales, para poner el ejemplo más obvio, son aplicadas por los supremos órganos constitucionales y algunas solo por ellos). Se puede decir de un jurista, o de un ciudadano cualquiera, que «interpreta» el derecho; pero no sería apropiado decir que un jurista, o un ciudadano, «aplica» el derecho. Ver G. Tarello, «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica», en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976. Por otra parte, el término «aplicación», especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa comúnmente un conjunto de operaciones que no se extinguen con la interpretación, ya que incluyen junto con la interpretación propiamente dicha (y la construcción jurídica, claro): la comprobación de los hechos de la causa, la calificación del supuesto de hecho concreto del que se trate y la decisión de la controversia.

Para aclarar la cuestión, hay que tener en mente tres distinciones introducidas anteriormente.

(a) Ante todo, la distinción entre disposiciones y normas (las disposiciones son enunciados del discurso de las fuentes, las normas son los significados a ellas atribuidos mediante interpretación).

(b) Además, la distinción entre normas explícitas y normas implícitas (las normas explícitas son aquellas que encuentran formulación en una específica disposición, las normas implícitas son fruto de construcción jurídica de los intérpretes).

(c) Por último, la distinción entre dos tipos de normas (sean explícitas o implícitas): reglas y principios (las reglas son normas relativamente precisas, con antecedente cerrado, no sujetas a excepciones; los principios son normas³ con antecedente abierto y/o genéricas y/o derrotables).

Ahora bien, conviene distinguir entre la aplicación de disposiciones, la aplicación de reglas y la aplicación de principios⁴.

(1) *Aplicación de disposiciones.* Aplicar una disposición —o «usarla»— quiere decir

(a) Interpretarla, atribuirle significado, de modo tal de extraer de ella una norma explícita⁵ («El enunciado normativo E significa S», «La disposición D expresa la norma N»), o bien

(b) Alegarla como argumento para la construcción de una norma implícita.

(2) *Aplicación de reglas.* Aplicar una regla (explícita o implícita) quiere decir usarla como premisa en un razonamiento deductivo cuya conclusión es un precepto individual y concreto: «Los contratos deben ser cumplidos. Esto es un contrato. Por lo tanto esto debe ser cumplido», «Los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por lo tanto Ticio debe ser castigado», etc.

(3) *Aplicación de principios.* Aplicar un principio (explícito o implícito) quiere decir concretarlo, es decir, usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es (la formulación de) una regla implícita, que constituye su «actuación» o «especificación» y que —en

³ Normas, recuérdese, consideradas «fundamentales».

⁴ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 15 ss.

⁵ Quiero decir: una determinada norma y no otra. Se habla, obviamente, de interpretación *decisoria*.

cuanto regla— es, ella sí, susceptible a su vez de aplicación en el sentido precedente.⁶ Por ejemplo: «La defensa es un derecho inviolable en cada etapa y grado del procedimiento [principio]. El interrogatorio del imputado constituye parte del procedimiento. No hay defensa sin presencia del defensor. Por lo tanto el defensor debe estar presente en el interrogatorio del imputado [regla implícita]. Este es el interrogatorio del imputado Ticio. Por tanto el defensor de Ticio debe estar presente [precepto individual y concreto]»; «La salud es un derecho inviolable [principio]. El daño a la salud constituye por tanto daño injusto. Los daños injustos deben ser resarcidos [regla explícita]. Por tanto el daño a la salud debe ser resarcido [regla implícita]». Y lo mismo en otros ejemplos.

Dicho esto, circunscribamos ahora el tema a la aplicación *jurisdiccional* del derecho.

2. JURISDICCION, LEGALIDAD, MOTIVACIÓN

En general (y simplificando bastante las cosas), el contenido de una decisión jurisdiccional es una prescripción individual y concreta, del tipo: «Ticio debe ser castigado con la reclusión de tal y cual manera», «Cayo debe pagar a Sempronio tal suma de dinero»⁷, etc.

⁶ U. Scarpelli, «Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. Caprioli, F. Treggiani (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39.

⁷ La simplificación a la que se hace referencia en el texto consiste en esto: precisamente para simplificar, en el presente contexto tomo en consideración solo el dispositivo de sentencias «de condena», dejando de lado las sentencias llamadas «declarativas» y «constitutivas». Grosso modo: se llama «declarativa» la sentencia que afirma la existencia de una situación jurídica subjetiva (ejemplo: un derecho); «constitutiva» la sentencia que crea, modifica o extingue una situación jurídica; «de condena» la sentencia que establece una prescripción individual y concreta (y tiene eficacia ejecutiva). Por otra parte, esta tripartición tradicional de la doctrina procesalista es criticada (con óptimos argumentos) por C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971 y 1974), Torino, 2005, p. 187 ss., los cuales distinguen, simplemente, (i) sentencias normativas, es decir, aquellas cuya parte dispositiva establece una prescripción («Es obligatorio p»), «Está permitido no-p», etc.) y (ii) sentencias declarativas, es decir, aquellas cuya parte dispositiva simplemente subsume un supuesto de hecho concreto en un supuesto de hecho abstracto (ejemplo, sentencias que declaran la validez o la nulidad de un contrato, la validez o la nulidad de un testamento, la extinción del matrimonio, la prescripción de un delito, etc.). Con la aclaración que una sentencia declarativa puede perfectamente tener efectos normativos indirectos, en virtud de una norma que los vincule a ella (por ejemplo, en el ordenamiento italiano vigente, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley tiene el efecto de anular la ley en cuestión en virtud del art. 136, apartado 1, Cons-

Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos modernos, la actividad jurisdiccional se caracteriza por dos rasgos esenciales:⁸ la sujeción del juez a la ley (es decir, la obligación de aplicar el derecho, corolario del principio de legalidad)⁹ y la obligación de motivar las decisiones.¹⁰

Esto quiere decir que las decisiones jurisdiccionales deben estar

- (i) motivadas —argumentadas, justificadas— y precisamente
- (ii) motivadas sobre la base de normas jurídicas preexistentes (la «ley» en sentido material o genérico).¹¹

Una sentencia consta por tanto de dos partes constitutivas: parte dispositiva y motivación. La parte dispositiva constituye, por así decir, la decisión en sentido estricto. La motivación constituye el conjunto de los argumentos adoptados en favor de la decisión.

Ahora bien, en la cultura jurídica moderna, una decisión jurisdiccional se considera fundada o justificada si, y solo si, se infiere lógicamente (es decir, se deduce) de una norma general, en conjunción con una proposición fáctica que describe las circunstancias del caso (debidamente probadas).¹²

No estaría justificada una decisión carente de motivación, ni estaría justificada una decisión simplemente fundada —en vez que sobre una norma— sobre el capricho del juez, sobre sus sentimientos de justicia, sobre cualquier objetivo de política social que él entienda perseguir, etcétera.

titud italiana), de manera que las sentencias llamadas constitutivas no son otra cosa que sentencias declarativas dotadas de efectos normativos indirectos.

⁸ A los cuales, naturalmente, debemos agregar, como hemos dicho ya al hablar de las lagunas, la obligación de decidir la controversia (derivada de la prohibición de «denegar justicia»).

⁹ La obligación de aplicar el derecho —es decir, de decidir de conformidad con normas preexistentes— es un corolario del principio de legalidad, ya que tiende a garantizar (a) la certeza del derecho, es decir, la previsibilidad de las decisiones judiciales y (b) la igualdad, es decir, el igual tratamiento de iguales supuestos de hecho.

¹⁰ Ver, en el ordenamiento italiano vigente, los arts. 101, apartado 2, y 111, apartado 6, de la Constitución italiana. Recuérdese que la «motivación» de una decisión jurisdiccional no es, a pesar del nombre, una exposición de los motivos (psicológicos) que han inducido al juez a tomar esa decisión; es, en cambio, la exposición de las razones que sustentan la decisión en cuestión. Ver J. Ferrer Beltrán, «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 34, 2011.

¹¹ En rigor de verdad, se puede sostener que, en el ordenamiento italiano vigente, el art. 101, apartado 2, de la Constitución somete al juez no ya genéricamente al «derecho» (a la ley en sentido material), sino precisamente a la ley formal. Ver R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. IV.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV.

3. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

En el razonamiento del juez¹³ se pueden distinguir dos niveles que se suelen llamar, respectivamente, «justificación interna» (o de primer nivel) y «justificación externa» (o de segundo nivel)¹⁴.

Grosso modo: una decisión está «internamente» justificada cuando se sigue deductivamente de las premisas¹⁵; está «externamente» justificada cuando dichas premisas, a su vez, están fundamentadas.

(1) *Justificación interna.* La justificación interna es un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla. El razonamiento está estructurado del siguiente modo:

(i) Una primera premisa es la regla —explícita o implícita, fruto, según los casos¹⁶, de interpretación decisoria en abstracto o de construcción jurídica— que se aplica («Los asesinos deben ser castigados»).

¹³ La literatura sobre el tema es inmensa. Me limito a unas pocas indicaciones realmente esenciales. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston, 1987; A. Aarnio, N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols., Aldershot, 1992; R. Alexy, *Teoría dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998; M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; J. Bell, N. MacCormick, R.S. Summers, (eds.), *Legal Reasoning and Statutory Interpretation*, Arnhem, 1989; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, pp. 195 y ss.; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, parte II; P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, 1999; P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, 2010, pp. 159 y ss.; E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, New York, 1984; R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, 1999; R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid-Barcelona, 2005; H. Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique. Legal Reasoning. Die juristische Argumentation*, Bruxelles, 1971; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago-London, 1949; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston, 1989; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, 2005; M.C. Redondo, «Sulla giustificazione della sentenza giudiziale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, pp. 31 y ss.

¹⁴ Se trata de dos niveles del lenguaje, ya que la justificación externa, como veremos en seguida, tiene por objeto precisamente (las premisas de) la justificación interna. Cfr. J. Wróblewski, «Livelli di giustificazione delle decisioni giudiziali», en L. Gianformaggio, E. Lecaiano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986.

¹⁵ N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., cap. 3.

¹⁶ Según que se trate de una regla explícita o implícita.

(ii) Una segunda premisa es una proposición fáctica, empírica, que describe los hechos del caso [«Ticio ha realizado el acto x (ha cortado la garganta a Cayo)»].

(iii) Una tercera premisa es un enunciado genérico de subsunción («Cortar la garganta constituye asesinato»).

(iv) Una cuarta premisa es un enunciado individual de subsunción (interpretación en concreto: «Ticio ha cometido un asesinato»).

(v) La conclusión es un precepto singular y concreto («Ticio debe ser castigado»)¹⁷.

Claro está que el carácter deductivo de la argumentación garantiza la validez lógica de la conclusión, pero no su fundamento jurídico. La conclusión está jurídicamente fundada si, y solo si: (a) la premisa normativa (i) es una norma positiva válida; (b) la premisa fáctica (ii) es una proposición verdadera, cuya verdad haya sido probada (de acuerdo con las normas jurídicas que regulan la adquisición y la valoración de las pruebas).

(2) *Justificación externa.* La justificación externa es el conjunto de razonamientos — más o menos convincentes, pero por lo general no deductivos¹⁸ — mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna. Esta última, como hemos visto, incluye: una premisa normativa, la (i), que es fruto, según los casos, de interpretación decisoria en abstracto o de construcción jurídica; dos premisas que resultan de la subsunción, la (iii) y la (iv), que son fruto de interpretación decisoria en concreto; y una premisa fáctica, la (ii), que es fruto de comprobaciones empíricas.

En cuanto a la justificación de la premisa normativa y de la premisa que resulta de la subsunción, pueden encontrar cabida en la justificación externa las cosas más variadas, entre las cuales están las siguientes:

(a) Los argumentos («interpretativos») que justifican la interpretación elegida — en abstracto o en concreto — de una o más disposi-

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Teoría dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998, pp. 176 y ss.

¹⁸ Claro está que cualquier razonamiento no deductivo (lógicamente inválido) puede ser transformado en deductivo (lógicamente válido) con el agregado de las correspondientes premisas. Por ejemplo, un razonamiento descabellado, del tipo «Ticio es inglés. Por lo tanto Ticio no fuma» puede ser transformado en deductivo (y lógicamente válido) explicitando la, poco plausible, premisa implícita «Si Ticio es inglés, entonces no fuma» (o bien «Ningún inglés fuma»).

ciones, que de este modo son aplicadas («La disposición D expresa la norma N [no así la norma Z], porque...», «La norma N se aplica al supuesto de hecho F, porque...»)¹⁹.

Constituyen ejemplos de argumentos interpretativos:

(a1) el significado común de las palabras: según el uso común, «cortar la garganta» es (un modo de) asesinar, de manera que...;

(a2) la (presunta) intención del «legislador»²⁰: la ley dice «trabajadores», pero el legislador se refería también a las trabajadoras, y por lo tanto...;

(a3) el argumento *a contrario* (en alguna de sus variantes): el legislador ha dicho «pimientos» y no ha mencionado los «tomates», de manera que la norma no se extiende a los tomates;

(a4) el argumento analógico: las bicicletas, aunque no expresamente mencionadas por la ley, son esencialmente similares a las carrozas (a la luz de la *ratio legis*), de manera que la norma se aplica también a las bicicletas²¹;

(a5) el argumento de la disociación: la clase de los «transportes públicos» incluye dos subclases sustancialmente distintas, los transportes urbanos y los suburbanos, de manera que (a la luz de la *ratio legis*) la norma se aplica solo a los transportes urbanos (o solo a los suburbanos); etc.²².

(b) Los argumentos («constructivos») que justifican uno u otro tipo de construcción jurídica, como por ejemplo:

- (b1) la existencia de una laguna axiológica;
- (b2) la formulación de normas implícitas, con el fin de
- (b3) colmar una laguna y/o de
- (b4) concretar un principio;
- (b5) la solución de una antinomia,

¹⁹ Volveremos sobre este punto más extensamente en el próximo capítulo.

²⁰ Por lo general, se habla del legislador en sentido material o genérico, es decir, de las autoridades normativas en general.

²¹ Así lo decidió un tribunal británico en un caso recordado por V. Velluzzi, «Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto», en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2008, pp. 493 y ss.

²² Ver, por ejemplo, C. Porcman, *Logique juridique*, Paris, 1976; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit.; J.J. Moreso, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, 2005; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.

- (b6) incluidas las antinomias entre principios constitucionales que se solucionan mediante ponderación; y más en general
- (b7) la creación de jerarquías axiológicas entre normas.

No se nos escapa que la justificación interna constituye, de por sí, la aplicación de una regla. La aplicación —el uso— de disposiciones y de principios, por el contrario, pertenece más bien a la justificación externa: se usan, y de este modo se aplican, disposiciones para extraer normas mediante interpretación; se usan, y de este modo se aplican, principios para extraer reglas mediante construcción.

En cuanto a la justificación de la premisa fáctica²³, en esta sede baste con decir lo siguiente.

En principio, la verdad de una proposición fáctica (del tipo: «Ticio ha cortado la garganta a Cayo») no puede ser argumentada si no es aduciendo observaciones empíricas (así como conjeturas sobre los nexos causales entre eventos). A este respecto, sin embargo, hay que hacer dos observaciones.

Los procedimientos de comprobación fáctica empleados por un juez, a diferencia de los empleados por un científico empírico (un físico, un biólogo, etc.), no son enteramente «libres». Están condicionados, de diversas maneras, por normas jurídicas: en particular, por normas que regulan cómo recabar, usar y valorar las pruebas. Por ejemplo, las reglas sobre la carga de la prueba, las presunciones legales (y, entre estas, la presunción de inocencia), el principio de la «libre convicción» del juez (vigente en muchos ordenamientos), etc.

Además, los «hechos» que el juez comprueba directamente son solo las pruebas (por ejemplo, los testimonios), no los hechos probados: a éstos el juez —como el historiador— no tiene acceso directo.

Una prueba —por ejemplo, un testimonio— es un hecho (directamente observado), que induce a considerar que ha tenido lugar otro hecho: este último, sin embargo, no es observado por el juez directamente, sino inferido de las pruebas. Una prueba autoriza al juez a considerar verdadera cierta proposición acerca del presente («El testigo ha declarado que *p*») y a inferir de esta otra proposición acerca del pasado («Es verdadero que *p*»). Esta inferencia no tiene carácter de-

²³ El tema del razonamiento probatorio, aquí apenas mencionado, es muy complejo, y sobre el mismo existe una riquísima literatura. Ver, por ejemplo, M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; M. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, Madrid, 1999; J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002; J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 199 y ss.

ductivo: entre las dos proposiciones hay no ya un nexo de implicación lógica, sino más bien un nexo, más débil, de «congruencia narrativa» (así se la ha denominado)²⁴.

Considérese, por ejemplo, el siguiente razonamiento: «Las siete mujeres del señor Barba Azul murieron en la bañera, mientras el señor Barba Azul estaba en casa. El día anterior a la muerte de la primera mujer, el señor Barba Azul se informó con un abogado sobre la posibilidad de heredar sus bienes. Se debe concluir que el señor Barba Azul ha matado a las siete mujeres en la bañera del baño». En un razonamiento de este tipo las premisas parecen suficientes para justificar la conclusión: la cual es no solo coherente (es decir, no contradictoria) con las premisas, sino además «congruente» con ellas; en el sentido que parece sin lugar a dudas más convincente que una conclusión distinta, del tipo: «Todas las mujeres del señor Barba Azul murieron accidentalmente». A pesar de esto, es evidente que la conclusión *no* se extrae lógicamente de las premisas y, no obstante su evidente plausibilidad, podría perfectamente ser falsa²⁵.

²⁴ N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en A. Peczenick *et al.* (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en W. Krawietz *et al.* (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984. Ver también M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009, cap. V.

²⁵ Conviene, por otra parte, distinguir —lo cual no se hace habitualmente en la literatura sobre la materia— dos tipos de jueces: los jueces «de mérito» y los jueces «de legitimidad». Simplificando un poco las cosas se puede decir esto. (i) Los jueces de mérito juzgan generalmente, si bien no exclusivamente, sobre *hechos* (comportamientos), como la pretendida comisión de un delito o el pretendido incumplimiento de un contrato. (ii) Los jueces de legitimidad —especialmente los tribunales de casación y los tribunales constitucionales— juzgan generalmente (aunque no exclusivamente) sobre *actos jurídicos*, como las sentencias de otros jueces (es el caso de los tribunales de casación) que supuestamente no se ajustan a la ley, o leyes (es el caso de los tribunales constitucionales) que supuestamente no se ajustan a la constitución. Por ejemplo, la justificación interna de una decisión de inconstitucionalidad de una ley tendrá, grosso modo, la siguiente estructura: «(i) Todas las leyes que no se ajustan a la constitución son inconstitucionales. (ii) La ley L no se ajusta a la constitución. Por tanto (iii) L es inconstitucional». Ahora bien, en muchos ordenamientos la premisa (i) no presenta especiales problemas: se trata, por hipótesis, de una norma constitucional explícita (fruto, se supone, de la interpretación pacífica de alguna disposición constitucional). Los problemas se refieren a la justificación externa de la premisa (ii). Esta última, como es fácil comprender, supone una doble interpretación: la interpretación de la ley sometida a consideración del tribunal, además de la interpretación de la disposición constitucional que se toma como parámetro de constitucionalidad. La comprobación de la contradicción entre dos normas supone, en efecto, la identificación de las dos normas en cuestión. De manera que, en el razonamiento de los jueces constitucionales, el núcleo de la justificación externa consiste en alegar argumentos interpretativos. Una última observación: he dicho que la premisa (i), «Todas las leyes que se oponen a la constitución son in-

4. BREVE REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Lo dicho anteriormente se refiere a los ordenamientos continentales, al «derecho legislativo». En los ordenamientos del *common law* (U.K., U.S.A., Canadá, etc.) la norma aplicable es, a menudo, extraída —por vía interpretativa o constructiva— no de textos normativos (leyes y demás), sino de «precedentes» jurisprudenciales. En este contexto «precedente» denota no ya la precedente interpretación de un texto normativo, sino más bien la precedente decisión de un caso concreto²⁶.

En los ordenamientos del *common law*, en efecto, rige la regla consuetudinaria del precedente vinculante, en virtud de la cual los tribunales inferiores tienen la obligación de actuar conforme a las decisiones de los tribunales superiores. Más precisamente: un juez (inferior), al cual se somete un caso *análogo* a otro ya decidido por otro juez (superior) en una sentencia precedente, debe decidir el caso del mismo modo²⁷.

El uso de la regla del precedente vinculante presenta principalmente dos tipos de problemas, que me limito a señalar²⁸.

(i) En primer lugar, la regla del precedente vinculante exige que el juez compruebe la semejanza entre dos casos. Sin embargo, ningún

constitucionales», no presenta problemas en muchos ordenamientos; esto es así ya que muchas constituciones contemporáneas contienen una norma constitucional explícita en este sentido; sin embargo, no se debe olvidar que en el ordenamiento estadounidense no existe en absoluto una norma constitucional explícita que prevea el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, el cual, en cambio, ha sido «inventado» (es decir, construido) por la Supreme Court, en la famosa decisión *Marbury*, 1803.

²⁶ De «precedentes» se habla obviamente también en los sistemas de *civil law*, pero aquí el mismo vocablo denota (principalmente) las precedentes interpretaciones de un mismo texto normativo.

²⁷ Es esta la regla del precedente vinculante llamado «vertical», que no hay que confundir con la regla del precedente vinculante «horizontal», en virtud del cual todo tribunal debe respetar *sus propios* precedentes. Ver F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), 2009, cap. III.

²⁸ Cfr., entre otros muchos, R. Cross, *Precedent in English Law*, IV ed., Oxford, 1991; W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, London, II ed., 1982; N. McCormick, R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Aldershot, 1991; M. Taruffo (ed.), *I giudici e il precedente*, sección monográfica de *Ragion pratica*, 6, 1996; P. Chiassoni, «Il fascino discreto della common law. Appunti sulla «rilevanza» dei precedenti giudiziari», en M. Bianchini, G. Viarengo (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, 1999; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit.; F. Schauer, «Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia», en L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

caso es intrínsecamente «análogo» a (o distinto de) otro caso. La similitud entre dos casos depende de los aspectos «relevantes» de uno y de otro. Pero establecer cuáles aspectos de un caso son relevantes (y cuáles irrelevantes) no es cuestión de hecho: es materia de valoración y decisión²⁹. La regla del precedente vinculante no especifica en modo alguno qué criterios deba usar un juez para decidir si el caso que se ha sometido a su examen es, o no es, análogo a un caso precedente. De manera que la regla se presta a que se la evada con facilidad, mediante la técnica del *distinguishing*, que consiste en mostrar cómo casos aparentemente similares son, «en realidad», sustancialmente distintos, el uno del otro.

Naturalmente, tanto la pretendida semejanza, como la pretendida diferencia entre casos necesitan de la argumentación. Y esta no puede consistir en otra cosa que en poner en evidencia los aspectos comunes y/o las diferencias entre los casos y en expresar (discutibles) juicios de valor sobre su relevancia.

(ii) En segundo lugar, la regla del precedente vinculante exige la interpretación de los «precedentes», es decir, de las sentencias pronunciadas por otros jueces en ocasiones anteriores para decidir casos (se supone) análogos. Interpretar una sentencia consiste en analizarla para extraer de ella la subyacente *ratio decidendi*, es decir, para identificar y eventualmente formular la norma general de la cual (se supone) se ha inferido la decisión.

Para identificar la *ratio decidendi* hay que identificar el «núcleo» del razonamiento llevado a cabo por el juez y, más precisamente, la premisa normativa de la justificación interna. Las premisas de la justificación interna deben ser aisladas y cuidadosamente separadas de los así llamados «obiter dicta», es decir, de toda afirmación que no sea estrictamente necesaria para fundamentar la decisión³⁰. Solo la *ratio decidendi*, en efecto, es vinculante: no los «obiter dicta». Constituye la *ratio decidendi* cualquier norma jurídica que haya sido expresamente o —como sucede más frecuentemente— tácitamente usada por el juez para llegar a la conclusión.

Ahora bien, la regla del precedente vinculante presupone que todo precedente incorpore una, y solo una, *ratio decidendi* determinada, susceptible de ser «descubierta», como un tesoro escondido, mediante una investigación cuidadosa. De hecho, sin embargo, la identificación

²⁹ Más precisamente, afirmar la «relevancia» de un elemento de un supuesto de hecho constituye un juicio de valor *sui generis*.

³⁰ Sobre la distinción ver P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 147 y ss.

de la *ratio decidendi* —al menos siempre que esta no haya sido expresamente enunciada— no es en absoluto un descubrimiento. Es más bien un proceso de «universalización» (un tipo de razonamiento ampliamente estudiado y discutido sobre todo en meta-ética), que consiste en reconducir *conjeturalmente* una decisión individual bajo una norma general (o universal) que la justifique. Para ilustrar la cuestión, se puede aducir un simple ejemplo, a menudo citado en los manuales anglosajones de *jurisprudence*.

En un célebre caso, un fabricante de cerveza escocés fue condenado a resarcir los daños a un consumidor que había encontrado restos descompuestos de caracol en una botella de cerveza. Esta decisión puede ser universalizada conjeturando como su fundamento, entre otras, las siguientes normas: «Los productores escoceses de cerveza en botella tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que caracoles muertos terminen en el producto»; o bien «Los productores de cerveza tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que animales muertos terminen en el producto»; o incluso: «Los productores de alimentos y bebidas tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que sustancias nocivas terminen en el producto»; y así se puede seguir universalizando. Obviamente, la primera norma no sería de aplicación cuando el productor de cerveza fuese galés y/o en las botellas se encontrasen restos de lagartija y/o la cerveza estuviese envasada en latas. La segunda no se aplicaría a los productores de naranjada. Y así sucesivamente.

Lo notable aquí es que, como surge del ejemplo, de un mismo precedente se pueden «extraer», mediante universalizaciones, una pluralidad de normas bien distintas, según el nivel de abstracción escogido. En este sentido, cada precedente puede ser «interpretado» de varias maneras alternativas. Y, en consecuencia, un mismo precedente puede ser invocado, en diferentes circunstancias, para fundamentar decisiones completamente distintas (e incluso contrapuestas).

IV

LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS

Un argumento interpretativo es, simplemente, la razón —el argumento, precisamente— que un intérprete ofrece para sostener una tesis interpretativa, sea que se trate de una tesis cognitiva o decisoria.

Por lo que concierne en particular a la interpretación decisoria —es decir, las *decisiones* interpretativas— conviene recordar dos cosas.

Primero. Hay dos tipos de interpretación decisoria (doctrinal o judicial)¹: la interpretación decisoria estándar (elección de un significado determinado dentro del «marco» de aquellos admisibles) y la interpretación creadora (elección de un significado que no se encuentra dentro del marco). Esta última, por otra parte, es prácticamente indistinguible de la construcción jurídica (formulación de normas implícitas, etc.).

Segundo. En el ámbito de las decisiones judiciales, la argumentación de la interpretación pertenece a la justificación externa de la decisión y es parte integrante de la motivación.

Ahora bien, los argumentos interpretativos efectivamente usados en la cultura jurídica existente son muy numerosos, por no decir innumerables. Existen varios clencos, de amplitud variable². En lo que sigue,

¹ También la interpretación auténtica, contenida en leyes interpretativas, es obviamente interpretación decisoria, pero las leyes no son motivadas: el legislador no argumenta.

² Por ejemplo, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, enumera quince; J. Betegón, M. Gascón, J.R. de Páramo, L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, 1997, enumeran diez; P. Casanovas, J.J. Moreso, *Argumentació y pragmática del dret*, Barcelona, 1998, enumeran quince; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, enumera veinte; P. Chiassoni, «Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en P. Comanducci,

sin embargo, analizo solo aquellos que considero los más importantes y recurrentes³.

R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004, enumera veinte; J.J. Moreso, *Lógica, argumentación, e interpretación en el derecho*, Barcelona, 2005, enumera quince; D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, enumera diez. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, III ed., Montréal, 1999, especialmente cap. IV, distingue seis grupos de argumentos, según que hagan referencia: a la formulación del texto (método gramatical), a la coherencia de la legislación (método sistemático), a los objetivos de la ley (método teleológico), al contexto histórico de adopción de la ley (método histórico), a las consecuencias de la interpretación (método pragmático), a las interpretaciones anteriores (argumento autoritativo). G. Carcaterra, «Analogia», en *Enciclopedia giuridica*, II, Treccani Roma, 1988, pp. 5 y s., distingue tres clases de «criterios hermenéuticos»: literal, o semántico-sintáctico; lógico, cuyo objetivo es encontrar el significado «razonable», redimensionando el significado literal; ideológico, que hace referencia a la intención y/o al fin. Bastante más complejo es el análisis (en términos de «códigos interpretativos») que se encuentra en P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, pp. 72 y ss. Por último, ver también N. MacCormick, R. Summers (ed.), *Statutory Interpretation. A Comparative Study*, Aldershot, 1991.

³ Algunos (por ejemplo, P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit.; F. Ost, M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, 1989; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998), representan la interpretación como una actividad gobernada por reglas, o «directivas», convencionales de distintos tipos: reglas para la atribución de significado, meta-reglas para la selección entre diversos significados en competencia, etc. Claro está, no es imposible representar toda operación interpretativa como un acto de ejecución de una regla. Lo mismo, por lo demás, puede hacerse con cualquier otra conducta humana. Por ejemplo, se puede decir que quien atribuye a una disposición el significado resultante del uso lingüístico común da ejecución a la regla según la cual, precisamente, se debe atribuir a los textos normativos el significado conforme al uso común (regla de la interpretación literal). Sin embargo, hay que subrayar que las reglas en cuestión presentan dos características sobresalientes: por un lado, son «derrotables», es decir, sujetas a excepciones implícitas no especificadas ni especificables («Se debe atribuir a toda disposición el significado conforme a la intención del legislador, a menos que...»), «El argumento x prevalece sobre el argumento y, salvo que subsistan razones más fuertes en contrario», etc.); por otro lado, el conjunto de las mismas está impregnado de conflictos, ya que a toda regla se le contraponen al menos otra de contenido incompatible, y no hay meta-reglas estables para la solución de tales conflictos. Observa A. Ross (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 153): la eficacia manipuladora de las técnicas argumentativas depende del hecho de que no exista criterio alguno que indique qué regla de interpretación deba usarse; las máximas de interpretación no son verdaderas reglas sino solo «catch phrases (often couched in proverbial forms)», cuyo significado es bastante impreciso, de manera tal de consentir que sean usadas para alcanzar resultados opuestos: instrumentos que consienten al juez llegar a la conclusión que considere deseable, conservando al mismo tiempo la ficción según la cual él se limita a aplicar la ley respetando principios de interpretación objetivos (op. cit. p. 154). A pesar de esto, los métodos de interpretación trazan límites a la libertad del juez, ya que circunscriben el área de las soluciones justificables (op. cit. p. 153).

1. EL SIGNIFICADO COMÚN DE LAS PALABRAS

Hemos dicho en su momento que por «interpretación literal» pueden entenderse tres cosas bastante diferentes: (i) una interpretación *prima facie*, (ii) una interpretación no-contextual y (iii) una interpretación no-correctora⁴.

Pues bien, con alguna excepción⁵, la interpretación literal se argumenta apelando al así llamado «significado propio de las palabras» (ver art. 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano)⁶; más precisamente, alegando los usos lingüísticos comunes, es decir, las reglas sintácticas y semánticas de la lengua o del lenguaje sectorial en el que está formulado el texto normativo⁷.

⁴ Hemos hablado sobre este punto en un capítulo anterior.

⁵ Es una excepción la interpretación literal no-extensiva, a la que nos referiremos en seguida.

⁶ Aunque, en rigor de verdad, la interpretación *prima facie* no siempre necesita argumentación.

⁷ E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 309 s. Un ejemplo *sui generis* de interpretación literal: «Quien lea sin preconceptos el art. 21 de la Constitución italiana: "Todos tienen el derecho de manifestar libremente las propias ideas con la palabra, la escritura o cualquier otro medio de difusión" afirmará, por muchas razones, que esta declaración no quiere atribuir un derecho funcional al individuo, sino un derecho individual»; en particular, «la falta de referencia alguna a una función social o política de este derecho en oposición con la explícita formulación en otros casos ("La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse en oposición a la utilidad social...", "La propiedad privada está reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, de disfrute y los límites con el objetivo de asegurar la función social...", "Todos los ciudadanos tienen derecho de asociarse libremente en partidos para competir a través de un método democrático para la determinación de la política nacional")» ofrece, junto a otras consideraciones, «argumentos decisivos a favor de esta interpretación individualista de la declaración» (C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, p. 118 s.). Otro ejemplo *sui generis*: «Préstese atención al modo en que está formulado el art. 77, Constitución italiana. La constitución no dice: "En casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno puede adoptar disposiciones provisionales con fuerza de ley", o algo por el estilo. Dice, en cambio: "Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno adopta, bajo su responsabilidad, disposiciones [...] con fuerza de ley, debe el mismo día presentarlos para su conversión en las Cámaras [...]» (art. 77, apartado II, Constitución italiana). La constitución, dicho de otra forma, no otorga al Gobierno el poder de adoptar decretos de urgencia con fuerza de ley: más bien, en principio le prohíbe hacerlo. La constitución hace algo distinto: se limita a disponer (de manera realista y sabia) los remedios para el caso en que el Gobierno adopte disposiciones de ese tipo a pesar de que le esté prohibido hacerlo» (R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 518 y s.).

Hay que observar, sin embargo, que el argumento del significado común de las palabras no siempre es factible y no siempre es concluyente⁸.

El argumento no es factible al menos: (a) en relación con términos técnicos propios de una u otra disciplina científica o técnica (supongamos: la ciencia de la construcción o la contabilidad), para los cuales constituye interpretación literal el uso de las reglas semánticas adoptadas (más o menos codificadas) en el ámbito de la disciplina de referencia⁹; (b) en relación con términos técnico-jurídicos —aquellos que tienen significado exclusivamente en el seno del lenguaje jurídico o que, en cualquier caso, se han tecnicado en el lenguaje jurídico, asumiendo un significado peculiar— para los cuales constituye interpretación literal el uso de reglas semánticas determinadas, según los casos, bien por el mismo legislador cuando sean términos amparados precisamente por una definición legislativa, o bien por la doctrina cuando sean términos objeto de elaboración doctrinal¹⁰.

El argumento, además, no siempre es concluyente por dos simples razones.

La primera razón —trivial— es que las reglas, tanto semánticas como sintácticas, de la lengua son a veces muy elásticas, por lo que no siempre consiguen alcanzar un significado (a) unívoco y (b) preciso.

La segunda —para nada trivial— razón es que aplicando las reglas de la lengua se puede *alumbrar* la equivocidad y la vaguedad de los textos normativos, pero no *resolverlos*.

Allí donde, por ejemplo, una disposición sea sintácticamente ambigua, por lo que podría ser entendida alternativamente en el sentido A o en el sentido B, la interpretación literal puede solo consistir en señalar el problema; es decir, en afirmar precisamente que la disposición en cuestión admite dos interpretaciones alternativas. No podría considerarse meramente literal una interpretación que despejase la ambigüedad y optase por uno u otro de los dos significados en conflicto, ya que «al pie de la letra» dicha disposición ni significa A, ni significa B, sino que precisamente puede significar tanto A como B.

Por otra parte, en los lenguajes naturales la vaguedad es una propiedad intrínseca de todos los predicados *en su uso común*. Por lo que,

de nuevo, la interpretación no puede hacer más que señalar el problema. No sería en absoluto literal una interpretación que incluyese en, o excluyese de, la denotación de un predicado un supuesto de hecho dudoso (marginal), ya que, según el uso común del lenguaje, ese supuesto de hecho es, precisamente, dudoso.

2. ARGUMENTO «A CONTRARIO» E INTERPRETACIÓN NO-EXTENSIVA

Merece un apartado especial una variante de la interpretación literal entendida como interpretación no-correctora, y precisamente la interpretación no-extensiva.

Pues bien, en favor de la interpretación no-extensiva se alega típicamente el argumento *a contrario* (en una de sus variantes): «ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit». En otras palabras, el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir; lo que no ha dicho, evidentemente no quería decirlo, ya que, si lo hubiese querido decir, lo habría dicho.

Este argumento induce a excluir que se pueda atribuir a una determinada disposición normativa un significado más amplio, *más extenso*, del literal. En otras palabras, el argumento *a contrario* equivale al rechazo de la interpretación extensiva y/o analógica: quien argumenta *a contrario* se atiene al significado «natural» del texto y rechaza extenderlo¹¹.

Si, por poner el ejemplo usual, el legislador ha dicho «ciudadanos», se debe entender que quería referirse precisamente a los ciudadanos en sentido estricto y no a las personas en general (es decir, incluidos los extranjeros y los apátridas). Supongamos que una disposición normativa —como el art. 17, apartado 1, Constitución italiana— confiera cierto derecho D (para el caso, el derecho de reunión) a los «ciudadanos». Argumentando *a contrario*, se afirmará que la disposición en cuestión confiere el derecho D *solo* a los ciudadanos y *calla* respecto de los extranjeros y los apátridas.

Desde este punto de vista, dicho en otras palabras, *falta* una norma que *confiera* el derecho D a los extranjeros y los apátridas, pero —ob-sérvese bien— *falta* también una norma que *niegue* tal derecho a los extranjeros y a los apátridas: la constitución es lagunosa en materia de

⁸ Pero sobre la terminología de las leyes ver el amplio análisis de G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 108 y ss.

⁹ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 225.

¹⁰ O, mejor dicho, de elaboraciones doctrinales distintas y en conflicto (como casi siempre sucede).

¹¹ Por lo que, en verdad, no hay, como se suele pensar, una alternativa entre argumento analógico (al que nos referiremos en seguida) y argumento *a contrario*: bien visto, la alternativa es simplemente entre uso y no uso de la analogía (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 142).

derecho de reunión de los extranjeros y de los apátridas, no regula en modo alguno (ni en un sentido, ni en el sentido opuesto) tales supuestos de hecho.

En esta primera variante el argumento *a contrario* se resuelve, por tanto, en la producción de una laguna.

3. LA INTENCIÓN DEL «LEGISLADOR»

En general, se alega —o se hace una referencia tácita a— la presunta intención del legislador para justificar la atribución a un texto normativo de un significado *distinto del literal*¹².

El argumento de la intención del legislador puede ser usado de dos modos distintos¹³:

- (1) Como argumento autónomo y de por sí concluyente;
- (2) Como argumento auxiliar, parte de una estrategia argumentativa más amplia.

(1) *La intención del legislador en cuanto argumento autónomo.* En cuanto argumento autónomo, la apelación a la intención del legislador equivale a sostener directamente una conclusión interpretativa: «La disposición D expresa la norma N», sobre la base que esta, precisamente, fuese la intención del legislador.

Por otra parte, de este argumento se encuentran distintas variantes, las cuales pueden ser útilmente reagrupadas en tres parejas¹⁴.

(i) *Voluntad del legislador versus voluntad de la ley.* Una primera pareja de variantes está constituida por la alternativa: voluntad «del legislador» versus voluntad «de la ley».

(a) La voluntad del «legislador» es la intención del legislador histórico, «en carne y hueso», es decir, de los seres humanos (por hi-

pótesis identificables) que efectivamente han participado activamente en la redacción y en la aprobación de un determinado texto normativo. La constatación de la intención de aquellos —suponiendo que tal intención subsista y que sea susceptible de constatación (lo que no es en absoluto seguro)¹⁵— no puede valerse sino de los así llamados «trabajos preparatorios» (o del preámbulo o de la motivación del texto, allí donde existan)¹⁶.

(b) La voluntad de la «ley», por el contrario, es —en una de las posibles acepciones de esta expresión— la «ratio legis»¹⁷, es decir, la razón, el motivo, el fin, el «resultado práctico»¹⁸, por el cual una determinada norma ha sido dictada o, también, si se quiere decir así, el principio que subyace a la ley y que ella está destinada a realizar. Pero —obsérvese bien— se considera que para constatar la *ratio legis* hay que mirar *no* (o no tanto) los trabajos preparatorios, sino más bien el texto de la ley en cuanto tal, además de las circunstancias sociales, políticas, etc., que la han ocasionado¹⁹.

Por otra parte, el fin de la norma es, en un sentido, no premisa, sino resultado de la actividad interpretativa²⁰. En el sentido, obvio, que son

¹⁵ Cfr. S.L. Paulson, «Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche», en *Ars interpretandi*, 3, 1998.

¹⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364 ss.

¹⁷ Ver al respecto V. Veltuzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, pp. 125 y ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 50.

¹⁸ V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, V ed., Padova, 1995, p. 21.

¹⁹ Léase este pasaje del Tribunal italiano de Casación, 3520/1977: «La interpretación restrictiva aparece cuando el juez considera que las expresiones usadas por el legislador han traicionado el pensamiento, o bien no lo han revelado con exactitud, de modo que en la norma aparecen comprendidos casos que no deberían entrar según la intención de la ley y, en consecuencia, excluye, para tales casos, la aplicación de la norma con el fin de realizar la real voluntad legislativa». Comenta P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi. Nozioni introduttive*, en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli, Torino, 1999, p. 27: obsérvese como «(a) [las expresiones] "pensamiento del legislador", "intención de la ley" y "real voluntad legislativa" son usadas de manera intercambiable, y en cualquier caso para denotar, si no lo mismo, cosas entre sí compatibles (¿pero qué cosas?); (b) términos que en el lenguaje ordinario denotan aspectos de la psiquis de individuos de la especie humana de carne y hueso ("pensamiento", "intención", "voluntad") son, aquí, utilizados sin problemas a propósito de seres imaginarios ("el legislador") o de objetos inanimados ("la ley")».

²⁰ R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 226; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 151.

¹² Esto no excluye, sin embargo, que se pueda apelar a la voluntad del legislador incluso como argumento auxiliar en favor de una interpretación literal, asumiendo una perfecta correspondencia entre aquello que la ley dice y aquello que su autor ha querido decir. Cfr. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 326.

¹³ Sobre el trasfondo ideológico de este argumento ver G. Tarello, «La semántica del neustico», en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 780 y 791.

¹⁴ Cfr. también E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 312 y ss.

los intérpretes quienes, conjeturalmente, atribuyen a la norma uno u otro fin²¹.

«El intérprete —se afirma— no puede considerarse obligado a buscar un significado conforme a la “voluntad política” de la cual la norma es, históricamente, un producto. La ley, una vez aprobada, “se desprende” del órgano que la ha producido: no se manifiesta ya como una “decisión” ligada a las razones y fines de quien la ha querido, sino como un texto legislativo integrado en el conjunto del ordenamiento jurídico. La *ratio* de la norma es por tanto vinculante para el intérprete solo si se la entiende en un sentido funcional o teleológico: es decir, como el fin, el resultado racional que la norma puede objetivamente perseguir en el momento en que es aplicada», pero «es evidente que la individualización de este fin deja márgenes amplios a la valoración del intérprete»²².

La idea subyacente es que los trabajos preparatorios reflejan no la «objetiva» voluntad de la ley, sino solo los «subjetivos» propósitos de los legisladores. Por lo que, apelar a la voluntad de la ley, en cuanto algo distinto de la voluntad del legislador, no tiene otro fin y efecto práctico que el de desacreditar el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo del que se trate.

Naturalmente, apelar a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trate de leyes recientes, no es otra cosa que un modo para eludir, dejar de lado, o sabotear la política del derecho efectivamente perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete.

(ii) *Intención fáctica versus intención contrafáctica*. Una segunda pareja de variantes está constituida por la alternativa (introduzco esta

²¹ El concepto de *ratio legis* y su incidencia sobre las decisiones interpretativas aparecen bien ilustrados en este simple ejemplo de V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 21: «La regla “Está prohibido asomarse” escrita en un gran cartel sobre la terraza más alta de una torre panorámica tiene una *ratio* distinta [se supone] de la que tiene la misma regla escrita sobre la ventanilla de un tren. En el primer caso, el resultado que se quiere obtener es que el visitante no pierda el equilibrio y caiga más allá de la barandilla, en el segundo caso se quiere también evitar que una parte del cuerpo expuesta fuera de la ventanilla pueda ser golpeada por un palo o un tren que venga en la otra dirección. Por tanto en el segundo caso, y no en el primero, “asomarse” indicará también el gesto de asomar un brazo».

²² V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 22. Cfr. E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 438, 441 y s.

terminología a falta de otra mejor): intención fáctica *versus* intención contrafáctica²³.

(a) Intención fáctica es aquella que puede (si puede) ser reconstituida —sobre la base de los trabajos preparatorios— en relación con los supuestos de hecho que la ley *ha* efectivamente regulado.

(b) Intención contrafáctica es aquella que se puede conjeturalmente atribuir al legislador en relación con supuestos de hecho que, se admite, la ley *no ha* regulado en absoluto: «Si el legislador hubiese previsto el supuesto de hecho F, habría dispuesto que...»²⁴.

Dicho de otra forma, mientras que la intención fáctica es un argumento para seleccionar un significado, es decir, para atribuir a un texto normativo un significado determinado (descartando otros: en particular, descartando el significado literal), la intención contrafáctica es más bien una técnica de construcción jurídica para resolver lagunas, para encontrar conjeturalmente la reglamentación de supuestos de hecho sobre los cuales el legislador no ha tenido, en efecto, ninguna intención, porque, simplemente, no los ha regulado.

(iii) *Intención versus fin*. Una tercera pareja de variantes está constituida por la alternativa: intención (en sentido estricto) *versus* fin.²⁵

(a) Entendida en sentido estricto, la intención del legislador es aquello que el legislador quería *decir* con las palabras de la ley. Apelar a la intención del legislador en sentido estricto es hacer uso del argumento así llamado «psicológico».

(b) Entendida en sentido lato, la intención del legislador es, a veces, identificada más bien con su fin, es decir, con aquello que el legislador quería (no decir, sino) *hacer* mediante la ley: los efectos que quería conseguir. Apelar al fin del legislador (o «de la ley», como se decía más arriba) es hacer uso del argumento así llamado «teleológico»²⁶.

²³ F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, pp. 190 y s.

²⁴ Por ejemplo: si el legislador hubiese previsto la sustracción de energía eléctrica, la habría regulado del mismo modo que el hurto de cosas móviles. Recuérdese que un enunciado contrafáctico es un enunciado condicional con antecedente falso: quien argumenta así, como se ha dicho, reconoce que el legislador *no ha* regulado en absoluto el supuesto de hecho en cuestión.

²⁵ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 475; E. Dicitotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 147.

²⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 370 y s.

(2) *La intención del legislador en cuanto argumento auxiliar.* En cuanto argumento auxiliar, la intención del legislador no vale para sostener positivamente y directamente una conclusión interpretativa (del tipo: «La disposición D expresa la norma N»), sino simplemente para rechazar, en negativo, la interpretación literal en favor de una interpretación distinta.

Pero, naturalmente, descartado el significado literal, hay que preguntarse: ¿qué otro significado? Por hipótesis, la intención del legislador por sí misma no ofrece respuestas concluyentes a la pregunta. Para argumentar una respuesta —es decir, una interpretación determinada, que tendría preferencia respecto de la literal— hay que integrar el argumento de la intención del legislador recurriendo a otras técnicas interpretativas. A continuación veamos las principales.

4. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

El argumento analógico (o *a simili*) consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o «constructiva»— que dos supuestos de hecho son similares, análogos o, incluso, «sustancialmente iguales»²⁷.

El argumento puede ser utilizado para sostener dos conclusiones de tipo distinto: una interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma implícita en presencia de una laguna (por lo demás axiológica).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una norma implícita pertenece, en cambio, al ámbito de la interpretación *en abstracto* (entendida en sentido amplio, de manera de incluir también la construcción jurídica): concierne a la propia identificación de las normas vigentes.

(i) *Interpretación extensiva.* Hay que recordar que —a causa de la ineliminable vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural— toda norma es indeterminada: en el sentido que no se sabe exactamente qué supuestos de hecho están comprendidos en su campo de aplicación. Dada una norma cualquiera, hay casos a los cuales la misma es seguramente aplicable, casos a los cuales con seguridad no se les puede aplicar y, finalmente, casos «dudosos» o «difíciles» que están en una «zona de penumbra»: es decir, casos para los cuales la aplicación de la norma es discutible.

Pues bien (hemos ya hecho referencia a esto a propósito de la vaguedad), el argumento analógico puede ser usado para incluir un caso dudoso dentro del campo de aplicación de la norma de que se trate²⁸.

Así, por ejemplo, el Tribunal constitucional italiano interpreta extensivamente el art. 97, apartado 1, Constitución italiana, cuando extiende el principio de buen funcionamiento «de la administración» a «el ordenamiento de las oficinas judiciales y su funcionamiento bajo el aspecto administrativo»²⁹.

(ii) *Construcción de una norma implícita.* Cuando se usa para sostener la construcción de una norma implícita con la que colmar una laguna, el argumento analógico se funda: o sobre el presupuesto que la formulación normativa no refleja la «real» voluntad del legislador («lex minus dixit quam voluit»); o sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya contemplado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de un determinado modo si lo hubiese tomado en consideración.

²⁸ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 631 s.: «El procedimiento de interpretación extensiva se articula, esquemáticamente, en dos fases lógicamente distintas. 1) Una fase de primera interpretación del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula en modo expícito un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que regula un caso *prima facie* similar, mediante términos que podrían ser reinterpretados para denotar también el supuesto de hecho no explícitamente incluido, al menos forzando moderadamente, de manera no irrazonable, la *littera legis* [...]. 2) Una fase de segunda interpretación [...] en la que se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de una determinada reinterpretación extensiva de los términos de la disposición en examen. Esto tiene lugar, por lo general, recurriendo a no menos de cinco distintos tipos de consideraciones, basadas respectivamente: a) sobre la efectiva voluntad del legislador histórico; b) sobre la *ratio legis*; c) sobre hipótesis contrafácticas acerca de la voluntad del legislador histórico; d) sobre la evolución de la conciencia jurídica; e) sobre el principio de igualdad».

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 281/1995.

²⁷ La literatura sobre la analogía es inmensa. Es, sin embargo, fundamental N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano, 2006. Pero, entre otros muchos, ver también M.S. Giannini, «L'analogia giuridica», en *Jus*, 1941 e 1942; L. Cajani, «Analogia», en *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958; G. Carcaterra, «Analogia», cit.; L. Gianformaggio, «Analogia», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, I, Torino, 1987; M. Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986; G. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, cap. 5; L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

En estos casos, el argumento presenta, grosso modo, la siguiente estructura.

(a) Se parte del presupuesto que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho sobre el que se discute —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que sin embargo exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado³⁰.

(b) Se asume, a continuación, que el supuesto de hecho no regulado es «sustancialmente» análogo, se asemeja bajo un aspecto «esencial», a un supuesto de hecho distinto —digamos F2—, este último sí regulado por una norma que conecta al mismo una determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»)³¹.

³⁰ Cfr. G. Carcaterra, «Analogia», cit., pp. 6, 8 y ss. Es un presupuesto del recurso a la analogía — se considera — que una controversia no pueda decidirse de otra manera, ni con la estimación, ni con la desestimación de la demanda, por la falta de disposiciones aplicables al caso concreto sometido al juez: la producción de una norma mediante analogía no sería necesaria cuando fuese aplicable el argumento *a contrario*. Pero, en efecto, el argumento *a contrario*, como alternativa al analógico, es siempre aplicable (G. Carcaterra, «Analogia», cit., pp. 18 y s.): sostener que una determinada controversia no puede ser resuelta argumentando *a contrario* no es distinto de valorar insatisfactoriamente —o por injusta o por «no querida» por el legislador— la solución que el argumento *a contrario* ofrecería. Como quiera que sea, la presencia de una laguna en el ordenamiento es siempre algo opinable, desde el momento en que es siempre posible hacer funcionar técnicas interpretativas idóneas para evitar las lagunas (ya nos hemos referido a este particular). Y, si se conviene también que el ordenamiento presenta una laguna, la elección de colmarla mediante el argumento analógico no es en todo caso una elección obligada. Precisamente, cualquier controversia puede ser resuelta simplemente argumentando *a contrario* (como sugieren, por otra parte, algunas doctrinas clásicas de la completitud que examinamos en su momento): ya que para el supuesto de hecho F1 no está expresamente establecida una consecuencia jurídica precisa, se puede sostener que tal supuesto de hecho carece de cualesquiera consecuencias jurídicas. Por ejemplo: ya que el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibido, se debe concluir que está permitido. O bien: ya que a tal sujeto no se le confiere expresamente un determinado derecho, se debe concluir que tal sujeto no es titular de ese derecho. Se trata del uso productivo del argumento *a contrario* (hablaremos sobre esto en un próximo apartado).

³¹ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 635 y s.: «El procedimiento de analogía a partir de una única disposición se articula [...] en dos fases lógicamente distintas: 1) Una fase de interpretación en sentido estricto del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula de manera expresa un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que

Este argumento puede ser ilustrado con un simple ejemplo. El legislador ha dispuesto que quien haya recibido indebidamente una cosa y la haya alienado de buena fe ignorando que debía restituirla, debe restituir lo obtenido a cambio (art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano), y no en cambio restituir la cosa misma o su valor correspondiente (art. 2038, apartado 2, Cód. civ. italiano). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que se funda la norma, es el principio de tutela de la buena fe: se supone, es decir, que el legislador pretende (solo) la restitución de lo obtenido a cambio, y no un cumplimiento más gravoso, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión. El supuesto de hecho de la indebida recepción y subsiguiente alienación es similar a la situación de quien haya adquirido un objeto robado ignorando su procedencia y después lo haya alienado de buena fe. Por tanto, el art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano debe entenderse en el sentido de extenderlo también al supuesto de hecho de la adquisición de buena fe de una cosa robada³².

Naturalmente, como surge del ejemplo, para argumentar que existe semejanza entre dos supuestos de hecho, F1 y F2, hay que sostener que existe entre ellos una característica común no accidental, sino «esencial» a los fines de su regulación jurídica. Suponiendo que sea E el elemento que tienen en común F1 y F2, luego hay que sostener que E es precisamente la «razón» específica por la que al supuesto de he-

regula un caso *prima facie* similar [...], mediante términos que, sin embargo, no pueden razonablemente ser reinterpretados para denotar también el supuesto de hecho no expresamente incluido (no factibilidad de una interpretación extensiva). 2) Una fase de integración del discurso de las fuentes, en la cual se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de la aplicación de una regla que enlaza al caso omitido la misma consecuencia normativa establecida para el caso similar de la disposición en examen. A tal fin, para el intérprete se trata de proceder, grosso modo, como sigue. En primer lugar, hay que valorar si la disposición que regula el caso similar expresa una norma no susceptible de aplicación analógica, en virtud de una prohibición explícita o implícita en el derecho positivo [...]. En segundo lugar, una vez resuelto negativamente el problema señalado anteriormente, hay que valorar cuál es la *ratio* de la norma que regula el caso incluido: cuál es la exigencia normativa satisfecha mediante esa norma, o bien su fin o su razón de ser. En tercer lugar, hay que valorar si el caso incluido y el caso omitido son razonablemente configurables como casos similares a la luz de la *ratio legis*: se trata [...] de argumentar que el caso omitido posee la propiedad en virtud de la cual el caso incluido ha sido regulado de ese modo».

³² Otros simples ejemplos: se hace analogía cuando se aplican a un contrato innominado las reglas dictadas por el Código civil para uno u otro contrato nominado; cuando se aplica a quienes conviven *more uxorio* una norma dictada para los cónyuges; cuando se aplica a la ley de ejecución de un tratado internacional la regulación dictada por el art. 72, apartado 4, Constitución italiana, para la ley de autorización para la ratificación.

cho F2 (el único regulado expresamente) se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica³³.

Dicho de otro modo, la construcción de una norma implícita por vía de analogía presupone la previa identificación de la así llamada *ratio* de la norma explícita de la que se parte, es decir, de la razón, del motivo, del fin para el que tal norma fue dispuesta.³⁴ Esto equivale a ir de la norma al «principio» que la fundamenta como su justificación axiológica (en el ejemplo expuesto más arriba, sobre la analogía a partir del art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano, el argumento sería incompleto si no hiciese referencia al principio de tutela de la buena fe)³⁵.

En otras palabras: la analogía es «la operación que se realiza *partiendo de una norma explícita para subir hasta un principio* en ella contenido y del que se puede *volver a bajar hasta la formulación de una norma implícita*, precisamente esa que contiene la regla del caso «análogo» al expresamente regulado»³⁶. No se podría decir mejor.

De la misma manera, por poner otro ejemplo, se podría argumentar que el art. 101, apartado 2, Constitución italiana, «Los jueces están sujetos solo a la ley», cuya *ratio* es salvaguardar la imparcialidad en la administración de justicia, se refiere no solo a los jueces en sentido estricto, sino también a los fiscales³⁷.

³³ Por ejemplo, para extender a los «hombres» una norma que confiera un derecho a las «mujeres», hay que argumentar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadores, o en cuanto ciudadanos, y no en cuanto seres humanos del sexo femenino. La referencia a la *ratio legis* (a la «identidad de razón»), como presupuesto para la aplicación analógica, es explicada en el art. 4, apartado 1, del Código civil español: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no regulen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

³⁴ G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 14, identifica sin más la semejanza con la «identitas rationis», donde «ratio» tiene el significado «de razón de ser inmanente, de porqué, de fin, objetivo o motivo de la norma».

³⁵ Por lo que «podría decirse [...] que siempre, en toda forma de aplicación analógica, no se *extiende una disposición particular*; sino que, precisamente, se *aplica el principio* de cuya existencia la disposición particular sería testimonio»: G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 22. Bajo este aspecto, la diferencia entre aplicación analógica (llamada analogía *legis*) y recurso a los principios del derecho (llamada analogía *juris*) se revela una diferencia solo de grado. Cfr. G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 19.

³⁶ G. Vassalli, «Analogía nel diritto penale», en *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, p. 159 (la cursiva es mía).

³⁷ O bien: recuérdese un ejemplo que ya hemos visto (al hablar de la construcción de principios generales implícitos). «El art. 1768, Cód. civ. italiano, dispone que el depositario debe emplear en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: «si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa se valora con menor

Para terminar, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma implícita es muy sutil. Si miramos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, en efecto, una y otra se resuelven conectando una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho no comprendido en el significado *literal* de la disposición de que se trate.

Para quien se incline por interpretar al pie de la letra y, en particular, por argumentar *a contrario* (de la forma que hemos visto más arriba: excluyendo la interpretación extensiva) los casos dudosos, de incierta calificación, no están comprendidos en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista —que, en el ordenamiento italiano vigente, es obligatorio adoptar en materia penal (art. 1 Cód. penal italiano, art. 14 disp. prel. Cód. civ. italiano)— la así llamada interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (enmascarada) de una norma nueva implícita. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, simplemente, a un modo distinto de argumentar o de expresar una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de «religión» al movimiento así llamado de la Cienciología, alegando indiferentemente: que el supuesto de hecho no está expresamente regulado, pero que la Cienciología *es similar a una religión*; o bien que la Cienciología *es una religión* en sentido lato. En un caso evidentemente se construye una norma implícita, se crea una norma nueva;³⁸ en el otro caso se extiende el significado del término «religión» al área de penumbra del concepto y se subsume el supuesto de hecho dudoso bajo la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

rigor». Una análoga atenuación de la responsabilidad es establecida por los arts. 789 y 798, Cód. civ. italiano, a propósito de la donación y por los arts. 1710, 1812, 1821, Cód. Civ. Italiano, a propósito del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien realiza una prestación gratuita está sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto de quien actúe a cambio de una contraprestación. Y entonces, pasando a un caso no expresamente previsto, si alguien da gratuitamente una información y ésta es errada, su responsabilidad deberá valorarse de manera menos severa, en base a una aplicación analógica de las normas mencionadas» (P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 14).

³⁸ G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 192 y s.

5. EL ARGUMENTO *A FORTIORI*

El argumento *a fortiori* presenta una gran similitud con el argumento analógico en su variante «constructiva»³⁹.

También el argumento *a fortiori* se alega para apoyar la formulación de una norma implícita con la que colmar una (supuesta) laguna. También este argumento se fundamenta sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, incluso no habiendo regulado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de ese modo si lo hubiese tomado en consideración. También este argumento presupone una conjetura en torno a la *ratio legis*. El argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* (solo) por el hecho que no necesita que se verifique la «semejanza» de los supuestos de hecho tomados en consideración.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Se parte del presupuesto de que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho de que se trata —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que, sin embargo, exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado.

(b) Se presupone, a continuación, que —a la luz de la *ratio legis*— el supuesto de hecho no regulado merece *con mayor razón* la misma consecuencia jurídica que un supuesto de hecho distinto —digamos F2— que sí está regulado por una norma que conecta a dicho supuesto de hecho determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»).

Por ejemplo: si la cosa juzgada es intocable respecto de una declaración de inconstitucionalidad (salvo el caso de la sentencia penal, según el art. 30, apartado 4, ley italiana 87/1953), entonces —con mayor razón— debería ser intocable también respecto de una ley de interpretación auténtica⁴⁰. O incluso: si, según el art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano, la ley no tiene efecto retroactivo, entonces —con mayor razón— no puede tener efecto retroactivo el reglamento (que es fuente subordinada a la ley).

³⁹ C.E. Alchourrón, «Los argumentos jurídicos “a fortiori” y “a pari”», en C. E. Alchourrón, F. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.

⁴⁰ A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, p. 237, nota 68.

El argumento *a fortiori* puede asumir dos formas distintas, según que se adopte en relación con normas que confieran posiciones subjetivas ventajosas (por ejemplo: derechos) o, en cambio, en relación con normas que impongan posiciones desventajosas (por ejemplo: obligaciones).

(a) En un caso, asume la forma del argumento *a maiori ad minus*. Por ejemplo: si está permitido aplicar intereses del 20%, entonces —con mayor razón—, está también permitido aplicar intereses del 10%.

(b) En el otro caso, asume la forma del argumento *a minori ad majus*. Por ejemplo: si está prohibido entrar en un determinado local con animales domésticos, entonces —con mayor razón—, está también prohibido entrar en dicho local con tigres.

Como se puede intuir, las palabras clave de todo el argumento son la expresión «con mayor razón». Se quiere decir, en definitiva, que también este modo de argumentar presupone la previa identificación de la «razón» por la que a un determinado supuesto de hecho está vinculada una determinada consecuencia jurídica y no otra.

6. DISOCIACIÓN E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El argumento de la disociación consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o constructiva—, que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» distintos.⁴¹

El argumento se puede utilizar para sostener dos decisiones de tipo distinto: por un lado, una interpretación restrictiva; por otro, la «construcción» de una excepción implícita, cuyo resultado es la derrota de una norma, es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta (de alcance más restringido).

La interpretación restrictiva es un tipo de interpretación *en concreto*: se refiere a la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una excepción implícita es, más bien, una operación interpretativa *en abstracto* (si incluimos en esta categoría tam-

⁴¹ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, 1966 (ver la voz «disociación» del índice analítico).

bién la construcción jurídica): se refiere a la identificación misma (del contenido) de la norma.⁴²

(i) *Interpretación restrictiva.* Recuérdese otra vez que la ineliminable vaguedad de todo predicado hace que los límites de toda norma sean inevitablemente indeterminados. Dada una norma cualquiera, hay supuestos de hecho a los cuales esta resulta sin duda aplicable, supuestos de hecho a los cuales sin duda dicha norma no puede ser aplicada y, por último, supuestos de hecho «dudosos» o «difíciles» que se encuentran en una «zona de penumbra»: es decir, supuestos de hecho para los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta o controvertida.

Pues bien (lo hemos ya señalado al hablar precisamente de la vaguedad), el argumento de la disociación —de la «diferencia»— puede ser usado para excluir un caso difícil, un supuesto de hecho de dudosa calificación, del campo de aplicación de la norma en cuestión.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano interpreta restrictivamente el artículo 41, apartado 1, de la Constitución italiana, sobre la «iniciativa económica privada», cuando afirma que tal disposición tutela solo la posición del empresario y no así la de quien invierte capitales con fines productivos⁴³. O incluso: el mismo Tribunal interpreta restrictivamente el artículo 122, apartado 4, de la Constitución italiana —no responsabilidad de los consejeros regionales por las opiniones expresadas y los votos dados «en el ejercicio de sus funciones»—, cuando precisa que las funciones en cuestión son solo aquellas conferidas por la constitución o por las leyes del Estado (no aquellas eventualmente conferidas por leyes regionales)⁴⁴.

(ii) *Construcción de una excepción implícita.* Cuando es utilizado para sostener la existencia de una excepción «implícita», es decir, no formulada, el argumento de la disociación se funda: o sobre el supuesto que el legislador haya *dado por supuesta* determinada distinción

⁴² Introducir en una norma una excepción no es diferente de sustituir la norma en cuestión por una norma diferente. Por ejemplo, si la norma N1 presenta la estructura «Si A, entonces Z» («Si vehículos, entonces prohibido el ingreso en el parque»), introducir en ella la excepción, supongamos, «no B» («no ambulancias»), equivale a sustituirla con la norma N2: «Si A y no B, entonces Z» («Si vehículos y no ambulancias, entonces prohibido el ingreso»). Ver V. Velluzzi, «Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto», en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2008, pp. 506 y s.

⁴³ Tribunal Constitucional italiano 138/1984.

⁴⁴ Tribunal Constitucional italiano 69/1985. En verdad, esta decisión interpretativa del Tribunal puede leerse también como introducción, en la norma, de una excepción implícita.

(es decir, que la haya querido, aunque no la haya explicitado); o sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya realizado determinada distinción, la *habría* sin embargo realizado si hubiese tomado en consideración el caso.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Aparentemente (es decir: literalmente) el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho F («Si F, entonces G»).

(b) Sin embargo, dentro de la clase F se deben distinguir dos subclases, F1 y F2, «sustancialmente distintas».

(c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis*, referirse no a toda la clase F, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase F1).

(d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye —presupone— una excepción (que concierne, por ejemplo, a la subclase F2): «Si F, pero no F2, entonces G», que es equivalente a la conjunción de «Si F1, entonces G» y «Si F2, entonces no G».

En conclusión, el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción que el legislador no ha en absoluto realizado, de modo tal que se somete el antecedente de la norma a una excepción implícita y así se reduce el campo de aplicación solo a algunos supuestos de hecho expresamente previstos (es decir, previstos según una interpretación literal).

Obsérvese bien: excluir una clase de supuestos de hecho del ámbito de aplicación de una norma puede tener, según los casos, dos efectos distintos. (a) Es posible que el resultado de la operación sea el de hacer que dicha clase de supuestos de hecho entre bajo el dominio de otra norma. Pero es también posible (b) que la clase de supuestos de hecho en cuestión no resulte regulada por ninguna otra norma, por lo que el resultado de la operación es la creación de una laguna.

Para aclarar el funcionamiento del argumento de la disociación es útil ofrecer algún ejemplo (y es fácil ejemplificar ya que la técnica de la disociación es de uso muy frecuente).

El artículo 1428 del Cód. civ. italiano dispone que, en ciertas condiciones, «el error es causa de anulación del contrato». El legislador no distingue entre la hipótesis en que el error haya sido cometido por uno solo de los contratantes (considerado error «unilateral») y la hipótesis en que el error haya sido cometido por ambos (considerado error «bilateral»). Sin embargo, argumenta la doctrina, los errores unilaterales son «sustancialmente» distintos de los bilaterales. *Ratio* de la norma

es la tutela de la buena fe, pero, en el caso del error bilateral, ni siquiera se plantea un problema de tutela de la buena fe. Por tanto, el artículo 1428 del Cód. civ. italiano debe ser entendido en el sentido que el mismo se refiere tácitamente no al error sin distinciones, sino solo al error unilateral. Como puede verse, el resultado de esta argumentación es la inclusión de una excepción en la estructura lógica de la norma. Así entendida, en efecto, la disposición se aplica no a toda la clase de los errores, sino solo a una subclase de los mismos: la subclase de los errores unilaterales. En definitiva, el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre distintas especies de error: el intérprete, al contrario, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases — la clase de los errores unilaterales y la clase de los bilaterales — y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica⁴⁵.

El artículo 89, apartado 1 de la Constitución italiana, dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes [...]». No se nos puede escapar que la disposición se refiere literalmente a todos los actos del Presidente (y de esto se podría concluir que, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, entonces no hay actos presidenciales que no sean adoptados a propuesta ministerial). La doctrina dominante, sin embargo, distingue entre actos presidenciales adoptados por iniciativa ministerial («sustancialmente gubernativos») y actos presidenciales de iniciativa del propio Presidente («sustancialmente presidenciales»), e interpreta la disposición en examen en el sentido que esta regula solo los actos del primer tipo, sin disponer nada respecto de los del segundo tipo. Por lo que deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el Presidente adopte, precisamente, a consecuencia de propuesta ministerial. Por el contrario, los actos llamados de «iniciativa presidencial» (es decir, los que no se basan en una propuesta ministerial) no entran bajo el dominio del artículo 89, apartado 1, Constitución italiana. Así entendida, tal disposición no se aplica a toda la clase de los actos presidenciales, sino solo a la subclase de los actos adoptados por el Presidente a propuesta ministerial. En conclusión, el constituyente dicta una regulación que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de distinto tipo; la doctrina, al contrario, distingue allí donde el constituyente no ha distinguido. La distinción introducida consiste en subdividir la clase

de los actos presidenciales en dos subclases — la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los sustancialmente presidenciales — y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica.

El artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, dispone que «las leyes penales [...] no se aplican fuera de los casos y los momentos en ellas establecidos». Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia hay dos modos distintos de aplicar una ley (penal) «fuera de los casos y los momentos» en ella establecidos: uno es la interpretación «extensiva», el otro es la interpretación «analógica». En verdad, la distinción, como hemos visto, es bastante fluida. Pero, como quiera que sea, la disposición en examen es comúnmente entendida en el sentido que está prohibida solo la interpretación analógica, y no así la extensiva, de las leyes penales. La doctrina, en conclusión, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción consiste en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases — la clase de las interpretaciones «extensivas» (puras y simples) y la clase de las aplicaciones «analógicas» — y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición en examen hay que entenderla en el sentido que se refiere no ya a todo tipo de aplicación extensiva, sino solo a la llamada aplicación analógica. Por lo que la otra subclase, la de las «meras» aplicaciones extensivas, queda fuera de la prohibición del artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, cuyo campo de aplicación resulta por tanto restringido.

El artículo 100, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que «el Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno». *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, hay que distinguir claramente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y todos los restantes. La mencionada disposición constitucional hay que entenderla en el sentido que están sujetos al control preventivo del Tribunal de Cuentas solo los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley. Por lo que *no* contrasta con la Constitución el art. 16, apartado 1, de la Ley italiana 400/1998, que aparta del control preventivo del Tribunal de Cuentas los decretos legislativos y los decretos-leyes.⁴⁶ También aquí el Tribunal Constitucional italiano distingue allí donde la Constitución italiana no distingue en absoluto. La distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en dos subclases

⁴⁵ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 271 y ss.

⁴⁶ Tribunal Constitucional italiano 406/1989.

—la clase de los actos de rango legislativo y la clase de todos los actos restantes— y en «disociar» las dos a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es el que se ha dicho: el art. 100, apartado 2, de la Constitución italiana, hay que entenderlo en el sentido que se refiere no ya a la totalidad de los actos gubernativos, sino solo a los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley: de manera que los actos de rango legislativo quedan fuera de su campo de aplicación.

El artículo 503 del Código penal italiano (en combinación con el precedente art. 502) penaliza la huelga «con fines políticos». El Tribunal Constitucional italiano, al querer evitar el declarar inconstitucional sin más la disposición mencionada por oponerse al artículo 40 de la Constitución italiana, distingue en el seno de la clase de las huelgas políticas aquellas dirigidas «a subvertir el orden constitucional o bien a impedir u obstaculizar el libre ejercicio de los poderes legítimos en los que se expresa la soberanía popular» de todas las restantes. Y declara inconstitucional el art. 503 del Código penal italiano solo «en la parte en que» penaliza la huelga política, digámoslo así, no «subversiva»⁴⁷. El resultado de la distinción es, en conclusión, la tesis según la cual el artículo 40 de la Constitución italiana sí tutela la huelga (no solo con fines contractuales, sino también) con fines políticos, pero no la huelga política con fines «subversivos».

El artículo 10, apartado 2, de la Ley italiana 195/1958, establece que el Consejo Superior de la Magistratura «ofrece al Ministro dictámenes sobre las propuestas de ley concernientes al ordenamiento judicial, etc.», sin disponer nada respecto de la iniciativa del dictamen. Algunos, sin embargo, distinguen dos tipos de dictámenes: aquellos que hayan sido solicitados al Consejo por parte del Ministro, y aquellos realizados por el Consejo por propia iniciativa. Y, alegando que el Ministro es el destinatario de los dictámenes del Consejo, sostienen que el Consejo no puede expedir dictámenes del segundo tipo, es decir, dictámenes que el Ministro no haya solicitado. Distinguen, por tanto, allí donde el legislador no distingue, y subdividen la clase de los dictámenes en dos subclases —la clase de los dictámenes solicitados por el Ministro y la clase de los dictámenes por iniciativa del Consejo— de manera tal de «disociar» así las dos clases a efectos de la regulación jurídica. El resultado es que el Consejo no puede expedir dictámenes al Ministro si no han sido solicitados.

⁴⁷ Tribunal Constitucional italiano 290/1974.

Para concluir, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación restrictiva propiamente dicha y la construcción de una excepción implícita es incierta. Ambas operaciones, en efecto, se resuelven excluyendo del campo de aplicación de una norma un supuesto de hecho que, según el significado literal de la disposición en cuestión, entraría dentro de tal campo.

Repitiendo más o menos cuanto hemos dicho a propósito de interpretación extensiva y analogía, se puede sostener que la diferencia entre interpretación restrictiva y construcción de una excepción implícita se reduce, en última instancia, a un distinto modo de argumentar o de expresar una misma operación.

7. OTRA VEZ EL ARGUMENTO *A CONTRARIO*

Nos hemos ya encontrado con el argumento *a contrario* en distintas ocasiones⁴⁸. Ha llegado el momento de analizarlo expresamente.

El argumento conoce fundamentalmente dos variantes⁴⁹. Cada una de ellas constituye una respuesta (distinta) al problema —llamémoslo así— «de la clase complementaria»: dada una norma que regula una clase cualquiera de supuestos de hecho (F) ¿se debe considerar que la clase complementaria (no-F) carece completamente de regulación o, al contrario, que también esta está regulada, aunque sea implícitamente, y que está regulada de manera opuesta?

(i) En una primera variante —meramente interpretativa— el argumento sirve para sostener una interpretación (en concreto) literal y, más precisamente, no-extensiva. Al respecto nos hemos referido ya en un apartado anterior.

(ii) En una segunda variante —no meramente interpretativa, sino «constructiva»— el mismo argumento resulta en la construcción de una norma no formulada, pero (se pretende) «implícita»⁵⁰.

⁴⁸ En un capítulo anterior, al hablar de indeterminación del ordenamiento, y en particular al ilustrar el problema (recurrente) de la regulación de la clase complementaria (complementaria a la expresamente regulada), además de en este mismo capítulo, al hablar de interpretación no-extensiva.

⁴⁹ Ver, en cambio, el análisis bastante más detallado de G. Carcaterra, «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

⁵⁰ Aquí estamos, por tanto, en el ámbito de la interpretación en abstracto.

Tomemos otra vez el ejemplo, simple pero ilustrativo, de una disposición constitucional que confiere un derecho a los ciudadanos, como el artículo 18, Constitución italiana («Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente [...]»). Entendida al pie de la letra, una disposición semejante se aplica evidentemente al supuesto de hecho «ciudadanos». La disposición, sin embargo, no incluye la cláusula «solo» (no dice «Solo los ciudadanos...»)⁵¹. Y el problema, que ya conocemos, es por tanto el siguiente: cuál es, si la hay, la regulación de la clase de supuestos de hecho complementaria (no-ciudadanos, es decir, extranjeros y apátridas). Pues bien, el argumento *a contrario* está destinado, en ambas variantes, a sostener que la norma *no* se aplica a los no-ciudadanos. Sin embargo:

(i) En la primera variante, el argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos en el sentido que *calla*, nada dice, sobre estos. El supuesto de hecho no-ciudadanos carece de cualquier regulación (al menos en el nivel constitucional, visto que hemos usado una disposición constitucional para ejemplificar).

Usado de este modo, nótese, el argumento *a contrario* se reduce tendencialmente a la producción de una laguna. El supuesto de hecho complementario podría, naturalmente, ser regulado por otra norma, distinta y ulterior respecto de la tomada en consideración. Pero podría también no ser regulado en absoluto y, en tal caso, el ordenamiento sería lagunoso.

Obsérvese (visto el ejemplo seleccionado) que una laguna en el nivel constitucional implica que el legislador ordinario puede regular el supuesto de hecho de que se trate del modo que más le agrade. Para seguir con el ejemplo, si la constitución nada dice sobre el derecho de asociación de los no-ciudadanos, cualquiera que sea el contenido de lo que el legislador disponga al respecto, la ley en cuestión nunca podrá ser inconstitucional (por falta de un «parámetro» de constitucionalidad

⁵¹ Si así dijese, el supuesto de hecho «ciudadanos» sería condición no solo suficiente, sino necesaria y suficiente de la relativa consecuencia jurídica. Por lo que la atribución de ese determinado derecho solo a los ciudadanos implicaría lógicamente la exclusión de los no-ciudadanos del disfrute de ese mismo derecho. Tómese el siguiente ejemplo. El art. 15 disp. prel. del Cód. civ. italiano dispone: «Las leyes no son derogadas sino por leyes posteriores». Esto parece significar que *solo* las leyes posteriores pueden válidamente derogar leyes anteriores. *A contrario*, se puede concluir que la ley no puede ser derogada por desuetudo. En este caso la inferencia *a contrario* tiene carácter deductivo, es decir, lógicamente vinculante. Cfr. A. García Amado, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 2001.

con el que confrontarla)⁵²; en otras palabras, el legislador puede libremente tanto extender a los no-ciudadanos el derecho de asociación, como prohibir a los no-ciudadanos que se asocien.

(ii) En la segunda variante, el mismo argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos, no ya en el sentido que omite regular tal supuesto de hecho, sino en el sentido que los no-ciudadanos son positivamente —aunque tácitamente, implícitamente— *excluidos* del goce del derecho en cuestión⁵³.

En otras palabras, aquí no hay laguna de ningún tipo: el texto normativo (la constitución en nuestro ejemplo) contiene tanto la norma explícita que confiere un derecho a los ciudadanos («Si ciudadanos, entonces derecho de asociación»), como la norma implícita que lo niega a los no-ciudadanos («Si no-ciudadanos, entonces no derecho de asociación»). Con la obvia consecuencia —para seguir con el ejemplo— que una ley ordinaria, la cual pretendiese conferir también a los no-ciudadanos el derecho en cuestión, sería inconstitucional.

8. INTERLUDIO: EL DERECHO COMO «SISTEMA»

Para introducir el análisis de la interpretación sistemática, hay que decir algunas palabras sobre la idea del derecho como «sistema»⁵⁴.

La expresión «ordenamiento jurídico» es comúnmente usada⁵⁵ de manera inocente e irreflexiva, sin alguna *arrière pensée*: como sinónimo de «derecho» (en sentido objetivo). Al decir que el derecho es ordenamiento, se quiere decir muy simplemente que el derecho es un ordenamiento (normativo) de la conducta en cuanto «ordena» la conducta: en el doble sentido del vocablo «ordenar», mandar y poner orden.

Algunas veces, sin embargo, al decir que el derecho es un ordenamiento, se quiere decir que el derecho es un conjunto de normas *ordenado*⁵⁶: en sentido estricto, un «sistema», es decir, una totalidad (i)

⁵² Se llama «parámetro» de legitimidad constitucional a la norma constitucional con la que una norma de ley debe ser confrontada para decidir sobre su conformidad con la constitución.

⁵³ G. Carcaterra, «Analogia», cit., p. 18.

⁵⁴ G. Lazzaro, «Sistema giuridico», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1969 (extracto).

⁵⁵ En el lenguaje de los juristas, como así también en este volumen.

⁵⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, p. 179: «Pero si las antinomias son posibles (y aún más, al menos en la evolución temporal del ordenamiento son inevitables), es también verdad, por otro lado, que deben ser com-

axiológicamente coherente, (ii) lógicamente consistente y (iii) completa⁵⁷.

(i) La coherencia o cohesión axiológica (*coherence*) exige que todas las normas pertenecientes al ordenamiento sean reconducibles, desde el punto de vista axiológico, a un único principio o a una única y armoniosa constelación de principios (o valores) entre sí consistentes: «cualquier ordenamiento jurídico, para ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y disposiciones dispersas y ocasionales, debe expresar una intrínseca coherencia, es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios»⁵⁸.

Pero naturalmente la tesis según la cual todas las normas existentes en un ordenamiento comparten un común fundamento axiológico⁵⁹ no puede sostenerse seriamente. Cada ordenamiento es el fruto (aluvial) de una gran variedad de doctrinas políticas y de políticas del derecho distintas, portadoras de valores en conflicto. Y esto es así incluso a nivel constitucional (aunque la constitución no sea sino un

puestas y resueltas, con el fin que el ordenamiento sea verdaderamente tal, como la palabra expresa: *orden*, sistema regulador coherente y unitario, y no acumulación de normas entre sí contradictorias. Al reconocimiento de la posibilidad de antinomias se contraponen, por tanto, en sede dogmática, el postulado de la unidad del sistema (antinomias hay, pero están prohibidas)... unidad incluso "material" en el sentido que no deben poder coexistir válidamente normas que regulen un mismo objeto en sentido contradictorio». Sobre los «principios de coherencia», ver G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 68 y ss. La tesis de la necesaria coherencia de los ordenamientos es criticada por G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959.

⁵⁷ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 69: «Entendemos por "sistema" una totalidad ordenada, es decir, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden. Para que se pueda hablar de un orden, es necesario que los entes constitutivos no estén solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de consistencia entre ellos». Cfr. G. Tarullo, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 173 y ss.; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, III ed., Torino, 2008, pp. 158 y ss.

⁵⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 34. Cfr. N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en A. Peczenick et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984 (se trata de dos ensayos distintos, si bien tienen el mismo título); G. Pino, «Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1998; M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009, cap. IV.

⁵⁹ De aquí, según Dworkin, se seguiría que toda cuestión de derecho admite una, y solo una, solución jurídicamente correcta. Cfr. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), 1985, pp. 119 y ss.

único documento normativo):⁶⁰ de otra manera, los frecuentes conflictos entre principios constitucionales serían simplemente inexplicables⁶¹.

La armonía axiológica entre principios, en la medida en que existe, es fruto de construcción jurídica, es decir, de la (ocasional) armonización de los mismos por obra de los juristas y los jueces.

(ii) La consistencia lógica (*consistency*) exige algo menos que la cohesión: consiste simplemente en la ausencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas.

Pero también la tesis según la cual los ordenamientos son consistentes es, como resulta evidente, insostenible. Las normas existentes en un ordenamiento han sido dictadas en tiempos distintos, en circunstancias distintas, por parte de las más variadas autoridades normativas, cada una de las cuales perseguía una política del derecho propia (eventualmente en conflicto con la de otras autoridades). Tales normas no son consistentes, ni podrían serlo⁶². Por tanto, en todo ordenamiento, antinomias, de hecho, innegablemente las hay. Si no hubiese antinomias, por lo demás, la cultura jurídica no habría elaborado —y la autoridad normativa no habría en algún caso codificado— los principios o criterios encaminados a resolverlas («lex posterior», «lex superior», «lex specialis»).

En virtud de tales criterios el ordenamiento puede, dentro de ciertos límites⁶³, volverse consistente, ser sistematizado. Pero, obviamente, ausencia de antinomias y posibilidad de resolverlas son cosas muy

⁶⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 35.

⁶¹ Cfr. B. Celano, «Diritti, principi, e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005, pp. 53 y ss., quien argumenta la tesis según la cual los conflictos entre derechos, principios y valores constitucionales son, en cualquier caso, inevitables.

⁶² V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, cit., pp. 178 y s.

⁶³ Dentro de ciertos límites, como hemos visto, dado que no hay criterios positivos para la solución de antinomias entre principios constitucionales (la técnica de la ponderación, comúnmente utilizada por los tribunales constitucionales, no es prescrita por ninguna norma positiva y se puede sostener que no es la única técnica posible). Súmese a esto que pueden surgir antinomias de segundo grado entre los propios criterios de solución, y no todas las antinomias de segundo grado son susceptibles de solución indolora (para algunas de ellas no existe meta-criterio positivo alguno de solución). Ver lo que vimos en su momento respecto de las interferencias entre criterio de especialidad y principio cronológico. Cfr. N. Bobbio, «Des critères pour résoudre les antinomies», en *Dialectica*, 1964, pp. 237 y ss.

distintas⁶⁴: la consistencia del ordenamiento resulta no ya un dato de hecho, anterior a la dogmática (y la jurisprudencia), sino más bien el resultado del trabajo dogmático (y jurisprudencial)⁶⁵.

(iii) En cuanto a la completitud, no hay más que recordar sucintamente cuanto hemos dicho en su momento.

En primer lugar, la *necesaria* completitud de los ordenamientos (es decir, de cualquier ordenamiento, en cualquier tiempo y en todo lugar) no se puede sostener seriamente. Se puede más bien sostener que, de hecho, en todo ordenamiento hay lagunas de algún tipo (normativas, técnicas, axiológicas).

En segundo lugar, los juristas (y los jueces, se entiende), lejos de considerar completo el ordenamiento, se empeñan más bien en crear ellos mismo lagunas (axiológicas) en gran cantidad: con el fin, claro está, de colmarlas inmediatamente fabricando oportunas normas implícitas.

En pocas palabras, el ordenamiento en cuanto sistema no preexiste a la interpretación y a la construcción jurídica: el «sistema» jurídico no es otra cosa que el resultado de la actividad de sistematización de los juristas⁶⁶; solución de antinomias lógicas y de falta de armonía axiológica⁶⁷, elaboración de normas implícitas, integración de lagunas⁶⁸.

⁶⁴ Se estará de acuerdo en que una cosa es no tener ningún agujero en el bolsillo, y otra cosa es tener un agujero, aunque se disponga de aguja o hilo para remendarlo.

⁶⁵ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, pp. 180 y ss.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Widen-New York, 1971 (ed. castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005); C.E. Alchourrón, «Systematization and Change in the Science of Law», y E. Bulygin, «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», ambos en T. Eekhoff, L. M. Friedman, J. Uusitalo (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart, Rechtstheorie*, Beiheft 10, Berlin, 1986; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 117 y ss. Ver al respecto R. Guastini, «Aspetti notevoli di *Normative Systems*», en P. Comanducci, R. Guastini *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1998, pp. 69 y ss.

⁶⁶ Texto fundamental al respecto es G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008. Ver también G.B. Ratti, «La coerenza dei sistemi giuridici», en G. Maniacci, G. Pino, A. Schiavello (eds.), *Coerenza e retorica nel diritto*, Palermo, 2008; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 245.

⁶⁷ Como ponen en evidencia, por ejemplo, los conflictos entre principios constitucionales.

⁶⁸ Por otra parte, la sistematización del derecho llevada a cabo por los juristas no solo es fruto de construcción jurídica, sino también premisa de (ulteriores) operaciones constructivas, ya que, según la correcta intuición de Jhering, «el sistema es una fuente inagotable de materia [normativa] nueva» (así G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 33).

Por lo demás, se habla generalmente de sistema jurídico para referirse al ordenamiento en su conjunto. Desafortunadamente, sin embargo, un sistema normativo semejante simplemente no existe, desde el momento en que ningún jurista nunca ha siquiera intentado sistematizar todo el ordenamiento. Todo jurista se ocupa solo de conjuntos de normas bastante más pequeños —micro-conjuntos—, recortados, dentro de un conjunto (sincrónico) muy vasto, según los propios intereses científicos, prácticos o didácticos⁶⁹. En este sentido, son micro-conjuntos de normas, de amplitud variable, tanto el derecho constitucional como el derecho de las obligaciones, tanto el derecho de los contratos como la regulación de la compraventa, tanto la regulación del arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a vivienda como el conjunto de normas relevantes para la solución de una controversia específica. El ordenamiento jurídico en su conjunto es objeto de especulaciones para los filósofos del derecho, pero carece de todo interés para el trabajo de los juristas.

9. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

La locución «interpretación sistemática» es ampliamente usada para aludir no ya a un argumento interpretativo en particular, sino más bien a toda una familia de argumentos distintos, cuyo único rasgo común es, tal vez, el de hacer referencia: (a) al contexto dentro del cual se coloca la disposición a interpretar y, en todo caso, (b) al presunto carácter sistemático del ordenamiento jurídico⁷⁰.

⁶⁹ Los trabajos de C. E. Alchourrón y E. Bulygin, cit. en una nota precedente, muestran cómo los distintos micro-sistemas con los que (y sobre los que) trabajan los juristas —y, con mayor razón, el ordenamiento jurídico en su totalidad— son simples conjuntos, y no sistemas, de normas: en el sentido que, incluso haciendo abstracción respecto de su posible redundancia, no son necesariamente consistentes ni necesariamente completos; y si en algún momento un micro-conjunto de normas adquiere el carácter de «sistema» (en el sentido fuerte, que es propio del lenguaje jurídico común), esto es fruto del trabajo de sistematización realizado por los juristas. En otras palabras, la así llamada ciencia jurídica no encuentra sistemas normativos ya hechos, listos para su uso. Aquella tiene por objeto conjuntos de normas, no sistemas. Los sistemas normativos son más bien el producto de la ciencia jurídica.

⁷⁰ Con particular referencia a su presunta *consistencia* (ausencia de antinomias) y a su presunta *coherencia* (ausencia de desarmonía axiológica), a la que nos referíamos en el apartado anterior. V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 27: «El criterio de la interpretación sistemática prescribe atribuir a una disposición normativa aquel significado que ella puede tener en cuanto relacionada con todas las otras que forman parte del «sistema». Subyace a esto la idea que el lenguaje usado por el legislador es coherente (significados iguales para términos iguales en contextos similares) y

Grosso modo, se dice sistemática toda interpretación que manifieste coherencia el significado de una determinada disposición de su colocación en el «sistema» de derecho: a veces, en el sistema jurídico en su conjunto; con mayor frecuencia, en un sub-sistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o que se refieren a una determinada «institución»⁷¹.

En la práctica, se usa un argumento de tipo sistemático siempre que, para acreditar la interpretación escogida, se alega no el texto de la disposición interpretada aisladamente considerada, sino algún elemento del contexto en el que la disposición está colocada⁷². Tal contexto puede ser más o menos extenso: los otros apartados de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, el conjunto de las leyes que se refieren a una misma materia, etc., hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico.

Este modo de argumentar puede enmascarar operaciones interpretativas también muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo, se pueden mencionar algunos ejemplos característicos.

(i) *Combinación de disposiciones (combinato disposto)*. El tipo más simple de interpretación sistemática es probablemente el que consiste en combinar entre sí distintos fragmentos de disposiciones, de manera de obtener una norma completa. La norma completa así obtenida es llamada, en italiano, «combinato disposto»⁷³.

que es reconocible incluso una coherencia de los fines (de la *ratio* de las normas). Ver G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 375 y ss.; G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965; G. Lazzaro, «Sistema giuridico», cit.; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002; P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., pp. 387 y ss.; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., pp. 100 y ss.

⁷¹ Cfr. por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 74.

⁷² Por ejemplo: se hace interpretación sistemática cuando se entiende el art. 1189 del Cód. civ. italiano (que además lleva en el título la expresión «acreedor aparente») en referencia no solo (híericalmente) al acreedor sino, a la luz del artículo 1188, en referencia a cualquier sujeto legitimado para recibir el pago. Tomo el ejemplo de L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, pp. 32 y s. En la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 274/2003, encontramos que una norma puede «conservar en el tiempo la formulación originaria y sin embargo consentir una distinta interpretación en razón del sucesivo cambio del contexto en el que ella se inscribe». Significativo el art. 41.1 de la *Loi d'interprétation* de Québec, que dispone: «Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui découle de l'ensemble et qui lui donne effet» (tengo noticia del mismo a partir de P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 390).

⁷³ Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 165 y ss.

Por ejemplo, la norma según la cual «Los sujetos que hayan cumplido dieciocho años y que hayan nacido de padres italianos tienen derecho de voto para la elección del la Cámara» nace de la combinación entre: el artículo 48, apartado 1, de la Constitución italiana («Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad»); la disposición que fija la mayoría de edad al cumplir dieciocho años (art. 2, apartado 1, del Cód. civ. italiano); las disposiciones que dictan reglas sobre ciudadanía (especialmente el art. 1, apartado 1, Ley italiana 91/1992); y el artículo 58, apartado 1, de la Constitución italiana, que restringe el electorado activo para el Senado a aquellos ciudadanos que hayan cumplido veinticinco años.

Otro ejemplo: la norma según la cual «El resarcimiento del daño no patrimonial es debido solo cuando el ilícito dañoso constituya delito» resulta de la combinación del artículo 2059, del Cód. civ. italiano («El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley») y del artículo 185, apartado 2, del Cód. penal italiano («Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable al resarcimiento [...]»).

Hay que decir que la combinación de disposiciones es una técnica interpretativa de alguna manera «obligada» siempre que: (a) una norma esté sujeta a excepciones dispuestas en otros enunciados normativos; (b) un enunciado normativo contenga un reenvío expreso a otros enunciados normativos; (c) el antecedente de una norma haga referencia no a «meros» hechos, sino a hechos calificados por otras normas, lo que equivale a un reenvío implícito.

(ii) *El argumento de la «sedes materiae»*. Un tipo muy común de interpretación sistemática es aquella que se apoya sobre el argumento llamado topográfico o de la «sedes materiae»⁷⁴. Se usa este argumento toda vez que se alega que cierta disposición debe ser entendida de un determinado modo (y no de otro) en virtud de su colocación en el discurso legislativo.

Por ejemplo: la colocación del artículo 88 de la Constitución italiana (disolución de las Cámaras) en el título segundo de la parte segunda de la constitución, dedicado al Presidente de la República (y no en el título sucesivo, dedicado al Gobierno), puede ser usado como argumento en favor de la tesis según la cual el poder de disolver es un poder estrictamente presidencial (y no gubernamental), por lo que la

⁷⁴ E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 311; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 156 y ss.

iniciativa para la disolución recae en el Presidente (y no en el Gobierno)⁷⁵.

O bien: en caso de conflicto entre derechos o principios constitucionales, el orden en que los derechos o principios son enunciados en el texto constitucional podría ser usado como argumento en favor de la prevalencia de uno (del enunciado primero) sobre el otro (como si el orden de enunciación correspondiese a un orden de valor).

O bien: la colocación del art. 73 del Estatuto albertino⁷⁶ («La interpretación de las leyes de manera obligatoria para todos, corresponde exclusivamente al poder legislativo») en la sección dedicada al poder judicial, y no en aquella dedicada a la potestad legislativa, constituía un argumento en favor de la tesis según la cual la disposición en cuestión no facultaba al legislador para interpretar auténticamente, sino que prohibía hacer interpretación auténtica al poder judicial⁷⁷.

(iii) *El argumento de la constancia terminológica*. Un argumento típico de la interpretación sistemática consiste en apelar a la presunción según la cual en el lenguaje legislativo existe «constancia terminológica».⁷⁸ Se trata de ese punto de vista según el cual: el legislador utiliza un término o sintagma siempre con el mismo significado (cuanto menos al interior de un mismo documento normativo)⁷⁹; y, reciprocamente, cuando el legislador utiliza términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos: no en el ámbito de un mismo documento normativo).

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que términos como «posesión» o «detención» conservan el mismo significado en las leyes civiles, en las penales y en las tributarias. Argumenta así, para dar otro ejemplo, quien sostiene que, en el texto constitucional, las expresiones «fuerza de ley» y «valor de ley» no son sinónimas, es decir, no tienen el mismo significado, sino que tienen significados distintos.

⁷⁵ De manera que: por un lado, la disolución no necesita una previa propuesta gubernamental; por otro lado, el Presidente del Consejo no puede negar el refrendo del decreto de disolución.

⁷⁶ Carta Fundamental del Reino de Italia sancionada en 1848 y que permaneció en vigor hasta 1947.

⁷⁷ Tomo el ejemplo de A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., pp. 86 y s.

⁷⁸ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 437; E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 310 y s.; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 158 y ss.

⁷⁹ Un buen ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 304/2002, en referencia al vocablo «publicación» contenido en el art. 123, apartados 2 y 3, de la Constitución italiana.

(iv) *El argumento de la inconstancia terminológica*. Es típica de la interpretación sistemática, sin embargo, también la presunción opuesta a la anterior⁸⁰: es decir, ese punto de vista según el cual toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del peculiar contexto en el que es colocada⁸¹. Por lo que no se puede dar por descontado que una misma expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto.⁸²

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que la expresión «gran empresa» asume significados diferentes en las distintas leyes que se refieren a las grandes empresas (en el ordenamiento italiano, Ley 675/1977 sobre reconversión y reestructuración industrial, Ley 787/1978 sobre saneamiento financiero de las empresas, Ley 95/1979 sobre administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, etc.).

(v) *Interpretación conforme*. Pertenece al género de la interpretación sistemática también la interpretación conforme. Pero esta merece una mención específica: hablaremos sobre ella en el próximo apartado.

En conclusión, la locución «interpretación sistemática» parece usarse para referirse a argumentos interpretativos variados e inconexos entre ellos, por lo que es difícil atribuir a esta un preciso significado. Para simplificar las cosas, conviene entonces restringir el concepto de interpretación sistemática a una técnica interpretativa específica, mediante una redefinición.

Llamaremos, por tanto, sistemática *en sentido estricto* a aquella interpretación que previene las antinomias o las incongruencias axiológicas en el ámbito de un único texto normativo⁸³. ¿De qué modo? Evitando extraer de una determinada disposición (supongamos el art. x de cierta ley) una norma que estaría lógica o axiológicamente en conflicto con otra norma, previamente o contextualmente extraída de otra disposición del mismo texto normativo (el artículo y de la misma ley).

⁸⁰ Ver, sin embargo, las observaciones de E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 396 y s., nota 14.

⁸¹ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 11: «La interpretación debe guiarse en relación con el contexto, con la consecuencia que la misma palabra puede tener que interpretarse de distinto modo en distintos textos de ley del mismo ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en una norma la palabra «familia» deberá interpretarse en referencia solo al cónyuge y a los hijos; en otro lugar comprenderá también a los padres y los hermanos; y en un ulterior contexto comprenderá también parientes más lejanos».

⁸² Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 141 y ss.

⁸³ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 388, habla en este sentido de «coherencia horizontal».

En otras palabras, se hace interpretación sistemática en sentido estricto cada vez que se excluye determinada atribución de significado que, si fuera admitida, haría un texto normativo (la constitución, una ley, un código, etc.) internamente *inconsistente* o *incoherente*.

Este modo de interpretar, es obvio, presupone que la voluntad del legislador es lógicamente consistente y axiológicamente coherente: que, en conclusión, el legislador no quiere contradecirse (por lo menos no en el ámbito de un único texto normativo).

Por ejemplo, el art. 95, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que los ministros son «responsables colegiadamente» de los actos del Consejo de ministros. La locución «responsabilidad colegiada», abstractamente considerada, podría ser entendida como referida (también) a la responsabilidad penal. Pero esta posible interpretación se excluye del contexto, ya que el art. 27, apartado 1, de la misma Constitución, establece expresamente que la responsabilidad penal puede ser solo personal.

O también (otro ejemplo): el art. 100, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que el Tribunal de Cuentas ejerce el «control preventivo de legitimidad sobre los actos de Gobierno». La locución «actos de Gobierno», entendida al pie de la letra, parece referirse a todos los actos gubernamentales (desde el momento que no excluye ninguno), incluidos los actos con fuerza de ley. Pero esta interpretación se excluye a partir de una doble consideración: por un lado, el control de «legitimidad» sobre los actos con fuerza de ley puede ser solo un control de constitucionalidad (los actos con fuerza de ley están subordinados a la constitución, no a las leyes); pero, por otro lado, el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley se confía (art. 134 Constitución italiana) al Tribunal Constitucional, por lo que no puede ser ejercido por el Tribunal de Cuentas⁸⁴.

10. LA INTERPRETACIÓN CONFORME

La interpretación conforme —una especie del género interpretación sistemática entendida en sentido lato⁸⁵— es aquella interpretación que

⁸⁴ Lo que, dicho sea de paso, supone una interpretación del art. 134 de la Constitución italiana («El Tribunal Constitucional decide...») tal que solo el Tribunal Constitucional es competente para decidir sobre controversias relativas a la inconstitucionalidad de (leyes y) actos con fuerza de ley.

⁸⁵ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 75 y 77, según el cual la regla de la interpretación conforme deriva «directamente de la estructura del ordenamiento vigente».

previene las antinomias y/o las incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos *distintos* y *jerárquicamente ordenados*,⁸⁶ evitando extraer de una determinada disposición (supongamos el art. x de cierta ley) una norma que estaría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición perteneciente a un texto normativo distinto y jerárquicamente *superior* (digamos el art. y de la constitución)⁸⁷.

En otras palabras, se hace interpretación conforme cada vez que se adapta —se adecua— el significado de una disposición al significado (previa o contextualmente establecido) de otras disposiciones de rango superior.

Pero obsérvese: la «superioridad» en cuestión puede ser, indiferentemente, (a) una superioridad material (como aquella que media entre constitución y ley), (b) una superioridad estructural (como aquella que media entre ley de delegación y decreto legislativo delegado),⁸⁸ o (c) una superioridad axiológica (como aquella que media entre los principios generales o fundamentales del ordenamiento o de una determinada materia y el resto de las normas)⁸⁹.

Sucede a menudo, por ejemplo, que una disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones alternativas, cada una de las cuales extrae, de esa única disposición, dos normas distintas —digamos N1 y N2— y que una de estas normas, supongamos N1, es conforme a la constitución (o conforme a un principio general), mientras la otra, N2, es incompatible con la constitución (o con un principio general). Pues bien, se hace interpretación conforme descartando la segunda interpretación (N2) y escogiendo la primera (N1).

⁸⁶ P.-A. Colé, *Interprétation des lois*, cit., p. 388, habla en este sentido de «coherencia vertical».

⁸⁷ R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 261: «Se podría decir que al interpretar una disposición de ley que resulte ambigua, pero entre cuyos posibles significados haya uno más conforme al texto constitucional, tal interpretación debe prevalecer sobre otras posibles». Es opinión generalmente compartida que no está consentido hacer interpretación conforme, por así decir, «a la inversa», es decir, interpretar la constitución en modo conforme a la ley (y en general usar una fuente inferior para atribuir significado a una fuente superior). Cfr. por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 75. A pesar de esto, una paradójica «adecuación» de la constitución a la ley (más precisamente al Código Civil italiano de 1942) se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 138/2010, sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸⁸ En rigor de verdad, se puede sostener que las disposiciones de la ley de delegación que expresan principios y criterios directivos (art. 76 de la Constitución italiana) son no estructuralmente, sino materialmente superiores al decreto legislativo delegado.

⁸⁹ De los distintos tipos de relaciones jerárquicas, a los que se alude en el texto, hemos hablado en un capítulo anterior.

Se encuentran ejemplos macroscópicos de interpretación conforme en todas las sentencias llamadas «interpretativas» del Tribunal Constitucional: tanto en las sentencias interpretativas estimatorias (el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición en cuanto tal y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones), como —aún más claramente— en las sentencias interpretativas desestimatorias (el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición, interpretándola de modo tal que sea conforme a la constitución)⁹⁰.

⁹⁰ La interpretación conforme, obviamente, surte el efecto de conservar la validez de documentos normativos que, sin embargo, son susceptibles de interpretaciones contrarias a la constitución, a condición de que aquellos admitan al menos una interpretación conforme a los principios constitucionales (Tribunal Constitucional italiano 152/1982, 292/1984). Sobre el tema ver las contribuciones de G. Amoroso, «L'interpretazione adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone di ermeneutica e tecnica di sindacato di costituzionalità, en *Foro Italiano*, 1995, y «Le pronunce di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale. Gli sviluppi nella più recente giurisprudenza», en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, II, *Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile, e processuale*, Torino, 1999. La interpretación conforme —al menos siempre que no esté de acuerdo con el sentido común de las palabras y/o con la intención del legislador— es fruto de una elección discrecional: altamente discutible, por otro lado, tanto bajo el aspecto de la legalidad, como bajo el de la oportunidad política. Para empezar, al interpretar la ley, los jueces no tienen otra obligación que la de atribuirle el sentido «que resulta evidente del significado propio de las palabras según la conexión entre éstas, y de la intención del legislador» (art. 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano). Por lo que la interpretación conforme, lejos de ser necesaria, está más bien justificada solo cuando esté de acuerdo con el significado común de las palabras o con la intención del legislador: lo que no siempre sucede (la presunción, sobre la que algunas veces se basa la interpretación conforme, que el legislador es respetuoso con la constitución y que no quiere violarla, no tiene ningún fundamento plausible). Sobre todo, cabe decir que, frente a una disposición legal que admita también siquiera una interpretación discordante con la constitución, el juez —lejos de tener la obligación de hacer una interpretación conforme— tiene más bien la obligación de presentar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esto es así por la simple razón que, evidentemente, no puede decirse que sea «manifestamente infundada» (art. 1 de la Ley constitucional italiana 1/1948; art. 23, apartado 2, de la Ley 87/1953) una cuestión de inconstitucionalidad sobre una disposición susceptible de expresar aunque sea una sola norma que contradiga la constitución. Bajo el aspecto de la oportunidad política, cabe también considerar que la interpretación conforme (especialmente si es llevada a cabo por los jueces comunes, pero también si es llevada a cabo por el Tribunal Constitucional a través de decisiones «interpretativas desestimatorias») no solo no es necesaria, sino que es también perjudicial para quien se tome en serio la legalidad constitucional. Tal técnica interpretativa, en efecto, no surte otro efecto que el de conservar con vida disposiciones legales que pueden expresar normas inconstitucionales, y cuya interpretación conforme a la constitución por parte de la generalidad de los jueces y (sobre todo) de la administración pública no puede decirse que esté asegurada. Las decisiones desestimatorias, en efecto, carecen de eficacia general, *erga omnes*: sus efectos se circunscriben al caso decidido. Esta, al menos, es la opinión dominante (de la que disiente A. Ruggeri, *Storia di un*

Pero se encuentran buenos ejemplos de interpretación conforme también en todas aquellas decisiones en las que uno u otro juez ordinario rechaza una excepción de inconstitucionalidad presentada a instancia de parte, alegando que la cuestión es manifestamente infundada ya que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la constitución⁹¹.

Sin embargo, aunque la interpretación de la ley conforme a la constitución es el ejemplo paradigmático de interpretación conforme, este tipo de interpretación tiene un radio de acción muy amplio. Se hace interpretación conforme cuando (ante la duda) se interpreta: una ley de manera conforme a (antes que en oposición a) un reglamento comunitario⁹²; un decreto legislativo delegado de modo conforme con la ley de delegación; una ley regional, en materia de legislación concurrente, en conformidad con las leyes estatales que expresan los

«falso». *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990).

⁹¹ En la jurisprudencia, la interpretación conforme es vivamente recomendada en presencia de jerarquías materiales (entre constitución y ley, entre ley y reglamento), pero también en presencia de jerarquías estructurales (entre ley de delegación y decreto delegado): «Entre las posibles interpretaciones de la norma el juez debe escoger la interpretación considerada conforme a la Constitución» (Tribunal Constitucional italiano 63/1989); «Entre dos posibles interpretaciones de una norma legislativa hay que escoger aquella más adecuada a la legitimidad de la norma» (Consejo de Estado italiano, sección V, 11.7.1975, n. 1024, en *Consiglio di Stato*, 1975, I, 903); «Las disposiciones contenidas en actos subordinados a las leyes deben ser interpretadas adecuando su sentido, en la medida de lo posible, a las normas legislativas vigentes. Ésta es la consecuencia tanto del axioma por el cual el ordenamiento normativo debe ser postulado, en sede interpretativa y aplicativa, como una totalidad unitaria, como del principio de conservación de los valores jurídicos, el que induce a asumir que una disposición no es declarada inconstitucional mientras sea posible dilucidar en ella un significado conforme a las leyes» (Tribunal Constitucional italiano 559/1998); «Toda vez que la norma de un decreto delegado dé lugar a dudas exegéticas, la prevalencia debe ser acordada a la interpretación conforme al precepto constitucional que exige la conformidad de la ley delegada con los criterios directivos de la ley de delegación» (Tribunal italiano de Casación 12.7.1984, n. 4092, en *Foro amministrativo*, 1984, 4093); «Las normas reglamentarias de ejecución deben ser interpretadas en estrecha conexión con las disposiciones legislativas para cuya ejecución están establecidas; por tanto, allí donde se perfila la posibilidad de una no unívoca interpretación de la norma reglamentaria, a ésta se le debe necesariamente atribuir el significado que no se oponga a la disposición legislativa de base» (Consejo de Estado italiano 2.3.1968, n. 207, en *Foro amministrativo*, 1968, I, 2, 1595). Es ya jurisprudencia constitucional consolidada que una cuestión de constitucionalidad incidental no es admisible si el juez *a quo* no ha preventivamente (e inútilmente) intentado hacer interpretación conforme de la disposición sospechosa. Cfr. por ejemplo F. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, pp. 106 y s.

⁹² Como recomienda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *Marleasing*, causa 106/89, 1990.

principios fundamentales de la materia de que se trate; un reglamento de ejecución de manera conforme con las disposiciones de rango legislativo a cuya ejecución aquel está destinado; etc.

Y también: se hace interpretación conforme cuando, ante la duda, se interpreta una disposición cualquiera en modo conforme a los principios generales o fundamentales que sostienen ese particular sector del derecho o del ordenamiento en su conjunto. Por ejemplo, se hace interpretación conforme cuando se entiende como no retroactiva una ley, que podría ser entendida como retroactiva, adecuándola de tal modo al principio general de irretroactividad (art. 11, apartado 1, disp. prel. del Cód. civ. italiano). Este modo de interpretar se basa en la tácita (y gratuita) asunción que el legislador es respetuoso de los principios generales del derecho y no quiere derrotarlos⁹³.

Evidentemente, las distintas formas de interpretación conforme responden al objetivo de evitar el surgimiento de antinomias —entre normas de distinto grado jerárquico (pero también entre normas particulares y principios generales)— y generalmente producen un efecto de «conservación de los documentos normativos»⁹⁴. Por esta razón, la interpretación conforme puede siempre ser —y habitualmente es— ulteriormente desarrollada apelando al (doble) dogma de la coherencia lógica y de la cohesión axiológica del ordenamiento.

11. EL ARGUMENTO DE LA RAZONABILIDAD

El argumento de la razonabilidad persigue el fin de descartar una determinada interpretación posible alegando que tal interpretación daría lugar a una norma absurda⁹⁵. Tal argumento consiste en apelar a la presunción que el legislador es un agente razonable (o racional). De lo que se sigue que el legislador no puede haber querido una norma absurda⁹⁶.

Un ejemplo. El art. 89, apartado 1, de la Constitución italiana —que exige que todo acto del Jefe de Estado sea refrendado por el «ministro proponente»— puede ser entendido (al pie de la letra) en el sentido que

⁹³ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 464.

⁹⁴ Es decir, que se conserva la validez de las disposiciones normativas que, si fueran interpretadas de otra manera, deberían ser declaradas inconstitucionales. Cfr. Tribunal Constitucional italiano 152/1982, 292/1984. Ver también P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 468.

⁹⁵ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 369 y s.

⁹⁶ Las variantes de este argumento son estudiadas en G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, cit., pp. 95 y ss.

el Jefe de Estado no puede realizar acto alguno si no es a propuesta de un ministro. Pero esta interpretación debe ser descartada, ya que sería absurdo que el Jefe de Estado no pudiese realizar acto alguno por iniciativa propia, es decir, sin propuesta ministerial.

Otro ejemplo. Los llamados decretos-ley (art. 77, apartado 2, de la Constitución italiana) son actos gubernamentales dotados de «fuerza de ley». Por lo que, en principio, aquello que el Parlamento podría hacer mediante ley puede ser hecho también por el Gobierno mediante decreto-ley (cuando circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia lo requieran). Sin embargo, sería absurdo considerar que, mediante decreto-ley, el Gobierno pudiese, por ejemplo, convertir un decreto-ley suyo anterior, o autorizarse *a sí mismo* para aprobar el presupuesto o, incluso, conferirse *a sí mismo* los poderes necesarios para hacer frente al estado de guerra. En todos estos (y en otros) casos, la ley es un instrumento a través del cual el Parlamento ejerce una función de dirección y control respecto del Gobierno. Pero dirigir y controlar son actos que presuponen dos órganos distintos: el órgano que dirige o controla y el órgano dirigido o controlado. Sería absurdo que un órgano se dirigiese y/o controlase a sí mismo.

No hace falta observar que la percepción de aquello que es absurdo y de aquello que es, en cambio, razonable, es algo totalmente subjetivo y por tanto siempre controvertido. En los pocos casos en los que una determinada interpretación se presenta como «obviamente» absurda, es decir, que es percibida como absurda por el conjunto de los intérpretes en un determinado contexto histórico (social, cultural, etc.), el argumento de la razonabilidad resulta completamente inútil, porque sirve solo para excluir una interpretación que nadie nunca imaginaría proponer.

Cuarta parte

A PROPÓSITO DE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL

I

¿ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Es una idea muy extendida en la doctrina que la interpretación de los textos constitucionales¹ es algo distinto de, e irreductible a, la «normal» interpretación de la ley y de las restantes fuentes del derecho².

¹ Con el vocablo «constitución» se denota habitualmente un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, además de, eventualmente, las relaciones (algunas relaciones fundamentales) entre Estado y ciudadanos: lo que algunas veces se llama «constitución en sentido material» (ver R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 153 ss.). Pero las normas en cuestión pueden ser tanto consuetudinarias (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido), como escritas y reunidas en un «código» constitucional (es el caso de la casi totalidad de los Estados contemporáneos). Por otra parte, casi todas las constituciones escritas contemporáneas, junto a las normas «materialmente» constitucionales sobre la organización de los poderes públicos, contienen además normas de otro tipo: sobre todo principios dirigidos a determinar el contenido de la legislación futura. Ahora bien, dado que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la constitución en cuestión no puede más que ser una constitución escrita: una constitución «formal», como a veces se dice. En efecto, la interpretación de una constitución escrita y la «interpretación» de una constitución consuetudinaria son cosas completamente heterogéneas. Cuando se trata de una constitución consuetudinaria, eso que llamamos «interpretación» consiste no en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Una costumbre, en última instancia, no es otra cosa que un comportamiento humano: un comportamiento «regular» o habitual. Interpretar la costumbre constitucional quiere decir encontrar normas de comportamiento regular de los órganos del Estado, es decir, conjeturar que los órganos en cuestión se comportan en un cierto modo no por casualidad, o simplemente por hábito, sino con la intención de seguir una norma, que consideran existente y vinculante. Recuérdese lo dicho en su momento (primera parte, cap. I) a propósito de interpretación de la costumbre.

² La existencia misma de una (vasta) literatura sobre la interpretación constitucional sugiere evidentemente que se encuentra muy extendida la idea que la interpretación de

La tesis de la especificidad de la interpretación constitucional puede, sin embargo, ser entendida de dos modos distintos: como tesis descriptiva o, en cambio, como tesis prescriptiva.³

(i) La tesis descriptiva es que la interpretación de los textos constitucionales es, *de hecho*, algo distinto de la interpretación de la ley: o porque (a) distintos son los intérpretes de la constitución, o porque (b) las constituciones presentan problemas interpretativos *sui generis*, o porque (c) las constituciones son normalmente interpretadas adoptando métodos hermenéuticos autónomos.

un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (de la ley, en particular): en general, se supone que la interpretación de la constitución exige métodos especiales, distintos de los normalmente utilizados en la interpretación de la ley. En la mayoría de los casos, por otra parte, esta idea aparece enunciada pero no argumentada. En la vastísima literatura se pueden ver, por ejemplo: M.V. Tushnet (ed.), *Constitutional Law*, Aldershot, 1992, parte II; J.H. Garvey, T. Alexander Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory. A Reader*, III ed., St. Paul (Minn.), 1994, cap. II; S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, 1996; J. Goldsworthy, T. Campbell (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002, III parte; E.W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, 2000, III parte, cap. 2; P. Häberle, *L'État constitutionnel*, Aix-en-Provence, 2004, p. 125 ss.; L. Prieto Sanchis, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991; J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997; J.J. Moreso, «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», en *Doxa*, 23, 2000; P.E. Navarro, A. Bouzat, L.M. Esandi (eds.), *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999; D. Mendonça, *Como hacer cosas con la constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999; F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003, parte III; D. Mendonça, R.A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, 2004; E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005; M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, p. 39 ss.; L. Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 146 y ss.; A. Pace, «Metodi interpretativi e costituzionalismo», en *Quaderni costituzionali*, 2001; A. Ruggeri, «Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale», en *Ars interpretandi*, 7, 2002; G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004; F. Mélin-Souceramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005; P. Brunet, «Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle», en C. Grewe, O. Jouanjan, É. Maudin, P. Wachsman (eds.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, 2005; G.U. Rescigno, «Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico», en *Diritto pubblico*, 2005, n. 1; G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.

³ Esta distinción es, incluso en su simplicidad, de gran importancia porque en la literatura sobre interpretación (casi) nadie distingue entre cuestiones de hecho, empíricas, y cuestiones normativas o de valor.

(ii) La tesis prescriptiva es que en la interpretación de los textos constitucionales *se deben* usar métodos o técnicas de interpretación distintos de los que se utilizan para la interpretación de la ley.

1. LA TESIS DESCRIPTIVA

Podemos suponer que, de hecho, la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de la ley respecto de tres aspectos distintos (no sabría imaginar otros):

- (a) los intérpretes (los agentes de la interpretación),
- (b) los problemas de interpretación,
- (c) los métodos interpretativos.

Puede ser, en otras palabras, que la constitución, a diferencia de las (otras) leyes, esté sujeta no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de agentes distintos. Puede ser que los textos constitucionales presenten problemas interpretativos distintos de los ordinarios, que nacen de la interpretación de las leyes. Puede ser, en fin, que en la interpretación de los documentos constitucionales se adopten comúnmente técnicas interpretativas específicas, distintas de las que se usan para la interpretación de las leyes.

A los intérpretes de la constitución y a algunos (supuestos) problemas característicos de interpretación constitucional se dedican dos de los próximos capítulos. Sin embargo, podemos ya anticipar dos simples conclusiones.

Primero: los intérpretes de la constitución no son necesariamente distintos de los intérpretes de la ley, es decir, en última instancia, de los jueces comunes. A veces lo son y a veces no: depende de algunas importantes variables que merece la pena examinar.

Segundo: la gran parte de los así llamados problemas de interpretación constitucional no son realmente problemas interpretativos — es decir, problemas de atribución de significado a disposiciones normativas — sino problemas dogmáticos, de «construcción jurídica» (y en algunos casos incluso filosófico-jurídicos)⁴. Resulta innegable que son problemas característicos (aunque no exclusivos) de la «interpretación constitucional», entendida en sentido lato, la concreción y la ponderación de principios⁵. Solo que ninguna de estas dos cosas son realmen-

⁴ Véase un buen ejemplo en R. Guastini, «Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.», en *Ragion pratica*, 29, 2007.

⁵ Nos hemos referido ya a este punto extensamente en un capítulo anterior.

te actividades interpretativas en sentido estricto, ya que una cosa es decidir el significado de una disposición de principio (interpretación propiamente dicha), otra cosa concretar el principio mismo y otra cosa aún distinta ponderarlo con otros principios: estas dos últimas operaciones pertenecen más bien al dominio de la construcción jurídica.

En cuanto a los métodos interpretativos, no se encontrará un capítulo dedicado a estos, ya que la tesis (descriptiva) de la especificidad de los métodos de interpretación de la constitución no está bien fundamentada y es simplemente falsa. De hecho, los juristas y los jueces (especialmente los jueces constitucionales) usan para la interpretación de los textos constitucionales, exactamente los mismos métodos que usan para interpretar las leyes⁶. Con la única excepción de la interpretación llamada conforme, la cual consiste en atribuir a un texto normativo un significado que está de acuerdo con el significado de una norma (material o axiológicamente) superior; la interpretación conforme no es practicable sobre el texto constitucional por la obvia razón que no hay normas (material o axiológicamente) superiores a las normas constitucionales.⁷

2. LA TESIS PRESCRIPTIVA

En verdad, casi todos los textos que, tan frecuentemente, se pueden encontrar sobre la especificidad de la interpretación constitucional, adoptan un discurso prescriptivo: a veces, inconscientemente prescriptivo⁸.

Muy a menudo tales textos se distinguen por su extrema oscuridad y vaguedad, y por ser totalmente inconcluyentes. Quien lee comprende bien que, según uno u otro autor, en la interpretación constitucional se deben usar métodos interpretativos peculiares y autónomos —por lo

⁶ Ver los abundantes ejemplos citados en R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 277 y ss.

⁷ Aunque no faltan en la jurisprudencia y en la doctrina torpes tentativas de interpretación conforme... «al revés»: es decir, tentativas no de adecuar el significado de las leyes al significado (previamente decidido) de la constitución, sino, al revés, de interpretar la constitución a la luz de la (de una u otra) ley, es decir, de adecuar el significado de la constitución al significado (previamente decidido) de la ley. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional italiano 138/2010 en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸ No es infrecuente que los juristas —extraña forma de analfabetismo lógico— se revelen simplemente incapaces de distinguir entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo. Ocasionalmente, se encuentra alguno que muestra conocer la distinción, pero sorprendentemente niega su relevancia.

general distintos del método «literab», generalmente despreciado—pero por lo general no comprende en absoluto en qué consisten tales métodos⁹.

La especificidad metodológica de la interpretación constitucional es a menudo argumentada, en sede prescriptiva, con una u otra de las siguientes tesis.

(a) Los textos constitucionales —dicen algunos— son distintos de cualquier otro texto jurídico porque no se limitan a formular «reglas», sino que proclaman «valores», establecen «principios», diseñan programas políticos para los legisladores y los gobernantes. Todo lo cual quiere decir que los textos constitucionales son doblemente peculiares: peculiares por el contenido (principios y valores, antes que reglas) y peculiares también por su formulación (ya que, se sabe, las disposiciones de principio y programáticas se ven afectadas por una grave forma de indeterminación)¹⁰.

(b) Los textos constitucionales —dicen otros— son distintos de cualquier otro texto normativo por su objeto: las normas constitucionales regulan en última instancia «relaciones políticas»: entre órganos del Estado, entre Estado y ciudadanos, indirectamente entre los partidos¹¹. Ahora bien, las relaciones políticas son materia fluida y cambiante, por lo tanto la interpretación de la constitución exige un método capaz de

⁹ Ejemplo paradigmático: la interpretación llamada «valorativa», defendida, entre otros, por A. Baldassarre, del cual ver «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, 1991; además de «L'interpretazione della costituzione», en A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001. Pero ver también F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit.

¹⁰ Obsérvese, de paso, que no todas las constituciones contienen disposiciones de principio y/o enuncian valores (hay constituciones que se limitan a dar «forma» al Estado, regulando simplemente la formación, las competencias y las recíprocas relaciones entre los supremos órganos constitucionales). Por otra parte, expresar valores, principios y programas políticos no es una exclusividad de los textos constitucionales. Principios y valores, en otras palabras, pueden también ser formulados por leyes «ordinarias», como sucede a menudo. En la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, muchos principios generales y valores fundamentales del ordenamiento jurídico están depositados en los códigos civiles (piénsese en el principio de la autonomía contractual) o también en los penales (piénsese en el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»). En el ordenamiento italiano, no es infrecuente que un documento legislativo comience con la enunciacón de los principios que lo inspiran. Además, según el pensamiento jurídico ordinario, toda ley (si no incluso toda disposición legislativa) expresa o presupone una *ratio*, es decir, precisamente un principio, un valor, un fin a perseguir.

¹¹ Ver, por ejemplo, F. Picrandrei, «L'interpretazione delle norme costituzionali», en F. Pierandrei, *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, 1965.

adaptar incesantemente el contenido normativo del texto al cambio de las relaciones reguladas¹².

(c) Hay incluso otros que sostienen que los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, están hechos para durar mucho tiempo: están dirigidos a dotar de una organización estable a los poderes públicos, como así también a las relaciones entre Estado y ciudadanos¹³. Además, dichos textos son difíciles de enmendar o sustituir. Por lo tanto, deben ser interpretados de manera que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, incluso en ausencia de revisiones constitucionales.¹⁴

Dejo al lector que juzgue sobre la plausibilidad y el peso de estos argumentos. Aquí importa destacar que, en resumidas cuentas, la disputa en torno a los métodos de la interpretación constitucional parece reducirse a dos oposiciones principales:

¹² También aquí obsérvese, de paso: (a) la regulación de las relaciones políticas evidentemente no es una exclusividad de las normas constitucionales (baste pensar en el relieve político de las leyes electorales); (b) no todas las normas constitucionales regulan relaciones políticas y solo relaciones políticas; (c) la variabilidad es un rasgo común de las relaciones políticas, de las relaciones sociales, de las relaciones económicas, de las relaciones familiares, de las relaciones personales, etc. Como quiera que sea, la tesis prescriptiva a la que se ha hecho referencia en el texto se presta a un fácil contraargumento: incluso admitiendo que las relaciones políticas cambien y exijan por tanto una regulación siempre nueva, los intérpretes no tienen ellos— el derecho de cambiar el contenido de la constitución por vía interpretativa: la adaptación de la constitución a la realidad (política, social, etc.) es tarea de la reforma constitucional, no de la interpretación.

¹³ Por ejemplo A. Barak, «Constitutional Interpretation», en F. Mcln-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, cit. También a este punto de vista se puede objetar que los intérpretes no tienen la facultad de adaptar la constitución vigente al cambio social en ausencia de revisiones constitucionales.

¹⁴ Se comprende que un argumento de este tipo haya sido propuesto especialmente por la doctrina americana: la constitución federal de los Estados Unidos se remonta a 1787, el *Bill of Rights* a 1791, y no obstante esto son textos aún vigentes. Pero la historia constitucional (por ejemplo) francesa muestra que una constitución no debe necesariamente permanecer en vigor durante siglos. Por otra parte, no todas las constituciones son difíciles de enmendar: existen constituciones flexibles (casi todas las constituciones del siglo diecinueve eran consideradas como tales); e incluso las constituciones rígidas no todas son rígidas en el mismo grado (la rigidez es un concepto cuantitativo: en definitiva, es cuestión de grado). Agréguese a esto que no es verdad que toda ley tenga un carácter provisorio, evanescente: no es este el caso, por ejemplo, de muchos códigos civiles (comenzando, evidentemente, por el *Code Napoléon*, 1804, todavía vigente), que a veces están destinados a durar bastante más tiempo que una constitución. El propio código civil italiano vigente se remonta a 1942, mientras que la constitución de la República entró en vigor el primero de enero de 1948. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

(i) Por un lado, la oposición entre una doctrina «literalista» y una doctrina «intencionalista»¹⁵;

(ii) Por otro lado, la oposición entre una doctrina «estática» y una doctrina «dinámica»¹⁶.

Cada una de las doctrinas mencionadas, claro está, conoce no pocas variantes. Pero el punto interesante, aquí, es que se trata exactamente de las mismas doctrinas que desde siempre, en la historia de la cultura jurídica, se disputan el campo en materia de interpretación *de la ley*.

Como tales, dichas doctrinas no necesitan un tratamiento independiente. Nos referiremos brevemente a esta cuestión en un próximo capítulo dedicado a las controversias doctrinales en materia de interpretación¹⁷.

¹⁵ Cfr. por ejemplo B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, II ed., London, 1999, cap. XIV.

¹⁶ J. Wróblewski, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», en *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972 (número monográfico: *L'interprétation dans le droit*); J. Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Juridica, 32, 1987.

¹⁷ Pero ya la hemos mencionado en un capítulo anterior dedicado al producto de la interpretación.

II

LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

¿Quiénes son los intérpretes de la constitución? Obviamente, cualquiera puede interpretar cualquier texto normativo y, por tanto, también una constitución: un juez, un jurista, un abogado, un simple ciudadano, etc. Pero cuando nos preguntamos sobre los intérpretes de la constitución, se quieren identificar sus intérpretes, por así decir, «privilegiados»: esos sujetos cuya interpretación es «auténtica» en el sentido kelseniano¹, es decir, establece «cuál es el derecho», produce efectos jurídicos².

Ahora bien, en general, los intérpretes «auténticos» de todo texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo: especialmente aquellos competentes para aplicarlo en última instancia, aquellos, es decir, cuyas decisiones interpretativas no pueden ser contradichas o revocadas por quienquiera que sea.

Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y, en última instancia, por los jueces (civiles, penales, adminis-

¹ Kelsen usa la expresión «interpretación auténtica» de manera distinta al uso común: llama «auténtica» (no solo a la interpretación realizada por el propio legislador mediante ley posterior, sino además) a la interpretación realizada por los órganos de aplicación, para señalar el hecho que —de manera no distinta a como hace el legislador (cuando dicta una ley interpretativa), pero a diferencia de la ciencia jurídica— los órganos de aplicación, interpretando, *crean normas* (individuales) y, por tanto, en un cierto sentido, crean derecho nuevo. Ver H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, cap. VIII.

² Es lo que O. Pfersmann, «La notion moderne de constitution», en L. Favoreu (ed.), *Droit constitutionnel*, III ed., Paris, 2000, pp. 113 y ss., llama «interpretación orgánica».

trativos, etc.): en particular, por los jueces supremos (en una u otra jurisdicción). Pues bien ¿se puede decir lo mismo de la constitución? La respuesta es que depende de distintas variables: la estructura de la constitución, la garantía jurisdiccional de la constitución y la concepción política de la constitución³.

2. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN

La primera variable es el contenido de la constitución. Debemos distinguir entre:

(a) las constituciones que se limitan a diseñar la «forma de Estado», es decir, a regular la organización de los poderes estatales (su formación, sus competencias, sus relaciones recíprocas, etc.) y

(b) las constituciones que, además, contienen disposiciones «sustanciales»: una declaración de derechos y/o disposiciones teleológicas, que formulan «principios» y programas políticos.

Ahora bien, evidentemente una constitución «breve», que contiene solo normas de organización, no es susceptible de aplicación jurisdiccional. Las normas en cuestión no regulan en modo alguno las relaciones sociales (llamadas «horizontales») entre los ciudadanos, ni tampoco las relaciones (llamadas «verticales») entre ciudadanos y Estado. Se dirigen exclusivamente a los órganos constitucionales supremos (el parlamento, el gobierno, el jefe de Estado, etc.): los únicos competentes para aplicar — y por tanto para interpretar «auténticamente» — la constitución.

Solo una constitución «larga», que contenga también normas «sustanciales», puede, en ciertas circunstancias, ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. Pero ¿por qué órganos y en qué circunstancias exactamente? Esto nos conduce a la segunda variable.

³ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 271 y ss.; R. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, 2008. Otras peculiaridades de la interpretación constitucional desde el punto de vista de los intérpretes son analizadas por M. Troper, «L'interprétation constitutionnelle», en F. Mélin-Soucremanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005; M. Troper, «Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes», en O. Pfersmann, G. Timsit (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, 2001.

3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

La segunda variable se refiere a la garantía jurisdiccional de la constitución y sus modalidades de organización. Ante todo, debemos distinguir entre:

(i) las constituciones —flexibles o rígidas, poco importa— que no prevén control jurisdiccional alguno de constitucionalidad de las leyes (como, por ejemplo, en Italia el Estatuto albertino, 1848, la constitución francesa de la Tercera República, 1875, o la constitución de los Estados Unidos, 1787, antes de la decisión del Tribunal Supremo en *Murphy*, 1803), y

(ii) las constituciones —necesariamente rígidas— que prevén tal control, como es el caso de casi todas las constituciones contemporáneas⁴.

Por otra parte, en el seno de las constituciones del segundo tipo (garantizadas), debemos distinguir aún entre:

(a) las constituciones que organizan el control de las leyes de forma «difusa» —todo juez está autorizado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes en ocasión de cualquier controversia en la que sea competente— como en los Estados Unidos, y

(b) las constituciones que organizan el control de forma «concentrada» —el poder de juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes está reservado a un órgano especializado: un tribunal constitucional— como en la mayor parte de los países europeos⁵.

Una constitución (sea flexible o rígida) que no prevea ninguna garantía jurisdiccional de la conformidad de las leyes a la constitución,

⁴ Rigidez constitucional y garantía jurisdiccional de la constitución no necesariamente van juntas. La rigidez es condición necesaria de garantía (no puede ser garantizada una constitución flexible), pero no suficiente (una constitución rígida no resulta, solo por esto, garantizada).

⁵ E incluso: en el seno de las constituciones que organizan el control de forma concentrada, tendremos que distinguir ulteriormente entre: (b1) las constituciones que prevén un control *a posteriori*, que se ejerce sobre leyes ya en vigor, como sucede en la mayor parte de los países europeos; y (b2) las constituciones que, como la constitución francesa (antes de la reforma del 2008, sobre la cual ver por ejemplo P. Costanzo, *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, 2009, p. 467 ss.), prevén un control *a priori*, que se ejerce sobre textos no promulgados todavía. Esta distinción es muy importante desde el punto de vista de la eficacia del control, pero no parece tener relación alguna con el punto que nos interesa en este momento (es decir, la identificación de los intérpretes «auténticos» de la constitución).

evidentemente, no está sujeta a ninguna aplicación jurisdiccional. Poco importa su contenido: aunque incluya una declaración de derechos además de normas de principio y/o programáticas, la aplicación de la entera constitución es competencia exclusiva de los órganos constitucionales supremos, por tanto de órganos políticos. Su interpretación de la constitución⁶ es «auténtica», siempre en sentido kelseniano, ya que no puede ser contestada o contradicha por nadie.

Por el contrario, cuando la constitución es garantizada, hay que distinguir entre dos conjuntos de normas: las normas «formales» sobre la organización de los poderes públicos y las normas «sustanciales» sobre los derechos.

En general, las normas de organización no pueden ser aplicadas si no es por los órganos constitucionales supremos.

No obstante, en algunas constituciones (en Italia y en Alemania, por ejemplo), el tribunal constitucional es competente para juzgar —además de la constitucionalidad de las leyes— también sobre los «conflictos» entre los poderes del Estado, por ejemplo entre el parlamento y el gobierno, entre el gobierno y el jefe de Estado, entre el parlamento y una autoridad jurisdiccional, etc. En estas condiciones, también las normas de organización son susceptibles de aplicación jurisdiccional: no por parte de cualquier juez, sin embargo, sino solo por parte del juez constitucional.

En lo que se refiere a las normas sustanciales, que confieren derechos subjetivos y/o establecen principios generales, hay que distinguir ulteriormente.

Si el control de las leyes es concentrado, entonces solo el tribunal constitucional es intérprete «auténtico» de última instancia de las normas constitucionales en cuestión.

Claro está, tales normas son interpretadas (aunque solo sea tácitamente) también por el legislador en el momento en que aprueba una ley⁷, pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y de revocar la interpretación del legislador, declarando la inconstitucionalidad de dicha ley. La interpretación del tribunal constitucional, a su vez, no puede ser revocada por nadie. Una reforma constitucional puede, claro, revocar su decisión de inconstitucionalidad⁸, pero no su

⁶ O, mejor dicho, la interpretación de la constitución que resulta de la interacción «política» entre estos órganos (cfr. M. Troper, «L'interprétation constitutionnelle», cit.).

⁷ Se supone que el legislador no quiere violar la constitución y que la viola, cuando la viola, de manera no intencional.

⁸ Dando calidad («fuerza») constitucional —mediante el procedimiento de reforma— a la norma de ley considerada inconstitucional por el tribunal constitucional.

interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional consiste, precisamente, en cambiar no ya la interpretación de la constitución, sino su texto⁹.

Si, por el contrario, el control sobre las leyes es difuso, entonces, en principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión.

A pesar de esto, siempre que el control difuso se combine con el principio de *common law* del precedente vinculante «vertical»¹⁰, como sucede (por ejemplo) en los Estados Unidos, el tribunal supremo dispone prácticamente del mismo poder que un tribunal constitucional. En efecto, incluso si, en principio, una decisión suya de inconstitucionalidad produce solo efectos *inter partes*, válidos solo para la controversia específica en la que es pronunciada, su interpretación de la constitución es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que estarán por tanto obligados a considerar también ellos inconstitucional la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema.

4. LA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La tercera variable es el modo de concebir la función política de la constitución existente en la cultura jurídica¹¹. Hay que distinguir, en particular, entre:

(a) la concepción (clásica), sugerida en el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789)¹², según la cual la función de toda constitución es la organización, la distribución y —en última instancia— la limitación del poder político, con el fin de proteger la libertad de los ciudadanos; y

(b) la concepción (moderna, más bien contemporánea) según la cual la función de la constitución es organizar la sociedad civil (y no

⁹ Incluso la reforma constitucional, sin embargo, no siempre logra revertir las decisiones del tribunal constitucional: sucede de hecho (en Italia y en India, por ejemplo) que el tribunal constitucional se considera competente para juzgar, paradójicamente, la constitucionalidad de las propias leyes de reforma constitucional (aludo a la doctrina de los principios constitucionales «supremos» absolutamente inmodificables: Tribunal Constitucional italiano 1146/1998). Una crítica a los fundamentos teóricos de este tipo de jurisprudencia se puede ver en M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001, cap. XIII.

¹⁰ Sobre esto hemos hablado en un capítulo anterior.

¹¹ Ver M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

¹² «Una sociedad en la que no estén garantizados los derechos y no se lleve a cabo la separación de poderes, no tiene una constitución».

solo los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no solo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos).

Ahora bien, la concepción clásica (liberal) de la constitución como límite al poder político implica la idea que las normas constitucionales se dirigen solo a los órganos del Estado, que precisamente ejercen funciones políticas. Tal concepción implica, además, la idea que las normas constitucionales «sustanciales» regulan solo las relaciones «verticales» entre Estado y ciudadanos, y no así las relaciones «horizontales» entre los ciudadanos. Esta concepción, en otras palabras, excluye en principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces para resolver controversias entre ciudadanos privados.

Por el contrario, la concepción que he llamado «moderna» —la idea, por así decir, que la constitución contiene un proyecto detallado de «sociedad justa»¹³— favorece evidentemente la aplicación directa de la constitución por parte de cualquier juez en cualquier controversia (la *Drittwirkung* de la doctrina alemana). Por ejemplo, la constitución proclama el «derecho inviolable a la salud»; el juez civil acepta una demanda por daños en relación con un «daño biológico» o incluso «existencial», aunque tal cosa no esté expresamente prevista (o esté incluso implícitamente excluida) en el código civil¹⁴. Una concepción de este tipo se encuentra actualmente muy extendida en el pensamiento jurídico occidental: la misma parece justificada por el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo posteriores a la segunda guerra mundial, que —junto a las normas sobre la organización política del Estado— incluyen, precisamente, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples «concreciones»¹⁵.

¹³ G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

¹⁴ Hago alusión a la jurisprudencia italiana en materia de responsabilidad aquiliana por los daños llamados «biológicos» y «existenciales». Un examen analítico de esta jurisprudencia se puede ver en E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, cap. VII.

¹⁵ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, III ed., Madrid, 1985; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, II ed., Paris, 1998; F.J. Laporta, «Filosofía del derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar», en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003.

5. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO VIGENTE

En el ordenamiento italiano vigente, la aplicación de la constitución por parte de los jueces comunes —si entendemos la expresión «aplicación de la constitución» en un sentido convenientemente amplio— asume no menos de cinco formas distintas.

(i) En primer lugar, todo juez aplica la constitución siempre que —por iniciativa propia y no a instancia de parte— presenta ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (art. 23, apartado 3, de la ley 87/1953).

(ii) En segundo lugar, todo juez aplica la constitución cuando es llamado a juzgar una cuestión de inconstitucionalidad presentada a instancia de parte (art. 23, apartado 2, de la ley 87/1953), ya que la cuestión puede ser sometida al Tribunal Constitucional solo si no es «manifiestamente infundada», y es obvio que una valoración tal exige la interpretación y el uso de la constitución.

(iii) En tercer lugar, todo juez aplica la constitución cuando —cosa por otra parte bastante rara— declara la inconstitucionalidad de un reglamento del ejecutivo (ya que el control de constitucionalidad sobre los reglamentos se confía, precisamente, a los jueces comunes)¹⁶.

(iv) En cuarto lugar, todo juez aplica, en un cierto modo, la constitución siempre que practica una interpretación conforme de la ley, es decir, atribuye a la ley un significado conforme a la constitución¹⁷. En el sentido que, frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones en conflicto, una conforme a la constitución, la otra no conforme a la misma, escoge la primera.

(v) En quinto lugar, los jueces aplican directamente la constitución cuando usan sin más una norma constitucional —y no una norma de rango legislativo— para decidir una controversia que ha sido sometida a su jurisdicción.

¹⁶ Cfr. Tribunal Constitucional italiano 484/1993 e 436/1997.

¹⁷ Lo que presupone, obviamente, una previa interpretación del texto constitucional.

III

¿CUESTIONES DE «INTERPRETACIÓN» CONSTITUCIONAL?

Es una idea muy extendida —se ha señalado— que los textos constitucionales presentan problemas de interpretación distintos de, e irreductibles a, los «comunes» problemas de interpretación de las leyes. ¿Pero de verdad se trata de genuinos problemas interpretativos? Hay razones para la duda.

Tenemos que recordar que una cosa es interpretar en sentido estricto, es decir, adscribir significado a un texto normativo («T significa S»), y otra cosa es elaborar teorías o doctrinas generales destinadas a orientar la interpretación e, incluso más, a proporcionar argumentos para la construcción de normas implícitas.

En lo que sigue, examinamos, a título de ejemplo, algunos clásicos problemas de «interpretación» constitucional. Resultará claro, creo, que todos los problemas mencionados son verdaderamente problemas dogmáticos —problemas de «construcción»— y no problemas de interpretación en sentido estricto.

1. ¿LÍMITES CONCEPTUALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

¿Hay límites conceptuales a la reforma constitucional?

¹ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, II ed., Padova, 1970, pp. 100 y ss. Aquí y en lo que sigue se habla, por cierto, de límites «sustantivos» o «materiales» (que se refieren, es decir, al contenido normativo de la reforma), no de límites «formales» (que se refieren, es decir, al procedimiento de reforma).

El poder de reforma constitucional es — como todo poder constituido — un poder limitado, circunscrito, por las normas que lo regulan. Entre los distintos límites que pueden circunscribir la reforma constitucional bajo el perfil material o sustancial se pueden distinguir los siguientes².

(i) Llamaremos límites *explicitos* (o textuales) a aquellos expresamente establecidos por el mismo documento constitucional interpretado al pie de la letra. Por ejemplo, en la Constitución italiana (art. 139) y en la francesa (art. 89, último apartado), constituye un límite explícito a la reforma la prohibición de cambiar la «forma republicana» de Estado (la forma republicana y solo ella).

(ii) Llamaremos límites *implícitos* —en el sentido de no formulados— a todos los demás.

Por lo demás, en el seno de los límites implícitos se puede distinguir ulteriormente:

(a) Llamaremos límites *implícitos* —en sentido estricto— a aquellos que se deducen del texto constitucional mediante otras —más controvertidas— técnicas de interpretación textual (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica y demás).

Por ejemplo, en la doctrina italiana, algunos observan —alegando como prueba el artículo 1, apartado 1, de la Constitución italiana («Italia es una República democrática») — que en el ordenamiento italiano república y democracia forman una hondíadís indisoluble. Otros extienden la noción de «república» hasta incluir el principio de la soberanía popular (expresamente establecido en el artículo 1, apartado 2, de la Constitución italiana). En ambos casos, la conclusión es que la prohibición de reforma de la forma republicana implica además la prohibición de reforma de la forma democrática.

(b) Llamaremos límites *conceptuales* —y por tanto necesarios, no contingentes— a aquellos que no pueden deducirse del texto constitucional mediante las acostumbradas técnicas de interpretación y/o integración, sino que derivan del concepto mismo de constitución y/o de reforma constitucional y, por tanto, están presentes en *cualquier* constitución (de manera completamente independiente de su interpretación textual, de manera completamente independiente de su contenido normativo).

² R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 370 y ss.

Los límites «conceptuales» no hay que confundirlos, por tanto, con los límites «implícitos» de la reforma.

Un límite implícito es una norma no formulada, que puede —si puede— ser extraída de un determinado texto constitucional con los acostumbrados argumentos que se usan en sede de interpretación (o mejor: de integración) del derecho cada vez que se construyen, precisamente, normas «implícitas»: normas no expresamente formuladas en disposición alguna. La cuestión de si hay límites implícitos a la reforma constitucional es por tanto un «común» problema de interpretación de un documento constitucional determinado: tal cuestión no admite una respuesta de orden teórico-general o más allá del ordenamiento, que valga para cualquier constitución. Los límites implícitos, en otras palabras, son contingentes (no necesarios): propios de una determinada constitución y no necesariamente de todas.

Por el contrario, los límites «conceptuales» de la reforma, precisamente en virtud de su naturaleza conceptual, son *necesarios* (no contingentes) —intrínsecos a *cualquier* constitución— y, por eso mismo, obviamente «absolutos», insuperables.

En general, los límites conceptuales derivan —se supone— del concepto mismo de reforma constitucional y/o del concepto mismo de constitución. Con la condición, naturalmente, que los conceptos en cuestión sean oportunamente modelados, ya que cada concepto implica lógicamente nada más y nada menos que aquello que se le ha «puesto dentro» al definirlo (tal vez tácitamente, como sucede con frecuencia).

(1) La existencia de límites conceptuales a la reforma puede ser argumentada distinguiendo entre *reforma* de la constitución existente e *instauración* de una nueva constitución³.

El concepto de reforma constitucional supone que el texto constitucional, incluso enmendado, conserva sin embargo su identidad (como un hombre no pierde su identidad cuando se le amputa o se le trasplanta un miembro, así la constitución no pierde su identidad cuando es sometida a reforma). Por el contrario, el concepto de instauración constitucional supone que la constitución preexistente ha sido sustituida y que, por tanto, la constitución vigente cambia identidad.

En síntesis, la reforma constitucional no puede alterar la identidad de la constitución, sin que al hacerlo se transforme en algo distinto: la

³ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, II ed., cit., pp. 103 y s. En la literatura más reciente: A. Pace, «L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale», en AA.VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2000.

instauración de una nueva constitución. Por tanto, hay que aclarar cuál es el criterio de identidad de la constitución.

Pues bien, según este punto de vista, el criterio de identidad de una constitución —el «espíritu de la constitución», por así decir— viene dado por el conjunto de los principios fundamentales (más bien «supremos», como se suele decir) que la caracterizan y la distinguen de otras constituciones. Por lo tanto, constituye simple reforma constitucional toda mutación de la constitución que, sin embargo, *no* altera sus principios fundamentales. Mientras que constituye genuina instauración constitucional todo cambio de la constitución que arrasa o altera los principios fundamentales. Por tanto, por definición, la reforma constitucional en ningún caso puede forzarse hasta modificar los principios fundamentales de la constitución existente. Una llamada «reforma» que modificase los principios fundamentales sería una instauración enmascarada de un nuevo ordenamiento constitucional.

Por otro lado, una cosa es el poder constituyente, otra cosa es el poder de reforma constitucional. El poder constituyente es un poder originario, *extra ordinem*, mientras el poder de reforma es un poder constituido, derivado. En ningún caso puede un poder constituido sustituir al poder constituyente. Un poder de reforma que llegase a instaurar una nueva constitución se convertiría en genuino poder constituyente. La reforma constitucional —por definición— no puede, por tanto, forzarse de manera tal que llegue a sustituir la constitución existente, alterando sus connotaciones esenciales⁴.

⁴ Parece ser esta la doctrina que subyace en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano (sentencia 1146/1988), según la cual «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (art. 139 de la Constitución italiana), como los principios que, aunque no sean expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana [...] No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de otras leyes constitucionales también en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, por otra parte, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más alto valor». No escapará al lector que ninguna de las tesis sostenidas por el Tribunal (la existencia de límites no explícitos a la reforma, la intangibilidad absoluta del art. 139, la posición axiológicamente más importante de los principios supremos respecto del resto de normas constitucionales) es argumentada.

(2) A este punto de vista se le pueden hacer al menos dos objeciones distintas.

(i) El primer argumento es elemental. La idea misma de un límite «conceptual» a la reforma de la constitución —y, por otra parte, a cualquier otro acto jurídico— carece de sentido⁵. La reforma constitucional no puede estar sujeta más que a límites *jurídicos*, no conceptuales. Pero un límite jurídico puede solo derivar de una norma de derecho positivo que lo establezca. Si no hay una norma tal, el límite jurídico simplemente no existe.

(ii) El segundo argumento es más complejo. El «espíritu de la constitución» (al que sugestivamente alude el art. 112, apartado 1, de la Constitución noruega de 1814, para declararlo intangible) es algo completamente evanescente. Una constitución, después de todo, no es otra cosa que un conjunto de normas. Que, de estas normas, algunas sean «características» o tengan el valor de principios fundamentales es fruto de un opinable juicio de valor. Pero si dejamos de lado las valoraciones, todo conjunto puede ser definido extensionalmente⁶, es decir, por la simple enumeración de los elementos que lo componen⁷.

Ahora bien, hay tres tipos posibles de reforma de la constitución, como, por otra parte, de cualquier otro texto normativo: (a) la introducción de una nueva norma; (b) la supresión de una norma preexistente; (c) la sustitución de una norma preexistente (es decir, la supresión de una vieja norma, combinada con la introducción de una norma nueva)⁸. Pero cualquier reforma —sea esta agregativa, supresora o sustitutiva— comporta siempre, desde el punto de vista extensional, la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de un conjunto da lugar a un conjunto extensionalmente *distinto*: distinto porque distintos son los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda reforma constitucional —aunque sea «marginal» desde un punto de vista axiológico —produce una constitución «nueva». Por lo tanto, reforma constitucional e instaura-

⁵ La lógica, por ejemplo, prohíbe las contradicciones. ¿Pero quién podría prohibir al legislador que se contradiga?

⁶ Una definición extensional consiste en enumerar todos los elementos de un conjunto (o, eventualmente, en enumerar algunos agregando la fórmula «etc.»). Es en cambio intensional una definición que determina las condiciones necesarias y suficientes de pertenencia de una entidad individual a un conjunto.

⁷ E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 79.

⁸ E. Bulygin, «La paradoja de la reforma constitucional», en A. Squella, R. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, vol. I., Valparaíso, 1984 (vol. monográfico de la *Revista de ciencias sociales*, 25/I, 1984), pp. 332 y s.

ción constitucional son —desde un punto de vista *wertfrei*, avalorativo— simplemente, indistinguibles.

Con esto no se quiere decir que sean indistinguibles el poder constituyente y el poder de reforma constitucional. Se quiere decir que la distinción entre esto y aquello hay que buscarla en los modos —en las formas— de ejercicio del poder, no en el contenido de las normas respectivamente producidas.

Es poder de reforma constitucional aquel que se ejerce en las formas previstas por la constitución. Es poder constituyente aquel que se ejerce *extra ordinem*, es decir, de forma ilegítima⁹. De manera que cualquier mutación *ilegítima* de la constitución —aunque sea marginal— constituye un ejercicio del poder constituyente. Y, simétricamente, cualquier mutación *legítima* de la constitución —aunque incida profundamente sobre la constitución existente— constituye, en cualquier caso, un ejercicio del poder de reforma¹⁰.

Como quiera que sea, debería quedar claro que el problema que aquí se discute no es en absoluto un problema de «interpretación» constitucional, sino que es más bien un problema de *teoría* constitucional, es decir, un problema dogmático. Como es evidente, no está en discusión el significado que ha de atribuirse a un texto cualquiera, por la simple razón que no se está hablando de un texto constitucional determinado, sino de las constituciones en general: aquí están en discusión los conceptos dogmáticos de constitución y de reforma constitucional.

2. LA REFORMA DE LA NORMA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA

¿Puede el procedimiento de reforma constitucional ser usado para modificar precisamente esa norma que lo regula?¹¹

⁹ A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, pp. 97 y ss.p

¹⁰ R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, p. 19 ss.

¹¹ A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 78 ss.; A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, editado por A. Febbrajo y R. Guastini, Bologna, 1982, p. 205 ss.; H.L.A. Hart, «Self-Referring Laws», en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 170 y ss.; N. Hoerster, «On Alf Ross' Alleged Puzzle in Constitutional Law», en *Mind*, 1972; J. Raz, «Professor A. Ross and some Legal Puzzles», en *Mind*, 1972; R.A. Guibourg, «La autoreferencia normativa y la continuidad constitucional», en E. Bulgin, M.D. Farrell, C.S. Nino, E.A. Rabosi (eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, 1983; E. Bulgin, «La paradoja de la reforma constitucional», cit.; J.J. Moreso, «Disposiciones de

(1) La tesis negativa —la norma sobre el procedimiento de reforma es irrevisable— ha sido argumentada sosteniendo que una norma no puede sensatamente referirse (también) a sí misma, so pena de producirse una contradicción insoluble¹². En otras palabras, la disposición que regula la reforma —si bien *prima facie* tenga por objeto (la reforma de) todo el documento constitucional, del que ella forma parte— no puede ser sensatamente interpretada como refiriéndose también a sí misma.

Supongamos que la norma sobre el procedimiento de reforma, N1, disponga: «El procedimiento de reforma es P». Supongamos además que, adoptando el procedimiento P, la norma N1 es sustituida por una nueva norma sobre el procedimiento de reforma, N2, la cual dispone: «El procedimiento de reforma es R». Pues bien: por un lado, N1 constituye el fundamento de validez de N2; pero, por otro lado, N2 contradice (es incompatible con) N1. ¿Puede una norma contradecir su fundamento de validez? Parecería precisamente que no. Por tanto, el procedimiento P nunca puede ser usado para modificar N1, es decir, esa misma norma que lo prevé.

(2) La tesis positiva —la norma sobre procedimiento de reforma es susceptible de reforma— puede ser sostenida argumentando que la contradicción entre N1 y N2, si acaso subsiste, es irrelevante. Esto último por dos razones distintas.

En primer lugar, el fenómeno de una norma que contradice la norma de la cual obtiene dinámicamente validez no tiene nada de raro.

Tomemos el caso de una constitución flexible. La constitución contiene, por hipótesis, una norma, NC, sobre el procedimiento legis-

reforma constitucional», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, 1991; F. Modugno, «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale», in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., pp. 136 y ss.; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, 1996, cap. VI; S. Colloca, «Revisione costituzionale. Due contributi analitici», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. II, pp. 995 y ss. Ver también K.R. Popper, «Autoriferimento e significato nel linguaggio ordinario» (1954), en K.R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, vol. II.

¹² Una línea argumentativa distinta (ingeniosa) puede verse en J.J. Moreso, «Disposiciones de reforma constitucional», cit., el cual, por un lado, interpreta las disposiciones sobre la reforma como «reservas de leyes constitucionales» (lo cual no provoca mayores problemas) y, por otro lado, construye, sin embargo, tales reservas de competencia normativa como reservas de *procedimiento* (y es esta la idea original). Si la reforma constitucional es consentida solo con un determinado procedimiento, se sigue, a contrario, que con ningún otro procedimiento es consentida la reforma. Por tanto el procedimiento en cuestión no puede ser legítimamente utilizado para «delegar» la reforma a un procedimiento distinto: tal cosa constituiría una violación de la reserva.

lativo, que dispone «El procedimiento de aprobación de la ley es X». Pero, dado que la constitución es flexible, la norma NC puede ser legítimamente substituida por una norma legislativa NL —siempre que haya sido aprobada precisamente siguiendo el procedimiento X— que disponga: «El procedimiento de aprobación de la ley es (de ahora en adelante) Y». Y esto a pesar del hecho que NL obtenga validez precisamente de NC.

Quiero decir, en síntesis, que la contradicción entre dos normas es inadmisibile solo cuando una de las dos es «rígida» —es decir, materialmente superior— respecto de la otra. Pero la constitución, incluida la norma sobre la reforma, no es superior a las leyes de reforma constitucional (sino desde el punto de vista meramente estructural); de otra manera estas no podrían modificarla. En ausencia de relaciones de jerarquía material, una norma que contradiga a otra deroga esta última, o esta última es derogada, según el principio «lex posterior», que regula la sucesión en el tiempo de normas ordenadas a la par.

En segundo lugar, y en consecuencia, las normas N1 y N2 no están vigentes en el mismo momento¹³. N1 es norma vigente antes de la reforma. N2 es norma vigente una vez llevada a cabo la reforma. En el mismo momento en que N2 entra en vigor, N1 pierde vigor, siendo tácitamente derogada (por N2)¹⁴.

Resulta evidente que, también este problema, como el discutido anteriormente, no es en absoluto un problema de «interpretación» constitucional —no está en discusión el significado a atribuir a un texto constitucional determinado— sino más bien un problema teórico—general o dogmático.

3. LA REFORMA DE LAS NORMAS QUE IMPIDEN LA REFORMA.

¿Las normas que prohíben la reforma de algunas disposiciones constitucionales —por ejemplo el art. 139 de la Constitución italiana y el art. 89, último apartado, de la Constitución francesa, que prohíben (cada uno en el propio ordenamiento, se entiende) la reforma de la forma republicana de Estado— son, a su vez, susceptibles de reforma —y, en particular, de derogación— de modo tal de quitar la prohibi-

¹³ F. Modugno, «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale», cit.

¹⁴ En definitiva: N1 y N2 pertenecen, por así decir, a dos constituciones distintas. Ver E. Bulygin, «La paradoja de la reforma constitucional», cit., p. 333. Ver también E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., pp. 76 y ss.

ción? En otras palabras: ¿los límites a la reforma constitucional dispuestos por la propia constitución son «absolutos» o «relativos»?

Se suele llamar «absoluto» a aquel límite a la reforma constitucional que no puede ser superado —o quitado— de forma legal. Por el contrario, un límite «relativo» subsiste hasta que no sea válidamente derogada la disposición constitucional que lo establece. Un límite absoluto no es superable en modo alguno, ya que la disposición constitucional que lo dispone no es susceptible de derogación sino de manera ilegal, revolucionaria, en definitiva, *extra ordinem*.

(1) La tesis según la cual los límites (sustantivos) explícitos a la reforma constitucional tienen carácter absoluto puede ser sostenida argumentando, más o menos, como sigue.

Parece obvio que la prohibición de reforma no puede ser válidamente violada mientras subsista. Por tanto, para superar el límite a la reforma sería necesario proceder en dos fases distintas (distintas desde el punto de vista lógico, no necesariamente desde el punto de vista cronológico). En una primera fase, sería necesario quitar el límite a la reforma derogando la norma que lo establece. En una segunda fase, se podría someter a reforma esa disposición cuya reforma estaba antes prohibida.

Solo que este procedimiento en dos fases es solo un modo engañoso de eludir o darle la vuelta a la prohibición, y por tanto un recurso para violarla sustancialmente sin que se vea. Si la disposición que establece tal prohibición pudiese ser derogada, entonces carecería prácticamente de cualquier efecto (lo que no puede haber sido la voluntad de los padres constituyentes).

Por otra parte, sucede que los límites explícitos a la reforma constitucional versan —como en Italia y en Francia— no sobre disposiciones marginales de la constitución, sino justamente sobre aquellas disposiciones, cruciales, que determinan la forma de Estado. En estas circunstancias, el carácter absoluto de los límites en cuestión puede ser sostenido, como sucede a menudo, también con argumentos *lato sensu* políticos, del tipo: la violación de la prohibición de reforma (o el hecho de eludirla) tendría como resultado un cambio de la identidad del Estado, una fractura en la continuidad del Estado; se trataría por tanto de un acto intrínsecamente revolucionario, incluso si llevado a cabo de una forma externamente legal.

(2) La tesis contraria —los límites (sustanciales) explícitos a la reforma constitucional son superables mediante ley de reforma consti-

tucional— puede en cambio sostenerse con un argumento de estricto derecho positivo.

Se puede considerar que una determinada norma N1 queda excluida de la posibilidad de derogación si, y solo si, hay otra norma positiva, N2, que prohíbe la derogación de N1. Pero las disposiciones constitucionales que contienen prohibiciones de reforma se refieren no a sí mismas, sino a otras normas constitucionales.

Así, por ejemplo, el artículo 139 de la Constitución italiana prohíbe derogar o modificar aquellas disposiciones constitucionales de las que depende la forma republicana de Estado¹⁵: no prohíbe modificarse o derogarse a sí mismo. En ausencia de normas que expresamente prohíban la derogación del artículo 139, tal disposición debe considerarse susceptible de derogación como cualquier otra¹⁶.

Una vez más conviene subrayar que el problema aquí presentado no es un genuino problema de interpretación, sino un problema dogmático. Está en discusión no ya el contenido de significado del artículo 139 de la Constitución italiana¹⁷, sino su «valor jurídico».

4. EL VALOR JURÍDICO DE LOS PREÁMBULOS

¿Cuál es el valor jurídico de los preámbulos constitucionales? ¿Expresan «genuinas» normas jurídicas, susceptibles de aplicación juris-

dicional? ¿O por el contrario son solo «pura retórica constitucional»¹⁸, «declaraciones de intenciones, textos de valor programático, en definitiva, documentos que carecen de efectos jurídicos»¹⁹? Nótese bien: aunque no todas las constituciones contemporáneas están provistas de un preámbulo, el mismo problema (más o menos) se presenta para todas las disposiciones programáticas que, al contrario, son tan frecuentes en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial²⁰. La cuestión admite evidentemente dos respuestas.

La respuesta negativa es bastante clara. El preámbulo (como por otra parte, las disposiciones programáticas) expresan «las ideas políticas, morales y religiosas que la constitución entiende promover. Normalmente, el preámbulo no dicta norma jurídica alguna que se dirija precisamente al comportamiento humano y, por tanto, carece de contenido relevante. Tiene carácter ideológico más que jurídico»²¹. El preámbulo «se presenta como un catálogo de nobles auspicios o píos deseos (*voeux pieux*) carentes de esa concreción que deberían tener para darselos valor jurídico»²².

La respuesta positiva es menos clara²³. Esta parece provenir de la llamada concepción «normativa» de la Constitución: la Constitución entera es un texto normativo, que expresa, en cuanto tal, auténticas normas jurídicas. La formulación vaga o ambigua de tales normas puede, claro, presentar serios problemas de interpretación (y comportar, por tanto, una larga discrecionalidad interpretativa), pero esto no tiene nada que ver con el valor jurídico del texto.

No se le habrá escapado al lector que el problema en cuestión no es un problema de «interpretación» constitucional. La formulación misma del problema es suficiente para darse cuenta que no se trata de un genuino problema de interpretación. Por lo pronto, no se pueden interpretar «los preámbulos» en general: se puede solo interpretar un preámbulo particular. Además, aquí no nos preguntamos cuál es el

¹⁸ L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 33.

¹⁹ E. Zoller, *Droit constitutionnel*, II ed., Paris, 1998, p. 219.

²⁰ Cfr. R. Guastini, «Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien», en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, 14ème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.

²¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 260.

²² E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., p. 222.

²³ Nótese que la decisión del Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*, del 16 julio 1971, que ha reconocido valor jurídico al preámbulo de la Constitución francesa de 1946, no contiene ningún argumento en su apoyo.

²⁴ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, III ed., Madrid, 1985; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 31 y ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

¹⁵ Concretamente qué disposiciones identifican la forma republicana de Estado es una cuestión a resolver, obviamente, por vía interpretativa (la cual depende, en particular, de qué concepto de «república» se adopte).

¹⁶ No es esta la opinión del Tribunal Constitucional italiano, el cual considera que el artículo 139 de la Constitución italiana, que prohíbe la reforma de la forma republicana de Estado, no es a su vez susceptible de reforma constitucional. Véase en tal sentido un pasaje de la (ya citada) Sentencia 1146/1988, donde el límite a la reforma a la que se refiere el art. 139 es expresamente calificado como «absoluto»: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la propia Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (art. 139 Constitución italiana) [...]» (Tribunal Constitucional italiano 1146/1988). Cfr. G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, nuova impresión 1984, pp. 300 y ss.; S. Cicconetti, *La revisione della costituzione*, Padova, 1972, pp. 259 y ss.; también R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 372 y ss.

¹⁷ El problema propiamente interpretativo que presenta el artículo 139 es (se ha señalado ya) el siguiente: ¿qué disposiciones constitucionales definen la forma republicana de Estado y, por tanto, no pueden ser reformadas según el artículo 139?

significado del texto —este sería el problema propiamente interpretativo— sino cuál es su valor jurídico: lo cual, precisamente, es un problema no interpretativo, sino «dogmático».

5. ¿DECLARACIÓN O CREACIÓN DE DERECHOS?

¿Los derechos subjetivos (en particular, los derechos de libertad) proclamados en la constitución son «declarados» o en cambio «creados» *ex novo* por la constitución misma? «Declarados», aquí, quiere decir que los derechos en cuestión existían —en cuanto derechos «naturales»— antes de la constitución, por lo que los constituyentes se han limitado a reconocerlos y a «positivizarlos». «Creados» quiere decir que los derechos en cuestión son derechos «positivos», carentes de cualquier existencia anterior a, e independiente de, la constitución: los constituyentes no los han reconocido, los han originariamente conferido a los ciudadanos²⁵.

Las dos respuestas posibles a esta pregunta tienen consecuencias jurídicas muy importantes²⁶.

(1) Si los derechos constitucionales han sido simplemente declarados por los constituyentes, entonces:

(a) en primer lugar, el catálogo de derechos contenido en la constitución no tiene por qué ser exhaustivo (puede ser que el reconocimiento haya sido incompleto), por lo que los jueces constitucionales están autorizados para «descubrir» derechos nuevos;

(b) en segundo lugar, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido que no pueden ser suprimidos ni siquiera mediante reforma constitucional (dado que no han sido creados por alguna autoridad normativa humana, ninguna autoridad humana puede suprimirlos).

(2) Si, por el contrario, los derechos constitucionales han sido originariamente creados por los constituyentes, entonces:

(a) en primer lugar, los únicos derechos existentes son aquellos expresamente mencionados en el texto constitucional y el juez constitucional no tiene el poder de «encontrar» otros;

²⁵ Cfr. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, p. 317 ss.

²⁶ Ver más ampliamente R. Guastini, «Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.», en *Ragion pratica*, 29, 2007, p. 325 ss., además de R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009, pp. 145 y ss.

(b) en segundo lugar, las normas que confieren tales derechos (en ausencia de una prohibición explícita de reforma constitucional) pueden perfectamente, como cualquier otra norma positiva, ser derogadas o modificadas.

Es fácil comprender que también en este caso *no* se trata de un problema de «interpretación» constitucional. Por lo pronto, se habla, comúnmente, de las declaraciones de derechos en general y no de un texto constitucional determinado. Además, es bastante evidente que las distintas soluciones dependen en última instancia de opciones filosófico-jurídicas (¿positivismo jurídico o iusnaturalismo?), aunque cargadas de consecuencias prácticas notables.

6. VIEJAS LEYES, NUEVAS CONSTITUCIONES

Normalmente, una nueva constitución se injerta sobre un ordenamiento jurídico (un conjunto de leyes, reglamentos, etc.) preexistente. Sin embargo, es muy raro que una nueva constitución contenga una cláusula de derogación explícita de la legislación precedente incompatible. Se presenta entonces la cuestión respecto de si el conflicto entre la nueva constitución y las leyes anteriores es un problema de sucesión de normas en el tiempo o, en cambio, un problema de incompatibilidad entre normas colocadas en niveles distintos de la jerarquía de las fuentes²⁷.

En otras palabras: ¿el conflicto debe ser resuelto mediante el principio cronológico (*lex posterior*) y las viejas leyes deben considerarse derogadas o, en cambio, mediante el principio jerárquico («*lex superior*») y las viejas leyes deben ser declaradas inconstitucionales²⁸?

²⁷ Un problema teórico (delicadísimo) distinto es el referente a cuál es (suponiendo que lo haya) el fundamento de validez o, al menos, de aplicabilidad de las normas anteriores no incompatibles. Ver al respecto J.J. Moreso, P. Navarro, «The Reception of Norms and Open Legal Systems», en S.L. Paulson, B. Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998.

²⁸ En referencia a la constitución italiana, «en verdad, según algunos juristas no había siquiera espacio para un juicio de constitucionalidad que asumiese las normas programáticas, precisamente, como parámetro para la legitimidad de la legislación ya vigente: si la ley dispone solo para el futuro, se decía, la nueva Constitución no está en condiciones de imponerse a leyes anteriores en la medida en que ellas son el producto de un legislador que, por obvias razones, no podía estar obligado por esa Carta. Pero esta tesis no fue acogida por el Tribunal [Constitucional]» (S. Bartole, «I principi costituzionali», en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, p. 131).

El problema no tiene importancia práctica alguna en los sistemas jurídicos en los que el control de legitimidad constitucional es difuso (como en los Estados Unidos)²⁹ o en aquellos en los que el control se ejerce solo *a priori* (como en Francia hasta la reforma constitucional de 2008)³⁰. Pero es en cambio un problema muy serio en todos aquellos sistemas en los que el control es concentrado y *a posteriori* (como en Alemania, España, Italia, etc.), ya que en principio, en estos sistemas jurídicos la derogación (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos *inter partes*, mientras la inconstitucionalidad de una ley solo puede ser declarada por el juez constitucional, con efectos *erga omnes*³¹.

El problema admite varias soluciones³².

(1) Primera solución posible: las viejas leyes deben considerarse derogadas. Para sostener esta tesis se puede alegar que el principio cronológico es intrínseco a cualquier ordenamiento jurídico dinámico y opera no solo en las relaciones entre fuentes ordenadas a la par, sino también en las relaciones entre fuentes donde una es superior a la otra. Se suele admitir que la ley puede derogar (expresa o tácitamente) re-

²⁹ En este caso, en efecto, la incompatibilidad entre viejas leyes y nueva constitución —aplicando si se quiere el principio cronológico o si se quiere el principio jerárquico— puede en cualquier caso ser reconocida y declarada por cualquier juez común. Y en cualquier caso, en principio, las decisiones de los jueces comunes tendrán siempre efectos *inter partes*, circunscritos al caso decidido.

³⁰ En este caso, el juez constitucional no tendrá nunca la ocasión de pronunciarse sobre leyes ya en vigor, como son las leyes anteriores a la constitución. Parecería natural pensar que, en sistemas constitucionales de este tipo, fuese sin embargo competencia de los jueces comunes, y solo de ellos, reconocer la eventual incompatibilidad de una vieja ley con la nueva constitución y considerar consecuentemente derogada la ley, aplicando el principio *lex posterior*. En la doctrina francesa, sin embargo, la incompatibilidad entre ley y constitución —poco importa si esta es posterior a aquella— es en cualquier caso configurada dogmáticamente como un problema de constitucionalidad, y no como un problema de sucesión de normas en el tiempo. Reconocer la incompatibilidad entre una ley y la constitución sería por tanto hacer uso del principio jerárquico, no del cronológico. Pero por el otro lado, se considera que solo el juez constitucional puede hacer uso del principio jerárquico «contra» la ley: en virtud del principio de la separación de poderes, en ningún caso los jueces comunes pueden rechazar la aplicación de la ley.

³¹ Agréguese que, normalmente, la derogación carece de efectos retroactivos, mientras la declaración de inconstitucionalidad, normalmente, retrotrae al momento de la promulgación de la ley.

³² Cfr., por ejemplo, en la doctrina italiana, donde el problema ha sido muy discutido en el período transcurrido entre la entrada en vigor de la constitución republicana (1948) y la creación del Tribunal constitucional (1956): AA.VV., «Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956. Ver además S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, cap. II.

glamentos incompatibles con ella. No se ve por qué la constitución no pueda, a su vez, derogar (tácitamente) leyes incompatibles con ella.

(2) Segunda solución posible: ambos principios involucrados, *lex posterior* y *lex superior*, son aplicables y es, por tanto, indiferente que los jueces comunes decidan aplicar uno (considerando las viejas leyes derogadas sin más) u otro (sometiendo la cuestión al juez constitucional). Este punto de vista —nótese— no requiere siquiera argumentación, desde el momento que es admisible la aplicación de ambos principios: si no fuese así, no se presentaría el problema.

(3) Tercera solución posible: hay que distinguir. La derogación (tácita) se produce solo en presencia de una contradicción «puntual» entre una norma posterior y una anterior. Ahora bien, algunas disposiciones constitucionales, al ser precisas y circunscritas, contradicen «puntualmente» disposiciones legislativas anteriores y, por tanto, producen la derogación (ver, en la Constitución italiana, el caso del art. 27, apartado 4, «No se admite la pena de muerte», en relación con las disposiciones del Código penal de 1931 que, precisamente, preveían tal pena). Otras disposiciones constitucionales —aquellas de principio, aquellas programáticas— no son idóneas para derogar norma alguna a causa de su contenido normativo altamente indeterminado³³.

(4) Cuarta solución posible: las viejas leyes deben considerarse válidas y vigentes hasta que no sean declaradas inconstitucionales por el juez constitucional. Este punto de vista puede ser argumentado alegando

(a) que la derogación (el principio cronológico) opera solo entre fuentes ordenadas a la par; las viejas leyes, por hipótesis, entran en contradicción no con una ley posterior, sino con la constitución, que es fuente superior a ellas.

(b) que toda decisión relativa a la incompatibilidad entre leyes y constitución es, *per se*, un juicio de constitucionalidad y, como tal, queda reservado al juez constitucional.

Resulta innecesario notar que ninguna de estas cuatro posibles soluciones depende de la «interpretación» de la constitución: por hipótesis, no existe disposición constitucional alguna para someter a interpretación. Una vez más el problema en discusión no es estrictamente interpretativo sino dogmático.

³³ Era precisamente esta la orientación del Tribunal italiano de Casación entre 1948 (año de entrada en vigor de la Constitución) y 1956 (año de inicio de la actividad del Tribunal Constitucional).

Quinta parte

CONTROVERSIAS

CONTROVERSIAS CONCEPTUALES

Generalmente se está de acuerdo en que interpretar textos es atribuirles sentido o significado¹; así lo sugiere, por otra parte, el artícu-

¹ Generalmente, pero no siempre. Algunos juristas (de tendencia «hermenéutica») conciben la interpretación como decisión de casos o controversias, es decir, como aplicación de normas a casos concretos. Cfr. por ejemplo G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, pp. 39 y ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991, p. 69 («la interpretación resulta ser la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para el hecho que hay que reglar»); F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, dirigido por R. Sacco, Torino, 1999; R. Alexy, «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996. Ver también L. Gianniti, «Applicazione», en M. Ains (ed.), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, según el cual, paradójicamente, la aplicación no supone la interpretación, sino al contrario «la interpretación [...] presupone necesariamente el momento de la aplicación». Desde este punto de vista, la mera atribución de significado a un texto sin relación alguna con una controversia individual y concreta no constituye genuina interpretación (de qué otra cosa pueda tratarse no está claro). En este sentido también G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 40 y s., e *Il diritto mite*, cit., pp. 180 y ss., 200. Cfr. también V. Petev, «L'interprétation des faits et l'interprétation du droit», en P. Amsselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, 1995, p. 58: «El sentido de un texto normativo jurídico no se puede captar sino en relación con una situación concreta y actual en la que la norma encuentra aplicación». Desde este punto de vista, la interpretación es una actividad no cognoscitiva sino decisoria, no irreflexiva sino consciente (cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), edición corregida y ampliada a cargo de G. Crifò, 2 vols., Milano, 1990, vol. II, pp. 790 y s., 802 ss., 806.). Este punto de vista, si se lo toma en serio, presenta el grave defecto de reducir la actividad interpretativa a la interpretación «en concretos»: actividad típica, aunque no exclusiva, del juez. Mientras la interpretación «en abstracto», que es propia

lo 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano. Sin embargo, al menos por lo que respecta a los textos normativos (jurídicos), las relaciones entre interpretación y significado son bastante controvertidas. Hay esencialmente dos modos de concebir tales relaciones y cada uno de ellos se traduce en un distinto concepto de interpretación.

1. ¿SIGNIFICADO SIN INTERPRETACIÓN?

Según algunos, se puede hablar propiamente de interpretación solo cuando se atribuye significado a un texto normativo en situación de duda o controversia: es decir, cuando el significado en cuestión sea incierto, dudoso o controvertido.

En otras palabras, no todos y no siempre los textos normativos necesitan interpretación. Un texto *no* necesita interpretación cuando su significado es claro y no cuestionado (o bien cuando no hay dudas respecto de la aplicabilidad de una norma a un determinado supuesto de hecho)². Es tarea de la interpretación aclarar lo que es oscuro³.

Esto equivale a decir que la interpretación es algo distinto de la comprensión irreflexiva: comprender o captar el significado de un texto *no* es interpretarlo⁴. Existe interpretación solo cuando el texto es equivoco, cuando su significado es incierto, cuando, en definitiva, hay que escoger entre una pluralidad de significados posibles⁵.

de los juristas (al menos cuando no actúan como abogados o asesores de parte), queda sorprendentemente excluida de la denotación del término (y a veces claramente devaluada como irrelevante: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 180 y ss., 200).

² Cfr. E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 205.

³ D. Maingeneau, «L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques», en P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit*, cit., p. 61.

⁴ J. Wróblewski, «Théorie et idéologie de l'interprétation», en *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972, p. 53; J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., Helsinki, 1983, pp. 71 y ss.; M. Dascal, J. Wróblewski, «Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law», en *Law and Philosophy*, 1988; A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992, especialmente p. 23. Al respecto R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, pp. 240 y ss.

⁵ Esta acepción de «interpretación» es explícitamente teorizada por J. Wróblewski, de quien se pueden ver, además de los textos ya citados: *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Juridica 32, 1987; *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, 1989; *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992. Ver también G.U. Rescigno, «Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto», en *Diritto pubblico*, 2009, pp. 687 y ss. Algunos de quienes adoptan este concepto de interpretación parecen considerar que, en ausencia de dudas o controversias, la decisión acerca del significado del texto normativo de que

No hay por tanto relación biunívoca entre significado e interpretación: cuando el texto es claro, hay *significado sin interpretación*.

Este concepto de interpretación se refleja en esa directiva metodológica expresada en las máximas *In claris non fit interpretatio* y/o «*Interpretatio cessat in claris*»: precisamente, si un texto es claro no hay que interpretarlo y, más bien, no debe ser interpretado (en el sentido que interpretarlo no tendría presumiblemente otro propósito y efecto que el de alterar su «verdadero» significado).

Se pueden hacer al respecto tres observaciones.

(a) Sobre la distinción entre comprensión irreflexiva y, digámoslo así, «interpretación razonada» se puede estar de acuerdo, naturalmente⁷. Con la advertencia, sin embargo, que la distinción se refiere a fenómenos psicológicos, como tales no susceptibles de ser conocidos por el observador externo. Si dejamos de lado la psicología y miramos en cambio el lenguaje (los discursos) de los intérpretes, la distinción se traduce en esto: a veces el intérprete se detiene en la interpretación literal o *prima facie* (mera «comprensión») y, más precisamente, en una interpretación que reitera el texto interpretado sin reformularlo en modo alguno⁸; otras veces, el intérprete, después de una oportuna reflexión,

se trate no necesita justificación; mientras, en presencia de dudas o controversias, tal decisión exige ser argumentada, es decir, apoyada por razones (cfr. E. Dicitotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 234). Es como decir que no hay «verdadera» interpretación sin la relativa argumentación: una «interpretación» en favor de la cual no haya que aducir argumentos no es «verdadera» interpretación (sino que es comprensión irreflexiva).

⁶ Con la condición, claro está, de entender «interpretatio» —no en el sentido originario de creación doctrinal y/o judicial de derecho en presencia de lagunas u oscuridad en la «lex», sino— en el sentido moderno de interpretación (atribución de significado a un texto): precisamente, no hay y no hace falta interpretación cuando un texto es claro, no da lugar a dudas o controversias. Escribe con razón F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, I. *Dottrine generali*, Roma, 1921, p. 206: «La interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, ya que no hay que confundir la interpretación difícil con la interpretación. La inteligencia de un texto puede ser más o menos fácil, [...] pero esto no quita que la ley se presente siempre como un texto rígido que debe ser reanimado e iluminado en su sentido interior a través de la actividad interpretativa». Acerca del sentido originario de las fórmulas mencionadas («in claris» y siguientes), ver G. Tarallo, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 67 y ss.; G. Tarallo, *L'interpretazione delle leggi*, Milano, 1980, pp. 33 y ss.; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, pp. 258 y ss.; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2003, pp. 210 y s.

⁷ Recuérdese la distinción, introducida en un capítulo anterior, entre interpretación *prima facie* e interpretación todo-considerado.

⁸ Se trata de interpretación literal en sentido estrictísimo: ya hemos hablado sobre este punto en un capítulo anterior.

llega a una interpretación «todo-considerado», no literal, cuyo resultado es una reformulación del texto interpretado⁹. ¿Por qué decir que en un caso el texto ha sido meramente comprendido y en el otro interpretado, en vez de decir —más plausiblemente— que estamos frente a dos interpretaciones distintas¹⁰?

(b) La máxima «In claris non fit interpretatio» no solo sobrentiende un concepto restringido de interpretación (interpretación como solución de dudas en torno al significado), sino que encubre también una doctrina prescriptiva de la interpretación, es decir, una (discutible) regla de interpretación: quien la hace propia acredita como único significado correcto —al menos en relación con textos «claros»— aquello que se capta intuitivamente en virtud de las propias competencias lingüísticas¹¹ —se trata en definitiva del significado literal—, ya que cualquier otra atribución de significado sería una manipulación.

(c) Por último, el concepto restringido de interpretación aquí examinado está estrechamente ligado a una discutible teoría de la interpretación: la teoría según la cual la interpretación es una actividad meramente cognoscitiva cuando se practica respecto de textos claros e inequívocos y/o en presencia de supuestos de hecho a los que el texto en cuestión es seguramente aplicable («casos fáciles»), mientras que es una actividad volitiva y decisoria (solo) cuando se ejerce respecto de textos oscuros o equívocos y/o en presencia de supuestos de hecho de dudosa calificación («casos difíciles»)¹².

2. ¿INTERPRETACIÓN COMO MANIPULACIÓN DEL SIGNIFICADO?

Una variante de la tesis anterior es la extendida idea, especialmente en el discurso común, no especializado, según la cual la interpretación consiste en un tratamiento de los textos jurídicos (percibido como) incorrecto o manipulativo. Se habla de interpretación cuando se quiere sugerir que determinada formulación normativa no ha sido entendida y aplicada según su significado «propio», «natural», «objetivo», sino que en cambio ha sido alterada o trastornada, de modo tal de violarla sin que se vea y evitando las consecuencias de la violación¹⁴.

La presunción subyacente es, nuevamente, la idea según la cual un texto claro no requiere interpretación: cuando la ley es clara resulta inútil, si no perjudicial, interpretarla. Al final, interpretar consiste en manipular un texto normativo con el fin de eludir la norma por él expresada.

En definitiva, desde este punto de vista, la interpretación constituye una falsificación del —supuesto— significado objetivo (obvio, indiscutible y preexistente a la interpretación) de las palabras.

3. NO HAY SIGNIFICADO SIN INTERPRETACIÓN

Las dos tesis expuestas en los apartados anteriores se sostienen sobre la (tácita) presunción que los textos normativos —al menos cuando no son oscuros o equívocos— incorporan un significado objetivo susceptible de comprobación. En la versión ingenua de este punto de vista (interpretación como manipulación) se supone que el significado es siempre claro e inequívoco. En la versión sofisticada (interpretación como solución de dudas en torno al significado) se supone que el significado en cuestión puede, según los casos, ser claro e inequívoco o, en cambio, oscuro y equívoco. Se supone además que claridad y oscuridad son propiedades objetivas del texto que dependen de su formulación.

Que haya textos «objetivamente» claros y textos «objetivamente» oscuros (por ejemplo: ambiguos o simplemente incomprensibles) es algo sobre lo que se puede estar de acuerdo. Pero esto es prácticamente irrelevante para la teoría de la interpretación jurídica. Como hemos

¹⁴ Este modo de expresarse es característico del lenguaje popular (pienso en modos de decir del tipo: «Las leyes, a los enemigos se les aplican, para los amigos se interpretan»).

⁹ Ver al respecto G.U. Rescigno, «Communicare, comprendere, interpretare nel diritto», cit., pp. 687 y ss.

¹⁰ G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, p. 59, observa con razón que no hay nada de «mecánico» en una interpretación «extremadamente fiel a la literalidad de la ley»: «evidentemente también una interpretación literal presupone una elección por parte del intérprete (en primer lugar la elección de dejar de lado posibles interpretaciones extensivas o restrictivas)».

¹¹ Pero, obsérvese, cualquier jurista que atribuya a un texto normativo su significado *prima facie* está inevitablemente condicionado no solo por su competencia lingüística (que deriva del dominio de una determinada lengua natural), sino también por su... competencia jurídica (que deriva del conocimiento de la doctrina).

¹² A la que nos referiremos extensamente en el próximo capítulo: se trata de la teoría «ecclética» de la interpretación (judicial).

¹³ Cfr. por ejemplo G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, 1994, segunda parte.

visto, la equivocidad de los textos normativos depende no tanto de defectos de formulación como de otras cosas: intereses prácticos en conflicto, distintos sentimientos de justicia, pluralidad de métodos interpretativos, variedad de construcciones dogmáticas.

En primer lugar, el «juego» de la interpretación jurídica es un juego no cooperativo sino conflictivo: la interpretación jurídica¹⁵ no es nunca neutral.¹⁶ Simplemente: es el objetivo de los intérpretes «de parte» (los contratantes, las partes procesales, sus abogados, etc.) no ya comprender lo que «verdaderamente» ha dicho o quería decir el legislador (o el contratante), sino dirigir las palabras del legislador (o del contrato) hacia su propio provecho; e incluso la interpretación autoritativa del juez —aunque no «de parte», se supone, sino «imparcial»— tiene de todos modos el efecto, si no el fin, de hacer prevalecer los intereses de una parte sobre los intereses adversos de la contraparte.

Además, la interpretación jurídica está condicionada por las pluriseculares elaboraciones conceptuales y teóricas de los juristas: por un lado, métodos interpretativos (interpretación teleológica, sistemática, conforme, etc.) y, por otro lado, tesis dogmáticas (la teoría de la propiedad, la teoría de la responsabilidad aquiliana, la teoría del delito, la teoría del negocio jurídico, la teoría del gobierno parlamentario, etc.).

Conflictos de intereses, pluralidad de métodos interpretativos y tesis dogmáticas son capaces de transformar en equívoco incluso el más «claro» de los documentos normativos¹⁷.

Hay por tanto buenas razones para sostener una tesis distinta acerca de las relaciones entre interpretación y significado: constituye interpretación *cualquier* atribución de significado a un texto normativo, independientemente de las dudas y controversias. Cualquier texto normativo, en cualquier situación, necesita interpretación¹⁸. O, dicho de otra forma, cualquier atribución de significado a un texto normativo constituye interpretación.

Puede tratarse de una simple comprensión, es decir, de una atribución de significado del todo irreflexiva e intuitiva o, por el contrario, de una decisión consciente, resultado de un proceso de análisis y re-

flexión (una elección entre varias alternativas oportunamente sopesadas). Sin embargo, en cualquier caso, siempre atribuir significado es interpretar: *no hay significado sin interpretación*¹⁹.

En este sentido, cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si «claro» u «oscuro», constituye interpretación. Atribuir a un texto un significado obvio o no controvertido (como así también resolver una controversia «fácil»), puede no necesitar argumentación²⁰. En cualquier caso, también un significado obvio es no obstante un significado y el significado es una variable dependiente de la interpretación. Atribuir a un texto un determinado significado y no otro, como también incluir un determinado supuesto de hecho en el campo de aplicación de cierta norma (o excluirlo del mismo), aunque puedan parecer operaciones obvias e indiscutibles, constituyen en cualquier caso interpretación²¹. La interpretación es presupuesto necesario de la aplicación²².

¹⁹ Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 389 y ss., 403 y ss.; G. Tarello, *L'interpretazione delle leggi*, cit., cap. I; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, cap. I y parte III. Podemos perfectamente convenir en distinguir el significado *prima facie* del significado *all-things-considered* (todo-considerado), en la medida en que uno y otro resultan de operaciones mentales distintas: el significado *prima facie* es fruto de comprensión intuitiva; el significado todo-considerado es el resultado de un proceso de análisis y reflexión. Pero, de nuevo, no se ve por qué haya que reservar el nombre de «interpretación» solo a esta segunda operación mental y negarlo a la primera.

²⁰ No la necesita, por otra parte, solo en ausencia de objeciones.

²¹ En tal sentido también E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 183.

²² Desde este punto de vista, la directiva metodológica «In claris non fit interpretatio», entendida de la manera «moderna» que se ha dicho, carece de sentido o, simplemente, es mistificadora, ya que tiende a ocultar que cualquier atribución de significado, incluso la más obvia, es en cualquier caso fruto de actividad decisoria (poco importa si consciente o irreflexiva), es decir, de elección.

¹⁵ A excepción de la interpretación cognitiva, es decir, puramente «científica», a la que ya nos hemos referido.

¹⁶ G. Tarello, «La semantica del neustico. Osservazioni sulla parte descrittiva degli enunciati precettivi», en AA. VV., *Scritti in memoria di Wladimir Cesarini Sforza*, Milano, 1968.

¹⁷ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 349 y ss.

¹⁸ Este punto de vista puede remontarse a F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cap. IV (especialmente § 50).

II

CONTROVERSIAS TEÓRICAS

Entiendo por «teoría de la interpretación» un discurso analítico y descriptivo en torno a aquello que la interpretación de hecho es¹.

Una teoría de la interpretación² consiste grosso modo en esto:

- (i) En construir un concepto de interpretación (mediante una oportuna redefinición);
- (ii) En la descripción, o en cualquier caso en el previo reconocimiento, de las (o de algunas) prácticas interpretativas existentes en una determinada cultura jurídica;
- (iii) En el análisis lógico de los distintos tipos de enunciados interpretativos;

¹ La distinción entre «teoría» e «ideología» de la interpretación (sobre las ideologías hablaremos en el próximo capítulo) no hace más que reiterar una distinción recurrente, que todo jurista moderno debería sin duda conocer y dominar: la distinción entre «ser» y «deber ser», entre *sein* y *sollen*, entre *is* y *ought*. No me detendré en este punto. Pero recuérdense los textos de J. Bentham (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 293 y s.) y de J. Austin (*Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4th ed. by R. Campbell, John Murray, London, 1879, I, p. 220) citados en un capítulo anterior. Hay que agregar H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1952, reimpresión 1967, prólogo.

² Son ejemplos ilustres: A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, cap. IV; H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., cap. VI; H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, cap. VIII; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980. Pero también P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007; E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

(iv) En distinguir distintos tipos de interpretación (por ejemplo: interpretación en abstracto y en concreto; interpretación cognitiva, decisoria, creadora; interpretación doctrinal, judicial, auténtica; etc.);

(v) En el análisis lógico de la argumentación de la interpretación (es decir, de las técnicas interpretativas al uso o al menos de las más importantes);

(vi) Además de —visto el amplio uso corriente del vocablo «interpretación»— en el análisis lógico de las distintas formas y técnicas de construcción jurídica.

1. INTRODUCCIÓN

Según un punto de vista muy extendido, tres teorías de la interpretación se disputan el terreno en el pensamiento jurídico moderno³. Grosso modo:

(1) Una teoría cognoscitivista, según la cual la interpretación es un acto de conocimiento,

(2) Una teoría escéptica, según la cual la interpretación es un acto (no de conocimiento sino) de voluntad o de decisión,

(3) Una teoría ecléctica o intermedia entre las dos anteriores, según la cual la interpretación es un acto a veces de conocimiento, otras veces de decisión, según las circunstancias.

Esta representación del estado de la cuestión, aunque es la corriente, no resulta del todo precisa.

En primer lugar, tanto la teoría ecléctica como (sobre todo) la escéptica contemplan, cada una, al menos dos variantes que no pueden ser pasadas por alto.

En segundo lugar, y sobre todo, la teoría escéptica es, bien vista, una forma (sofisticada) de cognoscitismo.

Es necesario precisar dos cosas más.

En primer lugar, las teorías en cuestión se refieren a un problema bastante circunscrito. Dichas teorías, en efecto, se limitan a ofrecer una respuesta a la siguiente pregunta: si la interpretación es un acto de conocimiento (en cuyo caso los enunciados de los intérpretes serán enunciados del discurso cognoscitivo o descriptivo) o, en cambio, un acto de

voluntad (en cuyo caso los enunciados de los intérpretes pertenecerán más bien al discurso decisorio o, como se dice a veces, adscriptivo). Como se decía más arriba, al introducir el presente capítulo, una «buena» teoría de la interpretación es algo bastante más complejo que esto.

En segundo lugar, la (única) interpretación a la que tales teorías hacen (tácita) referencia es aquella judicial⁴. Lo cual equivale a decir que dichas teorías excluyen de su horizonte de análisis la interpretación doctrinal, como si fuese algo irrelevante.

2. LA TEORÍA COGNOSCITIVISTA

Según la teoría que convendremos en llamar «cognoscitivista» —aunque a veces es llamada «formalista»⁵—, que se remonta a las doctrinas jurídicas de la Ilustración, la interpretación (incluida la interpretación judicial) es un acto de descubrimiento o conocimiento del significado⁶.

⁴ Esta es una constante en las teorías (así como en las ideologías) de la interpretación. Excepciones notables son aquellas de H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., cap. VI, y A. Ross, *On Law and Justice*, cit., cap. IV, los cuales en cambio distinguen cuidadosamente entre interpretación «científica» e interpretación judicial y ofrecen análisis distintos de la una y de la otra.

⁵ Cfr. M. Jori, «Formalismo giuridico», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, VIII, Torino, 1992, pp. 429 y ss. Pero observa con razón E. Dichiotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 78, nota 26, que hay formas de cognoscitismo no formalistas. Es el caso de R. Dworkin (de quien se puede ver, por ejemplo, «No Right Answer?», en P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, 1977). En tal sentido, también M. Jori, «Formalismo giuridico», cit., p. 431. En otro lugar E. Dichiotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, Siena, 2003, distingue dos formas de cognoscitismo: un cognoscitismo extremo y un cognoscitismo moderado.

⁶ Es esta la teoría de la interpretación característica de los juristas del siglo diecinueve: de la Escuela de la exégesis, así como de la Escuela histórica (F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cap. IV). Ver también J. Austin *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 1023 y s.: «The discovery of the law which the lawgiver intended to establish, is the object of genuine interpretation: or (changing the phrase), its object is the discovery of the intention with which he constructed the statute, or of the sense which he attached to the words wherein the statute is expressed». En la literatura del siglo veinte, ver, por ejemplo, F. Degni, *L'interpretazione della legge*, II ed., Napoli, 1909, p. 1; M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 81; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, reimpresión 1953, pp. 119 y s. De «descubrimiento» del derecho habla también R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 215.

³ Ver, por ejemplo, M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, II ed., Torino, 1995, pp. 205 y ss.; L. Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, 1999; además de, en la literatura reciente, una vez más, L. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, 2010.

La teoría cognoscitivista presupone la existencia, en todo texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de conocimiento: el significado debe considerarse incorporado a los textos normativos y preconstituido respecto de la interpretación, la cual consiste precisamente en arrojar luz sobre el mismo⁷. Desde este punto de vista, todo texto normativo es susceptible de una; y solo una, interpretación verdadera (siendo falsas todas las otras)⁸ y toda cuestión de derecho es susceptible, por así decir, de una y solo una «solución correcta»⁹.

Este punto de vista desconoce, por tanto, la equivocidad de los enunciados normativos y la vaguedad de los predicados, así como la discrecionalidad interpretativa que de estas se desprende. En este sentido, para decirlo en palabras de Montesquieu, el juez no es más que «la boca de la ley» y la función jurisdiccional no es más que un «poder nulo»¹⁰.

Hoy en día, la teoría cognoscitivista de la interpretación, aparentemente, ya nadie la comparte¹¹. A pesar de esto, dicha teoría está siempre presente en el estilo discursivo y argumentativo de muchos tribunales. Sobre todo, tal teoría está inscrita, incorporada, en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, como también en todos los controles de legitimidad sobre los actos de los poderes públicos¹² (el control de casación sobre la legalidad de las sentencias, el control de constitucionalidad de las leyes, la garantía de los derechos de libertad conferida en última instancia al poder judicial sin ningún control o contrapeso externo a la jurisdicción misma)¹³.

⁷ Cfr. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, III ed., Montréal, 1999, pp. 9 y s.

⁸ Cfr. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., pp. 10 y s. Hoy en día variantes de la teoría cognoscitivista son sostenidas por R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999, y por L. Ferrajoli, «La semántica della teoria del diritto», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983. Críticas muy pertinentes a este punto de vista en E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, cit.

⁹ La expresión (que traduce «right answer») deriva de R. Dworkin, «No Right Answer?», cit., pp. 58 y ss. (también R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), 1985, pp. 119 y ss.), el cual sin embargo la usa en otro contexto teórico.

¹⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), libro XI, cap. VI.

¹¹ Cfr. sin embargo K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999: «interpretation finds meaning already existent in the constitutional text» (p. 7); «constitutional interpretation discovers meaning» (p. 11).

¹² Cfr. R. Guastini, «Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation», en *Revue du droit public*, 1991, pp. 1079 y ss.

¹³ No hay que confundir la teoría cognoscitivista de la interpretación con ese punto de vista que restringe el concepto de interpretación solamente a la interpretación

Por otra parte, no es difícil ver a contraluz, detrás de la teoría cognoscitivista, una ideología¹⁴; es decir, una doctrina que busca «no tanto describir lo que sucede, como prescribir lo que debería suceder»¹⁵.

En cuanto a los fundamentos, «esta doctrina encuentra su fundamento principal en otras doctrinas, como la de la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. El juez, intérprete último de la ley, no es investido de esa legitimidad que confiere la elección democrática. Por tanto, él debe limitarse a ser, según la expresión de Montesquieu, nada más que «la bouche qui prononce les paroles de la loi». La responsabilidad por las elecciones de naturaleza política incumbe al Par-

cognitiva (por lo que la gran parte de las operaciones realizadas por los juristas y, aún más, por los jueces, no constituye en absoluto interpretación propiamente dicha). Cfr. por ejemplo A. Ross, *On Law and Justice*, cit., cap. IV. El vocablo «interpretación» —señala Ross— es usado con referencia a dos actividades completamente distintas y heterogéneas: (a) por un lado, la interpretación propiamente dicha, entendida como actividad de conocimiento del significado o, más bien, de los significados; (b) por otro lado, la «administración de justicia», o bien el «método judicial», en definitiva la aplicación del derecho, la cual en ningún caso es actividad puramente cognoscitiva. Este modo de expresarse, observa Ross, deriva del deseo de esconder la función creadora y política del juez (cit. p. 139). La interpretación propiamente dicha, por tanto, es algo distinto del método judicial y es una empresa cognoscitiva: «a cognitive activity aiming merely at the ascertainment of the meaning as an empirical fact» (cit., p. 138). No obstante, Ross no considera que todo enunciado exprese un solo, unívoco, significado. Considera, al contrario, que la interpretación puede desembocar en una pluralidad de significados alternativos (ambigüedad) y siempre desemboca en un significado indeterminado (vaguedad): no, por tanto, en «un» significado, sino —podríamos decir, con Kelsen— en un «marco» de significados. Ante dicho «marco» la interpretación no puede no detenerse («the interpreter must give up»: cit., p. 120): en el sentido que, por definición, la elección entre varios significados alternativos, como así también la decisión en torno a los límites de un significado vago, no es obra de la interpretación propiamente dicha, sino que es fruto de decisión *lato sensu* política. La aplicación del derecho, a diferencia de la interpretación propiamente dicha, no es una empresa puramente cognoscitiva: si bien hay en ella también un componente cognoscitivo (cit. p. 136, 139, 140), la administración de justicia es una actividad —en última instancia— decisoria, volitiva (cit., p. 136, 139). Por un lado, es siempre posible entender las palabras de la ley de modo tal que los hechos del caso entren en su campo de aplicación, como también entenderlas de modo tal que no entren en absoluto en su campo de aplicación (cit., p. 137 s.). Por otro lado, el significado de los textos normativos nunca es unívoco y determinado: la equivocidad y la indeterminación del significado exigen una elección (cit., p. 138), cuyo origen solo puede ser una valoración (cit., p. 139, 140-141).

¹⁴ Y precisamente una ideología «estática» de la interpretación: cfr. J. Wróblewski, «Théorie et idéologie de l'interprétation», en *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972, p. 63 ss.; J. Wróblewski, «Interprétation juridique», en A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, II ed., Paris, 1993, p. 316.

¹⁵ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 11; P. Coté, «Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leur rapports», en P. Anselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, 1995, p. 191.

lamento [...]. Estos principios postulan por tanto que el significado de las leyes viene predeterminado por el Parlamento y que el intérprete es políticamente pasivo y está sometido a la voluntad soberana de la que la ley emana»¹⁶.

En cuanto a los resultados, esta doctrina tiende, por un lado, a asegurar la certeza del derecho (estabilidad de las relaciones y previsibilidad de las decisiones judiciales) y, por otro lado, a realizar la justicia formal (igual tratamiento de los casos iguales)¹⁷.

3. LA TEORÍA ESCÉPTICA

Según la teoría que llamaremos «escéptica», y que a menudo es llamada (por metonimia) «realista» ya que se puede reconducir a alguna forma de realismo jurídico (especialmente americano)¹⁸, la interpretación (en particular: la judicial) es un *acto* no de conocimiento, sino de elección y, por tanto, de *voluntad*. Los textos normativos no tienen un único, unívoco, significado objetivo preconstituido: la atribución de significado a los textos normativos es fruto de decisión discrecional de los intérpretes (en última instancia, de los jueces)¹⁹.

Los jueces de última instancia, en particular, son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado y no hay nadie que pueda contradecir sus decisiones interpretativas: «Whoever hath an *absolute authority* to interpret any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them»²⁰.

¹⁶ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 12; pero véase G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, introducción.

¹⁷ Cfr. J. Wróblewski, «Interprétation juridique», cit., p. 316; P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., pp. 12. y s.

¹⁸ Pero hay que decir que la tesis escéptica es generalmente compartida también por los teóricos de orientación hermenéutica. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

¹⁹ Sobre las implicaciones teórico-políticas de la teoría escéptica de la interpretación, ver J.L. Martí, «El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?», en *Isonomia. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 17, 2002; M. Barberis, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005.

²⁰ Benjamin Hoadley, Bishop of Bangor, citado por J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948, p. 102.

De la teoría escéptica, sin embargo, se pueden registrar dos notables variantes²¹.

(1) *Primera variante (moderada)*. La primera variante de la teoría escéptica es la sostenida a lo largo de todo este libro. Recuerdo aquí sucintamente algunos de sus aspectos fundamentales:

(i) los textos normativos son por lo general equívocos, es decir, son susceptibles de interpretaciones sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente mutables²²;

(ii) toda norma es indeterminada (vaga): siempre pueden darse supuestos de hecho de dudosa cualificación;

(iii) todo texto normativo admite, por lo general, una pluralidad de interpretaciones (en abstracto) alternativas igualmente plausibles: la elección entre una interpretación u otra es un acto obviamente discrecional;

(iv) la vaguedad de toda norma puede ser discrecionalmente reducida (en concreto) tanto incluyendo en, como excluyendo de, su campo de aplicación los casos dudosos o marginales;

(v) la interpretación puede ser actividad, según los casos, cognitiva, decisoria o creadora;

(vi) los enunciados interpretativos cognitivos tienen valor de verdad, los enunciados decisorios (y, con mayor razón, si son nomopoiéticos, es decir, creadores de normas) no puede decirse que sean ni verdaderos ni falsos;

(vii) la interpretación creativa —en última instancia, la «construcción jurídica»— es un fenómeno muy difundido y constituye (no exactamente «interpretación» de textos normativos, sino) producción de derecho nuevo;

(viii) la interpretación judicial es, obviamente, decisoria (nunca podría ser meramente cognitiva) y, con frecuencia, es genuinamente creadora de nuevas normas.

(2) *Segunda variante (extrema)*. La segunda variante de la tesis escéptica, en sustancia, dice así: los textos normativos no tienen *ningún*

²¹ Cfr. también E. Dicitoli, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, cit.

²² La pluralidad de significados posibles, recuerdo, depende no tanto de la intrínseca ambigüedad, semántica y/o sintáctica, de las formulaciones normativas, como (de la elasticidad de las reglas lingüísticas y sobre todo) de la variedad de métodos interpretativos, de la variedad de tesis dogmáticas elaboradas en la doctrina y, naturalmente, de las preferencias (intereses prácticos, sentimientos de justicia) de los intérpretes.

significado²³ antes de la interpretación. El significado no preexiste a la interpretación: es más bien su *resultado*²⁴.

De manera que los intérpretes —especialmente los jueces de última instancia— son totalmente libres de atribuir a todo texto normativo, literalmente, *cualquier* significado²⁵.

En algún sentido, no existe ni siquiera derecho antes de la interpretación: los textos normativos no son exactamente «derecho», sino solo *fuentes* del derecho. Todo el derecho, en este sentido, es creado no por los legisladores, sino por los intérpretes y solo por ellos.

Espero que el lector aprecie la diferencia entre esta versión del escepticismo y la anterior: una cosa es decir que los textos normativos tienen una pluralidad de significados posibles (admiten una multiplicidad de interpretaciones), otra cosa es decir que no tienen significado alguno (admiten cualquier interpretación).

4. LA TEORÍA ECLÉCTICA

Según la teoría que llamaremos «ecléctica» o «intermedia», ya que intenta conciliar las dos precedentes (oponiéndose a ambas), la interpretación —en particular: la interpretación judicial— es, según las circunstancias, *a veces acto de conocimiento, otras veces acto de voluntad*²⁶.

También de esta teoría, sin embargo, se pueden registrar dos variantes²⁷.

(1) *Primera variante.* La primera versión de la teoría —que es además la más influyente— subraya la irreductible «textura abierta» (*open texture*), es decir, la vaguedad, la indeterminación, la imprecisión de cualquier disposición jurídica, y distingue, dentro del significado de toda disposición normativa, junto a un «núcleo» de significado estable y aceptado, una «penumbra» de incertidumbre²⁸.

Consecuentemente²⁹, dada una norma cualquiera, hay casos (controversias y/o supuestos de hecho) que claramente entran en o, de manera igualmente clara, quedan fuera de, su campo de aplicación (casos fáciles o claros), así como controversias marginales para las

²⁶ Una exposición ejemplar en J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, 1997, pp. 187 y s., 218 y ss.

²⁷ Aunque debo confesar que la distinción entre las dos versiones es tal vez fruto de haber forzado las cosas por mi parte.

²⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; H.L.A. Hart, «American Jurisprudence through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream» (1976), ahora en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; G.R. Carrió, «Sull'interpretazione giuridica» (1965), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989; G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, 1994, p. 49 ss.; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, cap. VIII; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 303 y ss.; E. Bulygin, «Cognition and Interpretation of Law», en L. Gianfrancesco, R. Guastini (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 257 y ss.; J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, cit., pp. 185 y ss.; J.J. Moreso, «De nuevo sobre la Vigilia. A modo de réplica a mis críticos», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1999; M. Barberis, «Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la gènoise», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001; F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, cap. VIII. Sobre la teoría de la interpretación de Hart, ver C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, cap. V.

²⁹ Como ya sabemos: el punto ha sido ilustrado en su momento al tratar sobre la vaguedad de las normas.

²³ O, si acaso lo tuviesen, esto sería en cualquier caso irrelevante para la teoría de la interpretación jurídica. Como escribe M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, p. 92 (en nota): «la tesis según la cual el intérprete de la ley es el verdadero legislador [...] afirma que [...] la ley no tiene otro significado que aquel determinado por el intérprete».

²⁴ Cfr. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cit., pp. 124 y s., 170: «After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statutes; «It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law». Cfr. también M. Troper, «Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?», en *Pouvoirs*, 16, 1981, p. 9: «En effet, ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification; y por último G. Tarullo, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 395: «El proceso interpretativo se ejerce sobre un enunciado [...] y alcanza a la norma; la norma no precede como dato, sino más bien sigue como producto, al proceso interpretativo».

²⁵ Ver de M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, cit., pp. 332 y ss.: «Una teoria realista dell'interpretazione», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001, cap. V. Ver además O. Pfersmann, M. Troper, *Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione*, Napoli, 2007. Cfr. R. Guastini, «Michel Troper sur la fonction juridictionnelle», en *Droit*, 37, 2003.

cuales la aplicación de la norma es dudosa, discutible, controvertida (casos difíciles o dudosos)³⁰.

Pues bien, la interpretación es acto de conocimiento cuando se trata de decidir la calificación jurídica de un caso claro y acto de voluntad cuando se trata de decidir la calificación jurídica de un caso dudoso³¹. En otras palabras, ante un caso claro, que se ubica en el núcleo de significado aceptado de la formulación normativa, el juez puede limitarse a «descubrir» este significado objetivo; por el contrario, ante un caso dudoso —ni claramente incluido en, ni claramente excluido de, el campo de aplicación de la norma— el juez no puede hacer otra cosa que «decidir» discrecionalmente el significado³².

Como es evidente, en este contexto, se entiende con «significado» no el sentido de un enunciado completo (lo que se determina por interpretación en abstracto), sino la referencia de un predicado (lo que se determina por interpretación en concreto).

Desde este punto de vista: la teoría cognoscitivista, al sostener que la interpretación es (siempre) acto de conocimiento, descuida la inevitable textura abierta del lenguaje que, necesariamente, cuando un caso se ubica en los márgenes de la textura, impone al intérprete elecciones; la teoría escéptica, por su parte, al sostener que la interpretación es (siempre) acto de voluntad, descuida la existencia de reglas lingüísticas

³⁰ Escribe R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 245: «En general toda ley tiene un centro (claro) y una periferia (menos nítida, menos marcada)». No se le escape al lector que el discurso está circunscrito a la solución de controversias. Se revela aquí un primer e inevitable límite de la teoría en cuestión: ella ve solo la interpretación en concreto, ignora la interpretación en abstracto. Volveremos sobre este punto más adelante.

³¹ «La solución de los casos del primer tipo [...] puede ser adecuadamente descripta usando expresiones tales como «el intérprete descubrió o halló el significado que tal o cual norma tiene», o bien «el intérprete aplicó tal o cual regla en su significado objetivo». [...] En cambio, la solución de los casos del segundo tipo [...] no puede ser descripta de ese modo sin engendrar graves equívocos. El caso no está claramente incluido ni claramente excluido por el significado «descubrible» de las palabras de la ley. El intérprete [...] se ve forzado a decidir, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas. Su decisión, en consecuencia, no está controlada por ellas. Para considerar el caso como incluido o como excluido el intérprete se ve forzado a *adjudicar* a la regla un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía. [...] Ese sentido o significado [...] ha sido *puesto* por el intérprete sobre la base de una decisión no determinada por los hábitos lingüísticos establecidos»: G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 57.

³² En síntesis, los jueces no tienen ocasión de ejercer poder discrecional alguno cuando deciden un caso fácil, mientras que es inevitablemente discrecional toda decisión de un caso difícil, ya que supone una elección entre soluciones distintas y conflictivas.

compartidas e incontestadas, que determinan unívocamente y hacen cognoscible el núcleo de significado de toda expresión del lenguaje.³³

(2) *Segunda variante.* La segunda versión de la teoría distingue no entre casos fáciles y difíciles, sino entre textos claros y unívocos y, respectivamente, equívocos u oscuros. Podríamos decir así: mientras la primera versión sostiene que la discrecionalidad interpretativa depende del «mundo» (la infinita variedad de controversias o de supuestos de hecho), la segunda versión sostiene que la discrecionalidad judicial depende del lenguaje de la autoridad normativa, es decir, de la formulación de las normas jurídicas³⁴.

Los textos normativos pueden ser o claros y unívocos, es decir, provistos de un significado cierto y reconocible, o equívocos y oscuros, es decir, susceptibles de distintas y conflictivas interpretaciones. Cuando un texto es claro e inequívoco, por lo que no hay dudas acerca del significado que el mismo incorpora, la interpretación es un mero acto de conocimiento (o comprensión) del significado.³⁵ Por el contrario, cuando —y solo cuando— un texto jurídico es oscuro o equívoco, y por tanto su significado es dudoso o controvertido, la interpretación consiste (y no puede no consistir) en la elección entre varios significados en competencia y, por tanto, constituye acto de voluntad³⁶.

En conclusión, ante un texto claro, cuyo significado no presenta dudas, el juez se limita a tomar conocimiento del significado; por el contrario, ante un texto oscuro, cuyo significado es dudoso, el juez no puede sino «decidir» discrecionalmente el significado.

³³ Se revela aquí un segundo límite de la teoría en cuestión: esta asume que no hay otra interpretación que aquella literal. También sobre esto volveremos a su debido tiempo.

³⁴ Ver de J. Wróblewski: *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., Helsinki, 1983; *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Juridica 32, 1987; *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992. Agregar M. Dascal, J. Wróblewski, «Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law», en *Law and Philosophy*, 1988.

³⁵ Incluso, según la teoría en examen, en estas circunstancias no hay siquiera espacio para la interpretación (entendida en sentido estricto), desde el momento que «interpretatio cessat in claris», o bien «in claris non fit interpretatio». Los textos claros no son «interpretados», sino simplemente «comprendidos». Cfr. P. Comanducci, «La interpretación jurídica», en J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, 2011. Ver cuanto hemos dicho en el capítulo anterior en torno a la tesis «significado sin interpretación».

³⁶ Las decisiones jurisdiccionales no tienen carácter discrecional cuando aplican un texto claro y unívoco, pero son el producto de una elección discrecional toda vez que aplican un texto oscuro o equívoco.

Por tanto, desde este punto de vista: la teoría cognoscitivista desconoce la existencia de textos equívocos y oscuros, que necesariamente imponen al intérprete una elección; la teoría escéptica, por su parte, desconoce la existencia de textos claros y unívocos, cuyo significado puede ser simplemente conocido (comprendido).

5. EL ESTATUTO LÓGICO DEL DISCURSO INTERPRETATIVO

Cada una de las tres teorías de la interpretación sucintamente expuestas en los apartados anteriores incorpora una tesis relativa al estatuto lógico de los enunciados interpretativos en abstracto («T significa S») y/o en concreto («El supuesto de hecho F entra en el campo de aplicación de la norma N»)³⁷.

(1) Según la teoría cognoscitivista, los enunciados interpretativos (de ambos tipos) son enunciados del discurso descriptivo, como tales verdaderos o falsos.

(2) Según la teoría escéptica-moderada, se puede *tal vez* conceder que (bajo ciertas condiciones) tengan valor de verdad los enunciados interpretativos en concreto (o subsuntivos) que se refieren a «casos claros», pero los enunciados interpretativos en abstracto, así como los enunciados interpretativos en concreto que se refieren a «casos dudosos», pertenecen al discurso «adscriptivo»: no puede decirse que sean ni verdaderos, ni falsos³⁸.

³⁷ R. Guastini, «Interpretive Statements», en R. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, 1997.

³⁸ Descartada la tesis según la cual los enunciados interpretativos pertenecen al lenguaje en función descriptiva (y descartado que por tanto tengan valor de verdad), queda por determinar cuál es su estatuto lógico. Una posible respuesta es la siguiente: «Las interpretaciones de los enunciados preceptivos (es decir, los "significados" atribuidos a los enunciados preceptivos, es decir, desde otro punto de vista, las "normas" expresadas por tales enunciados), en cuanto segmentos del lenguaje de uso preceptivo, no son (no pueden ser) ni verdaderas ni falsas» (G. Tarello, *Diritto, enunciati usi*, cit., 395). Pero este punto de vista no convence. Un enunciado interpretativo («T significa S») es un enunciado metalingüístico que incorpora dos enunciados del lenguaje objeto: el enunciado interpretado (el texto T) y el enunciado interpretante (el significado S). Como puede verse, Tarello aquí confunde el enunciado interpretativo con el enunciado interpretante. Este último es, claro está, una norma. Pero esto nada nos dice sobre el estatuto lógico del enunciado interpretativo, ya que la norma en cuestión no es *preferida* mediante el enunciado interpretativo, sino solo en él *mencionada*. Cfr. R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, cit. Creo que para resolver el problema se debe abandonar la idea que las funciones respectivamente descriptiva y

(3) Según la teoría escéptica extrema, ningún enunciado interpretativo puede nunca ser verdadero o falso: todos los enunciados interpretativos pertenecen al discurso normativo (creador de normas nuevas, dado que las normas son significados pero, por otra parte, no hay significados antecedentes a la interpretación).

(4) La primera variante de la teoría ecléctica sostiene que los enunciados interpretativos en concreto pueden tener o no tener valor de verdad según las circunstancias: son verdaderos o falsos (tienen por tanto carácter cognoscitivo o descriptivo) cuando resuelven un «caso fácil», es decir, atribuyen al texto un significado pacífico³⁹; no son ni verdaderos ni falsos (tienen carácter adscriptivo) cuando resuelven un «caso dudoso», es decir, atribuyen al texto un significado controvertido⁴⁰. La teoría en cuestión no tiene una tesis definida en torno a los enunciados interpretativos en abstracto⁴¹.

(5) La segunda variante de la teoría ecléctica sostiene que los enunciados interpretativos en abstracto pueden tener o no tener valor de verdad según las circunstancias: son verdaderos o falsos (tienen por tanto carácter descriptivo) cuando determinan el significado de un texto claro; no son ni verdaderos ni falsos (tienen carácter adscriptivo) cuando deciden el significado de un texto equívoco.

6. SOBRE LA TEORÍA COGNOSCITIVISTA

La tesis según la cual el significado es algo preconstituido respecto de la interpretación, aunque discutible, no es algo insostenible. Al contrario, es del todo plausible: se podría alegar como prueba el hecho que todos nosotros solemos distinguir entre expresiones dotadas de significado — aunque sea de un significado dudoso, equívoco o impreciso — y

prescriptiva del lenguaje sean (no solo mutuamente excluyentes, sino también) conjuntamente exhaustivas (ver por ejemplo J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969). Hay buenas razones para considerar que los enunciados interpretativos tienen carácter «adscriptivo», de manera similar a las definiciones estipulativas.

³⁹ En el sentido que atribuyen al predicado usado en la formulación del antecedente de una norma su significado literal, aplicando así la norma a un supuesto de hecho al que ella es *obviamente* aplicable.

⁴⁰ En el sentido que atribuyen al predicado usado en la formulación del antecedente de una norma un significado más restringido o más amplio del literal, aplicando así la norma a un supuesto de hecho al cual ella *no es obviamente* aplicable (su aplicabilidad es discutible).

⁴¹ Y esto, como veremos, es síntoma de una concepción (encubiertamente) cognoscitivista de la interpretación en abstracto.

expresiones que carecen radicalmente del mismo (del tipo: «La raíz cuadrada de la voz felina es rosa»)⁴².

Pero que todo texto normativo exprese uno y solo un significado unívoco y preciso, susceptible de conocimiento es, para cualquiera que conozca la práctica doctrinal y jurisprudencial, una tesis francamente contraintuitiva y tal vez no interesante.

(a) La tesis es contraintuitiva frente a la variedad de interpretaciones a las que de hecho todo texto normativo está sujeto: por parte de juristas de distintas escuelas, de jueces y/o funcionarios administrativos de distinta orientación, etc. En verdad, que toda disposición normativa admita, por lo general, una pluralidad de interpretaciones —variables dependientes, como sabemos, de los distintos métodos interpretativos comúnmente aceptados, de las tesis dogmáticas (en conflicto) esgrimidas por las distintas doctrinas, así como de los sentimientos de justicia de los intérpretes— es hoy en día ampliamente aceptado⁴³.

Nótese, por otra parte, que si los enunciados interpretativos tuviesen valor de verdad, dada una pluralidad de enunciados interpretativos distintos (referidos, se entiende, a un mismo texto normativo), uno solo de ellos sería verdadero, mientras todos los restantes serían necesariamente falsos⁴⁴. Por lo que la práctica interpretativa —que además es obra no de simples improvisados sino de juristas, jueces y funcionarios competentes— daría lugar a una cantidad inmensa de enunciados interpretativos falsos. ¿No sería realmente sorprendente?

(b) La tesis, además, no es interesante sobre todo por la siguiente razón. Admitamos por un momento que los enunciados interpretativos tengan valor de verdad y supongamos que un órgano competente para determinar en última instancia el significado de un determinado texto (por ejemplo, un magistrado) formule un enunciado interpretativo falso y sobre el mismo fundamente una decisión (por ejemplo, la parte dispositiva de una sentencia). Pues bien, semejante decisión, aunque fundamentada sobre una interpretación «falsa» produciría de todos modos los efectos jurídicos que le son propios. La «falsedad» de la interpretación, en otras palabras, sería jurídicamente irrelevante⁴⁵.

⁴² Críticas agudas a la teoría cognoscitivista en J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, cit., pp. 200 y ss.

⁴³ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 395.

⁴⁴ Cfr. E. Dicitotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivism e scetticismo interpretativo*, cit., p. 5.

⁴⁵ Sobre esto han insistido Kelsen y los realistas americanos.

Sin embargo, la tesis según la cual los enunciados interpretativos tienen valor de verdad no puede decirse que carezca sin más de toda plausibilidad (¿por qué no, después de todo?), y es razonable concederle al menos una posibilidad de fundamentación⁴⁶.

Pues bien ¿cómo se puede fundamentar la tesis según la cual los enunciados interpretativos tienen valor de verdad? Si convenimos que un enunciado interpretativo es un enunciado que atribuye significado a un texto normativo, parece que el único modo de fundamentar la tesis en cuestión es alegar alguna teoría del significado. Es decir, una teoría que, al menos a primera vista, aclare qué es el significado.

Sin embargo —hay que preguntarse— ¿en qué otra cosa puede consistir una teoría puramente descriptiva del significado sino en la reconstrucción de la práctica interpretativa —de la práctica de atribución de significado— de alguna comunidad de intérpretes? Así, por ejemplo, quien afirma, en el ámbito de la teoría general del significado —en referencia tácita a la comunicación ordinaria (extra-jurídica)— que el significado depende, supongamos, del contexto ¿qué otra cosa puede querer decir sino que comúnmente todos nosotros (comunidad universal de intérpretes) atribuimos significado a la luz del contexto del discurso?

En definitiva, dicho de otra forma, la teoría del significado de los textos jurídicos⁴⁷ no puede ser otra cosa que la reconstrucción de la práctica de atribución del significado propia de los operadores jurídicos (dentro de unas coordenadas espacio-temporales dadas). Por lo que la teoría del significado jurídico no es algo distinto de la teoría de la interpretación jurídica: simplemente coincide con ella⁴⁸.

Ahora bien, si se presta atención a la historia de la cultura jurídica, vienen en seguida a la mente dos teorías del significado: no son las únicas, es verdad, pero son sin duda las más conocidas por el gran

⁴⁶ Naturalmente, quien no esté convencido —y es evidentemente mi caso— no puede no endosar a cuantos la sostienen la carga de fundamentarla. Empresa que, sorprendentemente, entre los teóricos de la interpretación ninguno ha afrontado nunca de manera explícita. La tendencia dominante es aquella de sobrentender —pero solo raramente de teorizar *expressis verbis*— que los textos normativos, salvo los raros casos de ambigüedad, incorporan un significado objetivo (aunque vago) identificable a través de la simple aplicación de las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en la que son formulados. De aquí la directiva metodológica «In claris non fit interpretatio», sobre la que hemos hablado repetidas veces.

⁴⁷ Para no comprometerme omito el juicio sobre el significado de otros textos, no jurídicos (pero sospecho que para cualquier tipo de texto se pueda decir lo mismo).

⁴⁸ Cfr. P. Chiassoni, «L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1999.

público (de los juristas y también de los legisladores)⁴⁹. Por comodidad me limitaré a dichas teorías.

(i) Por un lado, tenemos la teoría según la cual el significado de un texto normativo es aquel, llamado a veces «objetivo», que corresponde al uso común del lenguaje —es decir, a las reglas semánticas y sintácticas generalmente aceptadas— en la comunidad lingüística de referencia.

(ii) Por otro lado, tenemos la teoría según la cual el significado de un texto normativo es aquel, llamado a veces «subjetivo», que corresponde a la voluntad o intención de la autoridad normativa.

La primera teoría parecería ser dominante en la literatura teórico-general, aunque con frecuencia en estado latente. La segunda parece dominante entre los juristas, obsequiosos —al menos de palabra⁵⁰— hacia el legislador, especialmente si es democrático, y/o todavía suponiendo alguna ingenua doctrina voluntarista⁵¹.

No dudo que cada una de las dos teorías reconstruya verídicamente (una parte, pero solo una parte, de) la práctica interpretativa de la comunidad de hablantes de una determinada lengua en su conversación cotidiana, en el intercambio epistolar, en la lectura de periódicos y obras literarias, en la audición de transmisiones radiofónicas o canciones, etc. ¿Pero se puede decir que alguna de ellas reconstruya verídicamente la práctica interpretativa de los juristas? Evidentemente no.

Los operadores jurídicos se atienen —según conveniencia— a veces al uso común de las palabras, a veces a la (presunta) intención de la autoridad normativa y, mucho más a menudo, a otras cosas —bastante más evanescentes, como la así llamada «voluntad objetiva de la ley», el «sistema de derecho», etc.—, habiendo elaborado a lo largo de los siglos una gran cantidad de instrumentos conceptuales y argumen-

⁴⁹ Aludo, obviamente, al artículo 12, apartado 1, sobre las disposiciones de ley en general, que introduce el Código civil italiano vigente.

⁵⁰ Solo de palabra, en efecto: la aplicación coherente de esta teoría del significado, de hecho, exigiría que se recurriese a los trabajos preparatorios para argumentar la interpretación; pero muy raramente los intérpretes consultan los trabajos preparatorios y los usan como argumentos en favor de la interpretación escogida.

⁵¹ Tiene razón U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 105 y ss., cuando observa que las autoridades normativas no (no necesariamente) deliberan sobre el contenido de las normas; lo que deciden es solo establecerlas. Y esto es, para Scarpelli, un argumento en favor de la interpretación «objetiva», que consiste en «determinar el sentido de los signos con los cuales la norma está formulada», y en contra de la interpretación subjetiva, que consiste en «buscar la voluntad» del autor (p. 111).

tativos idóneos para su objetivo⁵². En la práctica jurídica el significado no precede a la interpretación: depende de ella⁵³.

Se abren, entonces, dos posibilidades: podemos considerar las dos teorías del significado antes mencionadas (y otras que se podrían mencionar) como genuinas teorías descriptivas del significado —es decir, de la práctica interpretativa de los juristas— aunque evidentemente *falsas*; o bien podemos considerarlas como doctrinas o ideologías prescriptivas (enmascaradas) de la interpretación. Es decir, como discursos que pretenden transmitir información sobre la práctica interpretativa de los juristas, pero que en realidad quieren orientarla o están predispuestos a valorarla y criticarla⁵⁴.

A fin de cuentas, podemos sospechar que cualquier teoría del significado (de los textos jurídicos) distinta de la descripción de la práctica interpretativa (de los juristas), en efecto no sea más que una ideología, una doctrina prescriptiva, de la interpretación.

7. SOBRE LA TEORÍA ESCÉPTICA

La tesis escéptica⁵⁵ según la cual la interpretación no es conocimiento sino decisión del significado puede ser entendida en dos modos alternativos, que corresponden a las dos variantes del escepticismo. Puede ser entendida en el sentido que antes de la interpretación no existe, en sentido estricto, ningún significado (o que, si existiese, sería

⁵² Idóneos, es decir, para descartar tanto el significado común de las palabras, como la intención de la autoridad normativa (suponiendo que esta se pueda conocer).

⁵³ O, para decirlo en palabras de Tarello, «la norma no antecede como dato, sino que se sigue como producto, del proceso interpretativo» (G. Tarello, *Diritto, enunciati usi*, cit., p. 395).

⁵⁴ No se ve qué diferencia pueda existir entre sostener, supongamos, que el significado de un texto normativo es aquel correspondiente al uso común del lenguaje, y recomendar a los operadores jurídicos que interpreten precisamente de conformidad con el uso común (pasando así por alto, alegremente, la intención del «legislador», suponiendo que exista y pueda conocerse, el «sistema» de derecho, la «ratio legis» y todo lo demás). ¿Que otro sentido tiene, dirigida a los operadores jurídicos, la tesis según la cual el significado de un texto normativo es aquel conforme a la intención del «legislador», si no es el de invitarlos a todos a buscar precisamente la intención del legislador y atenerse a ella, descartando otros significados posibles (si los hay, y normalmente los hay)?

⁵⁵ La teoría escéptica de la interpretación no debe ser confundida con la ideología (la doctrina prescriptiva) de la «libre búsqueda» del derecho. Sobre la misma ver L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, especialmente cap. III, parte III; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., pp. 285 y ss.

en todo caso irrelevante), o bien en el sentido que antes de la interpretación no existe *un solo* significado.⁵⁶ Naturalmente, es la primera variante de la tesis escéptica que me apresto a comentar críticamente (desde el momento que comparto la segunda variante).

La tesis escéptica extrema —«ningún significado antes de la interpretación»— puede ser criticada bajo distintos puntos de vista.⁵⁷ Me limitaré, sin embargo, a aquel que es, a mi juicio, el punto esencial.

Si no existe ningún significado antes de la interpretación —ni siquiera, nótese, el significado literal *prima facie*—, entonces toda interpretación es creadora del (de un) significado, es decir, de la (de una) norma. Pero si cualquier interpretación crea la (una) norma, se cae inevitablemente en una noche en la que todos los gatos son pardos. Se hace imposible, y en cualquier caso carente de todo interés, distinguir entre distintos tipos de interpretación: en particular, entre interpretaciones meramente decisorias (todas las interpretaciones judiciales lo son) e interpretaciones creadoras. El análisis de la jurisprudencia resulta, cuanto menos, empobrecido.

Además, la tesis extrema «ningún significado antes de la interpretación» presupone un concepto demasiado amplio de interpretación: de

⁵⁶ Desde este punto de vista, «el texto, aunque no unívoco, tiene de todos modos un significado, en el sentido que circunscribe sin duda el ámbito de las interpretaciones posibles» (R. Sacco, «L'interpretazione», en G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, dirigido por R. Sacco, Torino, 1999, p. 181). Cfr. H. Kelsen, «Sulla teoria dell'interpretazione» (1934), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, pp. 107 y ss.

⁵⁷ Entre los cuales, por ejemplo, los siguientes. (i) Entendida como tesis de filosofía del lenguaje, la tesis es implausible. El análisis del lenguaje es práctica común de la filosofía de la ciencia, de la historia de las ideas, de la crítica literaria, de la filosofía del derecho, de la misma filosofía del lenguaje, etc., y consiste precisamente en la búsqueda del significado: esta práctica sería insensata si no hubiese significado antes de la interpretación. Nótese que, como he dicho ya en relación con otra cuestión, generalmente estamos en condiciones de distinguir entre enunciados provistos de significado y enunciados que no están provistos de significado («El número cuatro está mojado»). Claro está, el significado de un enunciado es con frecuencia controvertido (equivoco y/o vago), pero esto quiere decir, precisamente, que el significado es discutible, no que no exista en absoluto. (ii) Entendida como tesis de teoría del derecho, la tesis en cuestión consiste en sostener que, literalmente, la interpretación *crea la norma*. En este punto de vista se esconde un error tan simple como inevitable. Podemos convenir que toda decisión —incluidas evidentemente las decisiones interpretativas— es un acto de voluntad y que, por tanto, presupone una elección entre alternativas. Sin embargo, «querer» y «escoger» no necesariamente consisten en «crear» algo. En cualquier caso, críticas muy sensatas a la teoría escéptica extrema se pueden ver en J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, cit., pp. 213 y ss.; E. Dichiotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, cit.

modo que cualquier enunciado dotado de la forma lógica *standard* de un enunciado interpretativo —«T significa S»— constituye un genuino enunciado interpretativo. Por ejemplo, dada una disposición constitucional que utilizase el vocablo «república», serían meras interpretaciones, igualmente legítimas, por decirlo así, tanto el enunciado «República significa forma de Estado en la que el jefe de Estado es un cargo electivo», como el enunciado «República significa forma de Estado en la que el jefe de Estado es un monarca con carácter hereditario». ¿No es más natural, y sobre todo más informativo, decir que la primera sería una normal y plausible interpretación decisoria, mientras la segunda sería una interpretación francamente creadora de un significado nuevo, fuera del «marco» de los significados plausibles?⁵⁸

La interpretación, como he dicho en otra parte, tiene límites conceptuales: no cualquier enunciado que se pretenda interpretativo puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de enunciado interpretativo. La interpretación consiste no ya en atribuir a un texto normativo *cualquier* significado, sino en atribuir un significado admitido por los usos lingüísticos, por los métodos interpretativos al uso, por la dogmática existente.

Los órganos de aplicación de última instancia (típicamente, pero no solo, los magistrados de tribunales superiores) pueden —*de facto* y *de jure*, precisamente porque son de última instancia— atribuir a los textos normativos *cualquier* significado de su agrado, como subraya la teoría que estamos discutiendo: verdadero. Y su decisión produce efectos jurídicos, al menos *inter partes*: verdadero. Pero esto no quiere decir que siempre realicen genuina «interpretación»: a veces deciden un significado dentro del «marco» de los significados admisibles (interpretación decisoria o interpretación por antonomasia, propiamente dicha); otras veces crean una norma nueva (interpretación creadora o construcción jurídica).⁵⁹

⁵⁸ Aplicada a la controversia cotidiana, la tesis «ningún significado antes de la interpretación» haría imposible distinguir entre «entender» y «entender mal» algo. Aplicada a las definiciones (cuya estructura lógica es idéntica a la de los enunciados interpretativos), haría imposible distinguir entre definiciones lexicales y estipulaciones. Aplicada, en particular, a la práctica jurídica haría imposible distinguir entre la «normal» interpretación decisoria (elección de un significado dentro del «marco» de los posibles significados en competencia, comprobables mediante interpretación cognitiva) y la creación de un significado enteramente nuevo.

⁵⁹ En verdad, algunos (pienso por ejemplo en Michel Troper) parecen poner en cuestión la legitimidad misma de la distinción entre interpretación cognitiva e interpretación decisoria. Esto no resulta sensato. Supongamos que en el análisis lingüístico una disposición normativa D se revela sintácticamente ambigua, ya que puede expresar la norma N1 o la norma N2. Pues bien ¿cómo se puede desconocer el diferente estatuto

Después de todo, el núcleo de la tesis realista —las decisiones interpretativas no son ni verdaderas ni falsas— no tiene ninguna necesidad de sostener este punto de vista extremo. Es suficiente sostener que los textos normativos son la mayoría de las veces equívocos y siempre vagos: lo cual parece difícil de refutar⁶⁰. Con la aclaración que equívocidad y vaguedad no son (o no lo son siempre) propiedades objetivas de los textos, sino fruto de la pluralidad de métodos interpretativos, de la multiplicidad de tesis dogmáticas, etc., como hemos dicho repetidamente en el curso de este volumen.

8. SOBRE LA TEORÍA ECLÉCTICA

Ambas variantes de la teoría ecléctica despiertan cierta perplejidad.

(i) La primera variante de la teoría ecléctica llama con razón la atención sobre la irreductible vaguedad del significado, pero —y es este su error fatal— quedan completamente fuera de su horizonte los fenómenos de equívocidad. De este modo, las cuestiones interpretativas quedan circunscritas a los problemas de subsunción de supuestos de hecho o casos concretos (los «casos difíciles») bajo normas que, por esto mismo, deben haber sido previamente identificadas⁶¹.

lógico de un enunciado interpretativo cognitivo que *constata* la ambigüedad («D puede significar N1 o N2») y, respectivamente, de un enunciado interpretativo decisorio que la *resuelve* (en un sentido o en otro: «D significa N1» o bien «D significa N2»)?

⁶⁰ Cfr. R. Sacco, «L'interpretazione», cit.: «Que la declaración textual, aislada del contexto, sea regularmente compatible con más de un significado es, se puede decir, un lugar común generalizado» (p. 175); «El texto no tiene un significado objetivo, menos aún tiene un significado (objetivo) unívoco» (p. 186); «El texto tiene un primer significado, que le ha asignado el declarante. Tendrá en seguida un segundo, un tercero, un cuarto significado que le serán asignados por este o aquel otro destinatario, es decir, por este o aquel otro intérprete —o por un solo intérprete en ocasión de una primera, segunda y tercera lectura» (p. 188); «El legislador no está en condiciones de previncular todas las futuras decisiones de los jueces ni, más generalmente, todas las conclusiones de sus intérpretes. Esto es debido a tres factores. En primer lugar, el legislador se expresa mediante palabras y sus palabras no son unívocas. En segundo lugar, él no puede prever qué problemas se presentarán al intérprete y, por esto, no expresa soluciones para los problemas imprevisibles. En tercer lugar, él [...] no dispone de un aparato de coerción que pueda bloquear las desbordantes iniciativas en las que se expresa la vitalidad del intérprete» (p. 200).

⁶¹ Un inciso: es dudoso que tenga sentido hablar de «casos» fáciles. Ninguna controversia o supuesto de hecho puede decirse fácil antes de la interpretación. (Escribe con razón R. Sacco, «L'interpretazione», cit., p. 186: «La limpidez del texto es el punto de llegada de un juicio, de una comprobación. [...] La comprobación presupone el trabajo del intérprete, presupone una interpretación». Por otra parte, «cuando también

Por lo tanto, la primera variante de la teoría ecléctica omite enteramente los problemas —que son también los más espinosos— de la interpretación «en abstracto»: los problemas, es decir, de identificación de las normas en cuanto tales, o bien de resolución de la equívocidad de los textos normativos.

Este punto de vista parece suponer que la identificación en abstracto de las normas formuladas por los textos normativos no es algo problemático, ya que —se supone— los textos jurídicos son formulados en lenguaje natural, por lo que *deben* ser interpretados de conformidad con las reglas sintácticas y semánticas de la lengua de que se trate⁶². En verdad, la teoría en examen parece suponer que —salvo tal vez algún raro caso de genuina ambigüedad— todo texto normativo incorpora unívocamente una norma, objetivamente identificable por vía de interpretación literal⁶³.

Desde este punto de vista, los jueces tienen discrecionalidad (solo) en la decisión de (algunos, marginales) casos concretos, los «casos difíciles», que entran en el área de penumbra del campo de aplicación de las normas. Pero no tienen discrecionalidad alguna en la identificación de la norma en cuanto tal: la interpretación en abstracto es materia de conocimiento, no de decisión.

En definitiva, la primera variante de la teoría que se pretende «intermedia» entre cognoscitivismo y escepticismo es, en realidad, una

el intérprete concluya por afirmar la intrínseca limpidez del texto, su trabajo no termina aquí. Puede ser que la interpretación deba ser no literal y, entonces, la regla «in claris [non fit interpretatio]» cede frente a la necesidad de entender la ley de un modo lógico». Se puede decir que la calificación de un supuesto de hecho (su subsunción bajo una norma determinada) o la solución de una disputa es pacífica solo después de la interpretación. Por otra parte, si por «casos» se entiende, como parece natural entender, controversia, ningún caso puede decirse fácil, de obvia solución: en el sentido que, excepción hecha tal vez de las disputas temerarias, la controversia simplemente no subsistiría si no hubiera argumentos, al menos presentables, a favor de ambas soluciones. Ver, de todos modos, un análisis profundo del concepto de caso fácil en E. Diciotti. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 242 y ss. Cfr. también F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 116 s.: «También en los así llamados casos «fáciles», es decir, cuando la inclusión de un determinado supuesto de hecho en el campo de aplicación de una cierta norma parece relativamente indiscutible, el presupuesto es siempre representado por la interpretación y por la decisión relativa al significado más apropiado atribuible al texto».

⁶² En otras palabras, esta variante de la teoría ecléctica se traduce, por cierto, en una ideología normativa de la interpretación y, precisamente, en una ideología literalista (los textos normativos *deben* ser entendidos según el significado común de las palabras). Volvemos sobre este asunto en el próximo capítulo.

⁶³ E. Diciotti, «Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto», en G. Maniacci, G. Pino, A. Schiavello (eds), *Coerenza e retorica nel diritto*, Palermo, 2008.

forma enmascarada de cognoscitismo. Valgan por tanto para ella las observaciones hechas más arriba sobre cognoscitismo en general.

Por lo demás, también la tesis según la cual los enunciados interpretativos tienen carácter a veces descriptivo, otras veces adscriptivo, según que el significado atribuido al texto sea pacífico o controvertido, no convence. Que no todos los enunciados interpretativos tengan el mismo estatuto lógico es no solo concebible, sino más bien irreprochable: no hay duda que la interpretación judicial —la decisión en torno al significado— es algo distinto de la interpretación «científica»⁶⁴ —entendida como neutro, imparcial, reconocimiento de los significados posibles, es decir, como interpretación cognitiva—, por lo que parece natural pensar que los enunciados interpretativos de los jueces tengan un estatuto lógico distinto al de los enunciados interpretativos de los «científicos» del derecho. Pero no se entiende cómo el carácter descriptivo o adscriptivo de un enunciado interpretativo pueda depender del significado (indiscutible o, al contrario, controvertido) que este atribuye al texto interpretado (antes que de la identidad profesional del intérprete y de las circunstancias pragmáticas de la interpretación)⁶⁵.

⁶⁴ En el sentido kelseniano: cfr. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, pp. 462 y ss.

⁶⁵ Es abstractamente posible que un enunciado interpretativo («T significa S») se use de dos modos (en dos sentidos) radicalmente distintos: (a) por un lado, para interpretar en sentido estricto, es decir, para adscribir significado a un texto normativo; (b) por otro lado, para referir una interpretación (de otros), es decir, para transmitir una información en torno al significado adscrito (por alguien) al texto en cuestión. En un caso, se trata de un discurso interpretativo (precisamente, el discurso de quien adscribe, atribuye, o confiere significado a un texto). En el otro caso, se trata de un discurso descriptivo de interpretaciones (el discurso de quien constata o relata que, de hecho, un texto ha sido interpretado de una cierta manera por parte de alguien). Entre los dos tipos de discurso existe la misma diferencia que distingue las definiciones informativas de aquellas estipulativas (hemos hablado sobre esto en su momento). Por «definición» se entiende la aclaración del significado de un vocablo (o de una locución) mediante (otras) palabras. Se dice informativa la definición de quien describe el modo en que el vocablo en cuestión es efectivamente usado por alguien. Se dice estipulativa la definición de quien propone que ese vocablo sea usado de un cierto modo. Podríamos decir: quien ofrece una definición estipulativa define en sentido estricto; quien ofrece una definición informativa no hace más que relatar —a nivel de metalenguaje— las definiciones estipulativas (expresas o tácitas) de otros. Pero esta distinción no guarda conexión con el hecho que el significado del que se habla sea pacífico o controvertido. Es irrelevante, en definitiva, que se incluya en el campo de aplicación de un texto normativo un caso «claro» o un caso «dudoso». El intérprete que atribuya a un texto normativo un significado —por más obvio y pacífico que pueda ser este significado— pronuncia sin embargo un discurso interpretativo y no descriptivo de interpretaciones (de otros). Por el contrario, el científico empírico del derecho que constata que a cierto texto se le ha atribuido un determinado significado —por más extravagante y controvertido que pueda ser este significado— pronuncia sin embargo un discurso no interpretativo sino solo

Como quiera que sea, si es verdad que todo texto normativo incorpora (es susceptible de recibir) múltiples significados (poco importa, aquí, si son vagos), entonces es también verdad que la interpretación judicial consiste en una elección entre tales significados y, por tanto, en un acto de voluntad. Y, si esto es así, entonces es también verdad que los enunciados interpretativos judiciales tienen necesariamente carácter decisorio, o adscriptivo, y nunca descriptivo.

(ii) La segunda variante de la teoría ecléctica, por su parte, admite la equivocidad de los textos normativos, pero parece creer que tal equivocidad es una propiedad objetiva de los textos mismos —que depende del modo en que los textos en cuestión son formulados— y, por tanto, contingente⁶⁶.

Para empezar, conviene hacer dos observaciones:

(1) Ante todo, la claridad de un texto no precede, sino que sigue, a la interpretación: se puede decir que un texto es claro solo después de haberlo interpretado (el texto resulta claro si se ha interpretado sin dificultad y, digámoslo así, de manera satisfactoria)⁶⁷.

(2) Además, el significado de los textos (especialmente de los textos normativos) es inestable: incluso admitiendo que un cierto texto tenga, en un momento dado, un significado (que se presenta) claro, el

descriptivo de interpretaciones (de otros). Quien describe las interpretaciones de otros, cualesquiera que sean estas interpretaciones, lleva a cabo un acto lingüístico descriptivo: los enunciados del discurso descriptivo tienen valor de verdad (son verdaderos o falsos). Por el contrario, quien interpreta un texto —como quiera que lo interprete— lleva a cabo un acto de lenguaje completamente diferente: precisamente, el acto lingüístico llamado «interpretación». Los enunciados del discurso interpretativo —a menos que imaginemos que las palabras incorporan un significado «propio» objetivo— no pueden tener valor de verdad.

⁶⁶ Cfr. sin embargo M. Dascal, J. Wróblewski, «Transparency and Doubt», cit. Un inciso: que un texto sea claro y unívoco o, por el contrario, equivoco y oscuro, es algo que puede ser establecido solo después de realizada la interpretación. Cfr. P.-A. Coté, «Fonction législative et fonction interprétative», cit., p. 196; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 182. No se puede por tanto sostener que los textos claros y unívocos no requieran interpretación.

⁶⁷ Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 117: «Cuando se sostiene que *in claris non fit interpretatio* se confunde el punto de llegada con el punto de partida: lejos de ser precondition garantizada, la claridad es el resultado de un procedimiento intelectual que es precisamente el procedimiento interpretativo». Ver también P.-A. Coté, *Interpretation des lois*, cit., p. 361 s.: «la claridad no es [...] una propiedad del texto o de la regla: es una propiedad de una impresión que el texto o la regla produce en el espíritu de quien debe decidir; «quien afirma que un texto es claro, lo ha ya interpretado, al menos inconscientemente».

mismo texto puede diacrónicamente llegar a ser objeto de controversias interpretativas hasta entonces inexistentes.

Dicho esto, hay que agregar que esta variante de la teoría ecléctica es sorprendentemente ingenua. Y también en este caso, la (culpable) ingenuidad de la teoría depende de la asimilación —a veces tácita, pero a menudo explícita— entre lenguaje jurídico y lenguaje ordinario.

La comunicación específicamente jurídica —el «diálogo», por así decir, entre las autoridades normativas y los intérpretes— es distinta de la comunicación ordinaria y, tal vez, de cualquier otro tipo de comunicación. La interpretación de los textos normativos, como he dicho ya otras veces, está condicionada no solo por intereses prácticos y por valores (en conflicto)⁶⁸, sino también por la multiplicidad de técnicas interpretativas elaboradas por juristas y, además (casi siempre), por complejas construcciones dogmáticas así como, a veces, hasta por asunciones filosófico-jurídicas y/o filosófico-políticas. Todas cosas completamente extrañas a la conversación cotidiana⁶⁹. No existe una «dogmática» de la conversación cotidiana. Los juristas son capaces de transformar en equívoco cualquier enunciado, cuya interpretación sería del todo pacífica en contextos no jurídicos.

Por estas razones, casi todos los documentos normativos son —al menos parcialmente y al menos diacrónicamente— equívocos. Pero, por otro lado, de nuevo, si todos los textos normativos son equívocos, entonces la interpretación judicial exige una elección entre significados en conflicto. Y el enunciado que expresa esta elección tiene necesariamente carácter decisorio, no cognoscitivo.

⁶⁸ El «juego» de la interpretación jurídica, como hemos dicho, es una práctica no cooperativa, sino conflictiva.

⁶⁹ Es una de las enseñanzas de G. Tarello: de quien cfr. por ejemplo *Diritto, enunciati, usi*, cit., especialmente pp. 329 y ss.

III

CONTROVERSIAS IDEOLÓGICAS

Entiendo por «ideología (o doctrina) de la interpretación» un discurso valorativo y/o prescriptivo en torno a la interpretación¹.

La ideología de la interpretación, así entendida, puede asumir dos formas ligeramente distintas, si bien normalmente entrecruzadas:

(i) a veces (discurso prescriptivo) consiste en elaborar reglas, directivas o métodos de correcta interpretación y construcción jurídica, destinados a guiar *ex ante* el trabajo de los intérpretes y especialmente de los jueces;

(ii) otras veces (discurso valorativo) consiste en valorar *ex post* la corrección de una u otra interpretación, de una u otra orientación interpretativa, de una u otra técnica interpretativa, de una u otra construcción jurídica, de una u otra decisión jurisdiccional.

1. LAS DOS OPOSICIONES FUNDAMENTALES

En la cultura jurídica moderna, la historia de las doctrinas o ideologías de la interpretación está atravesada por dos oposiciones fundamentales²:

¹ «Objetivo de la ideología de la interpretación jurídica es dirigir la actividad interpretativa según ciertos valores o ideales por realizar» (J. Wróblewski, «Teoría e ideología dell'interpretazione», en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 253). No me detengo en los miles de significados que han sido atribuidos al vocablo «ideología».

² Me he referido a esta cuestión antes, al hablar de la especificidad de la interpretación constitucional.

(i) por un lado, la oposición entre una doctrina «literalista» y una doctrina «intencionalista»³;

(ii) por otro lado, la oposición entre una doctrina «estática» y una doctrina «dinámica»⁴.

Cada una de las doctrinas mencionadas, por cierto, conoce no pocas variantes, que sin embargo aquí no serán tomadas en consideración. Más bien, hay que advertir que cada uno de los miembros de la primera pareja oposicional puede combinarse con uno de los miembros de la segunda, dando así lugar a variantes ulteriores (a las que nos referiremos)⁵.

2. LETRA VS. INTENCIÓN

(i) Según la doctrina literalista (en verdad ya bastante obsoleta entre los juristas contemporáneos)⁶, los textos normativos deben ser

³ Cfr. entre otros muchos, B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, II ed., London, 1999, cap. XIV. No hace falta observar que ambas doctrinas las hace propias el Código civil italiano vigente (art. 12, apartado 1, disp. prel., al que nos hemos referido en su momento).

⁴ J. Wróblewski, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», en *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972 (fascículo monográfico: *L'interprétation dans le droit*); J. Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Juridica, 32, 1987. Sucintamente: las doctrinas estáticas «asumen los valores fundamentales de la seguridad jurídica, la certeza y la estabilidad del derecho»; las dinámicas «la máxima adecuación del derecho a las exigencias de la "vida", entendida como el conjunto de las relaciones socio-económicas, ideológicas y culturales del momento en que tiene lugar la interpretación»; según las doctrinas estáticas «el significado de una norma jurídica es constante. Este no cambia en el tiempo y es fijado por el mismo órgano que ha establecido la norma»; según las doctrinas dinámicas, «el significado de la norma jurídica cambia en relación con los cambios del complejo contexto dentro del cual ella es interpretada, vale decir, dentro del susodicho contexto de la "vida"» (J. Wróblewski, «Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, 1989, p. 287).

⁵ Por lo que respecta en particular a la interpretación constitucional, hay que decir que la literatura en la materia raramente se interesa sobre los detalles técnicos (métodos, argumentos) de la interpretación. Generalmente se limita a directivas metodológicas elaboradas con verbosidad excesiva, pero bastante pobres de contenido técnico. Su mayor preocupación parece más bien aquella de exaltar algunos valores políticos: según los casos, la supremacía de la constitución, la inviolabilidad de los derechos, el carácter democrático de la legislación, la certeza del derecho y otros. Todo esto, evidentemente, es una cuestión no exactamente de doctrina de la interpretación, sino más bien de filosofía política (o, como se suele decir, «moral», en sentido lato).

⁶ Con la posible excepción de algún raro penalista de orientación fuertemente garantista. Sobre el garantismo en derecho penal, que aquí solo puede ser mencionado,

entendidos simplemente al pie de la letra, es decir, grosso modo, según las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en la que son formulados⁷.

(ii) La doctrina intencionalista —hoy en día ampliamente extendida, especialmente en la doctrina de la interpretación constitucional— sostiene que a los textos normativos se debe atribuir el significado conforme a la intención (o voluntad) de la autoridad normativa (el legislador, los padres constituyentes, etc.)⁸.

No hace falta señalar, naturalmente, que en los ordenamientos modernos es muy raro que la autoridad normativa, incluida la autoridad constituyente, sea un órgano monocrático. Y esto representa un problema, porque no es en absoluto cierto que los órganos colegiados tengan alguna intención y que esta se pueda conocer⁹.

no se puede no hacer referencia al trabajo fundamental de L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989. La doctrina literalista es obsoleta entre los juristas, pero —como hemos visto en el capítulo anterior, al referirnos a la teoría ecléctica— encuentra muchos seguidores entre los teóricos de la interpretación.

⁷ Cfr. por ejemplo F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, cap. VIII, especialmente p. 175: «[...] el derecho es texto, y es el texto lo que ha de gobernar y controlar las acciones de los seres humanos y el ejercicio del poder. De lo que se trata, pues, es de interpretar un texto, no de fabular un hablante que diga lo que no dice el texto, ni de superponer al texto un significado derivado de la interpretación del intérprete». Como ya he observado en otro lugar, las reglas lingüísticas —especialmente aquellas semánticas— no siempre son unívocas. Entre otras cosas —sobre todo—, por la razón que muchos de los vocablos o sintagmas que se hallan en los textos normativos encuentran uso tanto en el lenguaje común como en el lenguaje (relativamente especializado) de los juristas, por lo que admiten (al menos) dos distintas interpretaciones, ambas literales: aquella que les atribuye el significado común y aquella que les atribuye el significado técnico-jurídico, el cual, a su vez, desgraciadamente no siempre es unívoco. (El significado técnico-jurídico de una expresión contenida en un texto normativo, salvo que venga especificado por una definición expresa de la misma autoridad normativa, depende de las construcciones conceptuales de los juristas y estas frecuentemente divergen entre ellas bajo varios aspectos.) En definitiva, no se puede dar por descontado que la interpretación literal siempre dé lugar a un único, unívoco, significado: bien puede suceder que un texto normativo admita dos o más interpretaciones, igualmente literales y, sin embargo, distintas e incompatibles.

⁸ Tal intención, si acaso pudiese comprobarse, evidentemente se comprobaría mediante el examen de los trabajos preparatorios (por ejemplo, los debates parlamentarios o los actos de una asamblea constituyente) del texto normativo del que se tratase (siempre que aquellos estuviesen documentados).

⁹ F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, cit., p. 175: «hablar del autor de las mismas [las leyes], del "legislador" o de sus presuntas intenciones no puede ser más que una desafortunada metáfora que antropomorfiza, es decir, concibe como un ficticio ser humano parlante, el proceso legislativo tomado como un todo. Una secuencia de actos colectivos reglados, mediados además por multitud de instancias, influencias, sugerencias, presiones y circunstancias aleatorias, no es un "ser" que habla. Y por tanto no puede serle atribuida intención alguna».

Para empezar, resulta dudoso que tenga siquiera sentido hablar de intención o voluntad haciendo referencia (no a individuos, sino) a colegios, desde el momento en que la intención es un estado mental individual y no parece que existan estados mentales «colegiados»¹⁰. Quienes consideren que hablar sobre la intención de órganos colegiados no tiene en absoluto sentido concluirán que toda conjetura en torno a la intención, por ejemplo de una asamblea (una cámara parlamentaria, una asamblea constituyente o, aún más, un parlamento bicameral), es una ficción destinada simplemente a encubrir las preferencias del intérprete; cada uno de los intérpretes de hecho atribuye a la autoridad normativa aquellas intenciones que a él le parecen buenas o razonables¹¹.

Por otra parte, incluso si se superase la duda anterior, seguiría siendo de todos modos muy difícil discernir la genuina intención «de la autoridad normativa» en el seno de la multiplicidad de intenciones personales eventualmente manifestadas por quienes han participado, de varias formas, en la redacción y la aprobación del texto normativo del que se trate.

Como quiera que sea, la verdad es que casi siempre la doctrina intencionalista es objeto, por parte de los juristas, de adhesiones meramente *verbales*. En el sentido que, en la mayor parte de los casos, quienes la sostienen no buscan en absoluto la intención de la autoridad normativa en los trabajos preparatorios, como sería natural. Prefieren o buscar una misteriosa «voluntad objetiva de la ley» (entendida como algo distinto de, y no conectada con, las subjetivas intenciones de los legisladores o de los constituyentes), o hacer conjeturas contrafácticas en torno a lo que la autoridad normativa habría dispuesto si hubiese previsto aquello que, de hecho, no ha previsto en absoluto¹². Todo esto, con la verdadera intención de la autoridad normativa (suponiendo que tal intención exista y sea cognoscible), evidentemente, no tiene nada que ver.

¹⁰ Como máximo, se puede suponer que existan estados mentales individuales compartidos.

¹¹ N. Bobbio, «Le bon législateur», en *Logique et analyse*, n. 53-54, 1971, ha mostrado cuánto peso tiene la hipótesis del legislador racional y/o razonable en el estilo argumentativo del Tribunal italiano de Casación.

¹² Ver, por ejemplo, la jurisprudencia citada en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 397 ss.

3. ESTÁTICA VS. DINÁMICA

(i) La doctrina estática¹³ recomienda no ya algún *método* interpretativo específico, cuanto más bien un particular *producto* de la interpretación (cualquiera que sea la técnica utilizada para argumentarlo). Recomienda que el producto de la interpretación sea estable, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado (o bien que se entienda que dicho texto expresa siempre la misma norma); que, en definitiva, no se cambien las orientaciones interpretativas, que no se vuelvan a discutir las interpretaciones ya consolidadas, que la jurisprudencia no lleve a cabo *revirements*.

La doctrina estática, por tanto, favorece una perspectiva en general conservadora en materia de interpretación, presuponiendo que la estabilidad de la interpretación garantiza la «certeza del derecho», es decir, previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones de todos: concretamente, previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales¹⁴.

(ii) La doctrina dinámica¹⁵, al contrario, anima a los intérpretes a cambiar incluso la interpretación consolidada de los textos normativos —especialmente cuando se trate de textos normativos ya antiguos, como son a veces los textos constitucionales— de manera de adaptar incesantemente el derecho a nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de la autoridad normativa (incluido el poder de reforma constitucional).

En otras palabras, la doctrina dinámica favorece la interpretación así llamada «evolutiva», útil para remediar, precisamente por vía interpretativa, el envejecimiento de los textos normativos (o la falta de reforma constitucional)¹⁶.

En verdad, como sabemos, la interpretación evolutiva no es por sí misma una técnica interpretativa específica: es decir, que aquello que «evoluciona», en efecto, no es la actividad interpretativa, sino más bien el producto de la interpretación. Aquello que cambia, dicho de otro modo, es el significado adscrito a un mismo texto normativo. A pesar de esto, se puede encontrar en la doctrina y la jurisprudencia una técnica estándar

¹³ Que muy raramente es defendida en relación con la interpretación constitucional. Una notable excepción es: A. Scalia, «Notes on the Judicial Interpretation of American Constitution», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, pp. 48 y ss.

¹⁴ Así como, en derecho constitucional, previsibilidad de las decisiones de los supremos órganos constitucionales.

¹⁵ Doctrina muy extendida en la literatura sobre la interpretación constitucional.

¹⁶ R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, 1996.

para argumentar este tipo de interpretaciones: aquella que consiste en apelar a ciertos tipos de hechos —tal como son percibidos y valorados por el intérprete a la luz de sus sentimientos de justicia—, como pueden ser un cambio en la conciencia social, el surgimiento de nuevas exigencias de la vida social (económica, política, etc.) y similares.

4. COMBINACIONES: DOS VARIANTES DE LA DOCTRINA LITERALISTA

La doctrina literalista puede combinarse con la doctrina estática o con la doctrina dinámica, dando así lugar a dos versiones distintas del literalismo.

Para aclarar la cuestión conviene hacer una, por otra parte obvia, observación. El significado común de las expresiones lingüísticas es, a veces, inestable: cambia con el tiempo, al cambiar los usos lingüísticos, las circunstancias sociales, los puntos de vista más extendidos. Y esto es particularmente así con aquellas expresiones, tan frecuentes en los documentos constitucionales (especialmente contemporáneos), que hacen referencia a valores políticos o morales, como: «libertad», «igualdad», «dignidad», «solidaridad», «progreso», «buenas costumbres», «orden público», etc.

Ahora bien:

(i) Combinada con la doctrina estática, la doctrina literalista produce ese punto de vista —una primera (rara) variedad de «originalismo»¹⁷— según el cual a los textos normativos, y en particular a los textos constitucionales, se les debe atribuir el significado literal «histórico», es decir, aquel que tenían *en el momento en que fueron redactados y aprobados*.

Es inútil decir que esta forma de originalismo necesariamente produce interpretaciones tanto más discutibles cuanto más antiguo es el texto interpretado.

(ii) Combinada en cambio con la doctrina dinámica, la doctrina literalista da lugar a la idea según la cual a los textos normativos se les debe atribuir el significado literal «actual», es decir, aquel que estos *asumen en el momento en que son interpretados*.

¹⁷ Aparentemente defendida por A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*, Princeton, 1996. Pero, a decir verdad, esta forma literalista de originalismo es prácticamente indistinguible de la intencionalista, a la que nos referiremos en seguida.

Evidentemente, esta última doctrina, al igual que la doctrina dinámica en general, favorece la interpretación evolutiva, sugiriendo sin embargo que se argumente, simplemente, con referencia al uso efectivo *actual* del lenguaje.

5. COMBINACIONES: DOS VARIANTES DE LA DOCTRINA INTENCIONALISTA

También la doctrina intencionalista puede combinarse con la doctrina estática o con la doctrina dinámica, dando así lugar a dos versiones distintas del intencionalismo.

(i) Combinada con la doctrina estática, la doctrina intencionalista produce ese punto de vista —una segunda (y muy extendida) variante de «originalismo»¹⁸— según el cual a los textos normativos se debe atribuir el significado correspondiente a la intención de la autoridad normativa (en el caso de las constituciones: los «padres constituyentes»). Poco importa que se trate de textos muy antiguos —como es a veces el caso de los documentos constitucionales— y de autoridades normativas ya extinguidas desde mucho tiempo atrás.

Esta doctrina se basa en la tesis, genéricamente intencionalista, según la cual los textos normativos no incorporan otro significado que aquel querido por su autor, combinada, sin embargo, con la tesis —típicamente política— según la cual los intérpretes no tienen las credenciales para remediar la inercia de las autoridades normativas, cambiando ellos mismo el derecho, por vía interpretativa, cuando no cambien los textos normativos. Si, por ejemplo, les fuese consentido a los intérpretes atribuir a una cláusula constitucional un sentido distinto del querido por los constituyentes, ellos se arrogarían el poder constituyente (o el poder de reforma constitucional), usurpándolo¹⁹.

¹⁸ J. Raz, «Intention in Interpretation», en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, 1996; K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999; J. Goldsworthy, «Originalism in Constitutional Interpretation», en *Federal Law Review*, 25, 1997; R.S. Kay, «Adherence to Original Intentions in Constitutional Adjudication. Three Objections and Responses», en *Northwestern University Law Review*, 82, 2, 1988; R.S. Kay, «Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution», en *Constitutional Commentary*, vol. 6, 1, 1989; J. Allan, «Constitutional Interpretation v. Statutory Interpretation. Understanding the Attractions of "Original Intent"», en *Legal Theory*, 6, 2000. Cfr. P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, 1998.

¹⁹ Este argumento es recurrente en los escritos de A. Scalia cit. anteriormente.

(ii) Combinada con la doctrina dinámica, la doctrina intencionalista da lugar a ese punto de vista —una evidente ficción— según el cual la intención de la autoridad normativa no se revela de una vez y para siempre, cristalizada en los documentos normativos, sino que evoluciona mágicamente, adaptándose al cambio de las circunstancias. Esta formulación algo absurda esconde, sin embargo, una idea llena de implicaciones prácticas.

La idea es, grosso modo, la siguiente: que la intención de la autoridad normativa no es tanto la norma expresada en el texto considerada en sí misma, sino más bien su *ratio*, su razón de ser, es decir, el fin que la autoridad normativa quería perseguir o, incluso, el «valor» o «principio» subyacente a la norma. En otras palabras: no la norma *explicita*, sino el principio —el valor ético-político— *implícito* subyacente, que animaba, se supone, a la autoridad normativa.

Ahora bien, como sabemos, un principio, un valor, una *ratio* son potenciales matrices de innumerables normas (posteriores respecto a aquella en la que se concretaron originariamente) implícitas, idóneas para resolver supuestos de hecho nuevos, no previstos. Con el auxilio, principalmente, del argumento analógico, o bien del conocido argumento contrafáctico: «Si la autoridad normativa hubiese previsto el supuesto de hecho F, lo habría resuelto, de conformidad con el principio P, del modo G».

Por lo cual este modo de ver las cosas se traduce: a veces, en la interpretación extensiva o analógica del texto de que se trate; otras veces, no tanto en una peculiar interpretación —entendida en sentido estricto²⁰— del texto, cuanto más bien en la elaboración de normas nuevas, implícitas, a partir del principio que se considera que subyace al texto.

6. OTRAS ORIENTACIONES DOCTRINALES

Para concluir, se puede dar cuenta de algunas otras orientaciones doctrinales, que no son unívocamente reconducibles a las anteriores. Y que, a decir verdad, no son, en sentido estricto, doctrinas (ideologías) de la interpretación, aunque tienen obviamente un impacto sobre la interpretación. Son más bien doctrinas de la decisión judicial: políticas *de sententia ferenda*, como se suele decir.

²⁰ Es decir, en un enunciado del tipo «I significa S (en lugar de R)», donde S comprende una clase de supuestos de hecho más amplia que aquella a que se refiere R (interpretación extensiva).

Es decir, que se trata de doctrinas que pretenden orientar la jurisprudencia —incluida la jurisprudencia constitucional— sin por esto recomendar a los jueces unas técnicas interpretativas específicas a preferencia de otras.

También aquí resulta de utilidad exponer las orientaciones en cuestión agrupándolas en parejas oposicionales.

7. EQUIDAD VS. LEGALIDAD

(i) La doctrina que, a falta de una terminología mejor, podemos llamar «de la legalidad» es jurídicamente análoga a una doctrina moral que se conoce bajo el nombre de «universalismo».²¹ El universalismo, en cuanto doctrina moral, es discutible y ampliamente discutido en el ámbito de la filosofía moral. Pero la doctrina jurídica correspondiente —la doctrina «de la legalidad»— suena incluso obvia para muchos juristas modernos a partir de la Revolución francesa, tanto que es difícil ofrecer una formulación perspicua, que no sea trivial (o que no se traduzca en una tautología, del tipo: la aplicación de la ley consiste en la aplicación de la ley).

La doctrina puede ser enunciada simplemente así: los casos sometidos a los tribunales, incluidos los tribunales constitucionales, deben ser resueltos de conformidad con normas *generales* (es decir, normas que se aplican a *clases* de casos)²², y las normas deben ser uniformemente aplicadas a *todos* los casos que entren en su campo de aplicación (y, obviamente, solo a ellos), *sin excepción*²³.

Parece evidente que —si y solo si el derecho consiste precisamente en normas generales²⁴— esto equivale a decir que los jueces deben, simplemente, aplicar el derecho y no violarlo. Juzgar un caso de modo no conforme con lo que la norma general aplicable prescribe —es decir, introducir (más o menos tácitamente) una excepción en la norma

²¹ La oposición entre universalismo y particularismo (a este último nos referiremos en un momento) ha sido elaborada sobre todo en la literatura sobre meta-ética: cfr. J. Dancy, *Moral Reasons*, Oxford, 1993, caps. 5 y 6; B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, 2000. En la literatura jurídica se puede ver F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, 1992, cap. 5; Z. Bankovsky, J. Mac Lean (eds.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, Burlington, 2006.

²² En el caso que haya normas generales, expresamente formuladas por una autoridad normativa. Lo que, obviamente, no siempre sucede en los sistemas jurídicos del *common law*.

²³ Cfr. M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980.

²⁴ Lo cual depende, evidentemente, no de los órganos de aplicación, sino de las autoridades normativas (del contenido de las fuentes normativas).

misma— constituiría múltiples violaciones del derecho; violación de la norma incumplida (no aplicada); violación del principio de igualdad (explícitamente consagrado en gran parte de las constituciones modernas), en virtud del cual los casos iguales deben ser resueltos del mismo modo; violación del principio de certeza del derecho (aunque raramente positivizado), en virtud del cual las decisiones judiciales deben ser previsibles²⁵.

Como se ve, todo esto no es diferente de enunciar, simplemente, el principio de legalidad de la jurisdicción (ordinaria y constitucional): principio que no debería ser materia de controversias doctrinales, al ser, en gran parte de los ordenamientos modernos, un principio de derecho positivo, explícitamente formulado o, en todo caso, pacíficamente aceptado²⁶.

Tendencialmente, en el terreno de la interpretación, la doctrina en cuestión se reduce a la recomendación, puramente negativa, de no practicar la interpretación restrictiva y, en todo caso, de tratar las normas jurídicas como normas «inderrotables», es decir, de no introducir subrepticamente en ellas excepciones implícitas.

(ii) La doctrina de la legalidad, como se ha dicho, suena como una obviedad. Que no lo sea depende del hecho que, después de todo, existe una doctrina que se contrapone a ella. Podemos llamarla, a falta de terminología mejor, doctrina «de la equidad» o de la «justicia del caso concreto»²⁷: análoga, en ámbito jurídico, a una doctrina moral que se conoce bajo el nombre de «particularismo»²⁸.

La doctrina de la equidad recomienda a los jueces no aplicar las normas generales «ciegamente», es decir, sin tener en cuenta las peculiares circunstancias del caso concreto, sino buscar, en cambio, para cada caso que se someta a su decisión, la solución «justa»: la «justicia del caso concreto», precisamente, una justicia *case by case*²⁹.

²⁵ Evidentemente, no sería previsible una decisión judicial que no estuviese fundada en una norma general preexistente, y que, aún más, la inaplicase.

²⁶ En los ordenamientos del *common law* el principio de legalidad en la jurisdicción adquiere la forma de regla del precedente (vertical) vinculante.

²⁷ Se encuentran rastros evidentes de ella en G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, y en general en los juristas de tendencia hermenéutica.

²⁸ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit. Sobre esta doctrina cfr. G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica», en AA. VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, Padova, 2004.

²⁹ J. Raz, «Why Interpret?», en *Ratio Juris*, 9, 1996.

Para hacer esto, será a menudo necesario descartar la interpretación literal, e interpretar los textos restrictivamente, introduciendo en las normas —a la luz de su presunta finalidad (su *ratio*, su justificación subyacente)— excepciones implícitas: cada vez que, a causa de la peculiaridad de la controversia, su aplicación estricta tuviese consecuencias (que al juez le pareciesen) irrazonables o injustas³⁰. Como sabemos, el instrumento típico para descartar la interpretación literal, cada vez que sus resultados parezcan injustos, y adoptar una interpretación restrictiva, es la técnica de la «disociación», que no es distinta del *distinguishing* practicado por los jueces del *common law* en la interpretación de los precedentes³¹.

Por tanto, la doctrina de la equidad invita a los intérpretes a privilegiar la finalidad de la norma —o la intención de la autoridad normativa— contra su tenor literal (el «espíritu contra la letra»), y trata tendencialmente cada norma jurídica como una norma «derrotable», es decir, sujeta a excepciones implícitas no identificables sino en el momento de la aplicación a casos concretos.

Se puede considerar expresión de una perspectiva «particularista», también la práctica de los tribunales constitucionales que consiste en resolver los conflictos entre principios sopesando el valor de los principios mismos «case by case»³² antes que de manera estable y definitiva (por lo que en un caso o en una clase de casos el principio P1 prevalece sobre el principio P2, pero es posible que en un caso distinto o en una clase de casos distinta P2 prevalezca sobre P1)³³.

8. «JUDICIAL RESTRAINT» VS. «JUDICIAL ACTIVISM»

Queda por último señalar dos doctrinas —ampliamente discutidas sobre todo en la literatura estadounidense— que tienen por objeto específicamente la jurisdicción constitucional, por lo que deberían tener gran relevancia en cuanto doctrinas de la interpretación constitucional. Si no fuese porque, como veremos en seguida, las dos doctrinas son

³⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

³¹ De la técnica de la disociación hemos hablado en el capítulo dedicado a la argumentación de las decisiones interpretativas; del *distinguishing* hemos hablado en el capítulo dedicado a la aplicación del derecho.

³² Nos hemos referido a este punto anteriormente, al ilustrar la técnica de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto.

³³ Sobre este punto: J.J. Moreso, «Conflitti tra principi costituzionali», en *Ragion pratica*, 18, 2002; B. Celano, «Defeasibility» e bilanciamento», en *Ragion pratica*, 18, 2002.

muy elocuentes desde el punto de vista político, en cuanto a las relaciones (a la distribución de poder) entre legisladores y jueces constitucionales, pero bastante pobres en cuanto a su contenido técnico.

(i) La doctrina del «judicial restraint» —es decir, de la (auto) limitación judicial— se inspira en el valor de la deferencia hacia el legislador democrático. Los jueces constitucionales —carentes de toda legitimación democrática (al no ser elegidos por el pueblo)— no deben invadir la competencia del poder legislativo, ni usurparlo³⁴, lo que sucedería si ejerciesen sobre las leyes un control de constitucionalidad demasiado intenso (*strict scrutiny*). Por lo que una ley no debe ser declarada inconstitucional sino cuando contradiga la constitución de manera evidente, indiscutible³⁵.

Desgraciadamente, no es fácil decir cuándo una antinomia entre ley y constitución puede considerarse evidente o indiscutible. ¿Tal vez cuando sea percibida como tal por la comunidad de los juristas? ¿O cuando sea fruto de interpretación literal (tanto de la ley como de la constitución)³⁶? ¿O fruto de interpretación ya consolidada? La pregunta está destinada a quedarse sin respuesta³⁷. Por lo que la doctrina del «judicial restraint» se reduce a una invitación absolutamente genérica, dirigida a los jueces constitucionales, para que se atengan a una perspectiva de deferencia hacia el legislador (democrático)³⁸.

La doctrina en examen está conectada con ese punto de vista que concibe la constitución como un conjunto de normas finito y, en este sentido (amplio), «lagunoso»³⁹: la constitución no regula toda posible materia o supuesto de hecho; y en las materias que la constitución no regula en modo alguno el legislador es plenamente libre de disponer como le parezca, debido a la falta de «parámetro» de constitucionalidad alguno,

³⁴ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980.

³⁵ M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999. Cfr. V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997.

³⁶ Obsérvese: sería bastante sorprendente que «la letra» de una disposición legislativa contrastase con «la letra» de una disposición constitucional.

³⁷ En cualquier caso, se puede conjeturar que los partidarios del «judicial restraint» sean tendencialmente favorables a la interpretación literal.

³⁸ Un eco (inconsciente) de esta doctrina se encuentra en el art. 28 de la ley italiana 87/1953: «El control de constitucionalidad del Tribunal constitucional sobre una ley o un acto con fuerza de ley excluye toda valoración de naturaleza política así como todo control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento».

³⁹ K. Whittington, *Constitutional Interpretation*, cit., p. 13.

es decir, debido a la falta de una norma constitucional con la cual la ley pueda ser comparada para juzgar su conformidad con la constitución.

(ii) La doctrina del «judicial activism» —es decir, del activismo judicial— se inspira sobre todo en la idea según la cual los jueces constitucionales tienen el deber de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos (y de las minorías políticas) contra la mayoría política (aunque haya sido elegida democráticamente), es decir, contra el legislador⁴⁰.

Aparentemente, esta doctrina quiere recomendar a los jueces una interpretación poco respetuosa de la letra del texto constitucional, o incluso una interpretación libre de todo vínculo textual, favoreciendo así lo que se suele llamar «dibre creación» del derecho constitucional por parte de los jueces (en algunas variantes de la doctrina: con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real que, se entiende, los jueces pueden identificar solo a través de sus sentimientos de justicia)⁴¹.

Al contrario de la anterior, esta doctrina está conectada con ese punto de vista según el cual el derecho constitucional es un conjunto de normas «completo» (o tendencialmente completo): los principios constitucionales —en virtud de la estructura abierta que los caracteriza— son capaces de regular cualquier materia o supuesto de hecho posible. Por lo que en el derecho constitucional no queda ningún espacio vacío —ningún *Rechtsleererraum*— en el cual el legislador ordinario pueda libremente decidir lo que quiera: para cada ley ordinaria habrá siempre una norma —o, mejor, un principio o un valor— constitucional con la que pueda ser confrontada para decidir sobre su conformidad con la constitución⁴².

⁴⁰ J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992, cap. XIII.

⁴¹ R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.

⁴² Una consecuencia notable del «judicial activism» es la tendencial «constitucionalización» del ordenamiento jurídico. Cfr. L. Favoreu, «La constitutionnalisation du droit», en B. Mathieu, M. Verpeaux (eds.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, 1998; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 239 y ss., 251 y ss.

