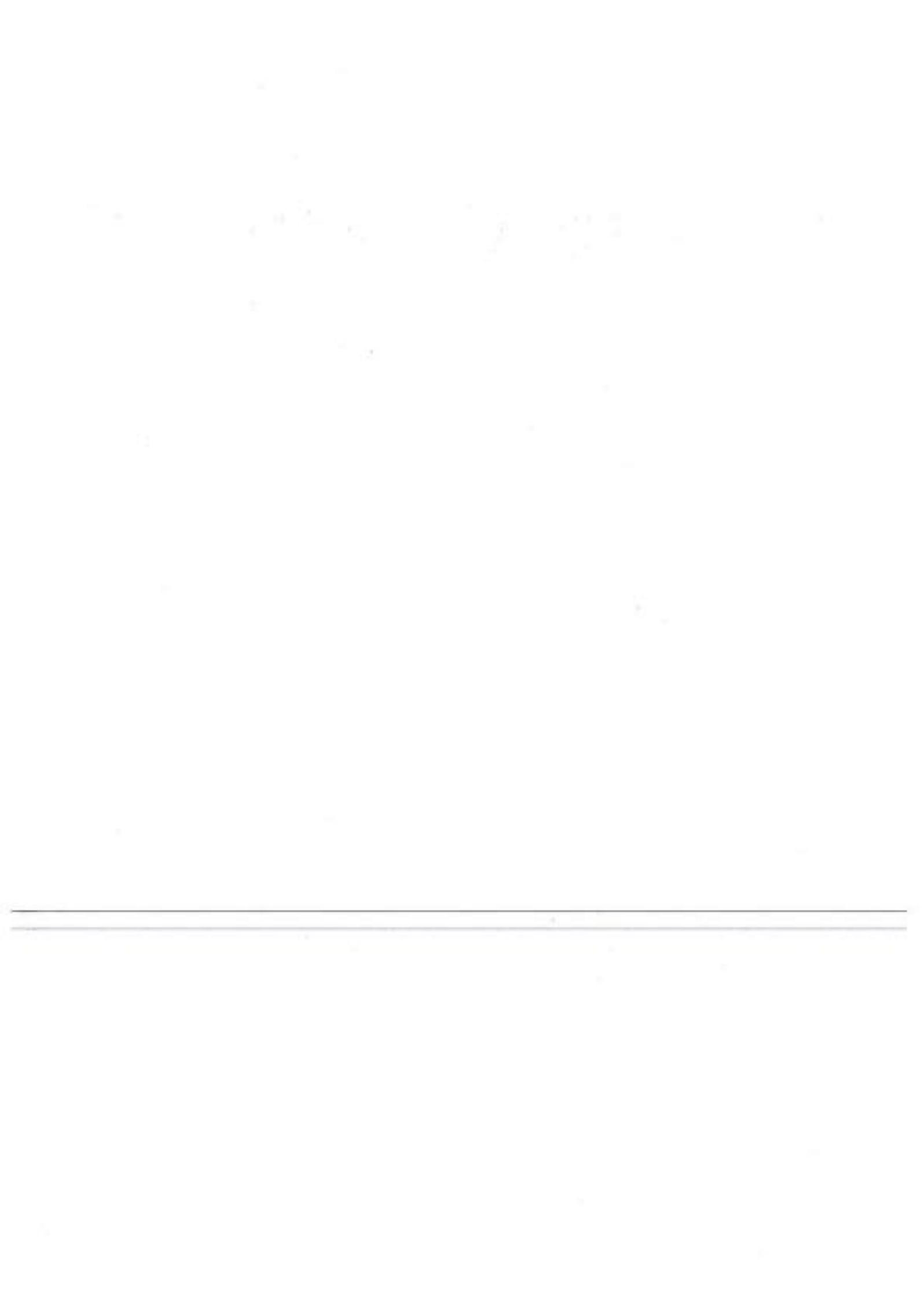


La ley y su justicia  
Tres capítulos de justicia constitucional

Gustavo Zagrebelsky

Traducción de Adela Mora Cafseda  
y Manuel Martínez Neira

E D I T O R I A L T R O T T A



## LOS CASOS JUDICIALES Y SUS EXIGENCIAS

## 1. Interpretación y aplicación

*Los usos de la Constitución.* Tras haber considerado la Constitución como un elemento constitutivo del derecho, dirigimos ahora nuestra atención hacia su interpretación y su aplicación, dos actividades mediante las cuales desarrolla su función inherente como norma jurídica. Es decir, dirigimos ahora nuestra atención hacia su uso judicial.

Podemos dirigir nuestra mirada hacia la Constitución —no en cuanto norma, sino simplemente como documento o testimonio de un momento de la historia política y espiritual de un pueblo— de otras muchas maneras que no son judiciales, y por parte de muchas personas que no son jueces: por parte de los políticos, con el motivo o el pretexto de poner de relieve sus propias acciones y combatir la política ajena, o como arma polémica acerca de la legitimidad de este o aquel comportamiento, propuesta o actuación; por parte de los más variados entes sociales, individuales o colectivos, para caracterizar y reforzar las propias pretensiones, o para oponerse a las pretensiones ajenas; por parte de las gentes de la cultura, que se sirven de ella como punto de referencia y como ayuda para el desarrollo de una conciencia civil, etc. Pero solo en el uso judicial de la Constitución hallamos *interpretación y aplicación*: hallamos el derecho en su propia dimensión, sin duda no la única pero sí la esencial, la dimensión judicial. Un derecho sin jueces no sería derecho, del mismo modo que un juez sin derecho no sería juez.

*La interpretación y la aplicación del derecho.* Hay que subrayar la relación entre la interpretación y la aplicación, que no es un encuentro ocasional sino un nexo inquebrantable: que en el derecho no exista la aplicación sin la interpretación puede parecer evidente hasta la banali-

dad; pero lo contrario, que no existe la interpretación sin la aplicación, es menos evidente aunque sea cierto. La esencia del derecho se encuentra en este nexo en el que su *valor práctico* se pone de manifiesto. Más adelante se tratará de precisar qué significa el adjetivo *práctico* referido al derecho más allá de la primera impresión. Ahora es suficiente esta alusión para justificar que la atención se centre en el uso judicial de la Constitución, uso que la caracteriza como *norma jurídica*, esto es, como criterio de resolución de controversias de *naturaleza constitucional*.

La *«fase judicial»*, una *condición para la Constitución como derecho*. La ausencia de una «fase judicial» para la Constitución es el motivo por el cual, durante mucho tiempo, hasta la creación de las jurisdicciones constitucionales, se negó que el derecho constitucional fuese un derecho de pleno título. La inexistencia de una jurisdicción con capacidad de interpretar y aplicar la Constitución obligaba a que sus normas se retrasesen a un limbo impreciso denominado antiguamente «derecho político», oltimoron en el que el adjetivo, en su acepción más inmediata, contradice el sustantivo<sup>1</sup>. En ausencia de juez, cada una de las partes implicadas en una controversia constitucional se encontraría en condiciones de utilizar la Constitución como argumento a favor de sus propias pretensiones y en contra de las ajenas, pero no podría «aplicarse» jamás de manera objetiva, en el sentido en el que las normas jurídicas pretenden valer *super partes*, es decir, con independencia de las expectativas, de las pretensiones y de la fuerza de los sujetos implicados en la controversia que ha de regularse jurídicamente. A falta de juez, es decir, de un tercero ajeno a los intereses en juego, es decir, de una persona imparcial y desinteresada, no hay aplicación del derecho; es más, no hay derecho. Podrá haber «argumentación» constitucional pero no «aplicación» de la Constitución. Por eso, la imposibilidad de que la Constitución sea derecho constitucional cuando no existe el juez constitucional no parece depender, como a veces se dice, de un defecto de eficacia de la norma constitucional (la eficacia constitucional —ya lo hemos visto— depende de otras circunstancias). En efecto, podría haber, como los ha habido en muchas circunstancias históricas, fuerzas, movimientos, partidos, jefes políticos, que se hayan arrogado la tarea de imponer una Constitución (la suya), y esto ha representado algunas veces el máximo de eficacia constitucional. La imposibilidad se encuentra, más bien, en la diferen-

cia entre la imposición (política o partidista) y la aplicación (judicial o imparcial) de la Constitución.

La *doble vertiente de la interpretación*. En el uso judicial del derecho, la aplicación depende de la interpretación y la interpretación depende de la aplicación. Dado que la interpretación tiene que ver con el derecho y la aplicación tiene que ver con los acontecimientos de la vida, la proposición anterior —el estar mutuamente entrelazadas la interpretación y la aplicación— significa que cualquier teoría del derecho y de su uso judicial debe tomar ambas en consideración para distinguir qué lugar les corresponde y, en consecuencia, significa también que la ignorancia de la una respecto de la otra produce resultados incompletos.

Las *concepciones auxiliares de la interpretación jurídica*. Es corriente que en las concepciones sobre el uso judicial del derecho, la aplicación desaparezca prácticamente tras la presencia absorbente de la interpretación, que ocupa por sí sola todo el ámbito problemático. Todo lo que ocasiona un problema se concentra en el momento de la interpretación, mientras que la aplicación queda reducida a una simple operación mecánica de lógica consecuenencial. Fijada la premisa obvia de que, para ejercer una función reguladora concreta, cualquier norma jurídica debe determinar su alcance normativo, la interpretación se concibe habitualmente como un proceso intelectual que, por el análisis de las fórmulas lingüísticas halladas en los actos normativos, a través de la explicación de su significado, llega a la determinación de su contenido: de los *significantes* (de los enunciados, o, según otra terminología, de las disposiciones) a los *significados* (a las normas)<sup>2</sup>. Cuando se habla de «interpretar», *interpretar* quiere decir atribuir un significado —sentido e importancia-relevancia— a algún fragmento del lenguaje (vocábulos, locuciones, enunciados)<sup>3</sup>.

Las *disposiciones de las que se extraen las normas*. Dicho de otro modo, según una terminología ya en uso, el acto normativo —entendido como el momento de expresión final del poder o de la fuente de la que mana— se manifiesta a través de *disposiciones*. En las disposiciones se halla *impreso* un contenido normativo determinado mediante enun-

2. Sobre disposición y norma, V. Cristóbal, *Lezioni di diritto costituzionale II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padua, Cedam, 1984, pp. 39 ss., a quien se debe la distinción terminológica, utilizada por los constitucionalistas (pero no necesariamente por quienes no son constitucionalistas).

3. La cita, con una pequeña variante, es R. Guastini, «L'interpretazione dei documenti normativi», en A. Cesa et al. (eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milan, Giuffrè, 2004, pp. 3-4.

1. La justicia constitucional como un «terreno de tensión» entre la política y el derecho es tratada, en relación con los debates históricos de los años veinte del siglo pasado (sobre ellos, véase, pp. 305 ss.), por P. Hübner, «Grundprobleme des Verfassungsgerichtsbauens», en Id. (ed.), *Verfassungsgerichtsbauens*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 2 ss.

ciados aptos para ser comprendidos en general por los sujetos a quienes se dirigen. Las disposiciones así creadas en el mundo objetivo del derecho deben luego, a su vez, *expresar su propio significado* respecto a aquellos que tienen el deber de aplicarlas. Para esto serviría la interpretación, medio de *expresión de los contenidos normativos, es decir, de las normas impresas en las disposiciones*. Por decirlo brevemente de otro modo, la interpretación sería la actividad que *transforma las disposiciones en normas*, competencia de los sujetos a quienes se atribuye su aplicación. Las normas que surgen de las disposiciones interpretadas, o, sencillamente, las interpretaciones de las disposiciones, según este punto de vista, son las fuentes normativas consideradas en su significado práctico y concreto. El conjunto de las disposiciones como tales, es decir, a falta de interpretación, no sería, en cambio, más que un número indeterminado de posibilidades interpretativas, es decir, un cúmulo abstracto de normas a las que poder dar vida pero a las que, por el momento, no se les da; y para ello, esperar que alguien, el intérprete precisamente, desempeñe esta función «mayéutica», actuando exclusivamente sobre el «material normativo» del que dispone. Todo se llevaría a cabo en esta labor de manifestación de la «norma» comprendida en la «disposición», en una relación directa y exclusiva del intérprete con el objeto de interpretación: la interpretación sería un *vis-à-vis* del intérprete con las «prestaciones lingüísticas» del legislador. El positivismo de la ley en todas sus expresiones, incluso en las extraordinariamente sofisticadas a las que se suma la llamada «jurisprudencia analítica», no es sino este cara a cara.

*La interpretación como conocimiento o creación del significado.* Dis-cutimos sin posemos de acuerdo acerca del significado de *atribuir*; si «atribuir un significado» es un puro acto de conocimiento o de reflejo del contenido de un texto, o si es, al menos en parte, un acto de voluntad creadora, es decir, un asignarle al texto, un «hacerle decir» lo que no dice por sí mismo o no dice unívocamente<sup>4</sup>.

a) *La interpretación como acto de conocimiento.* Para ejercer una función reguladora concreta, cualquier fuente del derecho debe fijar su contenido normativo. Según ciertas opiniones, la interpretación es el *proceso intelectual* a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que integran los actos normativos, se alcanza el conocimiento de su contenido normativo: de los *significantes* (los enunciados) a los *significados*

(las normas). Según una terminología de uso corriente, se dice que el acto normativo (una ley, por ejemplo), como fase de expresión final del poder normativo, se manifiesta mediante *disposiciones*. En las disposiciones, compuestas de enunciados aptos para ser comprendidos en general por los sujetos sometidos al ordenamiento, se *imprime* un determinado contenido por parte del poder normativo. A las disposiciones así establecidas se dirigen luego, a su vez, los intérpretes para *expresar* su significado. Esto sería la *interpretación*, un medio de *expresión de los contenidos normativos, es decir, de las normas impresas en las disposiciones*, ya se identifiquen estos contenidos normativos con lo que el legislador, subjetivamente, ha querido disponer —según la inicial concepción positivista del derecho como un mandato personal destinado a condicionar la voluntad de los súbditos de la ley<sup>5</sup>—, ya sean consideradas objetivamente por lo que, con independencia de la voluntad concreta del legislador, puedan significar —según el positivismo actual, que toma en consideración el ordenamiento jurídico por lo que es<sup>6</sup> y no por lo que el legislador quiso que fuera (distinción que no interesa en este momento)—. En cualquier caso, por decirlo de forma breve, la interpretación sería la *labor de transformación de las disposiciones en normas*. Según este punto de vista, las normas que surgen, a través de la interpretación, de las disposiciones interpretadas son las fuentes normativas en sentido práctico y concreto. El conjunto de disposiciones como tales, es decir, a falta de interpretación, no sería, en cambio, más que un conjunto de posibilidades interpretativas, es decir, un cúmulo abstracto de potenciales normas que esperan a alguien, al intérprete precisamente, para que, mediante un acto cognitivo, las saque de un mundo potencial y las introduzca en el mundo de la realidad jurídica. Este enfoque, tradicional en los estudios sobre la interpretación jurídica, se llama «cognitivo»; se trata de reflejar lo que la disposición encierra, sin añadir ni quitar nada.

b) *La interpretación como acto de voluntad.* De las concepciones cognitivas de la interpretación deben distinguirse las concepciones que, para diferenciarlas, pueden definirse como «voluntaristas». Estas últimas reconocen, en la actividad interpretativa, la existencia de factores externos a las disposiciones que se deben interpretar activados por la voluntad de interpretar. Las concepciones voluntaristas son numerosas. Se distinguen entre sí por el tipo y el grado de «discrecionalidad» que se le reconoce al intérprete.

4. Un ejemplo: S. Crivarese Marzocci, «Materia del positivismo jurídico? Casopolitismo e scienza del diritto pubblico», *Diritto pubblico* 3 (2006), pp. 685 ss.

5. Una síntesis que clarifica las diferentes posiciones en M. Dogliani, «Interpretazione», en S. Cassese (ed.), *Trattato di diritto pubblico*, Milan, Giuffrè, 2006, pp. 3179-3189.

6. Esta idea, que los positivistas contemporáneos consideran ingenua porque lleva impresas el antropomorfismo y el psicologismo, y que se vislumbra aún con facilidad, más allá de la superficie, en el fondo de sus concepciones, se remonta a J. Austin, *Definizione del campo della giurisprudenza* [1832], Bolonia, Il Mulino, 1995, p. 81.

*Los defectos de la legislación.* De hecho, la discrecionalidad de la interpretación (a la que le corresponde cierto grado de creatividad) se achaca a los defectos de la legislación, defectos que forman parte de la experiencia cotidiana de quienes ejercen una profesión jurídica práctica. La imperfección de la ley alimenta en ellos el resentimiento contra el legislador que ejerce mal su tarea, y favorece que se pidan leyes claras de las que el intérprete sea únicamente un fiel reflejo. De este modo, a partir de la degeneración de la ley confirmada en la práctica, se llega a reformas, aunque no sea más que a contrario y en el plano de los deseos, la idea de la interpretación como simple conocimiento. Sería, pues, el «mal legislador» quien impediría al intérprete (el juez, por ejemplo) ser un «buen intérprete», un fiel conocedor y aplicador de la ley. Para serlo, debería manejar «buenas leyes»: en cambio, a falta de ellas, se ve obligado por la necesidad a hacer algo que no debería ser tarea suya, buscando criterios de interpretación de la ley integradores, correctores e incluso sustitutivos.

La ciencia del derecho no va por esta línea. Está de acuerdo con la práctica en la imposibilidad de que la jurisprudencia solo «refleje» el derecho dado por el legislador, pero no por motivos empíricos (la mala calidad de la legislación), sino por motivos estructurales. Los estudios sobre la naturaleza del discurso normativo, las investigaciones sobre el lenguaje y sobre los conceptos del legislador y la jurisprudencia analítica han superado, también en Italia, las opiniones del positivismo originario: es decir, la idea del derecho como un conjunto de actos de voluntad que perduran en el tiempo y la de un legislador personal que dispone del poder de ordenar. Admitiendo el postulado de que el derecho es un dato objetivo, sin embargo, la jurisprudencia teórica ha rechazado e incluso ridiculizado la idea de que el juicio jurídico es el único medio para la aplicación de la ley mediante «deducciones» referidas a los hechos «subsuntidos» en la descripción normativa. El esquema lógico del silogismo normativo no se ha abandonado en absoluto, pero hace ya tiempo que se ha abierto camino la idea de que la premisa mayor (la norma aplicable) no está casi nunca íntegramente determinada por la ley y que, por consiguiente, para lo que falta, las decisiones del juez contienen elementos creativos que dependen de su elección, es decir, de su voluntad discrecional. En principio, como hacen los juristas prácticos, se admite esta «discrecionalidad» y no solo a causa del deplorable estado en el que se encuentra la legislación. Estas teorías de la interpretación jurídica se remontan todo lo más a Hans Kelsen o a Herbert Hart, permaneciendo por ello en el ámbito del positivismo ortodoxo, aunque sea un positivismo nada ingenuo, sino, como se dice, «crítico».

Kelsen y Hart. Para Kelsen<sup>7</sup>, toda actuación sobre el derecho supone, al mismo tiempo, por una parte, la ineludible aplicación de normas existentes y, por otra parte, la creación discrecional de normas nuevas. En el desarrollo «por grados» del orden jurídico, el vínculo inicialmente genérico que deriva de la Constitución se vuelve cada vez más apremiante hasta la decisión totalmente vinculante del mandato contenido en la sentencia del juez o en la resolución administrativa. Las normas jurídicas se vuelven cada vez más minuciosas y la discrecionalidad del intérprete, de forma paralela, se va reduciendo hasta desaparecer, a medida que, desde el vértice del ordenamiento, nos aproximamos a su aplicación al caso concreto. El carácter creativo de la jurisprudencia, según este punto de vista, depende del lenguaje empleado en los diferentes «grados de desarrollo» del ordenamiento jurídico: es decir, depende estructuralmente del propio derecho. La estructura del derecho y la discrecionalidad del juez se apoyan la una en la otra.

Entre los filósofos del derecho de orientación analítica, interesados de modo particular en los problemas del lenguaje normativo, la explicación más popular acerca de la discrecionalidad del juez es, en cambio, la de Hart<sup>8</sup>. Las raíces de la discrecionalidad se encontrarían en las «razones comunicativas», conectadas con la *open texture* natural del lenguaje en general y del lenguaje jurídico en particular. Este último, al estar formado de nociones genéricas, presentaría, en torno a un núcleo lingüístico compacto del que el intérprete no puede huir, un «halo de incertidumbre en sus márgenes». Este sería el precio que habría que pagar por el uso de términos clasificatorios generales y abstractos, un uso inevitable en cualquier forma de comunicación normativa que correspondiera a hechos considerados como categorías y no como eventos particulares individualizados históricamente.

*Los enfoques reduccionistas.* Podemos dejar de lado por ahora estos problemas, que se tendrían en cuenta más adelante a propósito de los métodos de interpretación. Aquí basta con observar que, en cualquier concepción unilateral de la interpretación jurídica, la vertiente práctica del derecho, esto es, su vínculo con la realidad que debe regular, es, sencillamente, ignorada. La interpretación del derecho es útil solo para el derecho; después, la aplicación no será más que el «bajar» hasta los hechos. Este enfoque unilateral, típico de los estudios sobre la interpretación jurídica de matriz positivista, conduce a un enfoque parcial y reduccionista

7. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* [1960], Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 135 ss.

8. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* [1961], Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 37 ss.

de la tarea del juez que, al final, resulta fundamentalmente errónea porque no es apta para reflejar la realidad práctica del derecho. En verdad, es muestra de una falsa conciencia<sup>9</sup> que se alimenta de la comprensión que de sí mismos tienen los «operadores jurídicos» y es confirmada por la educación que, en general, se imparte en las facultades de Derecho.

→ La sociología de una falsa conciencia jurídica. La obsesiva defensa y la extraordinaria supervivencia de esa concepción de la interpretación y, por ello, de la función del juez como experto en normas que despreña los casos, prácticas sometidos a su juicio es un hecho de dimensión universal, al menos en los países de la tradición del derecho legislativo, un hecho que merecería, de por sí, un estudio de sociología de las profesiones jurídicas. Se dice habitualmente que esa concepción, en cuanto falsa, sirve para defender la jurisprudencia como ciencia y la autonomía y la independencia de los jueces, junto a su papel social de expertos en una ciencia reservada, separada e imperturbable ante los acontecimientos de la vida. Está en juego la imagen del juez, que se quiere «alguno» de la fazura de la experiencia social; una imagen que, al ser falsa, tendría efectos socialmente útiles, ofreciendo argumentos contra las miras de los otros poderes y las pretensiones de las otras ciencias sociales.<sup>10</sup>

Se puede poner en duda la utilidad de esta ficción. No se trata solo de los riesgos y de las consecuencias negativas que, antes o después, reporta todo emparejamiento de la realidad, aunque solo sea porque impide que los problemas se muestren para poder desafiarnos en sus justos términos. Los abusos «objetos socialmente útiles» podían quizá imaginarse respecto a sistemas jurídicos diferentes del actual y en contextos sociales autoritarios hoy superados. El efecto actual consiste, por ejemplo, en no reconocer públicamente las contradicciones de la jurisprudencia en causas diferentes sobre casos semejantes, o incluso en el mismo proceso entre sus diferentes instancias, o en alcanzar la idea de que esas son necesariamente producto de errores o de negligencias, cuando no de parcialidad, de toma de partido o hasta de corrupción, o bien —según el positivismo «crítico»—

9. P. Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad* (2001), Madrid, Thorax, 2003, pp. 85: «[...] la norma jurídica es una abstracción confeccionada por el legislador. Es cierto que después está el momento de su aplicación, es decir, de la vida de la norma en contacto con la vida de los usuarios, pero este no aporta nada a una realidad que nace y queda compacta y rígida, impermeable a la historia [...] Esta mentalidad es típicamente ilustrada, y no solo es propia de los entusiastas hombres del siglo XIX tan imbuidos de positivismo jurídico; ha calado [...] en el fondo del ánimo del jurista europeo actual y, a pesar de todo, a pesar de todo lo que ha sucedido en la experiencia y en la ciencia a lo largo del fértil siglo XX, permanece intacta arropando seguramente su subconsciente, pero concentrando también una consiguiente aceptación por parte de su conciencia. Sobre la distancia que se establece por la relación hecho-derecho en el momento de la «aplicación», véase M. Vogliotti, *Tro finto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Turin, Giappichelli, 2007.

10. Al respecto, A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (1958), Universidad de Buenos Aires, 1997, pp. 143 ss.

producto de la pura y simple discrecionalidad, es decir, de la arbitrariedad; mientras que muy a menudo no son más que un esfuerzo honrado por encontrar las soluciones más conformes a derecho, más allá de las carencias de la ley. De este modo, se ofrecen argumentos para alentar las campañas contra los jueces y su independencia, insistiendo en una falsa representación de su función, se les priva a los jueces del argumento defensivo más poderoso a su disposición: la verdadera esencia de juzgar conforme a derecho. Quizá con esta actitud se crea, además, poder evitar que se abra el capítulo nuevo y prácticamente sin explorar de las cuestiones que giran en torno al carácter burocrático de la organización judicial, herencia de la época en que imperaba el positivismo y difícilmente compatible con el derecho del Estado constitucional actual.

*El carácter bilateral de la interpretación jurídica.* La tesis que se sostiene en las páginas siguientes se distingue de las anteriores por el punto de partida: la afirmación, explícita o sobrentendida, de que la interpretación del derecho procede del derecho y se lleva a cabo en el ámbito de las normas para bajar hasta los hechos. Aquí se intentará demostrar que este enfoque unilateral está renjío con la realidad y, al mismo tiempo, es incompatible con la naturaleza del derecho. La interpretación del derecho —como se tratará de demostrar— es una actividad con dos vertientes, una actividad en la que el carácter dual del derecho, como *lex* y como *facta*, encuentra el modo de ser llevado a efecto en la práctica jurídica. La cuestión del carácter «cognitivo» o «voluntarista» de la interpretación jurídica viene después, no es la principal.

## 2. «Inter-praestatio»

*Las dos vertientes de la interpretación.* Como toda interpretación, también la interpretación jurídica es una actividad que se desarrolla entre dos vertientes. Considérese la estructura compuesta de las palabras *inter-prae, interpretatio, inter-prae, inter-prae(?)tatio*.

«Praes». A la raíz *praes* o *prae* (de ahí el *préter* francés) se le unen muchos derivados a los que «presto» atención Émile Benveniste en su gran estudio sobre la lengua de las instituciones indoeuropeas<sup>11</sup>, reconstruyendo, también en este caso, la fascinante vida de una palabra. El adverbio *praesto*, referido a *esse* —estar en presencia, a disposición—, se relaciona con el verbo *praestare* —estar delante, pero también asegurar,

11. É. Benveniste, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas* (1969), Madrid, Taurus, 1983.

garantizar (*de praesertim*, garantía<sup>12</sup>). Pero *praesertim* puede también relacionarse con *facere*, de ahí *praestare* en el sentido de estar dispuesto o poner a disposición, hacer de tal modo que se pueda contar con algo, de lo cual, por extensión, hacerse garante, responder de algo ante alguien y posteriormente, por extensión, manifestar, ofrecer: de ahí el *praestare* actual, como entrega de un bien con vistas a su restitución.

*La interpretación entendida como relación.* A la falta de seguridad sobre el significado y a la polisemia de los sustantivos *praes* o *praesertim* (garantía o prestación en sentido genérico) se les une, sin embargo, la seguridad acerca del valor de la preposición *inter*, que indica una situación o una actividad medianera o mediadora, una actividad de intermediación. El intérprete —piénsese en el intérprete de una lengua a otra— se encuentra en medio y hace de vía, de enlace entre las diferentes partes que deben o quieren entrar en relación. La interpretación no es, pues, una relación entre dos, entre quien interpreta y lo que es interpretado, como se piensa en los enfoques positivistas que consideran que solo la ley es derecho, y la conciben como un simple acto de extracción, investigación y determinación o asignación de sentido a partir de un «signo». Es, en cambio, una relación a tres bandas entre lo que es interpretado, quien interpreta y el destinatario de la interpretación, que puede ser un tercero o, frecuentemente, puede ser el propio intérprete que, en cierto sentido, se desdobra en cuanto autor y receptor de la interpretación. La interpretación es, pues, un «estar en relación» y en tensión en una posición intermedia, en un terreno determinado, entre lo que es objeto de interpretación y el destinatario de la interpretación. Se pierde el complejo significado de la palabra cuando se descuida la importancia de su prefijo o se lo sustituye por otro: en la lengua alemana, que conoce también el término *Interpretation*, la palabra *Auslegung* —interpretación en el sentido de ex-position—, evita, con el empleo de *aus*, el carácter relacional expresado por ese *inter* tan cargado de significado.

*Los rasgos comunes a toda interpretación.* Los problemas de la interpretación son, en su estructura fundamental, comunes a cualquier terreno por el que esta palabra transcurre. Dejando a un lado la «interpretación» de hechos naturales, aceptados como mensajes divinos dirigidos a los hombres en circunstancias excepcionales (por ejemplo, ante

la inminencia de una batalla) e «interpretados» por sacerdotes, augures y adivinos en contextos dominados por la magia y por creencias irracionales, se habla de interpretación literaria, artístico-figurativa, histórica, bíblica, musical, etc. Dada esta proximidad, es posible la existencia de teorías generales de la interpretación, que abarcan el conjunto de estas experiencias<sup>13</sup>. ¿Quién es el intérprete y cuál es su función, por ejemplo, en la interpretación musical? Tomemos un *Preliudio* y *Fuga* de J. S. Bach: la interpretación original, la del período barroco, era desde luego muy diferente de la de un intérprete del Romanticismo, e incluso distinta de las interpretaciones posmodernas actuales en las que no se ha reconocido un canon y todo es posible, incluida la ejecución con instrumentos electrónicos y sintetizadores. Tomemos de nuevo la *Antígona* de Sófocles: los actores-intérpretes del siglo V a. C. la interpretaban de un modo totalmente desconocido para nosotros, entre cantos, bailes e intervenciones orgánicas del público; la interpretación antinazi, que identificaba a Creonte con Hitler y a Antígona con los héroes de la resistencia contra el déspota, está lejísimos de la interpretación actual que considera a Creonte como la figura doliente del hombre de gobierno que, por sus responsabilidades objetivas, debe hacer callar la voz del corazón que le une a Antígona. ¿Cuál es la posición del intérprete? Es la de quien actúa como mediador entre un autor que ha depositado su mensaje en un texto destinado a sobrevivir y un público que recibe su contenido. El intérprete está vinculado al texto, pero tiene también la carga de otro vínculo que proviene de los destinatarios del mensaje: debe ser comprensible, incluso convincente, lo que implica el deber de «tener en cuenta» el contexto cultural en el que tiene lugar la recepción. Es inevitable que cualquier intérprete responsable de su tarea, en cualquier terreno de la interpretación, se pregunte por su relación con los receptores de la interpretación; sabe perfectamente que esta vertiente de la interpretación es tan importante como la que le liga al documento, al texto que debe interpretar. Por lo tanto, también debe concederle importancia a su público, aun no estando siempre conforme con él para adularlo o satisfacerlo, sino asimismo para provocarlo, apremiarlo e incluso irritarlo o aterrorizarlo. Esta es la raíz de sus «selecciones interpretativas» y todo ello está comprendido en el «tener en cuenta». No es un buen intérprete ni el que fuerza el texto por un narcisismo superficial u otros fines personales, ni el que se adhiere a un exasperante exceso de erudición filológica (un ejemplo, la ejecución musical con lamentables instrumentos de época) hasta volverse extraño a su tiempo y hacer que el texto permanezca mudo frente a un público indiferente. Así pues, la interpretación se halla en medio de dos flujos de influencia

12. A. Walde, *Lateinischer etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, C. Winter, 1965, pp. 710 ss., y A. Ernout y A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1951, pp. 571 s., con variadas interpretaciones reconstruccionistas, algunas unidas a la actividad material de la intermediación lingüística, otras a la inteligencia del pensamiento y de la voluntad ajena.

13. E. Berti, *Teoría general dell'interpretazione*, Milán, Garzanti, 1955.

que provienen del texto y de los destinatarios del texto, y que convergen desde direcciones opuestas. Y aquí actúa el factor tiempo. El intérprete es aquel que une el pasado (el tiempo del texto) con el presente (el tiempo de la interpretación), o incluso con el futuro (el tiempo en el que la interpretación, si aún no es convincente, lo será). La posición *interpretativa* es la fuente de todas las dificultades, pero también de todas las posibilidades de la interpretación, posibilidades que se manifiestan porque está siempre abierta a nuevas preguntas y a nuevas respuestas, aun permaneciendo firmes los datos textuales que se deben interpretar. La versatilidad de la interpretación es la manifestación del flujo de influencia que los destinatarios, en un tiempo cultural que las es propio, ejercen sobre el intérprete, inclinandole a avanzar de forma ininterrumpida siempre hacia nuevas interpretaciones. La influencia del presente sobre el pasado, cualquiera que sea su naturaleza—un texto literario, musical, jurídico, etc.—, es muy visible en la interpretación de la historiografía. Cuando se repite esa célebre frase<sup>14</sup>, que toda historia es siempre historia contemporánea, incluso cuando se trata de acontecimientos que se remontan a siglos o milenios anteriores, se quiere decir precisamente que el ambiente cultural y político presente, con sus dudas y sus conflictos actuales, es el que pregunta y pide respuestas. Toda interpretación histórica es la respuesta a nuevas preguntas que conciernen, no al pasado, sino al presente.

*La prioridad del acto frente al derecho.* Volvamos al derecho y demos la importancia que merece, incluso teóricamente, al ordinario y necesario desarrollo de las cosas. De aquí solo puede nacer la posibilidad de una teoría adecuada a la realidad. El juez, como cualquier intérprete y aplicador del derecho, tiene frente a sí, necesariamente, un hecho o un caso de la vida planteado con la acción en el juicio para resolverlo de modo jurídico. *Da mihi factum, dabo tibi ius*, dice el viejo

y solo aparentemente banal adagio<sup>15</sup> que, en sus orígenes, expresaba la posición del pretor ante la exposición de un caso al que todavía no le correspondía una acción, y que hoy adquiere—en las reglas del derecho procesal que excluyen la actuación *ex officio* del juez— el significado de síntesis de la esencia del juzgar.

*Del hecho al derecho y del derecho al hecho.* El dato de hecho o caso es, pues, el aliciente de la interpretación<sup>16</sup>. He aquí el terreno de tensión: el hecho o caso, por una parte, el derecho, por otra, y el juez que actúa para unirlos. Este punto es esencial. Normalmente es descuidado y justo, por eso es necesario subrayarlo, porque precisamente en esa zona descuidada se revela el «sentido» de la interpretación, como significado y como dirección. Volviendo la mirada al derecho, se tomarán en consideración las normas que puedan parecer jurídicamente relevantes; tras lo cual, se volverá al caso para perfilarlo, eventualmente incluso a través de una actividad probatoria sobre los hechos; una actividad para determinar las infinitas características objetivas del caso que nunca se realiza a ciegas, sino que trata de reconocer en la realidad la presencia o la ausencia de elementos que la propia norma—individuada hipotéticamente como *lódeia* para la decisión—prevé en la definición de su situación típica, o bien la existencia de otros elementos que puedan obtenerse a tenor de una norma diferente; tras este nuevo análisis, se volverá al derecho, porque quizá las normas que en un primer momento parecían importantes ya no lo son y deben tenerse otras en cuenta. Estas son las operaciones que realiza habitualmente quien tiene que aplicar el derecho.

La interpretación jurídica se halla, pues, comprimida entre dos polos: el caso que se ha de resolver y la norma que lo resuelve. El caso no se puede entender jurídicamente sino en referencia a la norma, y esta no significa nada sino con referencia a aquel, pues el caso debe orientarse hacia la norma y la norma debe orientarse hacia el caso<sup>17</sup>. La interpre-

14. B. Croce, *Teoria e storia della storiografia* [1916], Milán, Adelphi, 1989, p. 14: «es evidente que solo un interés del presente puede movernos a indagar sobre un hecho pasado que, en cuanto se une a un interés del presente, no responde a un interés del pasado, sino del presente. Eso se dice también y se repite en cientos de fórmulas empíricas de los historiadores, y construye, si no el contenido profundo, el motivo del hecho de la máxima tan trillada de la historia como magister vitae. [...] Estas fórmulas le proporcionan matices paradójicos a la proporción de que 'toda historia auténtica es historia contemporánea'. Véase, también, H. La Serna como pensero e come autore [1938], Bari, Laterza, 1978, p. 11: «La necesidad práctica, que es en el fondo la de todo juicio histórico, le confiere a toda la historia el carácter de historia contemporánea, porque por remotos o muy remotos en el tiempo que parezcan los hechos que acceden a ella, es, en realidad, una historia referida siempre a las necesidades y a las situaciones presentes en las que los hechos remanentes son vitales».

15. H. Roland y L. Boyer, *Adages de droit français*, Paris, Larc, 1999, pp. 135-138.  
16. G. Zaccaria, «Complezza della ragione giurídica»: *Rapporto giurídico* I (1994), abstrato en *Id., Questioni di interpretazione*, Padua, Cedam, 1996, p. 15, citando a K. Günther, *Der Sinn für Anwesenheitsgeschichte in Moral und Recht*, Paderborn, Schöningh, 1988, pp. 311 ss.; «dado que toda aplicación de normas se puede sino nacer de un contexto determinado, es decir, de una situación concreta y de un ámbito de vida en común en los que las acciones individuales poseen y definen su significado, es necesario [...] que el intérprete tenga en cuenta, realmente, de modo previo, todos los aspectos relevantes que caracterizan esa situación [...] y esa valoración será previa respecto a la decisión acerca de la norma o normas que deban aplicarse a un caso concreto».

17. M. Lubiano, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* [1974]; trad. *It. Sistema giurídico e dogmática giurídica*, Bolonia, Il Mulino, 1978, p. 48 [sistema jurídico y dogmática jurídica, Mehdí, CEC, 1943]; y F. Müller, *Rechtswesen. Elemente einer Verfassungsgeschichte*, Ber-

tación es la actividad que trata de unir al uno y a la otra hasta conseguir que «encajen» en un resultado satisfactorio desde ambos lados. No está al servicio ni del uno ni de la otra, sino eventualmente y, en cualquier caso, tanto del uno como de la otra, manifestando así en cada lado cierta autonomía proveniente del vínculo que los une.

*La interpretación científica.* Solo en la interpretación científica, la que se realiza técnicamente por los estudiosos, la actividad interpretativa procede al revés, tomando en consideración el derecho antes que nada. Esto cambia el orden de prioridad de los factores de comprensión jurídica, pero no los rasgos que conforman la investigación misma: el hecho o el caso a cuya regulación se destina la norma no será un dato histórico concreto —como en la interpretación judicial—, sino que el intérprete lo conceptualizará hipotéticamente. No se puede estudiar la norma sino considerando como hipótesis situaciones típicas a las cuales aplicarles la norma. No es posible una «interpretación en abstracto» que excluya los hechos o los casos. Incluso quien considera admisible una «interpretación solo en abstracto», contrapuesta a la «interpretación en concreto», no puede dejar de admitir que «no es posible identificar una norma sino identificando, al mismo tiempo, al menos los casos paradigmáticos a los que es aplicable»<sup>19</sup>. Lo que parece desmentir la cuestión general acerca de una posible interpretación totalmente centrada en el derecho. En realidad, si no existiese este proceso de interrogación práctica de la norma, la interpretación se convertiría por medio de simples y vacías paráfrasis de la ley.

*La duda en la ciencia jurídica.* Lo mismo ocurre cada vez que surge una duda, que es el alimento de la interpretación a la que se dedica la ciencia del derecho. La duda interpretativa se nos presenta porque nos situamos desde el punto de vista de un hecho o de un caso nuevo, o que merece ser considerado de una nueva forma, y desde este punto de partida nos preguntamos por el significado de la norma. Por decirlo de forma breve, la interpretación científica no procede sino a través de preguntas acerca de la posibilidad de incluir o de excluir de la previsión normativa ciertas situaciones típicas concretas, por cuanto solo se formulan como hipótesis. Como consecuencia de esta inversión de factores, se sigue que la postura de la doctrina es menos imaginativa que la de la jurispruden-

cia, puesto que la riqueza de los «casos de la vida» supera la imaginación abstracta, normalmente bastante escasa, de los juristas que formulan sobre los textos sus «casos de escuela», usualmente superados en creatividad por la fantasía real de la experiencia.

*La interpretación como experiencia para la resolución de problemas.* Cuando se ha venido diciendo hasta aquí puede resumirse calificando la interpretación jurídica como una *actividad impulsada por una finalidad esencialmente práctica* —en el sentido de que se justifica por la existencia de hechos y de casos concretos que han de ser regulados— y desinada, no al conocimiento, sino a la acción, es decir, a su aplicación mediante decisiones<sup>20</sup>. Si no hubiese que resolver problemas prácticos, nadie se preocuparía del derecho; si no hubiese nada que juzgar, no habría derecho. Se ha dicho<sup>21</sup> que en esta orientación problemática consiste el carácter del *derecho como experiencia*, quizá una fórmula oscura a primera vista, que podría hacer pensar en posturas existencialistas, pero que significa, simplemente, que la ciencia del derecho es «conocimiento aplicado» y está «condicionada por la concreción del caso» a cuya resolución tienden las normas. Se ha dicho justamente<sup>22</sup> que «la controversia da origen al derecho», y es en el ámbito de la controversia donde, precisamente, nace la interpretación.

*Interpretaciones y transferencias.* Se puede decir, para concluir, que la existencia de los casos está condicionada por la propia existencia del derecho. El derecho está siempre en función del caso e, inversamente a la proposición, el caso es siempre la razón de ser del derecho<sup>23</sup>. Así

19. Al respecto, véase Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1934, p. 35; *Id.*, *Teoria della scienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, pp. 117 ss., donde se discuten las posturas de G. Radbruch, *Rechtsgeschichte*, Leipzig, Ruzel u. Meyer, 1932, pp. 119 ss., y de S. Pugliesi, «La giurisprudenza come scienza pratica», *Rivista italiana per la scienza giuridica* 4 (1950), pp. 49 ss. En el último escrito citado se distingue la ciencia del derecho —dedicada al conocimiento de este como tal, con independencia de las exigencias de su aplicación— de la técnica del derecho, dedicada a la aplicación de los resultados del conocimiento científico. Esto equivale a proponer de nuevo la separación entre la ciencia del derecho y la jurisprudencia, en contra de la cual estaba Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pp. 57 ss.

20. G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* [1937], Milán, Giuffrè, 1962, p. 32. Al respecto, véase L. Mengoni, «Attualità di Giuseppe Capograssi», *Europa e diritto privato* 4 (2000), pp. 1017 ss., y P. Piovani, «Prefazione» a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit.

21. G. Capograssi, «Prefazione» a F. López de Obarra, *La certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1968, p. 13.

22. En este sentido, F. Danovanti, «Caso e incertezza del diritto», en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 3 vols., Milán, Giuffrè, 1988, vol. II, p. 40.

lla, Dunoche & Humblot, 1986, pp. 46, sea a propósito de la ilusión de una *lex ante casum*, sea a propósito del concepto de concreción del derecho en términos analógicos a los del texto.

18. R. Gaetano, «L'interpretazione del documenti normativo», cit., p. 83, nota 16. Véase *ibid.*, p. 281, nota 34, una reedición de las tesis aquí expuestas y una crítica. Dicha crítica y una «crítica de la crítica» pueden ser un útil ejercicio de aprendizaje.

pues, toda interpretación está vinculada a la prefiguración o a la nueva configuración de los casos, y toda nueva interpretación consistente de su sentido procede de ellas. La eliminación de la vertiente práctico-casística de la interpretación jurídica solo consistente operaciones que no son auténticas interpretaciones, sino meras descripciones tautológicas de las fórmulas empleadas por el legislador; solo palabras repitiendo, mejor o peor, lo que ya dijo el legislador. El «interpretar» que actúa así adoptaría el «método de la ignorancia acerca del sentido de su propia labor»<sup>23</sup> y sobre todo, no haría interpretación en el sentido propio de la palabra<sup>24</sup>, sino solo transliteraciones estériles, es decir, «traducciones» de palabras en otras palabras.

→ *Teorías y doctrinas.* Llegados a este punto, es bueno aclarar que las proposiciones precedentes y las que seguirán no son una propuesta doctrinal, sino, simplemente, un intento de describir, sacándolo a la luz, lo que ocurre en realidad cuando el derecho entra en acción. No es, pues, una «doctrina», sino algunas ideas en vista, a lo sumo, de elaborar una «teoría» (distinguiendo las doctrinas — como propuestas ideales o ideológicas que prescinden de los datos reales y tienden más bien a modificarlos — de las teorías — que, en cambio, asuman como propia la perspectiva de los datos reales, intentando ponerlos de relieve, elaborarlos, ordenarlos y finalmente, comprenderlos por medio de proposiciones explicativas coherentes, sin ocultar las dificultades e incluso las contradicciones que caracterizan la realidad cuando está arrugada en la sociedad y no es exclusivamente fruto de la educación<sup>25</sup>). Cuando se habla de «teorizar» sobre el derecho, no se habla del derecho en sí (que puede ser un objeto plausible para la «doctrina»), sino de un derecho determinado y de una sociedad determinada en un determinado momento histórico. Quien se dedicase a la «teoría» sin darse cuenta de la realidad histórica concreta de su objeto adoptaría, precisamente, «el método de la ignorancia acerca del sentido del propio comportamiento». Las doctrinas del derecho, como las que derivan del positivismo legalista — por ejemplo, las de la filosofía analítica aplicada al derecho —, se presentan a sí mismas como teorías, pero erróneamente, en cuanto llevan a intravarior las transformaciones cualitativas que el Estado constitucional aportó a la realidad jurídica y al modo de operar del derecho. El positivismo legalista o ignora el nuevo, o bien interviene, más bien a la desesperada, para reconducirlo a las viejas fórmulas, intentando demostrar que es necesario tener en cuenta que no hay nada nuevo bajo el sol y que las categorías que emplea son idóneas para comprender lo que no es más que una aparente novedad. De este modo, convierte en incondicional e histórico su propio punto de

vista, transformándolo casi en fundamento absoluto de una «ciencia natural» del derecho. Bajo este aspecto, esas posiciones resultan, verdaderamente, ideológicas, acusación que ellas no les ahorran a las posiciones contrarias.

### 3. Los hechos muertos

*Las definiciones de «interpretación».* Así pues, la interpretación judicial puede ser definida — dejando a salvo la necesidad de otras muchas aclaraciones — como *la búsqueda de la norma reguladora adecuada, tanto para el caso como para el derecho.*

*Los casos como hechos.* Es necesario insistir en la importancia del «caso», que ahora debemos distinguir del «hecho». Esta distinción ha sido totalmente orillada por las concepciones tradicionales. En efecto, estas hablaban de la interpretación jurídica como parte de una actividad encaminada a la «resolución del caso» — de forma análoga a la resolución de un problema matemático — mediante la aplicación de una estructura de reglas preexistentes que encuentran toda su razón de ser y su validez en su mundo, un mundo basado en normas vinculadas entre sí por el principio de no contradicción y totalmente autosuficiente por su propia «razón teórica». Todas las concepciones unilaterales de la interpretación exclusivamente legalistas, cualesquiera que sean sus múltiples y más o menos elaboradas variantes, tratan la aplicación del derecho (con independencia de la naturaleza de los materiales normativos empleados — ley natural o ley positiva — y de la más o menos elevada complejidad de las operaciones destinadas a determinar el contenido) como una actividad consistente en una simple *operación deductiva*: de la norma individualizada *a priori*, válida en general y en abstracto, a la sentencia obtenida *a posteriori*, es decir, al precepto individual y concreto que se refiere al caso *sab iudice* y contiene calificaciones jurídicas (licitud, ilicitud, validez, invalidez, obligatoriedad, voluntariedad, etc.) y, eventualmente, las medidas consiguientes (sanciones, resarcimientos, anulaciones, etc.); una *actio simplex* desde el mundo de las normas — la parte activa — al de los hechos — la parte pasiva — mediante la labor del juez que «aplica», es decir, que confirma las primeras «haciéndolas bajar»<sup>25</sup> hasta los segundos. Los «casos» de los que hablaban estas teorías no son más que *hechos inermes* que deben incluírse de nuevo en esquemas normativos. El «caso», según estas concepciones, consistiría en la relación norma-he-

23. Según el reproche que R. Sennid (*Verfassung und Verfassungsrecht* [1978], trad. h. *Constitución e diritto costituzionale*, Madrid, CEC, 1985], p. 213 [*Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985]) le dirige al formalismo legalista de los juristas cuyos ojos solo ven leyes y nada más que leyes.

24. A.-J. Armand, *La médium et le savoir. Signification politique de l'interprétation juridique*— *Archives de philosophie du droit* 17 (1972), pp. 165 ss.

25. Según la expresión de R. Sacco, «interpretazione», en Tortaro *di diritto civile*, dirigido por Ia., *Le fonti del diritto italiano* II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Turin, Utet, 1999, p. 166.

cho, es decir, se resolvería íntegramente con la aplicación del derecho al hecho; sería —podría decirse— una «operación jurídica», o incluso una operación de cirugía jurídica sobre los hechos de la vida.

*La aplicación como formalización o la «inmaterialidad» de la jurisprudencia.* Esta corriente de pensamiento considera que se persigue una valiosa finalidad doble, de orden teórico y práctico: ante todo, preservar la esfera normativa de las «perturbaciones» de los hechos, mantenido con firmeza la gran dicotomía *mandado del deber ser* — *mandado del ser*, configurara, además, la resolución jurídica de los casos mediante la aplicación rigurosa de una regla, tal como se piensa que se resuelven los problemas según las leyes de las ciencias teóricas, como las matemáticas o la geometría. Ya encontramos con anterioridad (*supra*, pp. 67 ss.) al *juer-matemático* o al *juer-geométrico*, que es lo que más se aproxima a la idea de la *formalización de la jurisprudencia* y del ideal de la ciencia del derecho como una ciencia exacta, con sus secuelas de previsibilidad, estabilidad y certeza de sus soluciones: un ideal cultivado en concreto, sobre todo, por el racionalismo jurídico de los siglos XVII y XVIII.

La referencia a las matemáticas como modelo para la jurisprudencia está cargada de significado. Demuestra una forma de considerar el derecho como algo separado, autosuficiente y encerrado en sí mismo. Esta no es en absoluto privilegio del positivismo legalista: el iusnaturalismo y el positivismo no difieren en este punto. Coinciden en un rasgo fundamental y común de carácter exclusivamente normativo, esto es, en considerar que solo la norma es derecho. Ambos exigen la misma «postura reflexiva» frente a la norma objetiva y autosuficiente: que esta provenga de la naturaleza legisladora o de la voluntad legisladora no cambia nada respecto al desinterés común por lo que ocurre en la realidad empírica a la que el monismo jurídico, bajo cualquiera de sus formas, despoja de valor.

→ *«Coincidencia opositoria»: el monismo iusnaturalista y inspositivista.* El derecho como geometría o matemática social remite a la noción de ciencia o razón técnica. Aristóteles, en el libro VI de la *Ética a Nicómaco*, distingue la ciencia técnica y la ciencia práctica en estos términos: la primera (*epitéme*) se refiere a las entidades que existen por sí mismas, independientemente de nosotros (los universales, las cosas que existen necesariamente, lo que es objeto de un conocimiento demostrativo); la segunda (*phrónesis*), a las cosas que no existen independientemente de nosotros y, como tales, requieren una postura no solo especulativa (reflexiva lo que está fuera de nosotros), sino autorreflexiva (examinarnos a nosotros mismos y nuestros actos en relación con lo que está fuera de nosotros). En la ciencia práctica es inevitable que el ser y el deber ser, lo objetivo y lo subjetivo, la realidad y la norma, se ponderen y se combinen «dialécticamente». El ejemplo supremo de ciencia técnica es la teología, suponiendo que exista una distancia incommensurable entre Dios y nosotros, y lo haga ser lo que es independientemente de nosotros (a menos

que se quiere lo contrario, como Ludwig Feuerbach<sup>26</sup>, que Dios es precisamente el más claro ejemplo de creación por obra de los hombres, proyectada a una esfera ultramundana en la que buscan respuestas a las demandas y los temores posteriores que derivan de la finitud de su existencia). Pero otros ejemplos son, precisamente, la geometría y las matemáticas, cuyas reglas y proposiciones se consideraran verdaderas incluso aunque ninguno de nosotros se interese por ellas. Ejemplos de ciencias prácticas pueden ser la política y la economía, que al formular sus proposiciones o «leyes», ordenan la acción y contribuyen así a formar su propio objeto y, por ello, en cierto sentido, lo «hacen ser» como es.

El derecho natural, basado en la idea del valor normativo de la «naturalidad», intentó trasladar toda la ciencia jurídica, junto con las llamadas «ciencias morales», al terreno de las ciencias teóricas, el terreno de la razón cognosciente. El positivismo jurídico, a su vez, llevó a cabo un intento análogo: preclamar el carácter únicamente cognoscitivo de la ciencia jurídica, aplicada esta vez no a la naturaleza de las cosas sino al contenido de la norma positiva y al de la voluntad legisladora que en ella se encierran. Así pues, el iusnaturalismo y el inspositivismo, sin distinguirse por el objeto de conocimiento, son dos manifestaciones de una misma postura monista: el primero reduce la ciencia jurídica al conocimiento de la «naturalidad» (salvo el problema de establecer qué autoridad competente debe reconocer, y con qué criterios debe separar la «verdadera» y «buena» naturaleza de la «bliss» y «viciada»); el segundo, la reduce al conocimiento de las normas positivas establecidas.

*La interpretación solo como «guarismo hars»: el silogismo y la subsumición.* De este modo, los problemas propiamente jurídicos que el juez debe plantearse acabarían por ser tan solo los relativos a la reconstrucción del contenido de las normas, es decir, los relativos a la determinación de las situaciones jurídicas típicas abstractas, a través de las cuales se observan los hechos de la vida como a través de una lente. La determinación de estos últimos representaría una simple *guarismo hars*, y no existiría relación alguna entre la *guarismo hars* y la *guarismo hars*. Y cuanto más «pura» es la determinación de las situaciones de hecho legales, es decir, cuanto más se apartan de la influencia de factores que considerarían que no son normativos, tanto más satisfechos se sienten los normativistas, creyendo que su interpretación es una buena interpretación. Por eso se les dedica la máxima atención a los temas sobre la interpretación (tal como ellos la entienden); es mínima o incluso inexistente, sin embargo, la reflexión sobre los casos y sobre el papel que representan en la pro-

26. L. Feuerbach, *La esencia del cristianismo* [1841], Madrid, Trotta, 2013; no es Dios quien erró al ser humano, sino el ser humano quien erró a Dios; la teología es antropología; la esencia de la religión es la esencia de lo humano; Id., *La esencia de la religión* [1845], Buenos Aires, Provenza, 2009; la religión tiene su base en la naturaleza; el ser humano tiene la necesidad fisiológica de objetivarla en un ente distinto al que llama Dios.

pia interpretación y en la aplicación del derecho<sup>27</sup>. Tras determinar la norma y su aplicación, su aplicación al caso —mediante la subtracción o la deducción silogística— sería «un juego de niños»<sup>28</sup>. La subtracción y la deducción expresan puntos de vista opuestos, la primera va del hecho a la norma y la segunda de la norma al hecho; pero no cambia la separación entre norma y hecho que ambas suponen. En ambos casos, solo está viva la norma, y el hecho es como un cuerpo muerto que debe, simplemente, adaptarse a la norma. Solo la norma es exigente; el hecho es totalmente amorfo y no espera más que ser relacionado con la norma. Que se parta de la norma o del hecho no cambia la concepción ni de la una ni del otro ni de su relación recíproca.

*¿Cuándo puede decirse que la interpretación ha «tenido éxito»? Todo esto omite la circunstancia —núcleo de toda la cuestión— de que en el proceso interpretativo ante el juez, el hecho, o mejor, el caso, como ahora se dirá, es el resorte que lo pone en movimiento y le da sentido. Partiendo de él, se dirige al derecho para interrogarlo y obtener su respuesta. Desde el caso, el intérprete avanza y vuelve a él, en un procedimiento circular (el «círculo interpretativo») de renovación bipolar que logra la armonía en cuanto se conjugan del modo más satisfactorio posible las exigencias del caso y las del derecho<sup>29</sup>. Cuando el resultado interpreta-*

27. P. Grossi, «Código: algunas conclusiones entre dos milaneses», en *Id., Mitologie jurísticas de la modernidad*, cit., pp. 84 s.; «La ley sería liberada inmóvil en el momento de producción; el procedimiento productivo se aplica con la creación (conviene insistir en este término teológico) de una voluntad suprema, resultándole extraño el momento interpretativo-aplicativo [...] El procedimiento de normación se resuelve en el momento en que la norma se produce; así se resuelve y se agota. El caso cuenta poco, porque la norma jurídica es esa abstracción confeccionada por el legislador. Es cierto que después está el momento de su aplicación, es decir, de la vida de la norma en contacto con la vida de los sujetos, pero este no aporta nada a una realidad que nace y queda compacta y rígida, impermeable a la historia [...] A la idea de código, es decir, a una gobernanza de reglas abstractas, simples, lineales, es conceptualmente extraña la posibilidad de incidencias del momento de la aplicación. La ideología jurídica positivista se turba ante la visión de una norma que vive más allá de su producción y se modifica estrictamente según su recepción, que —en suma— se produce continuamente recibiendo mensajes de los diversos terrenos históricos en los que se sitúa». Pero esta «estructura» debe dejar su puesto a una nueva conciencia para producir resultados crebles y no ser solamente una enfermedad del espíritu jurídico; debe comprender que «el momento relevante es el hecho de la vida en torno al cual giran las preguntas que el intérprete dirige al texto; [...] la actualidad más sustancial no es la del texto [...] sino la del intérprete-aplicador» (Id., *Las primeras lecciones de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 88 s.).

28. *Id.*, «Más allá de la mitología jurídica de la modernidad», en *Id., Mitologie jurísticas de la modernidad*, cit., p. 60.

29. El concepto de círculo interpretativo se expresa de varias formas, incluso desde fuera de la teoría del «círculo hermenéutico» al que se hace referencia en las indicaciones bibliográficas siguientes. K. Engisch (*Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg,

tivo no violenta ni al uno ni al otro (o los violenta lo menos posible), entonces podrá decirse que la interpretación ha «tenido éxito». Donde exista un conflicto irresoluble ya no ayudará la interpretación, sino que habrá que someter la propia norma a discusión desde el punto de vista de su incongruencia, irracionalidad, arbitrariedad o de la excesiva rigidez de sus mecanismos (*infra*, pp. 184 ss.). La existencia de estos criterios de valoración sobre la legitimidad constitucional de las leyes muestra la esencial novedad de los rasgos fundacionales del derecho, en las condiciones espirituales de nuestra época: en el conflicto entre el derecho y el caso, es decir, las exigencias del caso, el ordenamiento opera por estas últimas. Por cuestiones de derecho positivo (y no por el capricho del intérprete de erigirse por encima del legislador), ya no es válida la máxima principal del positivismo acrílico, *dura lex sed lex*, o *ita lex*.

*La dualidad como separación entre los hechos y las normas.* La dualidad a la que se ha hecho referencia implica la existencia de una relación de tensión entre los hechos o los casos, por un lado, y las normas por el otro: esto es, implica la posibilidad de una «conexión y de un condicionamiento recíproco». Es decir, se cree que del mando de la realidad, de «lo que es», nace una expectativa normativa, una expectativa acerca de «lo que debe ser». Esta expectativa desmiente lo que la razón demuestra que es imposible: realmente, entre estos dos mundos no existe conexión. A partir de la realidad solo se puede decir que una cosa es o no es; solo pueden hacerse aserciones. A partir de las normas, solo puede decirse que una cosa debe ser o no debe ser; solo pueden enunciarse prescripciones. En todo caso, que una cosa «sea» no significa que «deba ser»; que una cosa «deba ser» no significa que «sea». Esta dualidad no admite transferencias entre dos planos que obedecen a lógicas completamente independientes.

*La «ley de Hume» y la crítica de la «razón práctica».* David Hume declaró, en lo que se llamó su «ley», la imposibilidad de extraer normas o expectativas normativas de los hechos. Según esta ley, la absoluta separación entre las categorías del ser y del deber ser es la base de la cri-

C. Winter, 1963, p. 15) habla de la continua interacción, del *It y sein* de la intención desde la premisa mayor al hecho y viceversa; K. Larrux (*Methodenlehre der Rechtsauswertung*, Berlin, Springer, 1973, p. 189) pone de manifiesto la relación dialéctica entre la norma abstracta y la decisión concreta; A. Kaufmann (*Grundzüge und Natur der Sache*, Karlsruhe, Decker & Müller, 1965, p. 32) habla de un *Wesenserkennen* de la norma en el hecho y viceversa, de un continuo «reconocimiento» en sentido opuesto del terreno del ser en el del deber ser y viceversa. Para estas y otras precisiones, L. De Ruyter, «Selbsterkenntnis der Präzessionsessenz», *Política del derecho* (1984), p. 180.

tica a la idea de «razón práctica» y, con ella, de ciencia práctica, por la insuperable contradicción que encierra. Sobre esta crítica insiste Hans Kelsen de modo particular:

Llamamos razón a la función cognoscitiva del hombre. Pero establecer normas, legislar, no es una función cognoscitiva. Al establecer una norma no se conoce cómo es un determinado objeto ya dado, sino que se desea algo que debe ser. En este sentido, el establecimiento de una norma es una función volitiva, no cognoscitiva. La razón que establece normas es una razón que conoce y quiere al mismo tiempo, es decir, es conocer y querer simultáneamente. Es el concepto contradictorio de razón práctica<sup>30</sup>.

Desde esta perspectiva, pueden distinguirse, sin superponerse, el «establecer» el derecho (legislación), función de la pura voluntad que dispone, y el «conocer» el derecho (interpretación), función de la pura razón que conoce; la primera (la voluntad), totalmente libre; la segunda (la razón), totalmente sometida. Así pues, los márgenes de inseguridad del conocimiento frente al contenido de la ley —es lo que llamamos «duda interpretativa»—, junto a los espacios que el legislador deja libres, habrían de colmarse a base de decisiones dictadas exclusivamente por la voluntad del intérprete quien, dentro de ese margen aún no decidido por la ley, sería el mismo legislador (esto es, voluntad). Esta separación —definida por un crítico como la «paz de los cementerios» para la ciencia jurídica<sup>31</sup>, reducida, en cuanto ciencia, a estar totalmente sometida y a ser pasiva frente a la ley, sierva de la libertad limitada del legislador— es la aspiración última del positivismo jurídico, es decir, la aspiración a la conjugación entre la libertad absoluta de quien establece el derecho y la sujeción absoluta de quien se somete a tal «positividad».

La insuperable separación conceptual del ser y el deber ser. La ley de Hume corresponde a una exigencia lógica insuperable. Pese a las apuradas, tampoco el iusnaturalismo en ninguna de sus versiones —incluida la que se basa en la «naturalidad de las cosas»— la contradice; decir que la «naturalidad» es normativa presupone la existencia de una norma implícita que le atribuye a esa «naturalidad» un valor positivo por el cual exige ser respetada; porque es obra de Dios, porque es intrínsecamente buena, porque todo ser es portador de un fin propio racional que pide ser satisfecho, porque corresponde a una ley histórica de conservación, desarro-

llo o revolución, etc. Entonces, no es la cosa la que es normativa, sino el principio que le atribuye un valor positivo. Se percibe claramente el carácter totalmente neutro de la «cosa» y la imposibilidad de hacer derivar de ella cualquier significado normativo, por el hecho de que esta «cosa», que algunos llaman basándose en un principio de valor positivo, puede ser objeto, por parte de otros, de una opinión radicalmente divergente de ser objeto, es decir, de un juicio de valor negativo: la realidad de las «cosas», es decir, de su «naturalidad», puede ser para algunos un bien, pero para otros un mal, una corrupción y una degeneración contra las que es necesario (he aquí la norma) reaccionar para negarla. Si para alguno es obra de Dios, y por ello la amará como Dios amó el mundo (Génesis 1, 31: «Entonces vio Dios cuanto había hecho, y he aquí que estaba muy bien»), para otros, los agnósticos, es obra del demonio, y la odiarán como algo pecaminoso y harán de todo para no dejarse prender en sus indigencias. Con independencia de Dios y del demonio, para algunos, la naturaleza es una madre benéfica, para otros es una madrastra maléfica. Por ejemplo, el plantamiento de la Ilustración protocromática (Rousseau, por ejemplo) era el de la armonía de la naturaleza destruida por la civilización, mientras que Giacomio Leopardi alimentaba una gran deseperanza hacia aquella, que «por costumbre y por instinto, es un verdugo impasible e indiferente con su propia familia, con sus hijos y, por decirlo así, con su sangre». «Nos es funesto el día en que nacemos», le canta a la luna el pastor errante de Asia.

En consecuencia, ni siquiera para los iusnaturalistas que hablan de la «naturalidad legisladora» el mero hecho produce normas. La naturaleza es solo la manifestación, la expresión de una voluntad legislativa de la que procede su «deber ser».

La separación de la separación: el ser de las cosas, no como hechos sino como casos. Dada esta descripción sobre la separación radical entre la realidad de las cosas que son y lo que se pretende que sean, la definición de interpretación que se dio arriba (*supra*, p. 153) —la búsqueda de la norma reguladora adecuada, tanto para el caso como para el derecho— resultaría incoherente. En efecto, el caso entendido como hecho no exigiría solicitud alguna, no podría exigir para sí mismo una regulación adecuada: la norma sería la norma y el intérprete debería actuar al único fin de la adecuación, la adecuación de la norma. A menos que la ley de Hume y las consecuencias que de ella derivan presupongan que haya que atender a los «meros hechos», lo que se desmiente en la jurisprudencia por el más poderoso de los argumentos, el de la experiencia. En el terreno del derecho no hay que atender a los «meros hechos», como los que puedan ser objeto de observación en las ciencias naturales o en las ciencias sociales descriptivas (tal que la sociología en sus formas más elementales), anali-

30. H. Kelsen, *El problema de la justicia* [1960], ed. de M. G. Loraño, Turin, Einaudi, 1975, pp. 86-87.

31. H. Heller, *La soberanía del otro escrito* [1927], ed. de P. Paschino, Milán, Guaffa, 1987, p. 146 [La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional], México, UNAM-FCJ, 1993].

zables en términos cuantitativos y comprensibles —cuando se es capaz de comprenderlos— atendiendo a las leyes de la causalidad: el derecho tiene que atender a los «hechos humanos», comprensibles de un modo totalmente diferente, es decir, según categorías de sentido y de valor. Los «hechos humanos» entendidos en su sentido y en su valor le proporcionan al intérprete del derecho los «casos» que se deben regular jurídicamente, y estos «casos», como se dirá en el epígrafe siguiente, están preñados de expectativas normativas. Respecto a la jurisprudencia, el límite de la ley de Hume y de las consecuencias que de ella derivan es este: la ley habla de hechos, pero en el juicio jurídico no hay hechos, sino casos, y ahora —tras haber hablado hasta aquí de ellos de forma indistinta— es necesario establecer la diferencia entre el hecho y el caso.

*La razón práctica jurídica y el constitucionalismo actual: un adelanto.* Nuestra época es testigo de un renacimiento de la «razón práctica», incluso en relación con el derecho<sup>32</sup>. Ese renacimiento está ligado, en general, a la gran controversia nunca cerrada sobre la pretensión, firmada por Max Weber<sup>33</sup>, de que las ciencias humanas son imposibles de evaluar. Pero, en relación con el derecho en particular, se corresponde con las características de las constataciones actuales que, con sus disposiciones de principio y sus opciones de valor, guían, más aún que sobre la interpretación del derecho, sobre la postura que se debe adoptar frente a los hechos<sup>34</sup>.

32. Véase M. Kralik, *Derecho e ragione pratica* (1979), Nijmegen, Ed. 2006.

33. M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), trad. II, *El método de las ciencias ético-sociales*, ed. de P. Rossi, Turín, Einaudi, 1958 (trad. Emory sobre metodología sociológica, Buenos Aires, Amorrortu, 1990).

34. El contenido de esas observaciones es el de la interpretación jurídica como hermenéutica. Las referencias principales, además de H.-G. Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* [1975], Salamanca, Sígueme, 1984, se encuentran en J. Esser, *Vorverständnisse und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Festschrift M. Achenbach, 1970; H. Kortebecher, *Rechtsetzliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Festschrift M. Achenbach, 1973; F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971; *Id., Juristische Methodik und politische Systemlehre einer Verfassungstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976. En la doctrina italiana, L. Mengoni, «Problema e sistema nelle controversie sul metodo giuridico» (1976), «La polemica di Berti con Gadamer» (1978), «Ancora sul metodo giuridico» (1983), «Corigliani allora et Id., *Diretto e valore*, Bologna, Il Mulino, 1985; *Id.*, «Interpretazione e nuova dogmatica. L'antitesi della dottrina», *Jus* (1985), pp. 469 ss.; L. De Ruggiero, *Tra consenso e ideologia. Studio di emmenetica giuridica*, Napoli, Jovene, 1977; *Id.*, *Sul concetto di precognizione*, cit., pp. 577 ss.; G. Zaocarla, *Emmenetica e giurisprudenza*, 2 vols., Milán, Giuffrè, 1984.

#### 4. Los casos vivos

*Las dos vertientes del derecho. La interpretación como actio duplex.* «La búsqueda de la norma reguladora adecuada, tanto para el caso como para el derecho» es una definición de la interpretación en la que la *actio simplex* del positivismo normativo es sustituida por una *actio duplex*. La interpretación como una actividad con dos vertientes corresponde, como se verá, a la doble naturaleza del derecho de la que se habló en el capítulo anterior.

*La justificación «externa» de las reglas jurídicas.* La ciencia del derecho, como ciencia práctica, no se ocupa de las reglas que se justifican enteramente por sí mismas, las que reordenan en sí mismas su propio valor. El valor de las normas jurídicas se mide observando desde fuera su capacidad de regular adecuadamente las expectativas propuestas por la dinámica de las relaciones sociales, en relación con los casos que son expresión de dicha dinámica. Para ciertos casos valdrán ciertas normas; al cambiar los casos, se tenderá a buscar en el ordenamiento otras nuevas, distintas de las que antes regulaban los casos ahora ya superados. Es más, como se advirtió en relación con la máxima *in claris no fit interpretatio*, «un texto que, en el papel o a la luz de la experiencia de su aplicación anterior, resulta claro, puede resultar confuso ante un caso nuevo»<sup>35</sup>, y por «nuevo» debe entenderse bien lo que nunca hasta entonces había tenido lugar en el pasado, bien lo que, aun habiendo tenido lugar materialmente en el pasado, aparece ahora bajo una luz nueva y problemática.

*El derecho y la moral.* Los principios morales no fallan su objetivo normativo ni entran en crisis porque la evolución de las expectativas sociales se oponga a ellos: expresan valores absolutos, y por ello es comprensible que tengan valor con independencia del caso. Contrariamente a lo que se cree ante el panorama del relativismo de los valores éticos, es decir, del empobrecimiento de los principios morales por su «juridificación»<sup>36</sup>, la percepción de su valor aumenta en proporción directa a su alejamiento de la vida social. Cuanto más se aleja, tanto más se percibe su fuerza moralmente obligatoria. Las condiciones sociales podrán, si acaso, influir en las modalidades de actuación de esos principios, pero no en su contenido. La regla jurídica, en cambio, se caracteriza precisamente porque no aspira a una justicia abstracta e inmóvil, sino a la composición de la convivencia humana del modo más adecuado posible (adecuado a qué, ese el problema siguiente).

35. L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 480.

36. Al respecto, H.-G. Gadamer, *Verdad y método*, cit., pp. 225 ss.

La «presión» de los casos. Cuando el derecho, tal y como fue interpretado anteriormente, ya no es idóneo para este fin, el nuevo caso presiona mediante la interpretación para que se busque en el ordenamiento una norma distinta y más adecuada. En este sentido, se puede hablar de la «productividad del caso concreto»<sup>37</sup>, productividad en la que se basa y que explica la llamada interpretación «evolutiva».

Solo en situaciones históricas específicas puede pasar desapercibida esta presión renovadora que ejerce el caso sobre las normas jurídicas, deteniéndose entonces el flujo de las interpretaciones, debido a la inercia de las exigencias a las que el derecho debe proveer; solo entonces se podría pensar en la interpretación como una actividad unilateral centrada únicamente en el derecho. Pero ni siquiera en estas situaciones sería el caso irrelevante a efectos de interpretación. Sencillamente, al no suscitar en ese momento problemas inéditos, se dejaría de hablar de él, se sobrentendería. Pero quien pretendiese detener la interpretación pese a las transformaciones sociales, encerrándola en un juego intelectual puramente interno al conjunto de normas, pretendería en realidad que tales transformaciones se detuviesen, asignándole al derecho una función de obstrucción que jamás ha llevado a cabo y que sería absurdo pretender que realizase.

Qué es el «caso» en el derecho: el caso como problema. Así pues, los casos presionan sobre el derecho<sup>38</sup>. Pero ¿qué es, realmente, el caso que pretende situarse bajo la regla adecuada? No se puede decir de ninguna norma que sea adecuada o inadecuada para un caso; ni puede decirse que un caso pretenda tener una norma adecuada mientras no sea entendido como una mera situación de hecho. El mero hecho, como se ha visto en el epígrafe anterior, está mudo, muerto, no tiene exigencias.

El punto crucial de la interpretación jurídica es que el «caso» no es solo un acontecimiento, sino que es un «acontecimiento problemático». Considerándolo así, plantea interrogantes: precisamente los interrogantes que deben resolverse a través de una respuesta jurídica. El hecho mismo no es portador de demandas; empieza a serlo cuando tiene frente a sí a alguien que debe «reaccionar» ante él y este «alguien» lo comprende (entendiendo esta palabra en el sentido de una actividad que no se puede reducir a la de «explicar» hechos según una secuencia de causas y efectos), atribuyéndole «sentido» o significado por medio de las propias categorías de significado, y «valor» por medio de sus categorías de valor. El hecho se convierte entonces en «caso», a través de la inevitable comprensión del significado y del valor por parte de quien está destinado a dar respuestas, en nuestro caso, respuestas en términos de derecho.

37. *Ibid.*

38. Véase supra, p. 149, nota 16.

El sentido o el significado del caso. La comprensión del sentido o del significado consiste en la percepción de lo que el mero hecho representa desde el punto de vista de la vida social. Todo individuo y toda sociedad disponen de categorías en las que encierran los acontecimientos que les atañen para comprenderlos, a fin de poder responder no solo a la pregunta de qué está sucediendo, sino a la de qué significa lo que está sucediendo. Ningún individuo, ninguna sociedad humana pueden existir si no tienen respuestas para esta segunda pregunta. La falta de respuestas, es decir, la incapacidad de descifrar los acontecimientos, produce desorientación, angustia y terror, como si se estuviera ante algo inesperado y enigmático. La existencia de los seres humanos y de la sociedad es una permanente atribución de sentido a las cosas y a las acciones o, dicho de otro modo, es una interminable operación de abstracción y generalización del significado de las cosas y de las acciones.

Los conflictos de sentido. Esta operación, que en una existencia individual y colectiva estructuradas produce normalmente resultados convergentes, en momentos de inestabilidad o críticos puede dar lugar a resultados distintos e incluso paralizadores. Un mismo hecho puede ser entendido en sentidos muy diferentes, generando con ello un conflicto interpretativo. Así pues, el sentido del acto puede ser problemático. No siempre y no todos los actos, todos los acontecimientos, se prestan a ser entendidos en un sentido único y unívoco. Al contrario, en una sociedad abierta, los sentidos o significados de las cosas están, también ellos, abiertos a una pluralidad de explicaciones y, por ello, a una explicación inferior<sup>39</sup>.

Profundizando: el sentido como significado social. Por sentido o significado debe entenderse aquí la conexión entre una acción, una pala-

PROBLEMA

39. Reflexionamos sobre el pasaje de José Sarango que viene a continuación (Tobos los nombres, Madrid, Alianza, 1997, pp. 154-155), con la advertencia de que distingue sentido y significado, entendiendo por este segundo —al parecer— la primera e inmediata percepción del «signo» material, ya sea una palabra, incluso un acto, un gesto o un acontecimiento cualquiera: «El diálogo fue difícil, con trampas y puertas falsas surgiendo a cada paso, el más pequeño de los errores habría llevado errastrado a una confusión completa, si no fuera porque su espíritu estaba atento a los múltiples sentidos de las palabras que cuidadosamente iba presentando, sobre todo aquellas que parecen tener un físico sentido, con ellas es necesario tener mucho cuidado. Al contrario de lo que se cree, sentido y significado nunca han sido lo mismo, el significado se queda aquí, es directo, literal, explícito, otorgado en sí mismo, sinfónico, procedemos decir, mientras que el sentido no es capaz de permanecer quieto, hierve de segundos sentidos, sectores y cuartos, de direcciones múltiples que se van dividiendo y subdividiendo en ramas y ramajes hasta que se pierden de vista, el sentido de cada palabra se parece a una estrella cuando se pone a proyectar múltiples vivas por el espacio, vientos cianuros, perturbaciones magnéticas, afliciones».

bra, una expresión, y su «producto» social. La comprensión del sentido o significado de una acción, es decir, de su «lógica social»<sup>40</sup>, no se consigue más que en conexión con lo que aquella es capaz de determinar en la esfera pública que la recibe. Esta conexión no está determinada por el derecho, sino que es su presupuesto: es una *conditio sine qua non* de la aplicabilidad de las normas que constituyen el ordenamiento que escapa a la capacidad reguladora del derecho. Las normas jurídicas reflejan necesariamente la asunción de un determinado significado social de los hechos previstos en ellas y, justamente, lo asumen pero no lo determinan. Cuando tiene lugar una derivación o una contradicción entre el sentido admitido por el legislador y el significado que la sociedad le otorga al hecho, tenemos un supuesto de ley inadecuada al caso; en el lenguaje de nuestro Tribunal Constitucional, es un caso de irracionalidad. Las categorías de sentido del legislador ceden, pues, frente a las que rigen en la esfera social.

— *Ejemplos*. El mismo hecho material de dar muerte a un hombre puede ser entendido bajo muy diferentes significados: como un medio dirigido contra la vida de otro (homicidio), o bien contra el sufrimiento ajeno (eutanasia), o contra la degeneración de la especie humana (eugenesia), o bien como un instrumento o pretexto, incluso no deseado («efecto colateral»), de la guerra, o bien como la defensa de un bien primario propio o ajeno (legítima defensa), o como la sanción de un delito (pena capital), o incluso como el precio de la experimentación médica sobre seres humanos por el bien futuro de otros seres humanos, o, finalmente, como el método necesario para la extracción de órganos utilizables en trasplantes.

En la segunda mitad del mes de enero de 1998 se consumó la tragedia de Gabriele, un niño nacido sin cerebro, que los padres quisieron a pesar de todo, seguros de que no sobreviviría, para poder donar sus órganos a otros niños en espera de trasplante. El 28 de enero, tras dos semanas de vida artificial, se apagaron los soportes tecnológicos que lo mantenían con vida vegetativa y se procedió a extraer el corazón, que se le implantó al pequeño Maurizio, recién nacido con una malformación cardiaca mortal. ¿Acto de amor o crueldad feroz, producción de «material orgánico», ser humano reducido a «materia prima»?

La compra de menores, hijos de padres indigentes, puede ser considerada como tráfico de niños, o bien como un acto de beneficencia para mejorar sus condiciones de vida, o incluso como la satisfacción de una necesidad afectiva de los adultos compradores<sup>41</sup>.

La construcción física y psíquica de un drogodependiente puede ser considerada como un medio para dominar su libertad o el medio para liberarlo de otra

dependencia más grave. La cuestión fue objeto de discusión a mediados de los años ochenta, a propósito del «caso de San Patrignano»<sup>42</sup>.

La exposición del crucifijo en un lugar público puede entenderse como muestra de la relación con la tradición político-religiosa; como símbolo del predominio de una confesión sobre todas las demás; como la referencia al mensaje de conciliación y amor entre los seres humanos contenido en el Evangelio de Jesucristo e incluso como representación y referencia que comprendía todos los valores sobre los cuales se basa el ordenamiento constitucional<sup>43</sup>.

El llevar el velo islámico en Occidente puede ser considerado como una señal de identidad y pertenencia, como protección contra la homogenización de la cultura dominante; o bien como una manifestación de la opresión masculina en la que viven las mujeres islámicas; o incluso como una declaración de hostilidad, cargada de provocación ideológica y quizá de violencia material contra el modo de vida de las sociedades occidentales, etcétera.

*Las atribuciones de sentido y los límites de la ley*. Son todos ejemplos de controversias de sentido que pueden ser resueltas por el legislador cuando entiende establecer una norma *ad hoc* para regular un caso. Pero este legislador no determina el sentido ni puede imponerlo, sino que, simplemente, lo escoge entre los que compiten en el terreno de las interpretaciones de los hechos sociales y siguen compitiendo incluso después de que la norma haya sido establecida. Y, una vez que ha legislado, la disputa sobre el sentido no se detiene totalmente de modo definitivo, ya que vive de razones propias cuya naturaleza precede al derecho positivo y es esencialmente cultural, de tal modo que ninguna ley podrá nunca impedirle en una sociedad libre (quizá podrá ser sofocada, pero en una sociedad sometida, opresiva). Las disputas subsistentes sobre el sentido se transforman luego, una vez que el legislador ha legislado, de disputas sobre la ley en disputas sobre la interpretación, enfocada como búsqueda de la norma adecuada al caso.

¿Casos *sine sentido*? El positivismo legal —que reduce la vida concreta del derecho a una subsumción mecánica del hecho en el esquema legal, o a una deducción silogística de la consecuencia concreta prevista en abstracto por la ley— ignora o, mejor, cree desconectar con el momento de comprensión del sentido del caso. En efecto, el caso

40. S. Naroli, «La lógica della azione. Senso, regole, valori»: *Filosofia politica* (1993), pp. 399 ss.

41. La discusión sobre las consecuencias jurídicas de este «conflicto de sentido» en relación con un caso concreto (el «caso Sereno»), en G. Zagrebelsky, *El derecho difícil* [1992], Madrid, Troca, 1991, pp. 140 ss.

42. Véase Tribunale di Rimini, 16 de febrero de 1985, *Foro italiano* (1985), parte II, pp. 431 ss., y Corte d'Appello di Bologna, 28 de noviembre de 1987, *Foro italiano* (1988), parte II, pp. 583 ss.

43. Esta declaración se contiene en Consiglio di Stato, secc. VI, 13 de febrero de 2006, n.º 556; *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica* 3 (2006), pp. 776 ss. Véase también TAR Veneto, III secc., 17 de marzo de 2003, n.º 1110, en V. Bassotti y N. Fiorita, *Separatismo e laicità*, Turin, Giappichelli, 2008, pp. 123 ss.

concreto no sería sino un conjunto de datos de hecho en bruto, carente de cualquier significado cultural, que habría que cotejar con el caso previsto en la ley. Pero es una pretensión de todo punto imposible que el intérprete actúe tan a ciegas, porque es contrario a la naturaleza del juicio que se los pide a seres humanos que forman parte de una comunidad de sentido. El juez y, en general, el jurista, por no decir cualquier ser humano reflexivo, están inmersos constante e inevitablemente en contextos de sentido: todo acto o hecho al que nos enfrentemos, toda situación sobre la que se deba emitir un juicio, se presentan siempre, necesariamente, bajo el aspecto de significado de la cosa y de la situación, y no como cosa y situación carentes de sentido. Ya que la interpretación del derecho es una actividad humana y mientras lo sea, a la espera de que alguien proponga una *máquina de juzgar*, según una idea de locos que reaparece periódicamente, la pretensión del positivismo legal de considerar los hechos como «meros hechos», además de arbitraria, es imposible.

*Del significado al valor.* La comprensión del significado guía y condiciona la comprensión del valor con la vista puesta en el juicio. Se trata, lógicamente, de dos momentos distintos pero relacionados. Ante todo, la categorización del significado requiere valores cuya puesta en práctica depende del resultado de esta primera operación. No es igual, respecto al valor, que la supresión de una vida sea considerada, por ejemplo, como un puro y simple acto contra la vida misma, como un medio de control y de limitación de la natalidad, como un medio de impedir que continúen unos sufrimientos sin sentido, como un acto de autodefensa, o bien como una operación eugénica. La estimación según el valor y la comprensión del sentido son dos momentos relacionados pero separables que deben distinguirse conceptualmente, como puede comprobarse —suponiendo que se admitiese de común acuerdo, por ejemplo, que la supresión de la vida del feto es un medio contra la explosión demográfica, que la suspensión del tratamiento médico acaba con sufrimientos sin esperanza, o bien que la supresión de seres humanos con enfermedades genéticas que se reproducen al nacer son un acto de eugenesia— observando que puede darse el caso de que uno considere como algo bueno y necesario el control de la natalidad o la política para la mejora de la especie humana o la interrupción, en ciertos casos de sufrimiento, de tratamientos médicos sin un pronóstico favorable, mientras que otro lo considera malo y peligroso; un beneficio a favor de la humanidad, o una bestialidad contra el ser humano. Así pues, se puede convenir en este punto: la comprensión del significado es la premisa para la atribución del valor, aun tratándose de dos momentos lógicamente diferentes.

*El entrelazamiento del sentido y el valor.* Lógicamente diferentes, pues, aunque inseparablemente unidos y condicionándose recíprocamente. Al final de la ejemplificación, nos quedamos en el tema de la vida y de la muerte. Quien acepta la vida humana como un valor supremo en todas sus manifestaciones, incluso en las meramente biológicas, no establecerá diferencias de sentido ante cualquier situación en la que se provoque una muerte: siempre será un homicidio, aunque se trate de dar muerte a un enemigo o a un extraño en la guerra; de la ejecución de una condena a la pena capital; de quitar la vida a un ser sin esperanza, privado de conciencia y sufriente; de suprimir un embrión humano, etc. Por el contrario, la adhesión a valores diferentes supondrá la adopción de categorías de sentido diferentes. La defensa de la libertad, de la independencia o del poder de la patria como valores prominentes sí hará que la muerte durante las actividades bélicas se considere como algo distinto del homicidio común, incluso como un acto de heroísmo; la defensa de la sociedad frente al crimen como bien supremo supondrá hacer la distinción de sentido y de valor entre el homicidio corriente y la silla eléctrica o la inyección letal para el condenado a muerte; la piedad hacia quienes sufren sin esperanza como valor predominante supondrá, igualmente, que la muerte provocada sea considerada, en este caso, no como un homicidio, sino como eutanasia, etc. Adviértase que este conflicto sobre la atribución de sentido y de valor a unos mismos hechos conduce, a menudo, a utilizar términos diferentes para mostrarlos, es decir, a un uso «partidario» del lenguaje: no tienen el mismo contenido valorativo expresiones como *aborto* o *interrupción voluntaria del embarazo*; *supresión de enfermos terminales* o *eutanasia*; *ajusticiar* o *matar a un condenado a muerte*, etc. De aquí la advertencia: cada vez que observemos que los mismos hechos materiales se indican en el lenguaje corriente con términos diferentes es probable que en ello se esconda un conflicto de sentido y de valor; y con ello se pone en duda la estabilidad legislativa del derecho.

*El caso como hecho interpretado.* En cierto sentido, pues, el caso también debe ser interpretado<sup>44</sup>, en cuanto deben atribuírsele un significado y un valor. La «categorización del sentido y del valor» de los hechos es lo que promueve la interpretación del derecho. Ya que de ella surgen las preguntas a las que el intérprete debe dar respuestas en términos jurídicos, es decir, dediciéndolas del ordenamiento jurídico. A esta categorización se la denomina «precomprensión», para indicar la existencia de *previsores* y *expectativas* de significado y de valor que requieren ser confirmadas en términos de derecho. La previsión y la expectativa que

44. E. Guarini, «Problemi di analisi logica della motivazione»: *Contratto e Impresa* (1986), pp. 122 ss.

se encierran en el caso sirven para indicar, de forma provisional, hacia dónde tiende el tipo de solución que se requiere en esa situación específica; una previsión y una expectativa que deben ser confirmadas más allá de una primera percepción subjetiva y que no indican sino la dirección en la que debe realizarse la búsqueda. Podría decirse, con Jorge Luis Borges<sup>45</sup>, que, siendo así, la mirada que el intérprete dirige al derecho no es pura, sino que está, sin duda, condicionada: «Alguien observará que la conclusión precedió sin duda a las 'pruebas'. ¿Quién se resigna a buscar pruebas de algo no creído por él o cuya predicción no le importará?». Esta es la respuesta que se les puede dar a quienes, siguiendo la ley de Hume de la que se habló al final del epígrafe anterior, continuasen reduciendo los casos de la vida a meros hechos inertes y creyendo, en consecuencia, que carece de sentido la definición de la interpretación como la recíproca adecuación de los casos y de las normas.

*La concepción bilateral de la interpretación como descripción; la concepción unilateral como ideología.* Este rótulo es una descripción que pretende ser realista y corresponder a procesos reales: aquí está su fuerza (y la debilidad de las concepciones de la interpretación centradas solo en la norma), más que en su fundamentación teórica en la hermenéutica y en sus antecedentes filosóficos. Esta descripción indica que, en su búsqueda, el intérprete se guía, necesariamente, por factores valorativos que condicionan la consideración de las normas entre las que habrá de buscar aquella que le sirva para resolver el caso sobre el que debe decidir. Si esta descripción de las operaciones necesarias es verdadera, carece de sentido discutir, como lo hacen, en cambio, los positivistas normativistas, sobre los defectos de la interpretación que se guía por el caso frente a las cualidades de la interpretación exclusivamente centrada en la norma: por ejemplo, sobre los defectos acerca de la uniformidad y la igualdad de la jurisprudencia, sobre la certeza, la impersonalidad y la neutralidad de la interpretación y de la aplicación del derecho. Estas discusiones son más bien vanas: si la realidad es la que se dijo que es, enmascaran una realidad más fuerte que los deseos de ocultarla. Habrá que tratar de proveer a esas exigencias —la uniformidad, la certeza, etc.—, dentro de los límites de lo posible, por otras vías que no sean la de insistir en un ideal de interpretación que resulta ser un mito, de una ideología falsa que esconde la efectividad de lo que se lleva a cabo en ese gran remolino al que llamamos «jurisprudencia».

##### 5. La atribución de significado y de valor

*¿El arbitrio en la interpretación?* ¿Significa todo lo anterior abrir el camino al arbitrio individual? ¿Significa que todos están autorizados a proceder, según sus propias categorías, a esa comprensión del significado y del valor que, como vimos, guía la actividad del intérprete? Si así fuese, ¿qué finalidad tendrían las expectativas de certeza, objetividad, previsibilidad, estabilidad, etc., que se asocian al derecho desde siempre y que las concepciones unilaterales de la interpretación —como movimiento que va solo del derecho al hecho— prometen asegurar en la mayor medida posible? La pregunta prolonga la mirada hacia problemas difíciles que no se resuelven, simplemente, ignorándolos como hacen los normativistas que, para alejar los pensamientos desagradables y las grietas que la simple observación de la práctica abre en sus construcciones, piensan que puede reducirse todo a la objetividad de la norma y nada a la subjetividad de la percepción del caso. Esta es, sencillamente, una percepción falsa, como lo demuestra el hecho de que incluso el llamamiento a una interpretación más rigurosa de la ley, la exclusivamente literal, puede esconder (aunque bajo una mentira) el argumento sustancial más apremiante que el caso propone. Es más, la pura letra de la ley puede dar ocasión a «argucias» más atrevidas (para bien o para mal, no es este el problema), como lo pone de manifiesto el juicio de Porcoia en el asunto Shylock-Antonio de *El mercader de Venecia* de William Shakespeare, del que se dirá algo a continuación.

*La subjetividad y los diferentes tipos de interpretación.* La comprensión del significado y del valor puede pertenecer exclusivamente a la esfera subjetiva, por ejemplo, en la creación artística, en la que el artista está plenamente preparado —se lo exige incluso su arte— para no acomodarse, en la comprensión del sentido y del valor del objeto de su creación artística, a la *raisonne* de los cánones estéticos recibidos. Es más, debe proveerla si no quiere que se considere que no tiene personalidad y creatividad. Pero esta postura no puede darse en el mundo del derecho, que sería destruido por el subjetivismo interpretativo. La libertad para comprender el sentido y el valor no es compatible con el orden jurídico de la sociedad. Este debe apoyarse, necesariamente, en enfoques objetivos comunes de los hechos sociales. A falta de ellos, solo se determinaría la contraposición entre las distintas orientaciones, todas igualmente subjetivas, y el caso se extendería por el derecho que, de lugar de composición de controversias, se convertiría en terreno de cultivo de conflictos.

*El contexto cultural.* ¿Cómo podemos definir la cultura en función de nuestro objetivo? Retomaremos la reflexión más adelante. Baste por ahora con decir que es el conjunto de categorías de sentido y de valor imperantes

45. J. L. Borges, «Tres versiones de Judas», en *id.*, *Ficciones*, Madrid, Espasa-Calpe, 1999, p. 135.

en una sociedad. Sociedad y cultura son dos aspectos de una misma realidad. No existe sociedad sin cultura, es decir, sin una comunidad de entóndos respecto al sentido y al valor de los hechos que le concierne y que requieren ser comprendidos; a la inversa, no existe cultura sin sociedad, es decir, sin una estructura social apta para llevar a cabo una comprensión colectiva de los mismos hechos<sup>46</sup>. Si ante determinados hechos o eventos se consigue una comprensión idéntica del sentido y del valor, estaremos en una sociedad *monocultural*; si, en el ámbito de una misma visión del mundo, existen diferentes formas de comprender los mismos hechos o eventos, estaremos en una sociedad *pluralista*; si, finalmente, se enfrentan distintas visiones del mundo, estaremos en una sociedad *multicultural*. En el primer caso, se producirá la máxima coincidencia entre las valoraciones anticipatorias que impulsan la interpretación; en el tercero, será mínima. En el primer caso habrá incluso la concidencia de estas valoraciones por su carácter irreflexivo y automático. En los otros casos, en cambio, la concidencia vendrá impuesta por las fuerzas predominantes en un contexto cultural heterogéneo en el que las tensiones alcanzarían su punto álgido cuando se enfrenten en su totalidad sistemas de sentido y de valor. La jurisprudencia se encuentra dentro de estos contextos, como lo demuestran los conflictos que a ella someten la interpretación y la aplicación del derecho cuando difieren las formas de comprender culturalmente los sucesos de la vida. Se considera como «buena jurisprudencia» la que se sitúa en lo que se ha llamado «horizonte de expectativas» (*Erwartungshorizont*) cultural, lo que no supone una actitud meramente conformista, sino «un momento esencial de comunicación y de control de los motivos de la decisión»<sup>47</sup> según parámetros duraderos y por ello, en cierto sentido, objetivos; la mala jurisprudencia, en cambio, es la que está fuera de él, la que no se inserta en él armónicamente<sup>48</sup>. Si el contexto cultural es unitario, favorece la uniformidad de las interpretaciones y permite distinguir, en caso de divergencia, las que son aceptables y las que los juristas designan, elocuentemente, como «aberrantes» (distintas de las interpretaciones

simplicemente «erróneas»). Este contexto es el que impide, si es unitario, o favorece, si se rompe, la explosión interpretativa y la descomposición del derecho como ordenamiento.

*Preguntas.* Este recurso a la cultura como contexto del derecho supone, en cierto modo, admitir que las expectativas sociales son un factor de la interpretación jurídica. Pero si el contexto cultural no es unitario, si no es uno, sino que están activos numerosos «horizontes de expectativas» con sus posibilidades, sus lisonjas e incluso sus chantajes, ¿no habremos de resignarnos a la fragmentación de la jurisprudencia y, con ella, a la desintegración del derecho como ordenamiento? ¿No habremos de resignarnos a tolerar las asunciones subjetivas de sentido y de valor de los jueces, despojados de la garantía de saberos partícipes de nuestro mismo contexto cultural? Si no podemos contar con la garantía de estructuras comunes de sentido y de valor, que se forman y se transforman a través de experiencias, lecciones y ciclos largos de la historia, ¿estamos quizá condenados a depender de cualquier hallazgo «creativo» imprevisible que se oponga al contexto, incluso en el nombre de valores morales respetabilísimos pero con efectos solo polémicos? ¿O bien deberíamos resignarnos al triste conformismo de una jurisprudencia que se sirve del «sentido común» y reduce su función a una indecorosa persecución del favor del público<sup>49</sup>, o del consenso del más fuerte? Al perder el terreno común, ¿estamos condenados a soportar, como alternativa, la improvisación o el servilismo? ¿Cómo seguir creyendo en la jurisprudencia y en su función de garantía objetiva del derecho (lo contrario de la improvisación) y de protección de los derechos (lo contrario del servilismo)?

*¿La vuelta al positivismo legalista?* Si estas preguntas quedasen sin respuesta, desaparecería una de nuestras creencias constitucionales fundamentales: la jurisprudencia como aplicación y no como creación del derecho, con una función de garantía y anclada en parámetros jurídicos objetivos. Y, como reacción automática frente a la disolución de la interpretación, podríamos engañarnos volviendo la vista atrás hacia su concepción tradicional monodimensional propuesta en el pasado por el positivismo legal, con sus rasgos de tecnicismo, automatismo, separación de normas y hechos e indiferencia hacia el caso, etc. Pero sería una reacción equivocada que ofrecería respuestas ilusorias. El positivismo legal, con su simplista teoría sobre la interpretación, presuponia como algo ya dado el contexto unitario de sentido y de valor que permitía ocultar e ignorar «la otra vertiente» de la interpretación: ocultarla e ignorarla, pero no anularla. La vuelta a esta teoría jurídica supondría

46. La cultura es, pues, un fenómeno social, no solo en el sentido tradicional de la *sociología de la cultura*, que estudia las raíces y las causas sociales de los fenómenos culturales (la cultura —el arte, la religión, la política, la economía, el derecho, las ciencias en general— como producto social), sino también en el sentido de la *sociología cultural*, es decir, de la ciencia que estudia la sociedad como consecuencia de sus estructuras de sentido y de valor (la sociedad como producto social). Una figura importante de la *sociología cultural* es J. C. Alexander: *Teoría sociológica e mutamiento social*, México, Franco Angeli, 1990; «I paradossi della società critica»: *Rassegna italiana di sociologia* (1993), pp. 319 ss., y el capítulo titulado «Il compito di una sociologia culturale», en *La costruzione del male*, Dall'Occidente all'11 settembre, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 19 ss.

47. J. Esser, *Precomprendimento e scelta del metodo*, cit., p. 140.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*, p. 171.

tan solo la exclusión del problema, el «método de la ignorancia acerca del sentido de la propia actuación», según la fórmula de Rudolf Smend ya citada (*supra*, p. 152).

¿La vuelta a la dogmática jurídica? Así pues, la vuelta a la ley como única dimensión jurídica no es una respuesta plausible a los problemas del derecho de nuestra época. ¿Podría la ciencia del derecho hacer frente a la relajación de la comunidad de sentido y de valor que conlleva el pluralismo mediante el renacimiento de la «dogmática jurídica»? Será este, de nuevo, el momento de un renovado «constructivismo conceptual» con una función normativa? ¿Se pueden construir núcleos de pensamiento relacionados con la realidad de la vida constitucional a la vez descriptivos y prescriptivos, del mismo modo que, entre los siglos XIX y XX, la ciencia del derecho se ocupaba de proporcionar el aparato conceptual que requería para afianzarse y consolidarse al Estado nacional que se estaba formando como sujeto unitario soberano?

→ *Una dogmática jurídica europea?* Esas preguntas cobran un relieve singular en relación con la exigencia de un derecho constitucional europeo que reúna «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» porque «forman parte del derecho de la Unión como principios generales del derecho comunitario» (art. 1-9 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que deriva del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). La existencia de estas tradiciones y la posibilidad de organizarlas en un marco unitario son condiciones previas para la unidad política de Europa. Pero ¿dónde hallarlas y cómo conciliarlas entre sí? Difícilmente la respuesta puede buscarse en la vuelta a la dogmática jurídica, en el sentido del derecho estatal, formada en torno a la idea central de la soberanía del Estado. Esa respuesta estaría en contradicción con la tradición constitucional del Estado. Esa respuesta estaría en contradicción con la tradición constitucional del Estado. Esa respuesta estaría en contradicción con la tradición constitucional del Estado. Esa respuesta estaría en contradicción con la tradición constitucional del Estado.

Una «dogmática jurídica constitucional». La propia idea de «dogmática jurídica» es ambigua. Por «dogmas» podemos entender un concepto normativo indiscutible, garantizado por una autoridad trascendente «a la que nadie tiene el derecho de hacerle objeciones»<sup>50</sup>; un concepto que marca los límites de la pertenencia y de la exclusión, de la legitimidad y de la ilegitimidad. Esta autoridad trascendente se caracteri-

za en los asuntos religiosos, según la Iglesia católica, por la *irrefutabilidad*, y en los asuntos del Estado y de la política mundana por la *soberanía*: irrefutabilidad y soberanía, dos versiones del dogma, la segunda una versión secularizada de la primera<sup>51</sup>. La noción de dogma, que evoca la fuerza y la garantía de una autoridad antepuesta, es incompatible con el Estado constitucional, es decir, con el Estado que se construye desde abajo, y extrae desde abajo la fuerza de su autoridad a través del diálogo y del compromiso. Sin embargo, es cierto realmente que el Estado constitucional también necesita conceptos jurídicos concretos y reconocibles a priori para las controversias que surgen y han de resolverse jurídicamente sin que el propio derecho se pierda en disputas y conflictos permanentes; es decir, sería necesario respetar su misión principal, que es, como se dijo, la de «infraestructura social»<sup>52</sup>. Toda estructura social, sea de naturaleza religiosa o política, necesita estructuras de pensamiento firmes y compartidas, por razones de unidad del contexto comunicativo y de pertenencia y, asimismo, por razones de autoidentificación, más que por razones de conformidad con la actuación individual y colectiva. Si a este respecto se quiere hablar de «dogmas jurídicos», hágase, pero a condición de no fundamentarlos ya autorreguladamente sobre la soberanía del Estado, sino sobre la autonomía autorreguladora de la sociedad pluralista que es la esencia del Estado constitucional.

*Dogmática, cultura y Constitución.* Más allá de las fórmulas, es importante tener presente que esas agregaciones y solidificaciones del pensamiento a las que llamamos «dogmas jurídicos», al no poder apoyarse *a priori* en un poder estatal soberano, solo pueden contar con la cultura como apoyo. Y aquí entra en juego la Constitución como «la otra versión del derecho» cuya prestación fundamental es orientar de modo unívoco la interpretación de la ley, apartándola de la arbitrariedad del enfoque de sentido y de valor del intérprete si se le hubiera dejado a solas consigo mismo. Pero ahora es necesario prestar atención a las normas de la Constitución y a su naturaleza, en particular, a la naturaleza de sus normas de principio, que —adelantando el concepto de fondo— realizan en el Estado constitucional una función aráloga a la que realizaba la dogmática jurídica en el Estado preconstitucional.

51. *Ibid.*, *De Rige*, libro I, cap. I.

52. Sobre la dogmática y su significado como «infraestructura», en paralelo con el de canalización del agua, que ayuda a circular y pone en comunicación, aunque tiene también sus «resacas» (*Schleusen*) impenetrables —precauciones hoy particularmente necesarias para la «construcción» de Europa—, véase A. von Bogdandy, «Europäische Prinzipienlehre», en *Id.* (ed.), *Europäische Verfassungslehre. Theoretische und dogmatische Grundlagen*, Berlin, Springer, 2003, pp. 152 ss., e *Id.*, «I principi costituzionali dell'Unione Europea» *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2 (2005), pp. 574-619 (*trad. parcial del texto anterior*).

50. J. de Maistre, nota 2 a Puzano de Querona, «Perché la giustizia divina punisce tardi», en J. de Maistre, *La sette di Pietroburgo*, Milán, Rusconi, 1971, p. 714 [*Las setetas de San Petersburgo*, Madrid, Alianza, 1998].



*La moralización del derecho, la legitimación de la moral o la aculturación de la Constitución* son la *constitucionalización de la cultura?* Este elemento pre-positivo no es simple subjetividad, destructora de la distinción esencial entre las *reglas de conducta externa* (el derecho) y las *reglas internas* (la moral). De hecho, no se ha dicho que la crítica al positivismo monista, hecha en nombre del dualismo, haga caer en esta peligrosa mezcolanza. La doctrina de los principios no es un intento ni de «moralización del derecho», ni de «legalización de la moral», según una imputación habitual<sup>40</sup> que reproduce una dicotomía histórica, válida cuando a la ley del Estado soberano (de Hobbes en adelante) se le pedía únicamente cumplir una tarea de orden hacia el exterior, sin tener en cuenta las concepciones de la moral circunscrita a la dimensión individual. Intenta, más bien, reconocer la unión existente entre la dimensión formal del derecho y su dimensión material. La secuencia regla-principio-valor supone el rechazo de una idea que es propia de cualquier positivismo coherente con sus premisas, es decir, de la idea de que el derecho pueda constituir un mundo en sí mismo, enteramente fundamentado en sí mismo, separado e independiente de la comprensión en términos de valor que de sí misma tiene la sociedad en la que actúa. El Estado constitucional, basado en la Constitución y en sus principios, con su característica apertura a lo que es anterior a la ley o está en torno a ella, necesita que la propia ciencia jurídica comprenda que, junto a la fuerza de la ley, debe conceder espacio a una dimensión material de la justicia, alimentada con lo que expresa la dinámica cultural, por lo que esta tiene de relevante para comprender los contenidos constitucionales de principio. En este sentido puede hablarse de la *aculturación de la Constitución*. Pero debe valer también lo contrario. La Constitución no es solamente el término donde se reúnen los contenidos culturales de las batallas que se libran en otro lugar; es también una fuerza que debe comprometerse con esas batallas, aportando sus buenos argumentos históricos y sus ideales para constitucionalizar la cultura, como se dirá al final de este volumen a propósito de las tareas actuales de la justicia constitucional.

40. La observación de que de ese modo se «moraliza el derecho» y se «legitima la moral», que es para los positivistas una imputación, se encuentra, por ejemplo, en L. Petro-Sančić: «Quattro domande sulla teoria del diritto di Dworkin», en P. Conanducci y R. Gusstini (eds.), *Analisi e diritto* 1994. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turin, Giappichelli, 1994, pp. 277 ss.

## ENTRE EL CASO Y EL DERECHO

## 1. La búsqueda de la norma de derecho. Los distintos métodos

*El derecho como fruto de una búsqueda.* De la comprensión del caso según su sentido y valor, de la que hemos hablado hasta ahora tratando en particular de la importancia de los principios en esta actividad, se deduce la *búsqueda* de la regla jurídica adecuada (en alemán se usa la expresión *Rechtsfindung*: *Recht*, derecho; *finden*, encontrar después de haber buscado), haciendo uso de los distintos *métodos de interpretación*. Naturalmente, la credibilidad de todo el proceso de interpretación y aplicación del derecho que abordamos se basa en un doble presupuesto: que no haya norma reguladora del caso sin que medie interpretación, que aquella se elabore como un resultado a través de interpretación poniendo en orden los elementos jurídicos disponibles; que la interpretación no esté predeterminada por razones fijadas nominalmente por el propio derecho. Si se tratase de un dato y no de un resultado, y si este resultado estuviese rígidamente constituido por anticipado por la norma, la «presión del caso» se enfrentaría a la «rotundidad» de la propia norma y la *idea fundamental* de la *búsqueda* a partir de algo externo a la norma —el caso— no se justificaría.

El positivismo normativo, al menos en sus versiones más simples e ingenuas, se basa en esas premisas para excluir de la interpretación cualquier intervención de elementos distintos al derecho dado. Ya que el ordenamiento jurídico tiende a vincular a sus destinatarios y, entre ellos, a sus intérpretes, regulando específicamente la interpretación a través de la predeterminación de los criterios y métodos admitidos, se debería decir —siempre según ese positivismo— que el resultado interpretativo admisible solo puede ser uno y nada más que uno, el que deriva de la única aplicación correcta de los métodos de la interpretación.

Las exigencias de la búsqueda determinan el método. Sin embargo, esa manera de concebir la interpretación es totalmente irreal. La búsqueda interpretativa no está determinada por sus medios, de la misma manera que a nadie se le ocurre pensar que la interpretación de una partitura consista meramente en seguir y ejecutar signos como *sf, p, pp, f, ff, mf, crescendo o diminuendo, rubato o ritardato, legato o staccato*; son instrumentos adecuados usados por el autor, que a su vez deben ser interpretados por el intérprete para alcanzar su finalidad interpretativa. La interpretación está más allá de la mera ejecución de estos signos. Resumiendo: la elección del método está determinada por la (dirección de la) búsqueda interpretativa. Las concepciones que reducen el problema de la interpretación a cuestiones de correcta elección del método no ayudan en absoluto, dada la evidente improductividad de toda búsqueda basada en el método, carente por sí mismo de significado para los casos prácticos por resolver. Las motivaciones de las sentencias y la formación de la opinión del juez permanecen al margen de cualquier indicación metodológica apriorística y abstracta.<sup>1</sup>

La ausencia de jerarquía entre los diferentes métodos. En efecto, para salir de dudas, ningún intérprete ha recibido ayuda de las indicaciones del artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general que, prescribiendo de manera poco clara como métodos de interpretación la letra, el sistema y la intención del legislador, no establece ninguna jerarquía entre ellos, dejando así libertad de elección entre uno u otro. Esta afirmación podría parecer desmentida por la estructura del artículo 12 que, aunque no dispone una jerarquía en sentido estricto (como lo haría si dijese que los resultados de aplicar un criterio valen más que los obtenidos aplicando otro), sí establece un orden de prioridad: primero un método, después, eventualmente —en caso de duda, si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición—, otro, y después otro más. Pero este orden de prioridades queda diluido precisamente por el inciso «si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición precisa». ¿Quién establece si «un caso es dudoso» o si puede aplicarse una «disposición concreta» sino el mismo intérprete? Y sobre todo, para establecerlo, ¿qué argumentos puede utilizar? Naturalmente, todos los argumentos que tenga por convenientes, incluidos los enumerados en el artículo 12. Así, la eficacia de este orden depende de las intenciones que muevan la interpretación.

La letra de la ley. Con frecuencia, los cultivadores de la ley consideran su «letra» y el «método literal» correspondiente como un punto de

apoyo principal, sólido y objetivo, que resiste a toda la artificialidad de las doctrinas sobre la interpretación y que puede ponerse en primer lugar por su mayor credibilidad. La ley, se dice, es un «acto lingüístico», un «proceso comunicativo» y, así, la letra, que es el medio a través del cual el acto o el proceso se realizan, es un primero y sólido criterio que seguir. Pero ¿es cierto? No, y los no juristas lo saben perfectamente. Diciendo de un caso dramático referido a la posibilidad de trasplantar los órganos vitales de una niña clínicamente viva, nacida «casi completamente desecotrada» y condenada por ello a morir en pocos días, Sergio Quinzio<sup>2</sup> sintetiza así su postura: «Trasplantemos si encontramos una manera de eludir [la letra de la] ley», añadiendo: «normalmente, siempre lo encontramos» (lo que, dicho como inciso, no parece mostrar un gran aprecio por la manera habitual de actuar de los juristas «positivos»).

Al criterio literal nos acogemos solo cuando el resultado de la interpretación literal, por otros motivos, ha resultado convincente. Hay en *El mercader de Venecia* (IV, I) una «letra» literaria clásica que puede ayudarnos: frente a la aspiración «literal» de Shylock de obtener dos libras de carne de su deudor (el contrato dice «dos libras de carne, éhay algo que discutir»), Shakespeare pone en boca de Porzia, la abogada de la Padania, un argumento propio, también estrictamente literal: «sí, carne, pero sin sangre». Los juristas dirían: *sibi lex voluit, dixit*, etc. Otro aspecto de la ingenuidad del «método literal»: tanto Shylock como Porzia basan sus aspiraciones en la letra, y la letra es clara, pero las consecuencias son opuestas.

La mera exégesis de los textos resulta, en fin, la más abierta de todas las interpretaciones, abierta eventualmente a todos los embrollos y trucos jurídicos, quizá para bien<sup>3</sup>, como en Shakespeare: «Mentir de hecho diciendo la verdad literal es la cosa más fácil del mundo, como

2. S. Quinzio, «Una legge contraria alla pietà va aggirata con timore e tremore». *La Stampa*, 13 de abril de 1992.

3. Ver C. Maggipà, «Letteratura e diritto. Strade opposte davanti al male». *Corriere della Sera*, 15 de abril de 2006. Sobre la argumentación de Porzia, véase T. Ascarelli, «Analogie e Porzia», en VV. AA., *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vaselli*, 2 vols., Turin, Utet, 1960, I, pp. 107 ss., que pone el acerto sobre la ausencia implícita, «quizá moralmente ambigua» y «que provoca una tontería, pero correcto desde el punto de vista textual»: «El *deus ex machina* de este drama que termina bien es el artificio interpretativo de Porzia. Porzia afirma la voluntad del pacto; no se rebela; no lo rechaza de inicio. Pero lo interpreta e, interpretándolo, lo reduce a nada. La ley positiva está a salvo, pero es superada; el problema no vuelve a la legitimidad de la ley sino a su exacta operación; el impenitente físico que condena la ley se nutre por un juego más sutil que asume como premisa la legitimidad de la ley positiva y solo se preocupa por desentramar su laberinto dentro de un complejo juego de intereses enfrentados; la santidad ocupa el lugar del drama».

1. L. De Ruggiero, «Sul concetto di precomprensione», en *Politica del diritto*, 1984, p. 577.

pecar sin violar la letra de la ley.<sup>4</sup> En definitiva, imponer al intérprete el método literal es, por un lado, una obriedad (¿se podría acaso decir lo contrario, que el intérprete puede descuidar el significado de las palabras o dar a las palabras un significado cualquiera?) y, por otro lado, una ingenuidad, ya que es precisamente el significado de las palabras lo que constituye el problema.

*La letra engañosa.* Las palabras de la ley pueden ser mentirosas. Este aspecto de la interpretación es particularmente importante en relación con la justicia constitucional. Insiguientos, como sucede con frecuencia, que una ley se apruebe con el intento declarado (no siempre necesariamente sincero) de perseguir un fin, pero que se constate que el efecto no deseado (eso que a veces se denomina, más bien impropiaemente, «heterogénesis de los fines»<sup>5</sup>) es otro. ¿Se puede, o quizá se debe, «mirar lo que se esconde tras la mera letra de la ley»? Esta expresión se lee en una famosa y muy discutida decisión de 1905 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>6</sup>, referida a una ley que prohibía el empleo de trabajadores en la fabricación de pan durante más de un cierto número de horas diarias o semanales. Lo que la ley intentaba tenía un expreso carácter social: proteger la salud y el bienestar de los trabajadores de una actividad que, por las condiciones en las que se desarrollaba, era considerada estresante (y así, de esta manera, proteger a los consumidores frente a un producto mal elaborado). Pero el Tribunal estimó, por el contrario, que el intento real era otro: la protección del trabajador, el contratante débil, frente a los intereses del contratante fuerte, el empleador. Viendo lo que, en su criterio, se hallaba tras las palabras de la ley, la declaró inconstitucional por violar la libertad de contratación y el derecho de propiedad<sup>7</sup>. La decisión citada es un ejemplo de activismo de la jurisprudencia: intentaba obstrucir los intentos de la legislación

social en nombre de una concepción ultraliberal de las relaciones sociales, influenciada por el darwinismo social del que Herbert Spencer (como puso de manifiesto el juez O. W. Holmes en su famosa «opinión discrepante» a la decisión) había sido, a finales del siglo XIX, un discípulo profeta. Pero este «mirar tras la letra» puede ser útil en cualquier campo del derecho: una ley que se propone tutelar la maternidad y, por el contrario, tiene el efecto de incrementar los abortos; una ley que se propone proteger el medioambiente y que, por el contrario, por las cargas excesivas que conlleva, incrementa la urbanización abusiva; una ley que dispone vacaciones obligatorias en nombre de la salud pública y que, por el contrario, sirve para aumentar los beneficios de las casas farmacéuticas; una ley «prohibicionista», que prohíbe el consumo de determinadas sustancias (alcohol, tabaco, estupefacientes), con el resultado de incrementar el cambio de actividades de la criminalidad organizada, etc. Son solo ejemplos que muestran cómo este «mirar detrás», que los partidarios de la «mera letra» consideran, no interpretación, sino política a través de la interpretación, es de por sí «políticamente» neutro: depende de las circunstancias y, en ciertos casos, es necesario para evitar que la interpretación misma se reduzca a hipocresía.

*Casos semejantes, materias análogas y principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.* El otro criterio al que hace referencia el artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general, una vez que el intérprete comprueba que no hay una «disposición precisa» para su caso, es el criterio sistemático, es decir, la asunción del derecho como ordenamiento. Se debe concebir el ordenamiento jurídico no como una pura acumulación de preceptos concretos encerrados en sí mismos, o como una simple mezcla de normas, sino como sistema coherente, ordenado según el principio de no contradicción. En la sentencia n.º 204 de 1982, el Tribunal Constitucional afirmó, con una metáfora, que «la coherencia entre las partes es el valor esencial del ordenamiento jurídico de un país civilizado, sin el cual las normas que lo forman se degradan al nivel de ovejas sin pastor». Se hace aquí referencia al carácter estructural del derecho tal como se concibe en la cultura de nuestro tiempo, a uno de los principios jurídicos fundamentales y básicos que preceden a las normas concretas dadas y las hacen inteligibles entre sí, evitando el riesgo de una guerra de todas contra todas. Es como decir «la sociedad civil» de las leyes, en lugar del estado de naturaleza; un gobierno de las leyes racional y ordenado, en lugar de un país caprichoso y despótico.

*Analogía, coherencia y racionalidad.* La coherencia de las normas que componen el ordenamiento jurídico es, en efecto, el postulado primero de nuestro modo de concebir el derecho, un postulado que hace

4. V. Foa, *Lettere dalla giovinezza. Dal carcere 1935-1943*, Turin, Einaudi, 1998, p. 339.

5. A. Soffi, *Chi è il mio prossimo?*, Palermo, Sellerio, 2007, pp. 65 ss.

6. *Lochner vs. People of State of New York* (1905).

7. En la motivación de la decisión se dice: «Es imposible centrar los ojos ante el hecho de que muchas leyes de este género, por ser aprobadas en nombre de lo que se denomina el poder público de proteger la salud pública o el bienestar, son en realidad aprobadas por otros motivos. Nos parece que podemos hacer esta afirmación justificadamente cuando, del carácter de la ley o de la materia que regula, resulta que estas finalidades tienen solo una relación muy remota con la ley. El intento de una ley debe ser determinado en relación con los efectos naturales y legales del lenguaje adoptado, y se debe determinar si dichos o no de la Constitución de los Estados Unidos a partir de los efectos reales que se producen en el momento de su puesta en práctica, y no a partir de las intenciones proclamadas. En casos de este género, el Tribunal mira a lo que está tras la pura letra de la ley».

«sistemáticamente» las normas concretas. Del principio de *sistematicidad* del derecho deriva una doble consecuencia: en primer lugar, si surge una contradicción insuperable entre dos o más disposiciones (insuperable a través de los medios de la interpretación), se produce un caso de *invalidez por «irracionalidad»* (no confundir con la «falta de racionalidad» de la ley: véase *infra*, pp. 214 s.) en segundo lugar, es posible extraer otras normas, no expresadas pero implícitas, de una norma, de un conjunto de normas o del sistema entero, con base en el argumento de la coherencia o de la no contradicción: como el ordenamiento se adapta a un caso concreto, no puede dejar de adaptarse, so pena de contradecirse, a otros casos lógicamente reconducibles, por su semejanza, a los regulados expresamente. Esto que, con la terminología tradicional, se denomina *analogía de la ley, analogía del derecho* y el recurso a los principios (los principios de los que habla el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil, recabados a través de generalizaciones de elementos normativos concretos, distintos de los «principios constitucionales» de los que se ha tratado *supra*, pp. 174 ss.), tiene como base esta idea de coherencia: si has regulado así una situación, no puedes regular de manera distinta esta situación análoga sin caer en una contradicción; si te has inspirado en un principio, no puedes separarte de él en un caso del mismo género; si has dictado una regla para un caso, servirá igualmente para otro caso del mismo género, etc. De tal modo, el ordenamiento vive, crece y se transforma por medio de la *antopoesis*, pudiendo «germinar» las nuevas normas siempre e ilimitadamente de otras anteriores al entenderse a casos originalmente no previstos. Frente a los nuevos casos, la analogía suple la falta de ley positiva; hace vivir el derecho, supliendo la falta de legislación.

→ *La analogía y la situación normativa.* La analogía, entendida en sentido amplio como explicación de la lógica interna en un sistema, es difusiva. Es sobre todo un instrumento de conocimiento, por aproximación y sustitución, de realidades que no se pueden captar inmediatamente a través de su declaración. Pero juega también un papel normativo en todos los sistemas jurídicos, en cuanto sistema y, en particular, en los que la fuente se encuentra lejos y está agotada, en los cuales las reglas se dictaron de una vez por una autoridad, como la divina, que habló en un momento y, desde entonces, no habla (ni hablará) más. Se trata del conocimiento de la voluntad presunta del legislador tal como sería si hubiera tomado en consideración el caso nuevo que ni previó ni habría podido hacerlos: ningún legislador se expresa sobre un futuro hipotético, todos los legisladores legislan sobre casos presentes, o casos futuros que se pueden prefigurar en el momento de legislar. La normativa jurídica del judaísmo, del cristianismo y del islam es, en buena medida, una historia de hermenéutica analógica. Resulta ejemplar el trabajo de los maestros rabínicos sobre la Torah («Tálasa y repélasa, porque todo está en ella»), donde la exégesis no intenta captar el sentido auténtico de un té-

mino, de un versículo o de un pasaje bíblico explicando el significado de las palabras, remitiendo a la «verdad» que encierran, sino que intenta asociar expresiones para establecer analogías entre experiencias. Se ha dicho que el *Mishná* es la explicación del texto bíblico «para vivirlo»<sup>8</sup>. En esa perspectiva, la autoridad de las Escrituras puede expandirse constantemente, ofreciendo significados que se dirigen a la experiencia actual del lector. En la literatura rabínica se han elaborado numerosos criterios para el uso de la analogía. Los más conocidos son: los siete *midót* de Hillel el Viejo (siglo I a.C.-siglo I d.C.): «De siete maneras ha interpretado Hillel el Viejo ante los ancianos de Betra»: 1) con un razonamiento *a fortiori*; 2) por igual expresión; 3) por regla general deducida de un solo texto; 4) por regla general deducida de dos textos; 5) de general a particular y de particular a general; 6) por analogía a partir de otro texto; 7) por un elemento que se explica por el contexto.<sup>9</sup>

Este elenco (que otros maestros han integrado<sup>10</sup>) indica ya por sí solo la gran capacidad expansiva de este medio de interpretación. La analogía es, pues, un recurso, pero, debido a su potencialidad, supone también un peligro de situación normativa de la vida, si se abandona a sí misma, sin apoyos sólidos.

*Del ordenamiento del derecho como dato al ordenamiento del derecho como problema.* En tiempos pasados, culturalmente monistas (el tiempo del liberalismo oligárquico o de la dictadura totalitaria), el carácter sistemático del derecho podía considerarse fácilmente como un rasgo lógico del ordenamiento. La idea de código expresaba este rasgo y la ciencia del derecho podía asumirlo como un dato correspondiente a la unidad material presupuesta. Sobre esta premisa, las disposiciones legislativas concretas se podían considerar como partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente y a través de operaciones intelectivas que parecían ser expresión de pura lógica, sus estructuras esenciales y, de esas, extraer normas posteriores para colmar lagunas o iluminar oscuridades. Hoy, dadas las numerosas, cambiantes, fragmentarias, ocasionales y contradictorias leyes que surgen continuamente, la sistematicidad del derecho ha pasado de ser un dato a ser un problema. Es decir, la unidad sistemática debe ser llevada a cabo por el intérprete poniendo orden en el mate-

8. M. M. Morfano, «La signorito della tradizione giudaica alla cultura e al visivo critico», *L'ermeneutica rabbinica e il suo impiego nella letteratura neosistemistica*, en M. Conati, N. Meila y G. Rama (eds.), *Ebraismo e rapporti con la cultura del Medioevo nei secoli XIII-XV*, Florencia, Giunti, 2003, p. 113. En este volumen (pp. 118 ss.) se exponen y comentan las siete *midót* de Hillel el Viejo, referidas más adelante en el texto.

9. Pasaje de la Torah, citado por B. Caracci Viorchi, «Le regole ermeneutiche per l'interpretazione del testo biblico», *Torah, scintille e "torah" orale*, en S. J. Serra (ed.), *La lettura ebraica delle Scritture*, Bologna, Dehoniane, 1995, p. 87. Véase también G. Semerari, *Introduzione al Talmud e al Mishná* [1992], Roma, Città Nuova, 1995, pp. 31 ss.

10. Véase B. Caracci Viorchi, *Le regole ermeneutiche*, cit., pp. 88 ss.

rial normativo al que se enfrenta, y en él no debe reconocerse, sino crear orden. En la práctica, el argumento sistemático exige un alto grado de capacidad creativa: un caso que en algunos aspectos encaja en una previsión normativa pero en otros no deberá considerarse análogo o disímil? ¿Prevaldrán los aspectos de semejanza o los de disemejanza? La analogía puede invertirse por completo con el argumento *a contrario*. Lo mismo se puede decir del recurso a los principios: ante múltiples principios, como sucede en los ordenamientos actuales, reconducir un caso a uno u otro principio, combinar los principios, por ejemplo, según el esquema de la excepción que prevalece sobre la regla, o a través técnicas de compromiso y equilibrio, todo esto no es una actividad de reconocimiento, sino una actividad creativa promovida discrecionalmente por el intérprete. De ahí que se diga que el recurso a la analogía y a los principios en los casos concretos tampoco depende de la fuerza de la lógica insita en la analogía y en los propios principios, depende, por el contrario, de elecciones anteriores; y que estos métodos no controlan la interpretación, sino que son controlados por ella.

*La intención del legislador: dos significados.* El último criterio interpretativo —la intención del legislador— es el mismo objeto de interpretaciones divergentes. A la «intención histórica» del legislador que efectivamente ha dado la norma que hay que interpretar —o *ratio histórica* de la ley— se contraponen la «intención hipotética», que es la perteneciente al legislador que diese la norma en el momento de la interpretación —*ratio actual* de la ley—. La adopción de una u otra concepción puede llevar a resultados radicalmente distintos, especialmente en la justicia constitucional que, cuando se enfrenta a normas de origen antiguo, realiza frecuentemente «conversiones de la *ratio*» de la ley sometida a control.

— *Ejemplos.* Los «enfemeros mentales, los toxicómanos y los maníacos» eran objeto de algunas normas del Texto único de la ley de seguridad pública de 1931 todavía en vigor (arts. 154 y 155 del R. D. 773), comprendidas entre las «disposiciones relativas a las personas peligrosas para la sociedad»: una ubicación que expresaba claramente las concepciones culturales del legislador de la época, evidentemente incompatibles con la visión actual de la «cuestión social». Hoy, la condición de aquellas personas constituye un problema de reconocimiento de derechos sociales o de asistencia pública, no de orden público. Sin embargo, a falta de otro, el poder del prefecto para imponer el internamiento en una institución de asistencia o beneficencia, antes considerado como tutela del orden público, se ha mantenido como poder dirigido a la protección de las personas con dificultades.

En 1975 se sometió al control de constitucionalidad el monopolio estatal de las transmisiones radioeléctricas existente en virtud de algunas normas de los años treinta del siglo pasado y establecidas por el régimen fascista intentando retener para sí el uso de la radiofonia como instrumento de propaganda del ré-

gimen. Si el Tribunal Constitucional hubiese mantenido ese «intento» y esa *ratio*, la suerte que le hubiera cabido a la ley habría sido su inconstitucionalidad. La información, como derecho sancionado por la Constitución, hubiera resultado a primera vista incompatible con la propaganda como poder, y por ello con la reserva a favor del Estado. En la sentencia n.º 225 de 1974, el Tribunal Constitucional, por el contrario, realizó una «conversión de la *ratio*» inicial, es decir, del intento originario del legislador, tomando en consideración la ley como si hubiera sido aprobada en aquel momento, en relación con los fines propios y adecuados a los nuevos tiempos. A través de este cambio de perspectiva, se afirmó (con razón o sin ella, ahora eso no importa) que el principio del monopolio público garantizaba la objetividad y el pluralismo de la información mejor que la privatización total del sector.

El artículo 553 del Código penal castigaba como delito la propaganda de «prácticas contra la procreación», en sintonía con la «política demográfica» del fascismo, explícita en el «título» del código dentro del cual la norma estaba: «De los delitos contra la integridad y la salud de la estirpe». Sometida al control de constitucionalidad por violación de la libertad de expresión, esa norma, al ser valorada «en el ámbito del sistema jurídico vigente», se salvó por estar diseñada a mantener las buenas costumbres, no por ir contra la política de limitación de la natalidad o la divulgación de los resultados de la investigación científica (Tribunal Constitucional, sentencia n.º 9 de 1965). Por otra parte, el Tribunal volvió después sobre esta decisión, considerando que la norma impugnada estaba demasiado influenciada por su *ratio* original, consistente en la política de expansión demográfica y en sus razones ideológicas —una *ratio* incompatible con la Constitución—, anulándola en consecuencia (sentencia n.º 49 de 1971).

*Cristalización y evolución.* La intención histórica (al margen de los problemas prácticos de su definición e identificación concretas) llevaría a una interpretación cristalizada, totalmente subordinada a la voluntad del legislador como sujeto real que legisló en su tiempo y en sus circunstancias; la «intención hipotética» abre, por el contrario, la vía a la interpretación evolutiva, en la cual el intérprete desarrolla una función activa de «adecuación» a las condiciones de un contexto histórico cambiante. ¿Cómo orientarse en esta alternativa capital? Hay que interpretar la fórmula contenida en el artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general. ¿Cuál fue la «intención del legislador» en el momento en que utilizaba la fórmula? Para responder esta pregunta no nos ayuda el artículo 12, porque no se puede admitir que sea al mismo tiempo objeto e instrumento de interpretación.

*Las normas sobre la interpretación como normas que se refieren a sí mismas.* Era última observación puede desarrollarse y aclararse diciendo que es fruto de un pensamiento que se suscitaba sobre la idea de que los criterios de interpretación pueden ser decididos por las mismas fuentes que se han de interpretar. En efecto, las normas sobre la inter-

interpretación deben ser ellas mismas interpretadas y, evidentemente, su interpretación es libre, no pudiendo estar condicionada por los métodos interpretativos que prescriben y no son conocibles más que después de realizar la interpretación. Juega aquí la insensatez de toda proposición «reflexiva», incluidas las jurídicas, es decir, de la que se refiere a sí misma<sup>11</sup>. Las proposiciones reflexivas (como la afirmación: «todos los habitantes de Milenio son mentirosos», hecha por un habitante de Milenio) no son ni verdaderas ni falsas: son simplemente absurdas<sup>12</sup>. En el caso del derecho, no se trata de verdadero o falso, sino de capaz o incapaz de servir como norma. El intento de prescribir en una norma los criterios de la interpretación del derecho equivale al intento del legislador de aislar el propio derecho del contexto social y cultural en el que actúa para hacerlo depender solo de su poder. En una palabra: es un intento típicamente monista, en el sentido expuesto en la primera parte del libro. La quiebra de este intento no es sino una de las manifestaciones de la incapacidad del monismo jurídico de representar la naturaleza (dual) del derecho. El caso referido de la interpretación según la intención del legislador demuestra simplemente que incluso las normas sobre la interpretación deben ser interpretadas y su interpretación es necesariamente libre, es decir, independiente del contenido de la norma sobre la interpretación que el propio legislador ha dado. Se podría sintetizar así: ninguna cuestión de interpretación puede resolverse a través de la interpretación de las normas sobre la interpretación. El método de interpretación es ajeno a las normas positivas o las élides.

¿*Nilhilismo metodológico?* Repitamos: la elección del método interpretativo no precede a la interpretación; el problema de la interpretación no es, en suma, el problema de la elección del método interpretativo. Esta elección es un medio para un fin. Se ha dicho también que el método de la interpretación jurídica es «abierto», más allá de lo que las normas que le conciernen quisieran disponer. Esas dos afirmaciones no autorizan, sin embargo, a pensar que el discurso sobre el método del derecho carezca de valor, que se deba concluir de modo nihilista que el

11. Véase A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* [1958], Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1997, pp. 86 ss.

12. En efecto, la afirmación «todos los habitantes de Milenio son mentirosos» sería verdadera si (incluso) quien la hace (habitante de Milenio) miente; pero, si miente, la misma afirmación sería falsa. Una afirmación que es verdad si es falsa y es falsa si es verdad es un *auténtico* sinsentido. De este estilo (en el que resulta difícil orientarse a causa de la confusión entre el contenido de la afirmación y la afirmación como tal) no se puede salir estableciendo lo que es verdad y lo que es falso, sino disponiendo de un criterio de verdad externo a la ciudad de Milenio y a sus habitantes (en el caso de la interpretación: de un criterio de interpretación anterior a las reglas de interpretación).

método es un simple artificio retórico de cobertura formal y a posteriori de decisiones sustanciales ya tomadas, y que para justificarlas puede evocarse e invocarse cualquier método. La cuestión del método no es, en suma, una cuestión aparente, como considerar de forma elemental las doctrinas del «derecho libre» o del «realismo jurídico», pretendiendo con ello desmascarar la «falsa conciencia» de los juristas que, manteniéndose a los métodos prescriptivos del legislador, afirman estar al servicio de algo objetivo y vinculante como el derecho, mientras que, por el contrario, están al servicio de algo tan subjetivo y libre como su propia voluntad, establecida únicamente en relación con los casos concretos. Pero esta voluntad puramente casística, como bien se ha dicho, «no rinde ya nada que ver con la jurisprudencia»<sup>13</sup>.

*Métodos legítimos y métodos legales.* La expectativa de solución que conlleva la precomprensión de los casos debe demostrar que puede satisfacerse empleando los métodos que la interpretación jurídica puede utilizar *legítimamente*, cuando *no legalmente*. La diferencia entre *legítimo* y *legal*, en este caso, indica la diferencia entre los métodos que encuentran apoyo en la cultura jurídica conforme a las expectativas de la sociedad que, en un determinado período histórico, descansan en el derecho, expectativas en las que se encuentra inmerso el ordenamiento jurídico. Los métodos están en función de la concepción del derecho de la que derivan. Puede suceder, en determinadas condiciones históricas, que los métodos legales —es decir, los que el legislador pretende imponer— sean también los legítimos, cuando el poder del legislador, el legislador histórico, es aceptado como único depositario del derecho; pero puede no suceder, y entonces se asistirá al surgimiento de otros métodos, junto a los legales o en vez de ellos. Es lo que hoy sucede: el pluralismo de los métodos es una condición actual de la ciencia del derecho. Conocemos, además de los métodos ligados a la idea del derecho como ordenamiento formado por actos legislativos, idea explícita en el artículo 12, el método histórico, el método comparativo, el método orientado por los principios ideales y el orientado a los efectos sociales, entre ellos, el denominado «análisis económico del derecho», etcétera.

*La pluralidad de métodos y la pluridimensionalidad del derecho.* El problema de la interpretación coincide con el problema del método solo cuando el método se corresponde con una visión ontológica del derecho. Entonces, el método está en función, no de la decisión adecuada al caso, sino de la naturaleza del derecho. Así, la interpretación exegética corre-

13. L. Mengoni, *Problemas e sistemas nelle controversie sul método giurisico* [1976], ahora en *Id., Diritto e valore*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 47.

ponde a la idea del derecho como ley y de la ley como voz del legislador; la interpretación según la intención legislativa, a la idea positivista del derecho como manifestación de voluntad de un legislador; la interpretación histórica, al derecho como historia del derecho; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural, etc. En cada uno de estos casos aparece un elemento común: la idea del derecho como realidad simple, de un único rostro. El monismo jurídico justifica el monismo metodológico. La concepción dual del derecho exige la pluralidad de métodos, ya que estos sirven no solo para determinar los contenidos de uno u otro aspecto del derecho —el derecho como forma y el derecho como sustancia—, sino también para poner en una relación de coexistencia los dos elementos del juicio jurídico, el caso y el derecho. Esta razón de congruencia, que no se prefigura a través de esquemas rígidos, exige una ductilidad incompatible con una ciencia del método y es compatible solo con la prudencia del intérprete. El eclecticismo metodológico que predomina en los ordenamientos jurídicos actuales no es el resultado impuro de la corrupción de la idea misma de derecho; no es una «indecisión» respecto a su naturaleza, una naturaleza que espera a ser restaurada de forma monista. Es, por el contrario, la consecuencia de una concepción del derecho más compleja, dentro de la cual los métodos desempeñan la función de mantener esta complejidad.

La pluralidad de métodos —como, por ejemplo, el de la «escuela histórica», en el que a la gramática y a la sintaxis, se añaden la lógica, el sistema y la historia<sup>14</sup>— se basa en la negación de una naturaleza exclusiva del derecho (en la batalla cultural dirigida por la escuela histórica, la negación de su exclusiva naturaleza legislativa) y comporta necesariamente un papel activo por parte de la ciencia del derecho, al tiempo que la apertura hacia exigencias histórico-sociales externas al derecho de origen legal. El derecho sometido a múltiples métodos interpretativos reclama así ser comprendido no como ley encerrada en sí misma por medio de su método, sino como algo amplio que la interpretación comparte. La pluralidad de métodos no es la puerta abierta al arbitrio interpretativo, sino la condición para que la jurisprudencia pueda desempeñar su función.

*Del ser del derecho a las funciones de la jurisprudencia.* El pluralismo metodológico de por sí, al margen del número y la naturaleza de los métodos admitidos, expresa un paso: de la pregunta «¿qué es el dere-

cho?» —a la que corresponde la adopción del método conforme a la naturaleza del derecho— a la pregunta «¿cómo elegir un método, frente a otro, y a la vista de qué?». La admisión de más de un método de interpretación desplaza la atención desde la naturaleza del derecho (y del método conforme con esa naturaleza) a la función del intérprete y las funciones que le competen como custodio de la complejidad del derecho.

*Los métodos como recursos de la interpretación.* La existencia de un método que produce el resultado conforme con la expectativa es una condición de posibilidad de la expectativa. La pluralidad de los métodos es condición de una investigación abierta, adecuada a las características de los casos que se han de resolver. Pero no existe la seguridad de que siempre se pueda encontrar lo que se busca. Como en cualquier investigación, puede suceder que no se encuentre nada o se encuentre algo distinto de lo que se buscaba.

Los métodos, al mismo tiempo, son medios y límites de la investigación: cuanto más numerosos, tanto mayores serán las posibilidades de éxito de la interpretación, es decir, las posibilidades de extraer del ordenamiento normas adecuadas a los casos que se deben regular. Y, al contrario, cuanto menos numerosos sean, menores serán tales posibilidades. En los dos límites extremos —ningún método o un solo método prestablecido— el derecho se disolvería o se petrificaría: en el primer caso, sería un factor de confusión social; en el segundo, un factor de humillación. El momento de la elección no depende de la naturaleza del derecho como manifestación del poder normativo, pero establece un puente entre la ley y las expectativas sociales en las que el derecho está inmerso<sup>15</sup>; actúa de nuevo la doble vertiente del derecho.

*El derecho como ordenamiento.* Esto no excluye que se trabaje para la creación de esquemas jurídicos definidos a los que acudir como «realidades sólidas» o «estructuras sociales» (como era la dogmática jurídica) en las que se expresa el derecho en tanto ordenamiento. Si se tiene presente la doble alma del derecho, como poder y como justicia, este trabajo constructivo de la ciencia del derecho es esencial si se considera la formación de una dimensión jurídica relativamente independiente, tanto de las expectativas sociales inmediatas cuanto de las fútiles intenciones del poder, para poder ser funcional para las unas, si no son solo imprevisiones contingentes, o para las otras, si no son solo intenciones ocasionales. Pero la misma pluralidad de métodos admitidos y la

14. E. K. von Savigny, *System der heutigen römischen Rechts* [1840]; trad. it., *Sistema del diritto romano attuale* I, Turín, Utet, 1886, pp. 215 ss. [Sistema del derecho romano actual], Granada, Comares, 2005].

15. L. Mengoni, *Problemas e sistema*, cit., p. 13; N. Luhmann, *Sistema jurídico e dogmática jurídica* [1974], Bolonia, Il Mulino, 1978 [Sistema jurídico y dogmática jurídica], Madrid, CEC, 1983].

permanente eventualidad de nuevas combinaciones de los datos jurídicos puestas y presupuestas hacen posible la renovación de los logros constructivos de las categorías jurídicas. Esta realidad en movimiento se expresa a veces con la idea de una «vida superior» del derecho, entendido como derecho objeto de atención por parte de los juristas<sup>16</sup>, una vida que adquiere unidad de significado; en otro tiempo se hubiera dicho: unidad de significado en la esfera dogmática de los conceptos; hoy decimos: en la dogmática constitucional de los principios.

La «vida superior» del derecho. Esta metáfora de una «vida» del derecho «superior» significa que no es una mera suma de voluntades legisladoras escritas en normas positivas, sino es un ordenamiento, dotado de sus estructuras de coherencia a las cuales esas voluntades se someten. Este es el significado de superior, manifestado a veces con la imagen de la «separación»: el derecho se separa de la voluntad de quien legisla o interpreta, formando parte de una realidad que, en conjunto, no está ya bajo su control y puede considerarse autónoma de la matriz subjetiva inicial (la voluntad histórica del legislador) para asumir una dimensión objetiva. Pero este ordenamiento «objetivo» tiene también su «vida», es decir, su desarrollo, determinado por la dialéctica casos-principios, que conduce a siempre nuevas combinaciones interpretativas. Si el derecho no fuese «vida», sería estático, muerto; si la «vida» no fuese «superior», sería un continuo sucederse de normas e interpretaciones sin sentido unas frente a otras.

El principio de no contradicción. El factor esencial del derecho, que lo constituye como ordenamiento, es el principio de no contradicción. Todos los instrumentos conceptuales (la primacía de la *lex superior*, de la *lex posterior*, de la *lex specialis*, etc.) a los que se recurre para resolver las llamadas «antinomias» normativas, es decir, los contrastes entre regla y regla, entre regla y principio, entre principio y principio, se basan en la tesis del principio superior de no contradicción del derecho, lo que equivale a decir el derecho como ordenamiento. La exigencia de la no contradicción, es decir, de la compatibilidad entre todos los elementos constitutivos del ordenamiento jurídico, es tan profundamente consustancial a nuestro modo de concebir el derecho que la contradicción insuperable entre normas que no admiten la aplicación de ningún criterio de armonización lógica (por ejemplo, cuando se trata de normas situadas en el mismo plano, emitidas al mismo tiempo y todas igualmente generales) da lugar a irracionalidad, y la irracionalidad se considera un vi-

cio de inconstitucionalidad de las leyes<sup>17</sup>. Esto deriva precisamente, no del propio contenido de la ley, sino del hecho de no poderse insertar en un orden: la irracionalidad de la ley es una contradicción en sí misma. Este principio de no contradicción puede entenderse en sentido estático y en sentido dinámico: en sentido estático, como una condición adquirida de una vez por todas; en sentido dinámico, como una condición que se adquiere en cada ocasión. Si se considera que todo cambio del orden jurídico sucede a través de rupturas del equilibrio sistemático precedente, la concepción rígida del principio de no contradicción significaría, ni más ni menos, la prohibición de innovaciones (legislativas y jurisprudenciales) parciales que no fueran meras deducciones, simples desarrollos; o la inmovilidad que confirmara una y otra vez lo ya existente, o el cambio radical que lo sustituyera por un orden nuevo, excluyendo el desarrollo progresivo.

El valor de la contradicción. En realidad, la pluralidad de los principios de referencia, su permanente posibilidad de nuevas combinaciones y la transformación de instancias sociales de justicia en fuerzas modificadoras del ordenamiento jurídico hacen, efectivamente, que en el derecho de nuestra época, el principio de no contradicción deba verse como un deber cuya ejecución surge de contradicciones fecundas. La contradicción, si no una virtud, es un dato vital para este tipo de ordenamiento: es la sal de la «vida superior» de la que hemos hablado. Debemos dejarnos atraer por las contradicciones, no rechazarlas. Se trata de ver, siempre que aparece un elemento de contradicción (legislativo o interpretativo), si está destinado a ser una excepción sin continuidad, y por ello un elemento de ruptura de la unidad y de violación del principio de racionalidad e igualdad, o si es una semilla destinada a recomponer con una unidad nueva y distinta el proceso de modificación permanente del ordenamiento. De nuevo los principios en relación con los casos, porque justifican la incoherencia cuando consisten en considerarla como un lugar de paso hacia nuevos equilibrios sistemáticos. Son por ello principios de orden del derecho, pero de un orden que no niega el cambio.

La regla «adecuada al derecho». Al comienzo hemos hablado de la interpretación como búsqueda de la regla adecuada al caso y al derecho, y hemos intentado aclarar qué significa «adecuado al caso»: ahora podemos intentar decir lo que significa «adecuado al derecho». No basta que la regla sea justificable según uno de los muchos métodos de interpretación posibles; es necesario que respete la naturaleza del derecho como

16. M. Fioravanti, «Savigny e la scienza del diritto pubblico nel XIX secolo: *Quaestio forensis per la storia del pensiero giuridico moderno* 9 (1980), pp. 335 ss.

17. Sobre la irracionalidad de la ley, distinta de la falta de racionalidad, véase G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 149 ss.

ordenamiento; debe abandarse que un ordenamiento, no estático y autorreferencial, sino potencialmente dispuesto a ser recreado sistemáticamente con nuevas interpretaciones que resulten generalizables al sistema y no sean meras «rupturas» eventuales del mismo. El caso reclama al derecho su regla, pero una regla justificada sistemáticamente. A su vez, la necesidad sistemática limita y orienta la búsqueda de la regla, «definiendo las condiciones de lo que es jurídicamente posible y, en particular, las posibilidades de construir los casos jurídicamente»<sup>18</sup>.

Así, la influencia del caso en la interpretación no destruye la posibilidad de considerar el derecho como un sistema de esquemas generales de referencia construidos sobre la base de nuevas generalizaciones (aunque fuese incluso la generalización del principio según el cual, en determinados tipos de situaciones —las que rechazan los «rígidos automatismos» [supra, pp. 183 ss.]—, no pueden existir generalizaciones), de nuevas relaciones género-especie, regla-excepción. Sobre esta base, se pueden elaborar las categorías y los conceptos jurídicos cuya existencia es exigencia esencial de toda cultura jurídica que quiera proceder a través de acumulaciones y perfeccionamientos progresivos de resultados que trasciendan la mera y anárquica casuística individual. Solo así puede devenir el derecho *communis opinio* y confluir, a su vez, en la cultura constitutiva de un pueblo y de una época.

*Sistema y problema.* No se ha eliminado del pensamiento jurídico sistemático (a diferencia del «dogmático», que expresa una lógica autoritaria, de arriba abajo, y no admite su discusión) la idea de interrogar continuamente al ordenamiento partiendo de los casos. El «sistema jurídico», sin embargo, para ser compatible con lo que se puede definir, según la expresión de Luigi Mengoni, como «pensamiento problemático», debe rechazar las posiciones rígidas absolutas (dogmáticas, precisamente) que comporten la petrificación defensiva de sus productos contra la novedad que la vida del derecho —por decirlo así, desde abajo— le presenta como desafío. Una y otra forma de pensamiento (la sistemática y la problemática) pueden recibir dones recíprocos en ese juego de influencias que es el «círculo interpretativo». El pensamiento problemático estimula la «fantasía sistemática»<sup>19</sup> y el pensamiento sistemático estimula así a considerar de nuevo la problemática del caso, poniendo a prueba las categorías de significado y valor utilizadas en su primera consideración. En definitiva, «la [sistemática] jurídica somete los resultados del pensamiento problemático a una verificación posterior desde

el punto de vista de la racionalidad del sistema, el cual «tiene sus razones» que no son necesariamente coincidentes con las que se hacen valer desde puntos de vista extrasisemáticos»<sup>20</sup>. Es esta una posición de equilibrio difícil de mantener en la práctica cotidiana del derecho cada vez que se manifiesta una instancia innovadora, pero es la única que, al mismo tiempo, no sacrifica las «novedades» de la vida social, sometiéndolas bajo una capa de pensamiento jurídico muerto, y respeta las razones del derecho como sistema.

## 2. La interpretación constitucional

*La ley frente a la Constitución.* El juicio constitucional sobre las leyes es un juicio de validez, en el cual la ley está destinada a someterse a un test de compatibilidad con la Constitución. El hecho, se dice, está representado por la ley; el derecho, por la Constitución. La ley, de «derecho» que es en todos los otros tipos de juicios, es —por decirlo de alguna manera— degradada a «hecho»: esta es la esencia del juicio constitucional en el que la ley, de ser algo en virtud de lo cual se juzga, se transforma en lo que es juzgado. Sin embargo, esta imagen de la ley, ocupando en el juicio constitucional el lugar que en el juicio común le pertenece al hecho, es demasiado simple. No considera la circunstancia de que ambos, tanto el «hecho», es decir, la ley, cuanto el «derecho», es decir, la Constitución, son normas. El juicio sobre una norma en nombre de otra norma no es lo mismo que un juicio sobre un hecho en nombre de una norma. El juicio sobre un hecho en nombre de una norma consiste en la reconducción del primero al esquema ofrecido por la segunda, que es «aplicada», concepto que resulta claro, por ejemplo, en el esquema del silogismo o de la subsumción. En el juicio constitucional no se «aplica» la norma constitucional a la norma legislativa. En rigor, se aplica siempre una sola norma (una norma implícita), esta: la ley incompatible con la Constitución deber ser declarada inconstitucional. Sin embargo, la relación entre cuanto dispone la Constitución y cuanto dispone la ley no es de «aplicación» sino de enfrentamiento, a fin de determinar su relación de compatibilidad o de incompatibilidad. El núcleo esencial del juicio constitucional es la determinación de esta relación.

*La inconstitucionalidad como fracaso de la interpretación.* La compatibilidad o incompatibilidad no se refiere a las disposiciones; no se establece viendo «qué dicen» las fórmulas normativas, la constitucional y la legislativa. La contradicción léxica es tan solo una hipótesis escolástica.

18. N. Luhmann, *Sistema jurídico e dogmática jurídica*, cit., p. 50.

19. L. Mengoni, *Problema e sistema*, cit., p. 57 (en los pasajes citados se habla de «dogmática» jurídica, con un significado, en esos contextos, mejor expresado con «sistemática»).

20. *Ibid.*, p. 53.

ca del tipo: no se admite la pena de muerte (art. 27 de la Constitución)/ la pena de muerte se admite en tal o tal hipótesis. Normalmente, la estructura de las normas constitucionales y legislativas — principios las primeras, reglas las segundas— es heterogénea y, por eso, la confrontación formal es infructuosa. Tomemos una cuestión cualquiera de legitimidad constitucional: la violación de la Constitución presentada ante el Tribunal Constitucional no es (casi) nunca un conflicto entre proposiciones normativas, sino una contradicción práctica. La interpretación legislativa, es decir, la búsqueda en la ley de la norma adecuada al caso que se ha de regular, da un resultado incompatible con el resultado de la interpretación constitucional, es decir, de la búsqueda en la Constitución de la norma adecuada para regular ese mismo caso. Es más, se podría decir que la inconstitucionalidad de la ley es consecuencia del fracaso (en una primera fase) de la interpretación. Retomemos la definición inicial de interpretación como actividad destinada a la búsqueda en el ordenamiento de la norma adecuada a las exigencias del caso, y recordemos que las exigencias del caso nacen de la categorización de los hechos según las normas de principio de la Constitución (*supra*, p. 183). Teniendo en cuenta estas afirmaciones, resulta evidente que el «fracaso de la interpretación» se produce cuando no es posible encontrar en el ordenamiento, tal como es, una norma idónea para dar respuesta a las expectativas constitucionales para regular el caso.

Brevemente: la *inconstitucionalidad* es el fracaso de la interpretación, y la *declaración* de inconstitucionalidad está en función del éxito de la interpretación. La jurisdicción constitucional sobre las leyes se muestra así, desde su enfoque fundamentalmente interpretativo, como una función auxiliar de la interpretación cuando esta necesita ser liberada de las normas inadecuadas en las que ha quedado atrapada.

— *Ejemplos.* Los artículos 3 y 24, párrafo segundo, de la Constitución hablan, el uno, de igualdad ante la ley y, el otro, del derecho a la defensa en juicio. ¿Qué relación tienen con, por ejemplo (Tribunal Constitucional, disposición n.º 456 de 2007), la norma del Código de Procedimiento Penal según la cual «el testigo no puede ser obligado a disponer sobre hechos por los cuales ha sido pronunciada contra él una sentencia de aplicación de la pena si es el procedimiento negó su propia responsabilidad o no prestó declaración?»

¿Qué relación tiene la fórmula del artículo 32 de la Constitución «La República protege la salud como derecho fundamental del individuo» con la norma del Código penal (declarada inconstitucional por la sentencia n.º 27 de 1975) que considera delictiva la interrupción voluntaria del embarazo?

¿Qué relación tiene el artículo 24, párrafo primero, de la Constitución «Todos pueden actuar en juicio...» con la norma del Código de Procedimiento Civil (declarada inconstitucional por la sentencia n.º 67 de 1960) que establece la carga para el actor de hacer un depósito como garantía, en el caso de que

existiese el temor fundado de que una eventual condena en costas resultara incumplida?

Evidentemente, no es una cuestión de contradicción entre fórmulas normativas. Es otra cosa: es la comparación entre cómo es valorado por el legislador (obligación, delito, carga, etc.) un determinado caso (un sujeto, en una determinada situación, llamado a testificar; una mujer, en una determinada situación, que ha abortado; el actor en un proceso, en una determinada situación económica) y cómo debe ser valorado según la Constitución. Se llega a la cuestión de constitucionalidad porque el intérprete no es capaz, con sus instrumentos interpretativos, de llegar a la solución del caso conforme a la comprensión debida según la Constitución porque tropieza con el obstáculo de una norma legal de sentido diferente.

*La declaración de inconstitucionalidad como auxilio para la interpretación.* La declaración de inconstitucionalidad, entendida dentro de la problemática de la interpretación, es decir, desde el punto de vista del intérprete y de la función que desarrolla, modifica en este ámbito la perspectiva tradicional, que es, por decirlo así, la de la «vida de las normas» (en la terminología de Hans Kelsen, la «nomodinámica»<sup>21</sup>); de la coherencia de las normas al éxito de la interpretación, del derecho teórico a la práctica del derecho, de las fuentes a la jurisprudencia. Generalizando, para comprender el significado de este cambio se puede decir así: del derecho aislado de los casos de la vida al derecho contextualizado. Profundizando más: de la exigencia de coherencia del aparato jurídico para dominar sobre lo social, a la necesidad de correspondencia del sistema normativo con las exigencias jurídicas de la sociedad. Este es el resultado de la inserción del control de constitucionalidad de la ley en la dimensión de la interpretación del derecho.

*Primera consecuencia: la interpretación conforme de los jueces.* Al considerar la cuestión de la constitucionalidad de la ley en función de la interpretación, se comprende y se justifica plenamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que exige, como condición para la admisibilidad de la cuestión de constitucionalidad, que el juez que la rechaza haya explorado todas las posibilidades a su alcance para llegar a una interpretación de la ley conforme con la Constitución: «Ninguna disposición legal puede ser declarada constitucionalmente ilegítima solo porque al ser interpretada se oponga a los preceptos constitucionales, sino que lo será solo cuando no sea posible atribuirle un significado que la haga estar conforme con [la] Constitución» (Tribunal Constitucional, disposición n.º 448 de 2007,

21. Por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 43 ss.; *Id.*, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), México, UNAM, 1983, parte II, cap. I, «Nomodinámicas».

que resume una jurisprudencia ya consolidada). De este modo, la dimensión constitucional de las controversias jurídicas entra plenamente bajo la cognición de cualquier juez, por lo que resulta ya insostenible la doctrina, surgida en un primer momento teniendo en cuenta incluso las intenciones expresas del legislador constituyente<sup>22</sup>, que separaba claramente dos terrenos: de un lado, la ley y la jurisdicción ordinaria, en cuya órbita estaba el poder de interpretar del Tribunal de Casación; de otro, la Constitución y la jurisdicción constitucional. El rasgo de «falta» no manifiesta de fundamento», que el artículo 1 de la ley constitucional n.º 1 de 1953 y el 23 de la ley n.º 87 de 1953 prescriben como condición para la cuestión de legitimidad constitucional, resulta superado *de facto* si se entiende como una clara separación de esos dos terrenos mediante el reconocimiento al juez que plantea la cuestión de un poder limitado al simple reconocimiento superficial de la relación entre la ley y la Constitución. Por el contrario, esta jurisprudencia pide a los jueces que hagan uso de todo el poder de interpretación del que disponen para completar con la visión constitucional la visión legislativa del caso que deben resolver. El requisito mantiene cierto valor, pero no en el sentido positivo de negar a los jueces la posibilidad de interpretar las normas constitucionales por reservársela al Tribunal Constitucional, sino en el sentido negativo de que, tras haber intentado todo para armonizar las dos visiones, aún queda una única duda, si debe plantearse ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad.

*Segunda consecuencia: la decisión sobre la constitucionalidad de la ley según una tipología «in crescendo».* Considerada la cuestión de constitucionalidad de la ley en función del desarrollo coherente del sistema jurídico a tenor de la «monodiamétrica», es decir, como una relación de validez entre las normas que lo integran, el resultado del juicio no puede ser sino binario: si la cuestión resulta fundada, la ley es anulada; si la cuestión es infundada, la ley sigue en vigor. Así pues, o una sentencia de admisión, o una sentencia de rechazo. A primera vista, no hay lugar para otro tipo de fallos. La jurisdicción constitucional sería, pues, una jurisdicción repressiva, de casación. A consecuencia de esta concepción del juicio sobre las leyes, se comprende que los instrumentos que el Tribunal se ha ido dando a lo largo del tiempo para salir de esa rígida alternativa —admisión o rechazo— hayan presentado, para su justificación, considerables problemas en relación con la distinción entre poderes, ya sea en la vertiente legislativa, ya sea en la jurisdiccional. a) En la vertiente jurisdiccional, se han discutido las sentencias interpretativas que salvan la ley, pero a condición de que se haga de ella una interpretación determina-

da<sup>23</sup>. Se ha dicho que la interpretación de la ley concierne a los jueces. El Tribunal puede eliminar la ley, no condicionar su interpretación. b) En la vertiente legislativa, se han discutido las decisiones a través de las cuales se llega a modificar el alcance de la ley mediante añadidos, sustituciones y correas<sup>24</sup>. Se ha dicho que modificar la ley es legislar y, por lo tanto, le concierne al legislador. El Tribunal Constitucional puede eliminar una ley defectuosa, pero no imponer, en su lugar, otra distinta.

En síntesis, considerando la relación del Tribunal con la jurisdicción y la legislación, se ha dicho que «no parece posible salir de ese dilema: si la norma se encuentra en el sistema, al juez (a todos los jueces) le concierne deducirla; si no se encuentra en él, es competencia del legislador (solo del legislador) establecerla»<sup>25</sup>. Esta es una proposición drástica y parece una condena definitiva de cualquier decisión constitucional distinta de la simple admisión, con anulación total de la ley, o del simple rechazo, con la salvación de la ley tal como es. Además de drástica es también incontestable, pero solo en cuanto se argumente desde la perspectiva del orden de las fuentes y de la relación de validez que vincula las inferiores a las superiores, es decir, desde la perspectiva de su jerarquía y, por consiguiente, desde la lógica de la jurisdicción constitucional como jurisdicción de casación de las leyes.

El hecho de que ese tipo de decisiones, aun cuando se consideraran espurias y de difícil justificación, se haya consolidado y haya arraigado en la práctica es consecuencia del cambio de perspectiva que se ha producido, un cambio cuyas consecuencias no siempre se han advertido con claridad: el paso del control de constitucionalidad de las leyes del terreno de las fuentes al de la interpretación; de la preocupación por la coherencia abstracta del sistema jurídico a la garantía del éxito de la interpretación. Este cambio, útil para cualquier concepción de la Constitución como norma de aplicación judicial, es decir, como norma que entra en relación con la ley para la resolución de los casos controvertidos, arroja una luz totalmente diferente sobre esos polémicos tipos de decisión. Bajo esta óptica, la tarea de la justicia constitucional aparece como una garantía de que el punto de vista de la ley y el de la Constitución sobre el caso que se ha de decidir no se contradicen, sino que se funden de forma armónica, protegiendo, obviamente, el predominio del punto de vista constitucional sobre el meramente legislativo. Para cumplir esta tarea, la eliminación radical de la ley será excesiva, y tal vez incluso con-

23. Acerca de este tipo de decisiones, véase G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 283 ss.

24. Para una tipología de las decisiones que se han señalado como «manipuladoras de la ley», véase *ibid.*, pp. 296 ss.

25. *Ibid.*, p. 301.

22. Véase, al respecto, C. Mazzarone, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 70 ss.

traproducente en relación con el objetivo, cuando resulte posible mantener la ley mediante las interpretaciones y «manipulaciones» necesarias para armonizar los puntos de vista de las «dos vertientes» del derecho, la legislativa y la constitucional. Por eso, habría que concluir que las decisiones interpretativas son, no la usurpación del poder interpretativo de los jueces, sino un auxilio para el «éxito» de su interpretación; del mismo modo que las decisiones modificativas de la ley son, no un modo de desprestigiar la obra del legislador, sino un modo de evitar trarla por la borda y de respetar en lo esencial, mientras sea posible, las opciones de política legislativa de las que son expresión. Naturalmente, hay límites más allá de los cuales ya no valdrían estas consideraciones, y el no sobrepasarlos reside en la prudencia del Tribunal: la doctrina del derecho vivo —de la asunción por parte de la ley, para su control, del significado que ha adquirido en la jurisprudencia consolidada— es un modo de respetar la autonomía interpretativa de los jueces; respecto al legislador, se trata de distinguir entre las intervenciones modificativas de la ley que forman parte de las opciones fundamentales del legislador y las que alterarían su *ratio*; las primeras son admisibles, las segundas no. La imposibilidad de que el Tribunal proceda mediante interpretaciones —en el caso de interpretaciones realizadas por una jurisprudencia «viva», o bien mediante modificaciones— en el caso de una normación desartada, a su vez, por una voluntad legislativa determinada según el texto que la expresa— cuando la perspectiva constitucional y la legislativa disientan, solo deja lugar, como *extrema ratio*, a la declaración pura y simple de inconstitucionalidad de la ley.

Se ve de este modo que la multiplicidad de instrumentos de decisión constitucional podría ir *in crescendo* hasta la eliminación radical de la ley, y se comprende —cosa que no siempre ocurre<sup>26</sup> al reflexionar desde la perspectiva de la jerarquía de las fuentes— que las fórmulas decisorias intermedias, bien utilizadas, son las menos ofensivas para los otros poderes implicados.

### 3. Los métodos para la interpretación constitucional

*Los métodos interpretativos y la jerarquía entre las normas.* Ni en la literatura ni en la jurisprudencia se encuentra una teoría sobre el método de

interpretación constitucional distinta de la relativa a la interpretación de los textos normativos en general. Por el contrario, a causa de la estructura de las normas, el énfasis sobre la especificidad de esta interpretación resulta impreciso. No se extraen más que expresiones genéricas acerca de su mayor discrecionalidad y flexibilidad, su carácter político y otras semejantes. El discurso sobre el método es tan improductivo respecto a la Constitución como lo es respecto a la ley; y no solo por la razón de orden general, ya vista, acerca del carácter autorreferencial de las normas sobre la interpretación, sino también por una razón propiamente normativa, ligada a la posición que ocupan en nuestro ordenamiento las normas sobre la interpretación respecto a las normas de la Constitución.

*Las normas sobre la interpretación como «derecho sobre el derecho».* Las normas jurídicas sobre la interpretación pertenecen a la categoría del «derecho sobre el derecho», a la figura de las «normas sobre normas»<sup>27</sup>, es decir, las prescripciones que disponen sobre otras prescripciones jurídicas y tienen por ello un valor instrumental para determinar la posición correspondiente de estas últimas y cómo tratarlas: por ejemplo, identificando los hechos y los actos normativos, ordenándolos según ciertos criterios (por ejemplo, de supremacía de los unos sobre los otros, o de distinción de ámbitos de competencia), estableciendo las vías de resolución de las antinomias, etc., y previendo, precisamente, de qué modo deben reconstruir los significados. La imagen espacial encerrada en esa expresión (derecho sobre el derecho) sirve para indicar que hay normas que, lógicamente, son prioritarias, «en grado»<sup>28</sup>, que están «más arriba», y otras que están «más abajo», y es una evidencia intuitiva de que las normas sobre el derecho no pueden «estar debajo» de las otras, es decir, estar dotadas de inferior eficacia que la de estas. Su eficacia debe ser mayor para poder desplegar su función normativa específica respecto a otras normas. La «regla de oro» que rige en todo sistema de normas es la siguiente: *ninguna norma puede imponer la disciplina de otras normas si ella misma no dispone de una eficacia mayor que la que desea regular*. Si fuese de otro modo, habría que admitir, incongruente-mente, que «lo regulado» podría «autorregularse» (con normas de igual eficacia) o, lo que es peor, podría someter a su propia regulación una norma subordinada. Esta regla es válida también para las normas sobre-

26. Por ejemplo, durante los trabajos parlamentarios que llevaron a la aprobación de la reforma de la II parte de la Constitución en 2005 (reforma que no obtuvo el consenso de los electores en el referéndum de 25-26 de junio de 2006), se presentó la propuesta de imponer al Tribunal la rigida alternativa rechazo-admisión, habiéndose creído equivocadamente que las otras formas de decisión expresan una tendencia a la ampliación indebida de su papel.

27. E. Zitelmann, «*Getrennbarkeit und Anverwandtschaft des Gesetzes*», en *Festschrift der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bernhard zum 70. Geburtstag*, Bonn, Marcus & Wubers, 1919, pp. 208 ss.; trad. it. en *Autologia di diritto internazionale privato: Quaderni di «Diritto internazionale»* III (1964), pp. 11 ss.

28. A. Pizzorusso, «*Stato del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*», art. 1-9, en A. Scialoja y G. Bianca (eds.), *Commentario del Codice Civile*, Bolonia, Zanichelli, 1977, p. 8.

normas que atañen a la interpretación de otras normas: por razón de jerarquía, deben estar contenidas en normas de mayor eficacia que la de las normas por interpretar. Así pues, a la «autorreferencialidad» debe añadirse la jerarquía, como una razón para no aplicar a la Constitución las normas sobre la interpretación. Estas deberían estar comprendidas en normas por encima de la Constitución. Pero por encima de la Constitución o, mejor aún, en torno a la Constitución, hay algo, naturalmente, pero no hay normas en el sentido de derecho dado por una fuente normativa positiva. En este caso particular, el artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general, aun ocupando una posición *sub generis* en el sistema de fuentes vigente cuando se dio el Código civil de 1942, no pertenece, desde luego, a la figura de las fuentes constitucionales, ni se encuentra, menos aún, por encima de la Constitución.

→ Ejemplos. El artículo 29 de la Constitución impone normas sobre la familia, definiéndola como una «sociedad natural fundada en el matrimonio». Actualmente se discute, tras las modificaciones culturales que han afectado a las uniones entre las personas, sobre la posibilidad de reconocer jurídicamente nuevos tipos de convivencia, incluso entre personas del mismo sexo, y de calificarlas como «matrimonio» y como «familia». Si la ley pudiera dar una definición de la noción constitucional de tales conceptos, se provocaría una inversión, o mejor, una invasión del territorio, entre las dos fuentes y la ley se apoderaría de la Constitución, con la paradójica consecuencia de que toda ley sería conforme a la Constitución según la noción que de esa última determinase la primera.

Aunque de forma menos evidente, la misma imposibilidad de imponer normas interpretativas sirve respecto a la ley constitucional, incluso si se considera como una fuente equiparable a la Constitución. Si se quisiera precisar los conceptos de familia y de matrimonio con una ley constitucional, esa precisión (que pretendería, suponíamos, ampliarlos a la unión de hecho o a la unión de personas del mismo sexo) no sería una interpretación, sino una modificación de la Constitución, sujeta a su vez a interpretación según criterios que esa no controla.

*La irrelevancia del artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general para la interpretación constitucional: la heterogeneidad del objeto.* Se puede añadir, teniendo en cuenta que hasta aquí se ha venido valorando el derecho como una realidad doble, formal y material, que el artículo 12, ya sea por su fuente, ya sea por su contenido, pertenece plena y totalmente a uno solo de estos aspectos, el aspecto del derecho formal, es decir, del derecho legislativo positivo. En cuanto a la fuente, hay que subrayar que, en un régimen de Constitución flexible, no se habría podido ir más allá o, mejor, por encima de la ley o de un acto con valor de ley, y que sitúan el Código civil «a la cabeza» es propio de la tradición, entonces vigente, que consideraba el derecho civil

el derecho por excelencia<sup>29</sup>. Acerca del contenido, aunque las disposiciones preliminares del Código civil sean sin duda «materialmente constitucionales»<sup>30</sup> y formen una especie de «Constitución de las fuentes del derecho», es igualmente indudable que el artículo 12 expresa un punto de vista coherente tan solo con una idea del derecho como ley positiva, emanada de un poder normativo monopolizado por el Estado, lo que resulta explícitamente de la referencia a los principios, es decir, a los elementos del ordenamiento jurídico que podían parecer abstratos, con mayor facilidad que otros, a la otra dimensión del derecho, a la material; así pues, una referencia a los principios, pero precisando: «del ordenamiento jurídico del Estado». Es fácil por ello concluir que el punto de vista del legislador admitido por el artículo 12 es un punto de vista parcial, relativo a la ley. Pero aquí se ha dicho y se ha repetido que la Constitución no es una ley para lo que es más propiamente constitucional. De ahí que fuera del todo impropio intentar la absurda tarea de aplicar una norma instrumental a una materia para la que no ha sido concebida y a la que, en cualquier caso, no se adapta. La actividad interpretativa de la Constitución prescinde, pues, del punto de vista de la tradición legalista codificado en el artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general, artículo que, a despecho de la doctrina que en tiempos ya lejanos se ocupaba del tema<sup>31</sup>, el Tribunal Constitucional —según parece— jamás ha considerado útil para sus propias actividades interpretativas, y en cuanto tal, simplemente, lo ha ignorado. Por otra parte, esto no excluye en absoluto que incluso en sede de justicia constitucional se recurra, además de a otros criterios metodológicos, a la letra, a los argumentos de naturalza sistemática y a la intención del legislador constituyente. Pero esto solo ocurre cuando es necesario, atendiendo a consideraciones independientes del artículo 12 y de su pretendido carácter vinculante en materia constitucional.

*Las interpretaciones de la Constitución.* Si atendemos a otras prácticas respecto a la Constitución, comprobamos que existe un alto grado de libertad, pragmatismo, flexibilidad y alterioriedad, que corresponde a un acentuado pluralismo metodológico: el formalismo encerrado aparentemente en las fórmulas constitucionales textuales cede el paso, a veces,

29. *Ibid.*, pp. 1 ss.

30. *Ibid.*

31. Por ejemplo, F. Fioravanti, «L'interpretazione della Costituzione», en *Studi di diritto costituzionale in onore di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 457 ss., ahora en *Id., Scritti di diritto costituzionale*, 3 vols., Turín, Giappichelli, 1965, t. I, pp. 143 ss.; *Id.*, «L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 550 ss.

a la valoración de la intención histórica del Constituyente; en otros casos, se abren camino otras consideraciones más amplias de carácter sistémico, histórico y abstracto, que atienden a las condiciones jurídicas e histórico-sociales en las que la Constitución está actuando, respecto a las originarias en las que la Constitución fue aprobada. Se emplean cada vez con mayor frecuencia como nuevos criterios de interpretación, aunque no necesariamente de forma expresa, la argumentación comparatista y el cotejo con la jurisprudencia de tribunales supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con independencia de la cuestión de su valor formalmente vinculante para el ordenamiento italiano, según se ha establecido en la actualidad en las sentencias núms. 348 y 349 de 2007 por el Tribunal Constitucional). Según las circunstancias, las soluciones interpretativas de los casos constitucionales se definan a la intención originaria del Constituyente, están cristalizadas, o abiertas a resultados evolutivos, algunas veces anticipándose a necesidades futuras, eludiendo o incluyendo exigencias de justicia sustancial, abiertas o cerradas respecto a valores culturales «metatextuales». En las mismas condiciones de elasticidad actúan también las jurisdicciones constitucionales de todo el mundo<sup>32</sup>, pues esta es la esencia de la interpretación que tienen asignada.

*La maleabilidad constitucional.* Es necesario darse cuenta de que los vínculos jurídicos de la interpretación de la Constitución son menos restrictivos que en cualquier otro sector del derecho, por lo que son posibles, con frecuencia, nuevas configuraciones sistémicas que re-componen en nuevas estructuras los disintos elementos del derecho constitucional. El carácter sistémico de la Constitución se traduce en la exigencia de que jamás se interprete pieza a pieza, norma a norma, sino que se interprete siempre como un «todo» (de ahí que se diga que la interpretación de la Constitución, tomada como tal y no como una

32. J. Rubenfeld, *Revolution by Judiciary*, Cambridge (Mass./London, Harvard University Press, 2005), pp. 4 ss., tras haber observado que la interpretación de las leyes del Congreso obedece a patrones consolidados (ferrados al texto, o con referencia a la intención originaria, retorno a los precedentes, a la tradición, al sistema, etc.), observa que, «funcionalmente», la *American constitutional case law* no tiene casi nada que decir sobre cómo deben actuar los jueces en relación con la Constitución, careciendo de reglas o protocolos de carácter general. Según las circunstancias, adelantarse o excluirse la intención de derechos constitucionales no escritos, etc. Esta situación interpretativa en la que actúan los jueces en el ámbito norteamericano es similar, sin embargo, a la de sus colegas de otras jurisdicciones, pertenecientes a tradiciones jurídico-constitucionales también diferentes. Eso debería hacerla menos «irretráctas».

mera suma de leyes constitucionales, es siempre «interpretación de toda la Constitución»<sup>33</sup>).

La presión innovadora de los casos es mayor en este contexto que en otros. Por otra parte, es un lugar común el subrayar la particular flexibilidad o ductilidad de la interpretación constitucional. Eso explica la capacidad de adaptación de las constituciones, transformando sin reformas explícitas nuevas condiciones históricas. La naturaleza que, como principio, tienen muchas de sus normas y la necesidad que a menudo se presenta de conseguir el «equilibrio» entre ellas cuando la Constitución no asigna «pesos» y no establece jerarquías, explican la especial *maleabilidad* de la materia de la que está hecha la Constitución.

— *Ejemplos.* La forma de los actos a través de los cuales se ejercen los poderes del presidente de la República está regulada de modo homogéneo en el artículo 89, párrafo 1.º, de la Constitución: «ninguno de sus actos es válido si no está refrendado por los ministros propoventes, que son responsables de él. Pese a su valor general, esta norma, que tiene claramente la estructura de una regla, se interpreta de tal modo que distingue, en su interior, diferentes categorías de actos imputables al presidente según los principios que rigen nuestra forma de gobierno. Se piensa que en algunos casos debe preservarse la función de garantía, como en el recuento de una ley a las Cámaras, el mensaje que les dirige, la designación de los cinco jueces constitucionales, la elección anticipada de las Cámaras, o bien la función representativa *super partes*, como en la designación de los cinco senadores vitalicios o en la conexión de condenaciones: tratándose de actos ajenos a la orientación política de gobierno, se ha dado una interpretación no literal del artículo 89 que ha eliminado la propuesta gubernativa y ha configurado la ratificación como un «acto debido». En otros casos se piensa, por el contrario, que el acto es estrictamente eficaz para llevar a cabo la orientación política de gobierno, como la aprobación de decretos, la designación de funcionarios del Gobierno que debe ser impulsada por los ministros. Se aplicará entonces el esquema del artículo 89, reduciendo la participación presidencial a un «control externo» de las propuestas gubernativas, en defensa de intereses constitucionales fundamentales ajenos a las orientaciones políticas de la mayoría. Así pues, el «peso» del Gobierno y del presidente de la República pueden variar según el tipo de acto, conforme a los principios constitucionales que se consideran implicados, incluso ante una regla formalmente idéntica válida para todos los casos.

El ejemplo más claro de influencia de un principio sobre la regla constitucional en la ya mencionada designación de los cinco jueces constitucionales que le compete al presidente, regulada como sigue por el artículo 4 de la ley (ordinaria) n.º 87 de 1953: «La designación de los jueces del Tribunal Constitucional es competencia del Presidente de la República mediante decreto. El decreto será ratifica-

33. R. Sened, *Verfassung und Verfassungsgericht* [1928]; trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 211 ss. [*Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985].

do por el presidente del Consejo de Ministros». Al desaparecer la referencia a la propuesta, el poder de designar se ha convertido en un poder exclusivamente presidencial. El principio que ha provocado este alejamiento de la letra de la Constitución es el principio de independencia de un órgano de garantía de la mayoría gubernativa como es el Tribunal. Al mismo principio de independencia del Gobierno y de su mayoría es debida la mayoría calificada prevista para la elección de los cinco jueces de elección parlamentaria (art. 3 de la ley n.º 87 de 1953, luego modificado por el art. 3 de la ley constitucional n.º 2 de 1967), cuya legitimidad se discute al principio (antes de la existencia de la ley constitucional posterior) porque el artículo 64, párrafo 3.º, de la Constitución establece que, salvo que la propia Constitución no prevea una mayoría especial, las Cámaras deliberarán con la mayoría de los presentes.

Otro ejemplo, siempre sobre el tema de los poderes presidenciales, es el de la decisión del Tribunal Constitucional en materia de gracia (sentencia n.º 200 de 2006). Al afirmarse la existencia de un «principio humanitario» como único argumento para el poder de clemencia, se ha deducido de ello, como algo «evidente», la competencia exclusiva para ejercerla del jefe del Estado, órgano *supra partes*, representante de la unidad nacional y ajeno a la orientación política del Gobierno, que es el competente para apreciar la existencia real de los presupuestos que justifican la medida. Por el contrario, argumentando sobre la base de otro «principio», el principio de responsabilidad, se habría llegado probablemente a una solución diferente, conforme a la letra del artículo 89, párrafo 1.º, de la Constitución, que le pedía al ministro que compartiera la medida para asumir su responsabilidad ante las Cámaras.

Entre la cristalización y la ficción de la Constitución. Es una ilusión engañosa, una ingenua aspiración a la certeza absoluta en la vida constitucional presuponer la existencia de un «modelo» constitucional objetivo que pueda descender a la realidad, para luego confrontar o contraponer como subjetivas y, por ello, «políticas», las interpretaciones que se dan, en primer lugar, por el Tribunal Constitucional<sup>34</sup>. El modelo constitucional no es un dato, sino un resultado que se va construyendo poco a poco, en vista de los problemas y su resolución. Es oportuno hacer referencia, una vez más, a la función de los criterios generales que distinguen el significado y el valor. Son los auténticos artifices de la Constitución con su función histórica concreta. Sin ellos no se salda el abismo del arrolladero de dos unilateralidades opuestas que acabarían con la Constitución: por un lado, su concepción cristalizada; por otro, la visión solo casuística de la decisión constitucional. Estos criterios son, por el contrario, el término medio que puede otorgar consistencia a la interpretación, evitando ya sea la comprensión meramente casuística de

la Constitución con el acompañamiento de la búsqueda de la regla impuesta por el puro subjetivismo del intérprete, ya sea la cristalización de sus interpretaciones volviéndola, en poco tiempo, ajena a la vida constitucional: dos peligros opuestos a la paz y la continuidad constitucional.

→ *Momentos de inseguridad del paradigma: ejemplos.* Los presupuestos del modo de entender la Constitución se ponen de manifiesto en los momentos de inseguridad constitucional, en particular en los momentos de transición. En esos momentos se discuten las llamadas «lecturas paradigmáticas»<sup>35</sup>, es decir, las categorías de sentido y de valor de la Constitución como objeto de reflexión teórica y de acción práctica. Podemos recordar algunos ejemplos, que deben entenderse teniendo en cuenta la siguiente consideración de Joseph de Maistre: «la razón y la experiencia [...] convienen en que lo más fundamental y esencialmente constitucional de las leyes de una nación no puede estar escrito». «Lo más fundamental» es, justamente, el «paradigma»<sup>36</sup>.

También la concepción del Estatuto Albertino como «Constitución flexible» fue resultado de la influencia de un cierto modo de concebir la Constitución que, por así decirlo, se adueñó del propio Estatuto, no sin conflictos entre posturas diferentes e incluso opuestas<sup>37</sup>: carta revocable o modificable/por el rey como expresión permanente de su poder soberano; carta perpetua e irrevocable (según la fórmula del Prelado), para cuya modificación no se había previsto procedimiento alguno, lo que explica la expresión de Massimo d'Azeglio, «nada menos; nada más que el Estatuto»; carta modificable con el acuerdo entre el rey y la Cámara representativa, según la interpretación del equilibrio dinámico que, pronto, hizo de ella Casouar<sup>38</sup>; o bien, asimismo carta modificable pero solo en el sentido de los principios liberales y no de lo monárquicos, como se afirmó a lo largo de los decenios siguientes.

En otro momento de transición desde los regímenes individualistas y liberales del siglo XIX, en los que predominaba la idea del derecho formal, hacia los orgánicos y antiliberales del siglo XX, en los que, por el contrario, predominaba la idea del derecho como sustancia, se sometió a discusión el paradigma constitucional hasta entonces dominante: el del derecho como producto de la voluntad de quien lo establece. En el congreso de insubricitas y constitucionalistas alemanes celebrado en Münster en mayo de 1926 sobre el tema de la igualdad ante la ley (supra, pp. 33 s.), Erich Kaufmann, desde una perspectiva naturalista y resucitando la idea de un «ordenamiento superior» al positivo como algo «eterno e invariable», añadió: «Generalmente no nos damos cuenta de qué pocas veces saca-

35. J. Habermas, *Facticidad y validez* [1992], Madrid, Trotta, 2010, pp. 463 ss.

36. J. de Maistre, *Consideraciones sobre Francia* [1796], Madrid, Tecnos, 1990, pp. 79 ss.

37. Sobre estos problemas, véanse los trabajos de A. Bace recordados en su «Presentación» a J. Bryce, *Constitución Rerumpublici et regis*, Milán, Giuffrè, 1998, p. xxx, nota 3, y también la propia «Presentación».

38. *Discours*, 10 de marzo de 1848, sobre ello, J. Luthet, *Idée et erreur de justice constitutionnelle* n.º 800, Turin, Giappichelli, 1990, pp. 170 ss.

34. Al respecto, A. Anson y A. Ruggieri, «I quarant'anni della giustizia costituzionale», *Rivista di diritto costituzionale* (1997), pp. 187-223 (debatir entre los dos editores y A. Cerri, A. Passaroso, F. Sorrentino y G. Zagrebelsky).

nos nuestras decisiones jurídicas, incluso en el ámbito del derecho codificado, de normas jurídicas escritas expresamente formuladas por el legislador. La mayor y mejor parte, *con bastante frecuencia incluso la más decisiva*, no la sacamos de normas jurídicas escritas, sino directamente de principios de justicia fundamentales en el ámbito del derecho, del concepto de legitimidad de la época y de la comunidad en la que vivimos<sup>39</sup>.

Gerhard Anschütz, exponente del positivismo constitucional, reaccionó así: «Ha sido para mí una sorpresa la intensidad y la convicción con la que el señor [Kantmann] ha desarrollado una idea que yo, hasta ayer, consideraba superada: la idea del derecho natural. Esta idea debe de tener una vitalidad indestructible. De golpe, yo, que creía que representaba el progreso, me siento totalmente superado. El mundo cambia».

Se podrían hacer las mismas reflexiones, adaptándoles a las circunstancias, sobre todos los momentos de transición que caracterizaron la formación del Estado corporativo, del Estado totalitario, del Estado democrático basado en la libertad tras la Segunda Guerra Mundial, para llegar al momento actual y al modo de concebir el sentido y el valor de la Constitución, cuando el Estado nacional y sus formas jurídicas vivían en ámbitos de relaciones que prescinden ya de los límites señalados por la vieja soberanía (*infra*, pp. 329 ss.). Cada uno de estos momentos es, para el derecho constitucional, un momento de «conflicto sobre el paradigma», es decir, sobre las ideas generales que explican la labor de la ciencia constitucional en relación con su objeto<sup>39</sup>.

*Los «tópicos» de la interpretación constitucional.* He aquí la importancia de los tópicos de la interpretación constitucional, de los «lugares comunes» que representan la proyección en la interpretación de la concepción fundamental paradigmática que se adopta de la Constitución. Sería una insensatez hacer una enumeración abstracta de los métodos interpretativos en el sentido del artículo 12 sobre las disposiciones prelimitares del Código civil. Por el contrario, tiene bastante sentido tratar de deducir de la Constitución, tal y como se la concibe en su «función constitutiva», los anclajes que nos permiten mantener una posición interpretativa justa respecto a ella: «justa» en el sentido de la función objetiva que la Constitución debe llevar a cabo. Se intenta dar a continuación algunas indicaciones sobre algunos de estos «anclajes».

39. El importante condicionante que para el derecho constitucional representan las ideas, las concepciones o las teorías jurídicas por lo que concierne a la operatividad práctica del derecho, se pone de manifiesto por M. Dogliani en un libro significativo ya desde el título, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, Franco Angeli, 1982 (del mismo autor, también de ragioni della discrepanza tra la cultura giuridicistica pre- e post-constitucional, en *VV. AA., La necessaria discolpa. Immagini nel diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 111-112). Véase, además, L. Gambonaggio, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi: Rivista internazionale di filosofia del diritto (1985), pp. 656 ss.

#### 4. De la Constitución como norma constitutiva a la interpretación orientada hacia la voluntad de Constitución»

*La interpretación constitutiva.* La función de la justicia constitucional, como garantía de una Constitución que no se apoya en un poder soberano preconstituido, sino que funda su validez en la voluntad convergente y plural de construir a través de ella la convivencia social y política (*supra*, pp. 112 ss.), y se realiza en presencia de algo que es decisivo y que lo condiciona todo: preservar el interés por mantener la carta constitucional como norma eficaz en conjunto. Por ello, los valores, los intereses y los bienes protegidos por la Constitución no deben percibirse unilateral y separadamente. La esperanza común depositada en la carta constitucional, la *Wille zur Verfassung*<sup>40</sup> o «voluntad de Constitución», ocupa, en las sociedades pluralistas, el lugar del mandato soberano impuesto unilateralmente y posible solo en las sociedades monistas.

Bajo este aspecto, la tarea del Tribunal Constitucional es más «discurativa» que «potestativa»: su autoridad descanza, en última instancia, en la capacidad de dar a las normas de la Constitución su valor como factores de cohesión, por encima de los intereses particulares, basándose en un postulado que debe fomentar, el de la idoneidad que, al mismo tiempo, lleva a cabo su tarea «constitutiva»; idoneidad que, al mismo tiempo, es un presupuesto recibido, pero que también debe cumplirse. Los *dicta* que el Tribunal emite mediante sentencias no pueden transcribirse en *DiKart*. En otras palabras, sus argumentos, sobre todo cuando se trata de racionalidad y de normas de principio necesariamente «abiertas», deben poder entrar en el debate público para elevarlo a una dimensión superior a la del enfrentamiento directo entre valores e intereses de parte. En esto consiste la justicia constitucional como función para la convivencia que se considera a sí misma libre de los intereses contingentes y al servicio de la «voluntad de Constitución». La «voluntad de Constitución» se nutre de la «esperanza de Constitución», es decir, de la confianza en reglas equitativas y adecuadas históricamente para mantener unido el conjunto. No hay nada más destructivo para la «función constitutiva» de la Constitución que la percepción de que se ha vuelto parcial, es decir, que ha claudicado y es útil para una parte de la sociedad olvidándose de la otra, es decir, que ha renunciado a la «esperanza» (*supra*, pp. 49 ss.).

*La «tercera opción».* Todo lo anterior explica la propensión de los jueces constitucionales, no necesariamente consciente y por ello con un fundamento más profundo, a la «tercera opción». Existe cierta incomo-

40. Véase *supra*, p. 112.

dididad entre los jueces constitucionales, conscientes de su posición y de la función que tienen encomendada, ante casos que dividen radicalmente las expectativas de los sujetos políticos y sociales, polarizándolas de modo exagerante. Esta incomodidad proviene del peligro de alinearse, aun por el mejor de los motivos, con una de las partes en la causa, implicándose directamente en sus intereses, es decir, del peligro de descender a un plano inferior a aquel en el que se sitúan las visiones de conjunto y en el que se atemperan los intereses particulares. Atendiendo al lugar que ocupa la garantía constitucional, allí donde sea posible (no siempre lo es, obviamente), parece preferible una solución que no coincida del todo con las expectativas de las partes. La «tercera opción» expone al Tribunal a ser acusado de ambigüedad política, y permite con frecuencia a las partes enfrentadas cantar victoria, *pro parte*, desde luego. No obstante, respecto a la defensa de la Constitución como un todo, se comprende que esta opción, situada más allá de la polémica o por encima de ella, corresponde a la exigencia de no dañar, respecto a una de las partes, esa voluntad y esa esperanza de las que vive, necesariamente, la Constitución.

*La opinión pública constitucional y la moderación de los conflictos.* Se comprende también, para la efectividad de la justicia constitucional, y aún más de la propia Constitución, la importancia de una «opinión pública constitucional», de un sentimiento común constitucional no partidista, como un «partido de la Constitución»<sup>41</sup>; un partido bastante diferente de los otros, un partido interpartidista con el que se identifiquen todos cuantos están interesados en la estabilidad de la vida política y social en torno a principios que estén a salvo del desgaste de los intereses de parte. Cuando las cuestiones constitucionales se plantean en términos de conflictos de cultura o de *Kulturkampf*, es decir, cuando no es posible transformar en «bienes penúltimos» los «bienes últimos» de los que las partes en conflicto se convierten en paladines, para encontrar una síntesis o, al menos, un acuerdo, cuando, por decirlo así, los inte-

reses de parte se transforman en la constitución de las partes y se está dispuesto a forzar para ellas el marco común, la justicia constitucional, como función tercera y *super partes*, es discutida y, en lugar de abrirse y ganar perspectiva, se bloquea y falla su objetivo<sup>42</sup>.

##### 5. De la Constitución como norma inclusiva a la interpretación constitucional orientada hacia el pluralismo

*El pluralismo, efecto y causa de la Constitución.* El objetivo general de una Constitución pluralista como la vigente es la inclusión de las múltiples fuerzas de una sociedad proclive a la confrontación, lo contrario de una sociedad en la que, dentro de un marco constitucional abierto, se insinúa una fuerza política, cultural y económica que le impone una interpretación unilateral, cerrada y totalizadora. El pluralismo debe encontrar su defensa en la Constitución. No es la Constitución, indudablemente, la que puede hacer nacer fuerzas allí donde la sociedad manifiesta su derreñir. En otros términos, la Constitución no es la causa del pluralismo (no es sino el producto), pero debe ser su garantía. Por una parte, el Tribunal Constitucional se defiende a sí mismo al defender el pluralismo, es decir, defiende la eficacia de su función.

*Las «reglas del juego».* Esto implica la necesidad de atender a las llamadas «reglas del juego» y, en particular, a las que se establecen en defensa de los derechos de las minorías. Esta función se refiere, ante todo, a las normas constitucionales de procedimiento, es decir, a la llamada «democracia procedimental». Estas normas, que establecen los lugares (los «órganos» constitucionales) en los que se delibera en la esfera pública, las condiciones de acceso (los mecanismos de representación política) y los procedimientos de deliberación (las normas que regulan la discusión y la deliberación) tienen una importancia fundamental en cualquier concepción constitucional del pluralismo, porque de su respeto depende la garantía para unas correctas relaciones entre quienes participan en las decisiones colectivas y depende, a la larga, que los más débiles no sean expulsados del «juego democrático».

*Las premisas esenciales.* No obstante, es primordial la defensa de las situaciones esenciales que condicionan el desarrollo correcto de los procedimientos. Estas condiciones coinciden con los derechos indivi-

41. Es recurrente la apelación a la «opinión pública» en los discursos del presidente del Tribunal Constitucional, una apelación que, teniendo en cuenta lo que se dice en el texto, no tiene nada de retórica: por ejemplo, E. De Nicotia, «Alocuciones» del 23 de abril de 1996 (con ocasión de la primera audiencia pública), *Garantías de una constitución*, 1996, p. 166; F. P. Bonaficio «Conferencia-estrategia» de 20 de mayo de 1975, *Garantías de una constitución*, 1975, p. 679. A la misma exigencia corresponden muchas de las intervenciones, más o menos oficiales, con las que los presidentes del Tribunal u otros jueces individualmente intervienen para asegurar el significado de las principales decisiones. Sobre lo esencial de este aspecto del trabajo del Tribunal Constitucional, véase C. Morant, «La Corte constitucional e i presupposti della sua vitalità», ahora en *Id., Raccolta di scritti III. Problemi di diritto pubblico nell'estate esperienze costituzionali repubblicane*, Milán, Giuffrè, 1977, p. 690.

42. M. Rosenthal, «Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Padoxer and Coetzee», *ICDN* (2004), p. 664, donde se menciona la opinión a este respecto de A. Scalia en *Romer vs. Evans* (1995).

duales de ciudadanía, los derechos que permiten que todos, individuos y grupos, sean sujetos, y no objetos, de la democracia, es decir, que participen de forma igualitaria en los procedimientos democráticos; los derechos, pues, que sirven para formar ciudadanos igualmente libres y responsables para que esta libertad y responsabilidades iguales viertan en los procedimientos constitucionales de la democracia. Es, pues, una premisa esencial para las mentes «reglas del juego» democrático que, si se negase, harían de este «juego» una farsa. La libertad de información y el derecho a estar informado, el derecho de crear asociaciones y partidos políticos, la seguridad de la persona contra la arbitrariedad del poder, la libertad y el secreto de las comunicaciones, etc.; pero también la garantía de los derechos sociales (derecho al trabajo, a la vivienda, a la participación, a la salud, a la seguridad social, etc.) es la premisa de una participación en paridad en las decisiones colectivas. «Una persona instruida es más libre que una inculta; una persona que tiene un empleo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma»<sup>43</sup>. En efecto, si es cierto que las «reglas del juego» tienen que ver de forma directa con los «derechos políticos» (derecho a fundar partidos, a elecciones libres con voto libre, igual y secreto, etc.), existe una línea continua que vincula entre sí todos los derechos, como quiera que se los clasifique (derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales). No hay violación de alguno de ellos que no se refleje en todos los demás. Una Constitución inclusiva exige esta tutela general, que incide sobre la efectividad del pluralismo y que implica la lucha contra las violaciones, las acciones a favor de la difusión igualitaria de las condiciones de vida y la promoción del goce de los derechos de ciudadanía.

*La discrecionalidad del proceso político.* Los derechos políticos, es decir, los derechos que expresan la posibilidad que los individuos y los grupos tienen de participar en los procesos políticos determinando el resultado de sus contenidos, presuponen la existencia de un «espacio vacío de derecho constitucional», es decir, un espacio de decisiones no prejuzgado por las normas de la Constitución y por la interpretación de estas. Si no existiese este espacio, si todo estuviese ocupado, los derechos políticos no tendrían sentido alguno. Se deterioraría la libertad del proceso político — que es la condición que justifica la libertad de opinión política, la

creación de múltiples partidos políticos con programas distintos y opuestos, las elecciones y las votaciones que dan lugar a decisiones a través de los representantes en la democracia representativa, o de forma inmediata en la democracia directa—. En otros términos, es necesario preservar un espacio para la «discrecionalidad» de las decisiones políticas, un espacio incompatible con la «saturación constitucional» de la vida pública. Esta saturación es siempre un peligro inminente para la democracia, en particular, para la democracia pluralista, cuyos resultados políticos no deben determinarse *a priori*. El peligro puede venir, no solo de unas normas constitucionales materiales demasiado numerosas y detalladas, sino, sobre todo, de unas «jurisprudencia constructiva», una jurisprudencia que, a partir de enunciados constitucionales, mediante deducciones, inducciones, ampliaciones analógicas o cualquier otro recurso interpretativo, que trata dar una respuesta precisa de derecho constitucional a cada una de las preguntas. Si ocurriese así, se daría el llamado «gobierno de los jueces», en concreto, de los jueces constitucionales. Que ellos gestionaran los derechos constitucionales daría la libertad de la política y, con ella, los derechos políticos en los que se sustenta<sup>44</sup>.

*La jurisprudencia «emergencial».* El Tribunal Constitucional español ha dicho, con mucha propiedad y de forma válida en términos generales, que «en un sistema de pluralismo político, la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo».

La Constitución ofrece un marco de referencia lo bastante amplio como para permitir alternativas políticas de signo muy diferente. La interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a determinadas alternativas o a los cambios imponiendo una de ellas de forma autoritaria. A esta conclusión solo se deberá llegar cuando el carácter unívoco de la interpretación venga impuesto por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las alternativas políticas y de gobierno no se determinan de antemano, de una vez para siempre, de tal modo que la única cosa que quede por hacer a continuación sea desarrollar el programa establecido<sup>45</sup>.

43. N. Bobbio, *Teoría general de la política* [1999], Madrid, Trotta, 2009, p. 345. El párrafo citado continúa con la referencia a un trabajo de P. Calamandrei («L'elemento del diritto di libertà», introducción a E. Ruffini, *Diritto di libertà*, Florencia, La Nuova Italia, 1975, p. xxxviii) en el que se reconoce que también los derechos sociales son derechos de libertad, porque «constituyen la premisa indispensable para asegurar a todos los ciudadanos el goce efectivo de la libertad política».

44. Son útiles, a este respecto, las reflexiones de R. Thomas y H. Heller en el debate que siguió a la propuesta de H. Kölsen en *Wesen und Entstehung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin/Leipzig, W. de Gruyter, 1973, pp. 104 ss. y 110 ss. Sobre la posición de la justicia constitucional en la democracia (con particular atención a Ferré pero con planteamientos generales), véase el monumental trabajo de C. Landá Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palenque, 2003.

45. Sentencias de 2 de febrero y 8 de abril de 1981, sobre ellas J. Salas, «El Tribunal Constitucional pagano e la sua congenencia in riferimento alla forma di governo. I suoi

La jurisprudencia «en negativo». Los espacios abiertos a la discrecionalidad política requieren una jurisprudencia «agencial», no para sustituir, sino para excluir las decisiones legislativas cuando violan los límites constitucionales de la discrecionalidad política<sup>46</sup>. Respecto al terreno de la discrecionalidad, las sentencias de inconstitucionalidad no deben servir para cerrar los problemas legislativos, sino, por el contrario, para reabrirlos, anulando las leyes inconstitucionales y volviendo a darle al legislador la posibilidad de elaborar nuevas normas legales. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, la importancia de los espacios de elección legislativa no prejuzgados positivamente por la Constitución se expresa con una fórmula negativa: las decisiones favorables a la ley no se concluyen con declaraciones que confirman su conformidad con la Constitución, sino con la confirmación de su «no contradicción» a tenor de los «términos» en los que la propia cuestión ha sido planteada; el control de la «racionabilidad» (*supra*, pp. 214 s.) se lleva a cabo también en negativo, buscando, no la falta de racionabilidad, sino la *falta de racionalidad no manifiesta*. Estas son fórmulas «marco» de las que trasluce el intento de preservar, en el derecho constitucional entendido como límite, la discrecionalidad de la decisión legislativa.

*Dificultades*. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional «en negativo» encuentra dificultades para manifestarse cuando el restablecimiento de la Constitución no se realiza a través de la mera eliminación de la ley inconstitucional, sino que exige la existencia de una norma (distinta de la declarada inconstitucional) para el desarrollo o la aplicación del precepto constitucional. Esto es lo que sucede propiamente respecto a los derechos sociales y, en general, con las «normas de justicia» que mandan, por parte de los poderes públicos, intervenciones positivas (y no la abstención de intervenir, como en el caso de los derechos de libertad «negativos» de la tradición liberal). La dificultad se acrecienta en los sistemas de justicia constitucional, como el que está en vigor en Italia, en los que el control de constitucionalidad de las leyes se refiere a leyes ya vigentes (control *a posteriori*) y se inserta en los procesos ordinarios (ciudades, penales, administrativos) según el esquema de la «prejudicialidad» (se trata del llamado «control incidental» de la legitimidad constitucional

de la ley). En este marco, ha de poderse determinar cuál es la norma legislativa que, a causa del fallo de inconstitucionalidad, ocupa el lugar de la anulada, la «nueva norma» con cuyo criterio el juez que se dirigió al Tribunal elevando la cuestión, puede definir la causa que tiene pendiente. Como ya se dijo, este rasgo del juicio constitucional, como juicio incidental, es el que explica las decisiones constitucionales «creativas», manipuladoras, interpretativas, etc.; decisiones todas ellas que tienen la finalidad de evitar el vacío legislativo donde, según la naturaleza de las normas de la Constitución, no pueda existir el vacío.

La dificultad es evidente. Tal vez se sale de ella distinguiendo dos aspectos en este género de fallos: el que produce la «ablación» que elimina la norma legislativa inconstitucional, y el que «añade», introduciendo la norma que ocupa el lugar de la otra. Bajo el primer aspecto, la norma es taxativa y vinculante para el legislador (que no puede restablecer la norma inconstitucional sin quebrantar la «cosa juzgada constitucional»); por el contrario, bajo el segundo aspecto, el «adicionador», debe entenderse «según el estado de la legislación vigente», sin excluir, por lo tanto, las diferentes soluciones que se puedan elaborar en el ejercicio de la discrecionalidad legislativa. Se podría decir de este modo: la sentencia de inconstitucionalidad solo tiene fuerza en la parte que elimina; en su parte reconstruccionista, tiene fuerza legislativa y por ello puede quitarse y ser sustituida por el legislador.

*¿Una jurisprudencia máxima o mínima?* Si consideramos la Constitución bajo el perfil de la garantía de los derechos de participación pluralista en las decisiones colectivas, es deseable una «jurisprudencia máxima», es decir, propensa a dar valor al dato constitucional *magis ut valeat*. Pero si consideramos que la promoción de estos derechos implica una tendencia a expandirse, ocupando los espacios de la decisión política discrecional que, a su vez, deben ser protegidos de las injerencias de la jurisprudencia precisamente en función de los derechos de participación política, desearemos una interpretación de la Constitución *minus ut valeat*. Un equilibrio difícil.

Dicho de otro modo, la democracia pluralista exige la defensa más firme de sus condiciones, es decir, de las formas procedimentales y de los derechos de participación. En este sentido, la justicia constitucional responde a las necesidades de la democracia contribuyendo a dejar abierto y eventualmente, a «desbloquear los obstáculos del proceso democrático»<sup>47</sup>. No obstante, puesto que estos «obstáculos» se refieren no solo a los procedimientos, sino también a los derechos esenciales e incluso a las condicio-

rapporti con i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario». *Quaderni costituzionali* (1982), pp. 631 ss.

46. Desde esta óptica, G. Bogneri, «La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello stato nel presente momento storico», *pas* (1967), pp. 109 ss.; y también *id.*, «Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale», en *Associazione italiana dei costituzionalisti, Costituzione e diritto giurisprudenziale*, Anuario 2002, Padua, Cedam, 2004, pp. 5 ss.

47. Según la fórmula de J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, p. 100.

nes de justicia de la sociedad en su conjunto, existe la posibilidad —que es un riesgo para la propia democracia pluralista— de que una jurisprudencia «dinámica» y «constructiva» para garantizar las condiciones esenciales del proceso democrático llegue a negar o reducir, precisamente, (el significado de) estos derechos de participación política a cuyo servicio debería estar. Se explica así la importante y eterna cuestión de la compatibilidad de la justicia constitucional (y, en particular, del control de constitucionalidad de las leyes) con la democracia. El punto de equilibrio entre ambas exigencias (máxima y mínima) probablemente no puede ser determinado en abstracto, sino que debe buscarse en cada ocasión, mediante el ejercicio de la virtud principal de los tribunales constitucionales, la prudencia. Una prudencia que no es timidez y menos aún subordinación, sino una capacidad de examinar cada problema constitucional «desde ambos lados»: la garantía de los derechos, pero también la totalidad del terreno de actuación de los propios derechos.

#### 6. Desde la Constitución como compromiso a la interpretación para la composición y el equilibrio

El reconocimiento y la composición a través del equilibrio. La convivencia entre diferentes principios, proyección constitucional del pluralismo social, es necesariamente una convivencia basada en compromisos. El derecho constitucional del pluralismo introduce un principio superior, no expreso sino implícito, que abarca todos los demás principios. Puede ser resumido mediante la imagen de la «tolerancia entre principios», expresión que sintetiza estas dos proposiciones: ningún principio puede pretender tener tanto valor como para anular a los otros; debe buscarse reiteradamente una fórmula de composición entre los principios o, si no es posible, al menos de convivencia. Este principio superior puede ser designado como *Grundsatz*, la norma fundamental del Estado constitucional pluralista. Tras el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, hoy se habla de «principialismo»<sup>48</sup>.

Esto se refleja en la naturaleza de las decisiones constitucionales. Su esencia y composición consisten en el equilibrio normativo. Ante un caso que implique más de un principio —y las cuestiones constitucionales importantes no se resuelven jamás interpretando un único principio—, la primera operación que se realiza es la comprobación de los datos constitucionales que deben ponerse, por decirlo así, uno junto a

otro. Ya que en la interpretación para resolver un caso no basta con la yuxtaposición de los datos normativos —que darían lugar, cada uno de ellos, a una solución diferente—, sino que se debe llegar a una única solución; es menester que una vez que se establezca cuáles son los datos normativos relevantes, estos se ordenen en una visión de conjunto. Para conseguir este resultado es necesario, en cierto modo, que estos datos (los principios constitucionales) se relacionen relacionándolos entre sí. Esta relativización es lo que se designa con la palabra *equilibrio*.

→ Ejemplos. 1) El Código penal, «atendiendo al interés demográfico del Estado» (según la exposición de motivos del propio código), castiga el aborto provocado «como delito contra la integridad de la descendencia». Frente a la cuestión de constitucionalidad de esta norma, antes que nada, el Tribunal Constitucional la separó del contexto ideológico originario y de la ratio consiguiente que le servía de justificación, y la situó en el ámbito de la tutela de los derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, consideró como elementos relevantes: a) la tutela del concebido, «cuya situación, aun con las características particulares que le son propias, se sitúa entre los derechos irrevocables del hombre, reconocidos y garantizados por el artículo 2 de la Constitución», entre los que se encuentra el «derecho a la vida»; b) la protección de la maternidad (art. 31, 2.º párrafo, de la Constitución); c) los derechos a la vida y a la salud de la gestante, también ellos derechos fundamentales. Estos son los «datos» constitucionales, que el Tribunal concilia de este modo: el equilibrio entre los derechos del concebido y de la mujer, cuando colisionan entre sí, «se encuentra en la salvaguarda de la vida y la salud de la madre, debiéndose actuar además de tal modo que se salve, si es posible, la vida del feto». Esta sentencia, n.º 27 de 1975, es interesante también como demostración de la necesidad de la intervención del legislador en estos casos para completar el cuadro con algunos elementos inexistentes cuyo establecimiento no le corresponde al Tribunal. En efecto, la misma sentencia añade que es «obligación del legislador prever las garantías necesarias para impedir que el aborto se practique sin un control serio de la realidad y la gravedad del daño o peligro que podría seguirse para la madre de proseguir la gestación», y que «por eso la licitud del aborto debe fundarse en la valoración previa de la subsistencia de las condiciones que la justifican». La ley n.º 194 de 1978 representa la «escuela legislativa» de esta parte de la sentencia constitucional.

2) Muchas normas prevén diferentes modalidades de aplicación del derecho al descanso semanal de los trabajadores dependientes, entre ellas, el artículo 36, párrafo 3.º, de la Constitución. El Tribunal ha expuesto todos los datos constitucionales necesarios para valorar la legitimidad constitucional de tal multiplicidad: a) el reposo semanal coincide normalmente con el reposo dominical, estando el domingo desahogado tradicionalmente a la diversión y a la socialización, a las prácticas religiosas, a la vida familiar, etc., lo que presupone el descanso general y simultáneo de todos los trabajadores; b) la organización del trabajo en determinadas actividades provocaría costes elevadísimos si se derivara la producción un día a la semana; c) en el sector servicios, existen algunos que resuelven las nece-

48. L. Prieto Sánchez, *Constitucionalismo y positivismo*, Madrid, Komnarska, 1997, p. 65. Sobre la importancia de los principios en el constitucionalismo actual, véase M. Casbonell (ed.), *Teoría del metoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

sidades esenciales de los ciudadanos (energía, transporte, información, etc.). De esta conexión se deduce el siguiente panorama: el reposo semanal, a falta de argumentos en contra, debe caer en domingo (quizá en sábado para los judíos, o en viernes para los musulmanes); también a este respecto habría que equilibrar las exigencias constitucionales; cuando motivos económico-productivos apreciados lo requieran, puede caer en otros días de la semana, aunque con periodicidad semanal; cuando la naturaleza de la actividad lo requiera (péñese en los trabajadores del mar), el ritmo semanal puede también eliminarse; está prohibido, sin embargo, renunciar todos los días de reposo «semanal» en un único período de cincuenta y dos días y, en general, reunirlos en períodos de días seguidos cuando sea posible la distribución semanal; además, puesto que puede presumirse que el trabajo dominical es, por motivos sociales, más grueso que el realizado en los días laborables comunes, los trabajadores tienen derecho a una indemnización complementaria. Todas estas proposiciones son referibles a principios constitucionales (por ejemplo, el derecho de inactividad económica, a la libre circulación, a la información, a la integridad, a la salud, etc.) y su composición se produce bajo el signo de la racionalidad. En este caso, se apela además, como último elemento para la composición racional del «cuadro constitucional», a una compensación externa: la indemnización especial para el trabajo dominical (véanse las sentencias núms. 150 de 1967; 146 de 1971; 65 de 1973; 101 de 1975; 102 de 1976 y 16 de 1987).

La «pesa» de los principios. Los principios que entran en la composición del cuadro constitucional, salvo excepciones, no están señalados en la Constitución con sus «pesos» respectivos. Encontramos ejemplos de excepciones en la materia constitucional de la libertad de empresa económica (art. 41, 2.º párrafo), que no puede llevarse a cabo «en contra de la utilidad social o de tal modo que dañe la seguridad, la libertad y la dignidad humana»; o bien en materia de propiedad privada, que no puede abolirse «sino con una indemnización», es decir, no puede expropiarse sino «por motivos de interés general» (art. 42, párrafo 3.º). Otros principios asumen, en este sentido, una posición superior por su naturaleza de «cuadro general» en el que deben colocarse los otros —el núcleo es el principio de igualdad—. Pero aparte de estas excepciones, la Constitución no ordena sus principios en una escala de importancia. No obstante, los casos citados, con una graduación constitucional explícita o implícita como pesos, revelan la existencia de dos principios constitucionales superiores: la inviolabilidad de la dignidad humana, sin discriminación, y la superioridad del interés general (debidamente confirmado y justificado mediante la ley) sobre el interés individual; principios superiores que, como principios, también ellos están sometidos al mismo «tratamiento» jurídico que les es propio en lo referente a su concepción y a los remedios en caso de conflicto (posible, pese a todo, precisamente entre estos).

Más allá de esto, sin embargo, la conciliación entre principios no está ordenada en una jerarquía preestablecida en abstracto. Si así fuese, la

Constitución sería un texto cerrado, incompatible con las necesidades de una sociedad pluralista, abierta a combinaciones siempre nuevas de las respuestas a las demandas concretas de la vida en común. No puede decirse que el modo de actuar de los principios constitucionales está definitivamente estabilizado, porque es el fruto de acontecimientos siempre en movimiento<sup>49</sup>. En consecuencia, las relaciones entre los principios son siempre susceptibles de renovación, y la renovación concierne, en primer lugar, al proceso político, aun respetando el límite de la racionalidad de las opciones combinatorias. La justificación constitucional debe garantizar este límite, pero solo *ex post factum* como control, no *ex ante*, anticipándose a las alternativas que atañen a la discrecionalidad del legislador.

*Proporcionalidad.* Lo que puede decirse, en general, es que en la composición del cuadro constitucional, todos los elementos (podríamos decir: todos los colores) deben encontrar su lugar y ninguno puede descuidarse por completo. Su relación, es decir, su unión en una imagen de conjunto, debe realizarse según la racionalidad, con equilibrios, moderación y limitaciones justificables y «persuasivas». La palabra clave es *proporcionalidad*, es decir, consideración hacia cualquier principio en su relación con los demás, igualmente importantes. Todo esto es hablar con imágenes. Lo que se quiere decir, fundamentalmente, es que es necesario que cada principio en particular se sacrifique; pero se trata de un sacrificio necesario, no por enemistad, sino por lealtad entre ellos tomados en conjunto. Al tratarse de «sacrificios», la regla que el intérprete debe seguir es la de «minimizar» el daño recíproco.

«Minimizaciones» del daño o «maximizaciones» del beneficio. Robert Alexy utiliza, por el contrario, la palabra *optimización*, en un trabajo ya clásico<sup>50</sup> que propuso una teoría general de los principios jurídicos y de los derechos fundamentales como principios (una teoría general por cuanto los argumentos se basan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán). El punto de partida es la concepción de los principios como normas que exigen su puesta en práctica en su máxima extensión (recuérdese la explicación de Emilio Betti, *supra*, p. 181). Pueden entenderse así como «mandatos para la optimización». Pero la competencia entre varios principios relevantes choca con la «maximización»: maximizar un principio lo vuelve incompatible con cualquier otro. Por eso,

49. Al respecto, G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del diritto*, Turin, Utet, 1999, p. 104.

50. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], Madrid, CEC, 1993, pp. 67 ss. Por último, con una posición crítica al respecto, K. Möller, «Balancing and the Structure of Constitutional Rights», *LCON* (2007), pp. 453-468.

Alcay elabora una teoría de la coexistencia de los principios basada en la *congruencia* (la interferencia de un principio solo se justifica por la confirmación de otro principio relevante); la *necesidad* (la reducción del principio no debe exceder del mínimo necesario para dejar espacio a otro principio); y la *proporcionalidad* (lo que arriba se ha denominado la «pesa» comparativa de los principios en cuestión). Mientras que la congruencia y la necesidad pueden ser objeto de un discurso demostrativo, objetivo en cierta medida, la proporcionalidad comporta necesariamente un discurso valorativo, explícito o implícito, para asignar «pesas» a los principios. Contra cualquier intento de «encerrar» los principios en operaciones jurídicamente vinculantes y, por ello, faltas de juicios de valor, también a este respecto, como ya se dijo a propósito de la racionalidad (la proporcionalidad, por lo demás, no es sino un aspecto de la racionalidad), se hace evidente la relación de intercambio entre el derecho positivo y lo que es pre-positivo, y la función de puente que llevan a cabo los principios constitucionales en relación con el amplio mundo que hemos designado como el mundo de la cultura (*supra*, p. 30), fuera del cual la vida del derecho carecería de sentido.

*¿El equilibrio como composición entre intereses?* Cualquier controversia ante un juez es siempre un conflicto de intereses en forma jurídica, y cualquier decisión judicial se traduce en la resolución de dicho conflicto. Pero eso no significa que el acto del juez consista en la *media composición* entre los intereses concretos que están en juego, sobre la base de su atemperación material. El juicio a través del equilibrio de los principios, del que se ha hablado aquí, es otra cosa. Es la introducción de los intereses en un cuadro de normas independientes de la fuerza material con la que cada uno de ellos se sostiene. La referencia a una norma aplicable por la decisión al caso concreto es, pues, el mínimo esencial para el tratamiento jurídico de los casos y su resolución en vía jurisdiccional. En otros términos: no es el peso material de las fuerzas el que debe ser «aplicado» a los principios para «equilibrarlos»; es el equilibrio de los principios el que debe ser «aplicado» a las reglas para regularlas. Desde luego, la norma podrá ser en muchos casos, como se ha dicho arriba, el resultado de equilibrios y mediaciones; pero la aplicación de la norma que resulta de ello y, por lo tanto, la *solución del caso* no pueden ser un compromiso, un arbitraje puramente material. Al final, el derecho se traduce siempre en una distinción entre lo que es según derecho y lo que es contrario al propio derecho, entre lo que es jurídicamente lícito y lo que es ilícito. Puesto que el Tribunal Constitucional es una jurisdicción constitucional y no una oficina de conciliación, mediación o arbitraje, y puesto que toda controversia constitucional presupone la existencia de una norma objetiva aplicable, aun cuando su contenido pueda

ser controvertido en grado sumo, todos los intentos de concebir la justicia constitucional como mediación o composición de intereses se traducen en la contradicción de sus caracteres fundamentales, contribuyendo a diluir la garantía constitucional en cuanto jurisdicción constitucional.

*Composición de intereses, pluralismo y degeneración.* Aunque no en la teoría, el compromiso judicial constitucional se considera en la práctica como un modo de promover el consenso de las partes sobre la Constitución, de la que todos podrán esperar algo bueno; lo que se adecua a la tarea fundamental del Tribunal Constitucional de fomentar esa *Wille zur Verfassung* sin la cual la Constitución pluralista está condenada a perecer. Pero una cosa es el consenso en general y otra el consenso sobre las distintas decisiones constitucionales. El intento de promover un consenso de este segundo tipo daría lugar, o bien a la imposibilidad de decidir, o bien a decisiones de equidad y a mediaciones entre intereses caso por caso<sup>51</sup>; no a fallos judiciales en nombre del derecho constitucional y con este como fundamento, no a la protección de la Constitución como un «todo», sino a su destrucción. Aquí está en juego la distinción fundamental entre la *decisión de controversias jurídicas* y la *composición forzosa de intereses*<sup>52</sup>, entendiendo esta última como una toma de posición sobre los

51. Al respecto, *disto* diferentes posiciones, L. Elia, «La Corte nel quadro dei poteri costituzionali», en P. Barile, E. Cheli y S. Grati (eds.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 524; L. Elia, «Giustizia costituzionale e diritto comparato: Quaderni costituzionali (1984)», p. 14 (con la previsión de que la mediación —aunque solo entre «grandes intereses»— se considera siempre peligrosa); P. Carati y E. Cheli, «Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale: Quaderni costituzionali (1984)», p. 35; C. Merzoni, «La Corte costituzionale: esperienze e prospettive», en VV. AA., *Attualità e strutture delle costituzioni*, Roma/Bari, Laterza, 1979, pp. 169 ss.; F. Modugno, «La Corte costituzionale oggi», en VV. AA., *Scritti in onore di Vito Crisafulli*, La Sella giustizia costituzionale, Padua, Cedus, 1985, p. 581; F. Modugno, «La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale: Garanzie costituzionale (1984)», p. 1662; A. A. Cervera, «Riflessioni su alcuni orientamenti costituzionali in tema di procedimento legislativo», en VV. AA., *Critica dello stato sociale*, Roma/Bari, Laterza, 1982, p. 180; E. Cheli, «Introduzioni», en Barile, Cheli y Grati (eds.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 17; Reflexiones en el sentido del texto ya en G. Zagrebelsky, «La Corte costituzionale e il legislatore», *ibid.*, p. 151. Sobre la exigencia de distinciones evaluativas entre las sedes de composición política y jurídica de los conflictos sociales, M. Luchini, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padua, Cedus, 1984, p. 176, nota 94; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica del potere*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 36 ss.

52. Sobre la diferencia entre controversia jurídica y conflicto de intereses, H. Thieler, «Strafverfahren zwischen Reich und Ländern. Beitrag zur Auslegung des Art. 19 der Weimarer Reichsverfassung», en *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1921*, Tübingen, Mohr, 1923, pp. 19 ss.

intereses de las partes, como ocurre en los servicios de conciliación en los que aquellos son tratados al margen de criterios jurídicos de valoración que hagan de filtro.

El deslizamiento de la jurisdicción constitucional hacia arbitrajes constitucionales provocaría la degeneración del pluralismo en un régimen corporativo. Entendemos por pluralismo la vida constitucional animada por grupos político-sociales confrontados entre sí. El pluralismo constitucional, es decir, la forma actual del Estado constitucional, es aquel en el que la confrontación se produce en un ámbito de normas objetivas e intangibles que determinan las condiciones formales y materiales de aquel, hurtándolas a la disponibilidad de los contendientes y situándolas en una esfera «neutral» que se atribuye a la jurisdicción de un órgano *super partes* como el Tribunal Constitucional. Por el contrario, entendemos por «régimen corporativo» la forma de confrontación en la esfera pública en la que los sujetos no reconocen la existencia de una esfera de reglas y valores independientes de sus intereses, por lo que orientan todo hacia una negociación generalizada en la que el Tribunal Constitucional se convierte también en objeto de transacción. La justicia constitucional se transforma así en una instancia suplementaria de negociación de intereses, que logran abrirse camino con dificultad en unas sedes políticas representativas auscadas por la sobrecarga de demandas<sup>53</sup>, que instrumentalizan correcciones de este modo las normas de la Constitución. No es necesario decir a cuántas modificaciones y deformaciones de la justicia constitucional daría lugar esta tendencia, si llegara a consolidarse, en cuanto a la «garantía constitucional».

*La función «moderadora» del Tribunal Constitucional.* Se ha dicho que la tarea fundamental de la jurisdicción constitucional en un contexto pluralista es la de «moderar los conflictos sociales»<sup>54</sup>. Es exactamente así, aunque haya que precisar: con los medios y los criterios del derecho constitucional, es decir, a través de la defensa de una esfera de normas no negociables. Solo así es posible mantener intacta la garantía constitucional contra el riesgo de transformación de la vida pública en un mercado, un mercado también de normas en el que las posiciones de hecho más débiles sucumbirían, cuando, precisamente, deberían tener una mayor protección.

## 7. De la Constitución como norma derivada al valor del Presidente

*El valor de la continuidad en la jurisprudencia.* Por su propia naturaleza, la jurisprudencia no admite la falta de continuidad. La continuidad de los modelos interpretativos —contando con la estabilidad del derecho vigente, obviamente— es adecuada tanto para la certeza del derecho como para la igualdad en el tiempo frente a la ley. Los cambios de rumbo, los *overswing* y las contradicciones jurisprudenciales se ven, inevitablemente, como interferencias inadmisibles de tipo político, por ejemplo. Por su naturaleza, las variaciones en el derecho son propias del legislador, no de los tribunales<sup>55</sup>. Cuando el legislador trata una cuestión es para reflexionar de nuevo sobre la disciplina jurídica; cuando lo hace el juez, es para reforzarla. La continuidad es tan importante en la jurisprudencia, incluso allí donde no existen las «doctrinas» del *stare decisis* como las que existen, por ejemplo, en Gran Bretaña y en los Estados Unidos<sup>56</sup> —los países europeos continentales, cuyas constituciones proclaman, con la sujeción de los jueces solo a la ley, la autonomía interpretativa de cada uno de ellos— que, en la práctica, se reconoce un gran valor al precedente, si bien un valor no vinculante. En nuestro ordenamiento se ha consolidado una orientación según la cual, mientras que la adhesión a la jurisprudencia del Tribunal de Casación es, por sí sola, una motivación adecuada para la decisión, al contrario —es decir, para separarse de ella— es necesaria una motivación *ad hoc*<sup>57</sup>. Se ha difundido la opinión de que, en este punto, se produce un fenómeno de aproximación entre *common law* y *civil law* motivado por razones profundas, por «mecanismos institucionales más sutiles que la mera regla del *stare decisis*»<sup>58</sup> y que conciernen a la propia esencia de la función jurisdiccional en el Estado de derecho

53. P. Seia, *I fondamenti del diritto europeo* [1984], Milán, Giuffrè, 1987, pp. 121 ss.

56. De forma oficial, existen diferencias entre los dos países, desde que la Cámara de los Lores afirmó en una decisión de 1966 que, a partir de entonces, podría sustituirse a su propio precedente en la medida en que no fuera considerado correcto, una afirmación que de ese poder le haría un uso limitado y controlado (como efectivamente ha ocurrido), y fundado en determinados criterios. En efecto, la comparación ha dado lugar en ambos países a diferentes interpretaciones acerca de la vinculación al precedente. Algunos piensan que, pese a la decisión de los Lores de 1966, no han tenido lugar diferencias apreciables otros, que es el Tribunal Supremo americano el que restringe un espacio más amplio para la innovación; otros creen lo contrario: véase R. P. Callaghan, «President in Operation: A Comparison of the Judicial House of Lords and the US Supreme Court», *Public Law* (2004), pp. 729 ss.

57. V. Marchionni, «Precedente giudiziario», en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento VI, Milán, Giuffrè, 2002, p. 905.

58. R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, dir. R. Sacco, II, *La fonti del diritto italiano*, I, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Turín, Utet, 1999, p. 517.

53. P. Ganetti y E. Chelli, *Influenza del valori costituzionali*, cit., p. 36.

54. L. Ella, «Balances di sintesi», en VV. AA., *Corte costituzionale: la norma giuridica e realtà sociale*, ed. de N. Occhionappa, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 168; C. Mezzanone, «La Corte costituzionale: esperienze e prospettive», en VV. AA., *Attualità e estensione della costituzione*, cit., p. 171; M. Luciani, *Le decisioni processuali*, cit., p. 176, nota 94.

tal como hoy es entendido, razones más profundas, desde luego, que las características originarias de los distintos ordenamientos.

→ *La evolución en España.* El Tribunal Constitucional español ha ido más allá de lo que es válido entre nosotros al haber establecido la obligación de que el juez motive detalladamente el abandono de sus propios precedentes, como consecuencia del principio de igualdad no solo entre la ley<sup>59</sup>, sino también «entre la aplicación de la ley». En este ordenamiento parece hacerse valer ante el Tribunal Constitucional el respeto a dicha obligación por medio del «recurso de amparo», un instrumento de garantía concreta (que no existe en Italia) contra una decisión judicial que no es suficientemente motivada. La motivación debe alegar argumentos sobre la «mayor corrección» de la nueva interpretación, para demostrar que se trata de una decisión consciente y medida, no dictada por razones *ad personam* y con «vocación de futuro»<sup>60</sup>. Aunque sea difícil aplicar rigurosamente esta especial obligación de motivar (dado que la estructura judicial se articula en secciones y estas no comparten una misma orientación jurisprudencial, por ejemplo) y tienda a eludirse mediante la admisión de motivaciones implícitas, el hecho de que esto se haya instituido por una decisión del Tribunal Constitucional es muy significativo acerca del profundo valor que la continuidad de la jurisprudencia tiene en el Estado de derecho.

*El precedente en la jurisprudencia constitucional.* En la jurisprudencia constitucional<sup>60</sup>, la fuerza del precedente se basa en una razón más: la Constitución como norma duradera (*supra*, pp. 123 ss.), una característica que, evidentemente, sería contradictoria con una jurisprudencia constitucional que «anduviese vagando» y procediese a través de excepciones y contradicciones, o incluso en situaciones de «emergencia». Una jurisprudencia de este tipo tendría un inevitable carácter «deconstructivo» para la Constitución, no sería útil para la Constitución, sino que sería un atentado a su naturaleza más profunda.

Así como sabemos que la emergencia legislativa es una situación entre ordenamientos asimilable, antes o después, por la vida ordinaria del derecho, la emergencia constitucional es anticonstitucional por naturaleza. Se ha llegado incluso a decir que «preor aún que los criterios impercisos del Tribunal son los contradictorios, por legitimar las dudas acerca de que el legislador y los súbditos de la ley, más que los jueces [en

59. M. García Abellán, *La técnica del precedente y la organización nacional*, Madrid, Tecnos, 1993, e *Id.*, «in merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo del giudice di rispettare il proprio precedente: una esigenza dell'organizzazione nazionale». *Giurisprudenza italiana* IV (1993), col. 514 ss. e *ibid.*, n. 18, indicazioni giurisprudenziali.

60. Sobre el precedente en la jurisprudencia constitucional, A. Pizzanuso, «Sare decise» e Corte costituzionale», en G. Teresi (ed.), *La dottrina del precedente e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Utet, 1971, pp. 31 ss.

nombre de la Constitución], están sometidos a la voluntad soberana del Tribunal»<sup>61</sup>. En efecto, sin vinculación al precedente no sería posible elaborar una «jurisprudencia constitucional», entendida no como una mera suma de fallos que se van acumulando sobre las diferentes disposiciones de la Constitución, sino como la construcción progresiva de un edificio levantado con evolución y acumulaciones coherentes. Las decisiones del Tribunal no parten de cero, sino que comienzan a partir de cuanto se ha construido con anterioridad; y en esta construcción se fundan y a esta construcción aportan su contribución. Utilizando una comparación, es un continuo «subir a hombros de un gigante» (la jurisprudencia anterior), para subir un poco más y ver un poco más allá. Por eso, el juez constitucional consciente de la naturaleza de su tarea percibe bien el peso, a veces intolerable, del precedente. Por el mismo motivo, los jueces constitucionales, al decidir un caso concreto, saben bien que el precedente que van a establecer con ello les condicionará en el futuro y, por eso, se preocupan especialmente de las «consecuencias» verdaderas, tratando de circunscribir desde el principio, en la medida de lo posible, el alcance de la decisión.

→ *Ejemplos.* Debe recordarse el caso de la segunda decisión sobre la legitimidad constitucional de la ley que introdujo la elección del matrimonio concorderario. Al haberse modificado el órgano judicial entre la primera (sentencia n.º 169 de 1971) y la segunda decisión (sentencia n.º 176 de 1973), y al haberse sustituido un juez por otro con una orientación presuntamente diferente, y al poderse producir así, en teoría, una modificación de la mayoría, la decisión anterior fue, sin embargo, confirmada en pleno, sobre la base de que la exigencia de coherencia prevaleció sobre la posibilidad de una nueva valoración del fondo de la cuestión, dando lugar a una potencial modificación del precedente<sup>62</sup>. Se pueden sacar de la jurisprudencia constitucional sobre el vigente Código de Procedimiento Penal otras ejemplos elocuentes de la fuerza del precedente. Si se dispone de un texto en el que se haya incluido la jurisprudencia elaborada sobre las sentencias, es fácil comprobar la existencia de «cadenas jurisprudenciales», nacidas a veces de un precedente del que no ha conseguido desvincularse, aunque lo haya intentado. A quien tenga un poco de práctica en estas complejas materias le bastaría con recordar qué ocurrió, por ejemplo, en materia de «crímenes alternativos», incompatibilidad del juez o cómputo de los plazos para la custodia cautelar.

*La fuerza del precedente y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.* La continuidad que proviene de la fuerza del precedente no ex-

61. C. Esposito, «La irresponsabilità dello Stato per eventi di servizio e gli arts. 28 e 3 della Costituzione». *Giurisprudenza costituzionale* (1962), p. 5.

62. Véase el testimonio sobre este punto del eminente juez del Tribunal Constitucional F. P. Bonaficio, en A. Lopez Pita (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la presión constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 173 ss.

cluye, sin embargo, la influencia de factores innovadores que impiden el anquilosamiento de la jurisprudencia. También la Constitución, para ser duradera, necesita adaptarse a las nuevas circunstancias y tener en cuenta las nuevas visiones de la vida en común que, filtradas sobre todo a través de las normas de principio, revierten en el derecho constitucional. Para ello, la fuerza conservadora del precedente es atenuada por la circunstancia de que también él, como por lo demás todo el material normativo del que el juez hace uso, está sometido a interpretación. A través de la interpretación, por ejemplo, es posible limitar su alcance, «distinguiendo» el caso anteriormente resuelto del que hay que resolver, por considerarlo «res integra» (según expresión de la sentencia n.º 424 de 2000 del Tribunal Constitucional). Se pueden poner de manifiesto diferencias relevantes, así como, por el contrario, es posible ampliar el alcance del precedente a nuevos casos, simplemente ocultando algunas características del caso resuelto con anterioridad, de modo que la *ratio decidendi* de la primera sentencia adquiera un significado más inclusivo. De este modo, los precedentes «viven», limitándose o ampliándose. También pueden «morir», es decir, ser dejados a un lado definitivamente, lo que ocurre si son ignorados o si se declara expresamente que han decaído por contener errores o resultar anacrónicos (lo que es típico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que a veces anula la *doctrine* contenida en alguna decisión anterior, con la consiguiente prohibición de ser citada con posterioridad por parte de los jueces o de los abogados), o si se manipulan para hacerlos decir lo que es oportuno en la actualidad. Este uso falaz del precedente es muy significativo respecto al valor de hecho vinculante que se le atribuye: falsarlo parece más fácil que modificarlo.

→ *Ejemplos.* Un ejemplo evidente de *resurrexerunt* disimulado es el de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de adulecto (sentencias n.º 64 de 1961 y n.º 126 de 1968): la primera protegió y la segunda anuló la norma del Código penal (art. 559) que castigaba a la mujer, pero no al hombre, que habitara con un menor. En la primera decisión se lee textualmente que el ordenamiento jurídico positivo no puede prescindir del todo, y de hecho no prescindiendo de las valoraciones que se consolidan, con frecuencia de forma imperiosa, en la vida social. En la actualidad, «que la mujer tenga relaciones sexuales con un extraño le ha parecido al legislador, sobre la base de la opinión dominante, una ofensa más grave que la que proviene de una infidelidad aislada del marido». La motivación de la sentencia continúa demostrando por qué el castigo del adulecto femenino, y no del masculino, aun significando una parente lesión a la igualdad, debía considerarse como una defensa de la «unidad de la familia», bien del que habla el artículo 29 de la Constitución. El segundo fallo, que llega a una solución opuesta, es decir, a la de la legitimidad constitucional de la norma, se presentó, no como el punto de llegada de una forma diferente de ver el problema, sino como un desarrollo coherente de la decisión anterior. Dice: la discriminación en perjuicio de

la mujer, «a tenor de la realidad social actual, lejos de ser útil, produce un grave daño a la concordia y la unidad de la familia. La ley, al no conceder importancia al adulecto del marido y castigar en cambio el de la mujer, la coloca en una situación de inferioridad y de lesa dignidad, obligándola a soportar la infidelidad y la injuria sin tener alguna en el ámbito penal. Sin duda, el adulecto del marido o de la mujer constituye un peligro para la unidad familiar, pero ese peligro adopta proporciones más graves cuando la ley lo trata de forma diferente, ya sea por su reflejo en el comportamiento de ambos cónyuges, ya sea por las consecuencias psicológicas sobre los sujetos».

Así pues, esta segunda decisión fue motivada a tenor de un cambio en las concepciones sociales dominantes (en un lapso de tiempo de siete años!) que habría llevado a entender de modo diferente el concepto de unidad familiar, engarzando con la argumentación de la primera decisión. En realidad, la contradicción entre ambos fallos es evidente e innegable: una concepción formal y autoritaria de la unidad familiar, basada en la figura dominante del marido, es sustituida por una noción psicológica y afectiva que no tolera posiciones de dominio. Pero lo que interesa y muestra la gran importancia del precedente es la circunstancia de que se tratara de disimular la evolución bajo la continuidad.

*La relación inversa entre la importancia del precedente y la elaboración jurisprudencial.* Si bien el precedente ocupa, y debe ocupar, un lugar importante en el desarrollo de la jurisprudencia, sobre todo la constitucional, hasta el punto de poder hablarse sin dificultad de la jurisprudencia como fuente del derecho<sup>63</sup>, el Tribunal Constitucional ni siquiera ha esbozado una «doctrina» propia al respecto. Los problemas vinculados a la jurisprudencia como fuente productora de derecho son bien conocidos y estudiados también en Italia<sup>64</sup>; la determinación de

63. Entre la abundante literatura sobre el tema, véase el reciente rito de elecciones magistrales promovido por la Università degli Studi Suor Orsola Benincasa de Nápoles en el año académico 2006-2007, con textos de S. G. Breyer, *L'attività di interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti*; F. D. Busnelli, *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*; A. Criscuolo, *Il diritto giurisprudenziale, nomofilachia e interpretazione*; G. Franzosa, *Diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*; R. Orsani, *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza*; M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*; G. Tesoro, *Il ruolo della Corte di Cassazione nel processo di integrazione comunitaria*; G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto*; G. Zagrebelsky, *Il giudice dalle leggi artefice del diritto*; todas han sido publicadas por la editorial Eui, Nápoles, 2007.

64. Véase, además de los trabajos de V. Marinelli, A. Pizzorusso, M. Taruffo y R. Sacco ya citados, M. Bin, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padua, Cedem, 1995; M. Taruffo, «Dimensioni del precedente giudiziario», en VV. AA., *Scritture Laria. Studi in memoria di Gino Gola*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 387 ss.; G. Sartori, «All'precedente giudiziario» *Contratto e Impresa* (1996), pp. 1300 ss.; M. Carro, «Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente», *Diritto e*

la ratio decidendi y la distinción de los obiter dicta; la delimitación del «caso» respecto al cual la decisión crea jurisprudencia; las técnicas argumentativas de distinción o asimilación de los nuevos casos y de aquellos ya resueltos; el modo de superar las antinomias entre los precedentes, etc. Pero todo esto se queda en el ámbito de lo «no dicho» o de lo «no consciente», aunque cumple una importante función en el momento de la decisión.

#### 8. Los límites de las cuestiones políticas a la resolución judicial

Las inferencias y eso de lo que no gusta hablar. El problema político fundamental en cualquier época y en cualquier tipo de sociedad es, en general, el estar juntos, cualquiera que sea la forma de unidad. Que se resuelva a través de la exclusión de quienes se consideran no «integrables» en una identidad social cerrada asumida *a priori* (de cultura, de religión, de raza, etc.), o bien a través de la inclusión en una vida en común ordenada a la producción de relaciones sociales abiertas, demostrables *a posteriori* a través de la interacción constructiva entre sus diversos elementos, es decir, que se resolviera bien a través de actos de enemistad, bien de amistad social, ese es el gran problema. En los estados constitucionales actuales, caracterizados por su sentido pluralista, la unidad se consume en y por medio de la Constitución, y la Constitución, como se ha dicho muchas veces, es el acto máximo de inclusión, de amistad. Esta es la esencia del constitucionalismo. La justicia constitucional es su función y su garantía: al aplicar la Constitución a las controversias constitucionales, los tribunales constitucionales son órganos de unidad. De la necesidad de unidad, a la Constitución; de la Constitución, a la justicia constitucional; pero también se puede decir a la inversa: de la justicia constitucional, a la Constitución; de la Constitución, a la unidad. Cuando dan lugar a secuencias coherentes, estas inferencias recíprocas refuerzan los distintos elementos que las componen.

Pueden darse también casos en los que la secuencia se rompe. Cuando esto ocurre, se produce una situación opuesta a la unidad que podría mos caracterizar, a la griega (*supra*, p. 47), como *statis* constitucional. La disgregación social y las tensiones que de ella derivan, la organización política de las facciones y sus diferencias basadas en la fuerza pueden poner en peligro la base de legitimidad de la Constitución como pacto, haciéndola inútil para su función unificadora; pueden incluso transformarla de cosa de todos, como era al principio, en cosa solo de algu-

nos contra otros. La Constitución delegitimada, a su vez, corrompe la justicia constitucional. Esta, al resolverse en la aplicación de una «cosa paritaria», se revuelve a su vez contra la unidad y fomenta la división. No gusta hablar de esas cosas porque ponen de manifiesto debilidades y, al mismo tiempo, recargarían una responsabilidad que los juristas y, sobre todo, los jueces no están dispuestos a reconocer. Sin embargo, es justamente así; es necesario un contexto en el que la Constitución sea comparada, porque de ello depende la eficacia de la justicia constitucional; y es necesaria una jurisprudencia constitucional que, a su vez, no perjudique, sino que incluya favorezca dicho contexto. De ello se derivan restricciones y límites que el derecho constitucional —considerado desde el exclusivo y limitativo punto de vista de las normas dadas y, por decirlo así, de su aplicación ciega— ignora, pero que no puede dejar de tener en cuenta en casos excepcionales.

→ Ejemplos. Ya se ha hablado del efecto destructor que una armística de «choque de civilizaciones» o *Kulturkampf* (*supra*, p. 232) produce en la garantía constitucional. Durante esos años y en la actualidad, y no solo en Italia, eso se refleja en particular a tenor que atañen a las relaciones entre el ordenamiento italiano, la Iglesia católica y su presencia en la vida política y social. En los últimos decenios, el Tribunal Constitucional ha emprendido, en el nombre del principio de laicidad —calificado como «principio supremo del ordenamiento constitucional», con «un valor superior respecto a otras normas y leyes de rango constitucional» (sentencia n.º 203 de 1985)— una labor de empuja de la legislación que, sobre la base de la vieja alianza entre el Estado y la Iglesia estipulada por el fascismo en la época del Concordato de 1929, reconocía una posición especial a la Iglesia como institución y a la confesión religiosa católica, concedéndoles (y aún se les conceden en alguna medida) numerosos privilegios. Así, se ha establecido que los salos eclesiales de anulación del vínculo matrimonial deben someterse a control judicial para poder ser reconocidos por el ordenamiento italiano; que los estudiantes que no «aprovechen» la enseñanza de la religión católica no pueden sufrir un trato escolar peor que aquellos que sí la aprovechan; que las numerosas normas penales que tratan el «sentimiento religioso» de los católicos con sanciones más severas que las que se aplican para los creyentes de otras religiones violan el principio de igualdad, etc. Pero, más recientemente, en cuámen de la disputa sobre el derecho del catolicismo a su presencia pública y a su influencia política, el Tribunal Constitucional ha estado tomar posición sobre el fondo de problemas como la «determinación asistida heteróloga» (sentencia n.º 347 de 1998), un tema que plantea problemas marcados a los que los católicos son particularmente sensibles. Lo mismo ha ocurrido a propósito de la cuestión sobre la exhibición del crucifijo en lugares públicos. La sentencia n.º 389 de 2004 la ha «degradado», en cierta medida, de cuestión de derechos de conciencia a un problema de simple legalidad, limitando su significado, incluso el simbólico, y trasladando su solución a los jueces administrativos. Estos, a su vez (*supra*, p. 165), se han pronunciado sobre el fondo con decisiones que, no obstante, por la fuente de la que proceden,

rocchetti (2003), pp. 159 ss.; P. Chiassoni, «Il precedente giudiziario: tra eserciti di disaccanto», *Analisi e diritto* (2004), ed. de P. Comanducci y R. Guarini, pp. 75 ss.

no cierran definitivamente la cuestión constitucional «sustancial» y, por ello, no comprometen a la Constitución en un conflicto cultural que, quizá, podáis afrontar en el futuro, en un contexto menos radical.

*Los espacios vacíos de derecho constitucional que preceden a la Constitución.* En abstracto, se puede decir que los límites a la resolución judicial de las cuestiones constitucionales coinciden con el ámbito de lo «constitucional», es decir, de la materia objeto del compromiso constitucional. Sería incluso una forma de totalitarismo, una forma de totalitarismo constitucional, creer que el compromiso no deja residuos, es decir, que interioriza, anulándola por completo, la identidad de las partes contrayentes del pacto constitucional. Estas tienden a hacer renuncias recíprocas, pero solo las que consideren necesarias, las unas respecto a las otras, para componer un cuadro de convivencia en el que cada una de ellas no deje de ser ella misma, aunque, al constitucionalizarse, renuncie a ser ella misma por sí sola. Eso es algo «no expresado» constitucionalmente, algo anterior al compromiso y que se refiere, por decirlo así, a la identidad íntima de cada una de las partes, las cuales no se han disuelto en él.

*Los espacios vacíos de derecho constitucional que van tras la Constitución.* Las constituciones democráticas que admiran la libertad y el conflicto político como motores de la vida pública —es decir, que admiran la libertad de expresión política, el pluralismo de los partidos, las elecciones competitivas, etc.— deben respetar también el espacio vacío que tras la Constitución: el espacio legítimo de la política y de las «decisiones discrecionales» a las que se refiere, por ejemplo, el artículo 28 de la ley n.º 87 de 1953, reservándolas para el legislador y apartándolas del Tribunal Constitucional. Las normas de principio en particular deben desplegarse en diferentes direcciones, sobre todo cuando los principios son abundantes y están enlazados y deben, por eso, combinarse o «equilibrarse» entre sí. En estos casos, es significativa la discrecionalidad del legislador y, por lo tanto, es deber del juez constitucional detenerse ante ella. Se podría hablar de «cuestión política», en el sentido de cuestión no judicializable a falta de un modelo constitucional de referencia reconocible con certeza. Un uso excesivamente «constructivo» de la interpretación constitucional llevaría a reducir o incluso a eliminar ese espacio, saturándolo de derecho y de jurisdicción, y hurtándolo ilegítimamente a la política y a la legislación. Sin embargo, en la práctica, esa línea divisoria entre lo que está regulado constitucionalmente y lo que no lo está debe trazarla la jurisprudencia, siguiendo posturas más o menos activistas que no dependan del derecho constitucional positivo, sino de la idea que de sí mismo y de su papel tenga el Tribunal Constitucional en cada etapa de la dinámica de las instituciones políticas.

*El doble riesgo de la justicia constitucional.* Retornemos la reflexión inicial de este epígrafe: el nexo entre unidad, Constitución y garantía. En el fondo se encuentra aquella «voluntad de Constitución», es decir, de unidad, sin la cual la garantía se resuelve en algo sin sentido, en una función que cae en el vacío. Esa voluntad está condensada a extinguirse junto a las fuerzas entre las cuales debe mantenerse el equilibrio constitucional y a convertirse en voluntad, no de, sino contra la Constitución cuando se den condiciones en las que sean de tener interpretaciones de la Constitución contrarias a las razones esenciales de su propia identidad o incluso contrarias a su propia existencia (Constitución interpretada como ley constitucional), o bien interpretaciones excluyentes (Constitución interpretada decididamente en sentido unilateral). De forma breve: la Constitución como hecho jurídico está estrechamente vinculada a la Constitución como hecho político. Una y otra se condicionan entre sí. Es cierto que la Constitución ha comenzado a ser derecho constitucional con la institución de tribunales competentes para resolver los casos sobre los que recaen sus disposiciones (*supra*, p. 138), pero esta institución no ha roto el nexo Constitución-política. Si este nexo es ignorado o desentendido, no existe una auténtica garantía de la Constitución. La más abstracta e impolítica interpretación de la Constitución sería, no su máxima garantía, sino su ruina. Cuando se distinguen los tribunales constitucionales de los tribunales ordinarios por la «politización» de los primeros —expresión poco clara— se alude probablemente a este vínculo, que debe tenerse presente y defenderse como una exigencia, y no ignorarse o desprenderse como corrupción.

*La decisión de no decidir.* Normalmente, se puede satisfacer la exigencia mencionada hace poco a través de la interpretación orientada al pluralismo (*supra*, pp. 233 ss.) y a través de decisiones marco o «generales» (*supra*, p. 235). En cambio, precisamente para proteger la Constitución de un eventual peligro de delegitimación, a veces puede ser prudente no decidir, o esperar el momento en el que, al amortiguarse las controversias políticas, pueda hacerse sin poner en juego la lealtad constitucional. Incluso en ausencia de poderes formalmente reconocidos, los tribunales constitucionales actúan realmente así. Son dueños del curso de su decisiones (que a veces esperan años para ser tomadas) y tienen poder para verificar la admisibilidad de las cuestiones de constitucionalidad, que se utilizan con frecuencia para «decidir no decidir», a la espera de tiempos más idóneos en los que las controversias constitucionales, por decirlo así, se purifiquen del exceso de politización y, así, «maduren» —referencia a la doctrina americana de la *ripeness*— para poder tratarse en términos de derecho constitucional.

*Potencias en pugna.* La regulación de la vida colectiva mediante una Constitución y la creación de un órgano de garantía constitucional, competente en las controversias de derecho constitucional, presuponen y dan por sobreentendida la disponibilidad de las «potencias políticas» en pugna a someterse a la jurisdicción constitucional, es decir, a una instancia *super partes*. Podría decirse también así: presuponen y dan por sobreentendida la delegación en la justicia constitucional del poder de resolver las controversias constitucionales, renunciando a la autortutela de sus respectivas posiciones. Pero debe tenerse en cuenta que la autorotación a la resolución de las controversias constitucionales a través del derecho, en la que se basa la justicia constitucional, es, *de facto*, una autorización revocable, si no en general (en cuyo caso es la propia Constitución la que se derrumba y el orden constitucional es derribado por el choque entre las fuerzas), al menos caso por caso, cuando las partes, o incluso solo una de ellas, no reconocen la legitimidad de la solución judicial de la controversia; en otros términos, cuando se revoca la delegación en una instancia imparcial de la gestión del equilibrio constitucional. Eso es lo que sucede cuando se radicalizan las posturas en conflicto sobre el caso que se ha de resolver. Naturalmente, la revocación de la delegación no se hace de forma directa. Puede manifestarse de muchas formas, desde la intimidación a los jueces hasta el nombramiento, como componentes del órgano de justicia constitucional, de «jueces» de parte, representantes de los intereses de quien los designa, y hasta la amenaza de hacer inútil la eventual decisión del Tribunal no reconociendo su legitimidad. Bajo este aspecto, cuando la controversia amañe a «potencias constitucionales» independientes que ven peligrar sus propios intereses vitales, la justicia constitucional tiende a asemejarse a un tribunal internacional, cuya jurisdicción depende de la expresa aceptación de los estados contendientes y sin la cual la controversia no podría someterse a arbitraje, no sería justiciable.

¿«Cuestiones políticas»? En el derecho constitucional norteamericano la doctrina de las *political questions* ha encontrado buena acogida. Su contenido no es evidente en absoluto, incluso si resulta clara la orientación de esta doctrina: hacer inútil, en determinados casos, la jurisdicción constitucional. Si se hace referencia a la existencia de límites a la actividad del juez, más allá de los cuales se abre el espacio de la política. Pero es difícil decir qué significan esos límites. Quizá, la organización más clara de esta materia es la propuesta por Aharon Barak<sup>65</sup>, quien distingue tres significados de la expresión: político por razones normati-

vas, político por razones institucionales y político por razones de recepción de la decisión.

Las *cuestiones políticas por razones normativas* serían aquellas en las que falta una norma constitucional clara de referencia para la decisión. Más arriba se ha hecho referencia a una hipótesis análoga solo en apariencia y que no debe confundirse con esta: la ausencia de criterios constitucionales sustanciales de referencia no equivale, desde el punto de vista conceptual, a su poca claridad. La ausencia implica la discrecionalidad del legislador; la falta de claridad, una ampliación de la interpretación para aclarar. Pero de hecho, no se pueden separar netamente las dos situaciones, pues en la ocurrencia es fácil llegar a la conclusión de que falta la norma.

Las *cuestiones políticas por razones institucionales* serían aquellas cuya decisión alteraría el sistema del equilibrio de poderes, dando lugar a la superación de los límites. El control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios se ha desarrollado (también) a consecuencia de la autonomía de lo judicial respecto a lo legislativo y lo ejecutivo (*infra*, p. 284), es decir, a consecuencia del principio de separación de poderes en el marco de la Constitución. Por eso, lo judicial, mientras que ha reconocido que tiene el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes y, eventualmente, de dejar de aplicarlas a consecuencia de este principio, se reconoce incompetente para entrar en sectores que la Constitución reserva al ejecutivo, como la política exterior, las acciones militares en el exterior y el ejercicio de poderes excepcionales para garantizar la seguridad nacional<sup>66</sup>. (Este modo de entender las cuestiones políticas no es aplicable a la justicia constitucional europea, porque aquí esta ha salido y se ha desarrollado fuera de la doctrina de los tres poderes separados y equilibrados, siendo la justicia constitucional una función distinta que no se puede encuadrar en ninguna de las otras y que, en particular, no puede recordarse a la jurisdicción ordinaria, *infra*, pp. 280 ss.).

Las *cuestiones políticas por razones de recepción* serían aquellas en las que el no ser justiciables se justificaría por la exigencia de proteger a los propios tribunales del peligro de «politización», el cual podría com-

65. A. Barak, «A Judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy», *Harvard Law Review* (2007), pp. 97 ss.

66. Se ha discutido sobre la categoría de las *political questions* a propósito de la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre los poderes presidenciales en materia de «entrenamiento» de los llamados *army commanders*, jurisprudencia resultante de las decisiones *Hamiri vs. Ramogjeli* (2004), *Randi vs. Bush* (2004) y *Hosniar vs. Ramogjeli* (2006); véase A. L. Tyler, «Is Suspension a Political Question?», *Stanford Law Review* 59 (2006), pp. 333 ss. La decisión, más reciente, *Bosmafiene vs. Bush*, de 2008 (sobre la inconstitucionalidad del Military Commission Act de 2006, que previene el poder presidencial de instituir comisiones militares judiciales con poderes especiales), confirmó, aunque por una estrecha mayoría y con opiniones disidentes, la jurisdicción del Tribunal Supremo, incluso en este caso de suspensión de derechos, declarando la inconstitucionalidad de la ley.

prometer la confianza pública en la objetividad de la función judicial, induciendo a sospechar que la ley se considera legítima o ilegítima según se considere deseable o indeseable. Se trata de un peligro siempre presente en las cuestiones que ponen en juego intereses políticos importantes, pero un peligro al que habría que ponerle remedio, no absteniéndose de decidir, sino decidiendo sobre la base de motivaciones particularmente claras y profundas.

En teoría, en ninguna de estas acepciones parece sostenible la doctrina de las «cuestiones políticas» no justificables; con ello, en la práctica, siempre puede existir la sospecha de que el recurso a aquella sea, simplemente, el recurso de un tribunal temeroso o atemorizado. No obstante, debe tenerse en cuenta la «conclusión pragmática» a la que llega en su trabajo Barak, un eminente constitucionalista con una larga experiencia como presidente de uno de los tribunales más sometidos a tensiones políticas<sup>67</sup>: «Incluso si soy crítico con la doctrina de la no justificabilidad, no afirmo que no deba ser utilizada jamás. En un cierto número de casos, los jueces de Israel y yo mismo hemos recurrido a ellas. Sin embargo, es preferible «rechazar un recurso por falta de motivación» y entrar en el «amplio territorio de la racionalidad». En estos casos, la cuestión se rechaza sin recurrir a la doctrina de la no justificabilidad. «Creo que este modo de enfrentarse a los problemas favorece la confianza pública en los poderes del Estado y agiliza la realización de las tareas del Tribunal Supremo en una democracia». Se podría decir que es una reflexión «realista», de un realismo con buena intención. Pero el incipit, «*Incluso si soy crítico*», nos introduce necesariamente en el tema siguiente, es decir, en la posibilidad de que la aplicación del derecho constitucional positivo, en ciertos casos, sea desastrosa para la propia Constitución, para el juez constitucional y para la función de unidad de ambos.

«*Fiar iustitia, perat mandasi?*». La justicia constitucional es el ramo de la justicia en el que esta máxima, con su admonición amenazadora, puede encontrar con mayor facilidad un terreno de aplicación. La aplicación de la norma presupone la *normalidad* como fondo de esa aplicación. La aplicación de la norma en condiciones de excepcionalidad podría resolverse no con una medida pacificadora, sino con una contri-bución al conflicto, en el que la propia norma se vería envuelta como un factor destructivo. Esta sancionaría el conflicto como irremediable y se presentaría como arma del conflicto. La «justicia» aparecería como máxima injusticia, es decir, en tanto injusticia revestida con las prendas de la justicia: un resultado subversivo.

El «servicio» que esperamos de la Constitución y de la justicia constitucional es que promueva las condiciones de normalidad o, mejor aún, de unidad en la normalidad. Pero «proteger» no es «instaurar». La instauración es el antecedente de la protección, porque no se procege nada que no exista. La instauración no pertenece, pues, a la justicia constitucional, en cuanto función lógica y materialmente posterior a la instauración. Debemos, por tanto, preguntarnos cuál puede ser el *modus agendi* de un juez responsable ante situaciones constitucionales materiales críticas como la referidas; una situación que puede referirse, en el caso más dramático, a la resistencia de todo el ordenamiento, o solo a la de algunas partes del ordenamiento.

Dos posibilidades ante la Constitución en peligro. En abstracto, las posibilidades son las siguientes, excluyendo obviamente la que consiste en declarar la no aplicación de la Constitución. Esta sería equivalente a proclamar el estado de excepción constitucional, es decir, a que no hubiera justicia, sino solo política constitucional porque «el mundo ha perredido». Evidentemente, esa declaración de muerte de la Constitución no es competencia de un Tribunal Constitucional.

Quedan ahora las siguientes posibilidades:

a) La aplicación de la Constitución ignorando conscientemente las consecuencias. Es este un caso de «ética de la convicción», según la célebrima fórmula de Max Weber (*supra*, pp. 178 s.), la ética de quien, con tal de que el valor valga, cierra los ojos a las consecuencias de su actuación fundada en principios: *fai iustitia, perat mandasi*.

b) La consideración de las consecuencias, en previsión de decisiones que ni aplican ciegamente ni dejan de aplicar abiertamente la Constitución. Lo que se necesita en estos casos es la «ética de la responsabilidad», la ética de quien está dispuesto a dejar de lado los principios cuando las consecuencias previsibles de su aplicación serían desastrosas: *fai iustitia, ne perat mandasi*.

En el trabajo en el que elabora la distinción entre estas dos «éticas»<sup>68</sup>, Max Weber las contrapone nitidamente en el plano de las categorías:

Debemos darnos cuenta claramente de que cualquier actuación orientada en sentido ético puede referirse a dos máximas esencialmente distintas y opuestas de modo inconciliable: es decir, pueden orientarse hacia una «ética de los principios», o bien hacia una «ética de la responsabilidad». [Para quien actúa siguiendo la ética de los principios], si las consecuencias de una acción que deriva de un mero principio son malas, a su parecer no es responsable quien

67. A. Barak, *A Judge on Judging*, cit., p. 143.

68. M. Weber, «La política como vocación» [1918], en *Id.*, *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 81 ss.

actúa, sino el mundo, la estupidez de otros hombres o la voluntad de Dios que los ha creado así. En cambio, quien actúa siguiendo la ética de la responsabilidad tiene en cuenta precisamente los defectos propios de la media de los hombres. No tiene derecho alguno [...] a dar por descontadas su bondad y perfección, no se siente capaz de arrastrar a los demás las consecuencias de su propia actuación, por lo menos hasta donde podría prevenirlas.

No obstante, una cosa son los conceptos elaborados en abstracto y otra cosa son las acciones en concreto. Contraponer las dos éticas en la práctica provocaría consecuencias desastrosas en ambos casos: un fanatismo irresponsable y un oportunismo sin sentido. Cada una de ellas tiene una buena razón de ser. En el momento de actuar deben ser tomadas en consideración seriamente por parte de cualquier espíritu consciente, ya sea del deber de coherencia que lo compromete como individuo con los motivos subjetivos de su propia actuación, ya sea por las consecuencias que, como miembro de una comunidad, le obligan objetivamente con sus semejantes. En situaciones críticas, esto puede producir conflictos internos de lealtad y paradojas en la práctica.

Para el juez, cuya función está vinculada al derecho, la ética básica es, sin duda, la de los principios: las consecuencias se toman en consideración por parte de quien tiene el poder de dar las normas. Mas hay un «pero», el cual no significa en absoluto *car* necesariamente en la política. Significa, por el contrario, asumir la justicia para que viva el mundo, el mundo del derecho: *fiat iustitia, ne pereat mundus*. En la actividad jurídica predomina la ética consecuencialista, en el sentido de que la defensa de los principios sea válida solo a condición de poder hablar siempre de los principios como de algo objetivamente eficaz en la actividad de la sociedad, y no como una incucunda ilusión subjetiva de quien juzga encerrado en sí mismo.

En los casos ordinarios de la vida, al juez no se le pide más que coherencia con los principios. Pero la vida, y sobre todo la vida de la Constitución, está hecha también de hechos extraordinarios, y estos requieren que las convicciones se confronten con las consecuencias. Esto quiere decir que la ética de los principios no debe suponer la ausencia de responsabilidad, del mismo modo que la ética de la responsabilidad no debe coincidir con la falta de principios. «Pero nadie está en condiciones de ordenar si debe actuarse, y cuándo, sobre la base de la ética de los principios o de la ética de la responsabilidad».<sup>69</sup>

Es difícil la integración de perspectivas que requiere el caso excepcional cuando están en juego, no el destino personal de quien actúa, sino el colectivo de quienes soportan las consecuencias de nuestra actuación.

69. *Ibid.*, p. 163.

Aquí entra en juego la virtud de la prudencia al tomar la decisión, lo que implica la máxima fidelidad a los principios sin llegar a perjudicar la preservación del mundo, es decir, para el juez constitucional, la preservación de la Constitución. No se puede decir más.

En concreto, este juez dispone de muchos recursos a los que acudir para actuar con la prudencia exigida por la trabazón entre convicciones y responsabilidad: instrumentos procesales, como el control del tiempo para decidir, o el control sobre los requisitos de admisibilidad de las cuestiones; instrumentos sustanciales, como el criterio de racionalidad, que permiten comprobar, en cierta medida, las circunstancias externas en las que va a influir la decisión y las consecuencias que esta puede producir.

— *Ejemplos.* La jurisprudencia de épocas de emergencia para la seguridad pública ofrece demostraciones notables sobre cómo puede actuar la ética de la responsabilidad entre los jueces constitucionales; en la actualidad, la jurisprudencia sobre derechos dictada por las exigencias de defensa contra el terrorismo internacional<sup>70</sup>. El Tribunal Constitucional italiano se ha enfrentado con esta problemática en la sentencia n.º 15 de 1982, pronunciada en un período de retroceso político interno próximo a la declaración del estado de excepción de la Constitución: una sentencia que, por su carácter ejemplar, suscitó un gran debate<sup>71</sup>. La cuestión se refería a la prolongación del período de prisión preventiva (hoy cursaría cautelar), que en algunos casos, para los delitos más graves, podía llegar a la enorme cifra de diez años y ocho meses, una medida que el Tribunal consideraba que «producía una inmediata y profunda perturbación». La «voluntad de escape» de la tensión entre los argumentos de la «convicción» y los argumentos de la «responsabilidad» se halló en el criterio de la racionalidad, entendida a tenor de las condiciones «no normales» en la que se veía obligada a actuar, preclusivo además que era una «racionalidad provisional», en previsión de comprobaciones posteriores. «Aste una situación de emergencia, [...] el Parlamento y el Gobierno tienen, no solo el derecho, sino el poder, e incluso el preciso e ineludible deber de proveer, adoptando una legislación de emergencia *ex profeso*. [...] Si bien debe admitirse que un ordenamiento en el que el terrorismo sembrara la muerte —incluso mediante el asesinato despiadado de «rehenes» inocentes— y la destrucción, provocando inseguridad y, por ello, la exigencia de confiar, para salvar vidas e bienes, en escuelas armadas y policía privada, se sitúa en un estado de emergencia [se puede añadir y precisar: una emergencia que amenaza bienes constitucionales fundamentales], no obstante, se debe convenir en que la emer-

70. T. Groppi (ed.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, Ed. 2006, y en particular, M. Rosenthal, «Judicial Balance in Time of Stress: la risposta di Jordi Urdiol, Camala e Israele», en *ibid.*, pp. 121 ss.

71. Por ejemplo, L. Carlucci, «Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 1579, A. Pace, «Ragionevolza abnorme o stato di emergenza?», G. Battagliani, «Convenzione europea, misure di emergenza e controllo del giudice», los tres en *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 98 ss., 108 ss. y 404 ss., respectivamente.

gencia, en su acepción más propia, es desde luego una condición anómala y grave pero, sobre todo, temporal. De ello deriva, en efecto, la legitimidad de las *medidas inusuales*, pero no impide que estas pierdan su legitimidad si se prolongan en el tiempo injustificadamente.

*La justicia constitucional y las «virtudes pasivas».* Estas son «válvulas de escape» que permiten aliviar la presión sin que la Constitución estalle, a la espera de tiempos mejores, es decir, a la espera de que se pongan en marcha las fuerzas políticas, sociales y culturales a las que les corresponde el restablecimiento de la normalidad constitucional. A veces, las que han sido calificadas como «virtudes pasivas»<sup>72</sup> de los tribunales constitucionales son más oportunas que el activismo. El momento de las virtudes pasivas es el de la fragilidad de la Constitución y las turbulencias políticas; el de las «virtudes activas», el de la Constitución fuerte y la tranquilidad política. Los tiempos difíciles de fragilidad de la Constitución requieren una mayor circunspección por parte de los tribunales, dado el peligro de dejarse arrastrar por los acontecimientos políticos y de comprometer así a la propia Constitución. El restablecimiento de la plena legitimidad constitucional es tarea de la *política* constitucional, en el sentido más elevado y comprensivo de la expresión. Cumplir esta tarea tiene sus exigencias: su ritmo y sus medios no son los de la justicia constitucional. La propia idea de sustituir la legitimidad constitucional mediante decisiones en el nombre de la legalidad constitucional puede ser una ilusión peligrosa y contraproducente en situaciones de crisis.

72. A. M. Bickel, «The Supreme Court, 1960 Term Foreword: The Passive Virtues», *Harvard Law Review* (1961-1962), pp. 41 ss. El concepto de «virtudes pasivas», por oposición a las «activas», está en Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cuestión I, art. 1: son las que «no pueden manifestarse en el acto de la propia actuación ni no son movidas por las acti-vas correspondientes». El uso que la fórmula ha recibido entre los constitucionalistas es una evidente adaptación que cambia el significado.

### III CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. PREMISAS DE TEORÍA E HISTORIA

