

III

LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. «APLICACIÓN»

La expresión «aplicación del derecho» denota genéricamente el uso de materiales jurídicos —es decir: disposiciones, normas explícitas, normas implícitas— para argumentar o justificar una decisión jurídica (jurisdiccional, administrativa, etc.)¹. De este modo, sin embargo, nos estamos refiriendo a operaciones intelectuales muy distintas, entre las que conviene distinguir².

¹ Son «órganos de aplicación» todos los órganos que, precisamente, aplican el derecho: los supremos órganos constitucionales (el parlamento, el gobierno, el jefe de Estado, el tribunal constitucional), la administración pública, los jueces. En lo que sigue, sin embargo, el discurso estará circunscrito, para simplificar, a la aplicación judicial.

² Aplicación e interpretación son cosas evidentemente diferentes. Mientras que el verbo «interpretar» concuerda con cualquier sujeto (ya que cualquiera puede desempeñar la actividad interpretativa), el verbo «aplicar» concuerda solo con aquellos sujetos que designan —precisamente— órganos llamados de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos (principalmente, pero no exclusivamente: muchas normas constitucionales, para poner el ejemplo más obvio, son aplicadas por los supremos órganos constitucionales y algunas solo por ellos). Se puede decir de un jurista, o de un ciudadano cualquiera, que «interpreta» el derecho; pero no sería apropiado decir que un jurista, o un ciudadano, «aplica» el derecho. Ver G. Tarello, «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica», en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976. Por otra parte, el término «aplicación», especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales, designa comúnmente un conjunto de operaciones que no se extinguen con la interpretación, ya que incluyen junto con la interpretación propiamente dicha (y la construcción jurídica, claro): la comprobación de los hechos de la causa, la calificación del supuesto de hecho concreto del que se trate y la decisión de la controversia.

Para aclarar la cuestión, hay que tener en mente tres distinciones introducidas anteriormente.

(a) Ante todo, la distinción entre disposiciones y normas (las disposiciones son enunciados del discurso de las fuentes, las normas son los significados a ellas atribuidos mediante interpretación).

(b) Además, la distinción entre normas explícitas y normas implícitas (las normas explícitas son aquellas que encuentran formulación en una específica disposición, las normas implícitas son fruto de construcción jurídica de los intérpretes).

(c) Por último, la distinción entre dos tipos de normas (sean explícitas o implícitas): reglas y principios (las reglas son normas relativamente precisas, con antecedente cerrado, no sujetas a excepciones; los principios son normas³ con antecedente abierto y/o genéricas y/o derrotables).

Ahora bien, conviene distinguir entre la aplicación de disposiciones, la aplicación de reglas y la aplicación de principios⁴.

(1) *Aplicación de disposiciones.* Aplicar una disposición —o «usarla»— quiere decir

(a) Interpretarla, atribuirle significado, de modo tal de extraer de ella una norma explícita⁵ («El enunciado normativo E significa S», «La disposición D expresa la norma N»), o bien

(b) Alegarla como argumento para la construcción de una norma implícita.

(2) *Aplicación de reglas.* Aplicar una regla (explícita o implícita) quiere decir usarla como premisa en un razonamiento deductivo cuya conclusión es un precepto individual y concreto: «Los contratos deben ser cumplidos. Esto es un contrato. Por lo tanto esto debe ser cumplido», «Los asesinos deben ser castigados. Ticio es un asesino. Por lo tanto Ticio debe ser castigado», etc.

(3) *Aplicación de principios.* Aplicar un principio (explícito o implícito) quiere decir concretarlo, es decir, usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es (la formulación de) una regla implícita, que constituye su «actuación» o «especificación» y que —en

³ Normas, recuérdese, consideradas «fundamentales».

⁴ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 15 ss.

⁵ Quiero decir: una determinada norma y no otra. Se habla, obviamente, de interpretación *decisoria*.

cuanto regla— es, ella sí, susceptible a su vez de aplicación en el sentido precedente.⁶ Por ejemplo: «La defensa es un derecho inviolable en cada etapa y grado del procedimiento [principio]. El interrogatorio del imputado constituye parte del procedimiento. No hay defensa sin presencia del defensor. Por lo tanto el defensor debe estar presente en el interrogatorio del imputado [regla implícita]. Este es el interrogatorio del imputado Ticio. Por tanto el defensor de Ticio debe estar presente [precepto individual y concreto]»; «La salud es un derecho inviolable [principio]. El daño a la salud constituye por tanto daño injusto. Los daños injustos deben ser resarcidos [regla explícita]. Por tanto el daño a la salud debe ser resarcido [regla implícita]». Y lo mismo en otros ejemplos.

Dicho esto, circunscribamos ahora el tema a la aplicación *jurisdiccional* del derecho.

2. JURISDICCIÓN, LEGALIDAD, MOTIVACIÓN

En general (y simplificando bastante las cosas), el contenido de una decisión jurisdiccional es una prescripción individual y concreta, del tipo: «Ticio debe ser castigado con la reclusión de tal y cual manera», «Cayo debe pagar a Sempronio tal suma de dinero»⁷, etc.

⁶ U. Scarpelli, «Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. Caprioli, F. Treggiari (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39.

⁷ La simplificación a la que se hace referencia en el texto consiste en esto: precisamente para simplificar, en el presente contexto tomo en consideración solo el dispositivo de sentencias «de condena», dejando de lado las sentencias llamadas «declarativas» y «constitutivas». Grosso modo: se llama «declarativa» la sentencia que afirma la existencia de una situación jurídica subjetiva (ejemplo: un derecho); «constitutiva» la sentencia que crea, modifica o extingue una situación jurídica; «de condena» la sentencia que establece una prescripción individual y concreta (y tiene eficacia ejecutiva). Por otra parte, esta tripartición tradicional de la doctrina procesalista es criticada (con óptimos argumentos) por C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971 y 1974), Torino, 2005, p. 187 ss., los cuales distinguen, simplemente, (i) sentencias normativas, es decir, aquellas cuya parte dispositiva establece una prescripción («Es obligatorio p», «Está permitido no-p», etc.) y (ii) sentencias declarativas, es decir, aquellas cuya parte dispositiva simplemente subsume un supuesto de hecho concreto en un supuesto de hecho abstracto (ejemplo, sentencias que declaran la validez o la nulidad de un contrato, la validez o la nulidad de un testamento, la extinción del matrimonio, la prescripción de un delito, etc.). Con la aclaración que una sentencia declarativa puede perfectamente tener efectos normativos indirectos, en virtud de una norma que los vincule a ella (por ejemplo, en el ordenamiento italiano vigente, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley tiene el efecto de anular la ley en cuestión en virtud del art. 136, apartado 1, Cons-

Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos modernos, la actividad jurisdiccional se caracteriza por dos rasgos esenciales:⁸ la sujeción del juez a la ley (es decir, la obligación de aplicar el derecho, corolario del principio de legalidad)⁹ y la obligación de motivar las decisiones.¹⁰

Esto quiere decir que las decisiones jurisdiccionales deben estar

- (i) motivadas —argumentadas, justificadas— y precisamente
- (ii) motivadas sobre la base de normas jurídicas preexistentes (la «ley» en sentido material o genérico).¹¹

Una sentencia consta por tanto de dos partes constitutivas: parte dispositiva y motivación. La parte dispositiva constituye, por así decir, la decisión en sentido estricto. La motivación constituye el conjunto de los argumentos adoptados en favor de la decisión.

Ahora bien, en la cultura jurídica moderna, una decisión jurisdiccional se considera fundada o justificada si, y solo si, se infiere lógicamente (es decir, se deduce) de una norma general, en conjunción con una proposición fáctica que describe las circunstancias del caso (debidamente probadas).¹²

No estaría justificada una decisión carente de motivación, ni estaría justificada una decisión simplemente fundada —en vez que sobre una norma— sobre el capricho del juez, sobre sus sentimientos de justicia, sobre cualquier objetivo de política social que él entienda perseguir, etcétera.

titud italiana), de manera que las sentencias llamadas constitutivas no son otra cosa que sentencias declarativas dotadas de efectos normativos indirectos.

⁸ A los cuales, naturalmente, debemos agregar, como hemos dicho ya al hablar de las lagunas, la obligación de decidir la controversia (derivada de la prohibición de «denegar justicia»).

⁹ La obligación de aplicar el derecho —es decir, de decidir de conformidad con normas preexistentes— es un corolario del principio de legalidad, ya que tiende a garantizar (a) la certeza del derecho, es decir, la previsibilidad de las decisiones judiciales y (b) la igualdad, es decir, el igual tratamiento de iguales supuestos de hecho.

¹⁰ Ver, en el ordenamiento italiano vigente, los arts. 101, apartado 2, y 111, apartado 6, de la Constitución italiana. Recuérdese que la «motivación» de una decisión jurisdiccional no es, a pesar del nombre, una exposición de los motivos (psicológicos) que han inducido al juez a tomar esa decisión; es, en cambio, la exposición de las razones que sustentan la decisión en cuestión. Ver J. Ferrer Beltrán, «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 34, 2011.

¹¹ En rigor de verdad, se puede sostener que, en el ordenamiento italiano vigente, el art. 101, apartado 2, de la Constitución somete al juez no ya genéricamente al «derecho» (a la ley en sentido material), sino precisamente a la ley formal. Ver R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. IV.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV.

3. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

En el razonamiento del juez¹³ se pueden distinguir dos niveles que se suelen llamar, respectivamente, «justificación interna» (o de primer nivel) y «justificación externa» (o de segundo nivel)¹⁴.

Grosso modo: una decisión está «internamente» justificada cuando se sigue deductivamente de las premisas¹⁵; está «externamente» justificada cuando dichas premisas, a su vez, están fundamentadas.

(1) *Justificación interna.* La justificación interna es un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla. El razonamiento está estructurado del siguiente modo:

(i) Una primera premisa es la regla —explícita o implícita, fruto, según los casos¹⁶, de interpretación decisoria en abstracto o de construcción jurídica— que se aplica («Los asesinos deben ser castigados»).

¹³ La literatura sobre el tema es inmensa. Me limito a unas pocas indicaciones realmente esenciales. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston, 1987; A. Aarnio, N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols., Aldershot, 1992; R. Alexy, *Teoría dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998; M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; J. Bell, N. MacCormick, R.S. Summers, (eds.), *Legal Reasoning and Statutory Interpretation*, Arnhem, 1989; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, pp. 195 y ss.; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, parte II; P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, 1999; P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, 2010, pp. 159 y ss.; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, New York, 1984; R. Hernández Marín, *Interpretación, subsumción, y aplicación del derecho*, Madrid, 1999; R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid-Barcelona, 2005; H. Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique. Legal Reasoning. Die juristische Argumentation*, Bruxelles, 1971; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago-London, 1949; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston, 1989; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, 2005; M.C. Redondo, «Sulla giustificazione della sentenza giudiziale», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, pp. 31 y ss.

¹⁴ Se trata de dos niveles del lenguaje, ya que la justificación externa, como veremos en seguida, tiene por objeto precisamente (las premisas de) la justificación interna. Cfr. J. Wróblewski, «Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche», en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986.

¹⁵ N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., cap. 3.

¹⁶ Según que se trate de una regla explícita o implícita.

(ii) Una segunda premisa es una proposición fáctica, empírica, que describe los hechos del caso [«Ticio ha realizado el acto x (ha cortado la garganta a Cayo)»].

(iii) Una tercera premisa es un enunciado genérico de subsunción («Cortar la garganta constituye asesinato»).

(iv) Una cuarta premisa es un enunciado individual de subsunción (interpretación en concreto: «Ticio ha cometido un asesinato»).

(v) La conclusión es un precepto singular y concreto («Ticio debe ser castigado») ¹⁷.

Claro está que el carácter deductivo de la argumentación garantiza la validez lógica de la conclusión, pero no su fundamento jurídico. La conclusión está jurídicamente fundada si, y solo si: (a) la premisa normativa (i) es una norma positiva válida; (b) la premisa fáctica (ii) es una proposición verdadera, cuya verdad haya sido probada (de acuerdo con las normas jurídicas que regulan la adquisición y la valoración de las pruebas).

(2) *Justificación externa*. La justificación externa es el conjunto de razonamientos —más o menos convincentes, pero por lo general *no* deductivos ¹⁸— mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna. Esta última, como hemos visto, incluye: una premisa normativa, la (i), que es fruto, según los casos, de interpretación decisoria en abstracto o de construcción jurídica; dos premisas que resultan de la subsunción, la (iii) y la (iv), que son fruto de interpretación decisoria en concreto; y una premisa fáctica, la (ii), que es fruto de comprobaciones empíricas.

En cuanto a la justificación de la premisa normativa y de la premisa que resulta de la subsunción, pueden encontrar cabida en la justificación externa las cosas más variadas, entre las cuales están las siguientes:

(a) Los argumentos («interpretativos») que justifican la interpretación elegida —en abstracto o en concreto— de una o más disposi-

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998, pp. 176 y ss.

¹⁸ Claro está que cualquier razonamiento no deductivo (lógicamente inválido) puede ser transformado en deductivo (lógicamente válido) con el agregado de las correspondientes premisas. Por ejemplo, un razonamiento descabellado, del tipo «Ticio es inglés. Por lo tanto Ticio no fuma» puede ser transformado en deductivo (y lógicamente válido) explicitando la, poco plausible, premisa implícita «Si Ticio es inglés, entonces no fuma» (o bien «Ningún inglés fuma»).

ciones, que de este modo son aplicadas («La disposición D expresa la norma N [no así la norma Z], porque...», «La norma N se aplica al supuesto de hecho F, porque...») ¹⁹.

Constituyen ejemplos de argumentos interpretativos:

(a1) el significado común de las palabras: según el uso común, «cortar la garganta» es (un modo de) asesinar, de manera que...;

(a2) la (presunta) intención del «legislador» ²⁰: la ley dice «trabajadores», pero el legislador se refería también a las trabajadoras, y por lo tanto...;

(a3) el argumento *a contrario* (en alguna de sus variantes): el legislador ha dicho «pimientos» y no ha mencionado los «tomates», de manera que la norma no se extiende a los tomates;

(a4) el argumento analógico: las bicicletas, aunque no expresamente mencionadas por la ley, son esencialmente similares a las carrozas (a la luz de la *ratio legis*), de manera que la norma se aplica también a las bicicletas ²¹;

(a5) el argumento de la disociación: la clase de los «transportes públicos» incluye dos subclases sustancialmente distintas, los transportes urbanos y los suburbanos, de manera que (a la luz de la *ratio legis*) la norma se aplica solo a los transportes urbanos (o solo a los suburbanos); etc. ²².

(b) Los argumentos («constructivos») que justifican uno u otro tipo de construcción jurídica, como por ejemplo:

(b1) la existencia de una laguna axiológica;

(b2) la formulación de normas implícitas, con el fin de

(b3) colmar una laguna y/o de

(b4) concretar un principio;

(b5) la solución de una antinomia,

¹⁹ Volveremos sobre este punto más extensamente en el próximo capítulo.

²⁰ Por lo general, se habla del legislador en sentido material o genérico, es decir, de las autoridades normativas en general.

²¹ Así lo decidió un tribunal británico en un caso recordado por V. Velluzzi, «Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto», en *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2008, pp. 493 y ss.

²² Ver, por ejemplo, C. Perelman, *Logique juridique*, Paris, 1976; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit.; J.J. Moreso, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, 2005; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.

- (b6) incluidas las antinomias entre principios constitucionales que se solucionan mediante ponderación; y más en general
 (b7) la creación de jerarquías axiológicas entre normas.

No se nos escapa que la justificación interna constituye, de por sí, la aplicación de una regla. La aplicación —el uso— de disposiciones y de principios, por el contrario, pertenece más bien a la justificación externa: se usan, y de este modo se aplican, disposiciones para extraer normas mediante interpretación; se usan, y de este modo se aplican, principios para extraer reglas mediante construcción.

En cuanto a la justificación de la premisa fáctica²³, en esta sede baste con decir lo siguiente.

En principio, la verdad de una proposición fáctica (del tipo: «Ticio ha cortado la garganta a Cayo») no puede ser argumentada si no es aduciendo observaciones empíricas (así como conjeturas sobre los nexos causales entre eventos). A este respecto, sin embargo, hay que hacer dos observaciones.

Los procedimientos de comprobación fáctica empleados por un juez, a diferencia de los empleados por un científico empírico (un físico, un biólogo, etc.), no son enteramente «libres». Están condicionados, de diversas maneras, por normas jurídicas: en particular, por normas que regulan cómo recabar, usar y valorar las pruebas. Por ejemplo, las reglas sobre la carga de la prueba, las presunciones legales (y, entre estas, la presunción de inocencia), el principio de la «libre convicción» del juez (vigente en muchos ordenamientos), etc.

Además, los «hechos» que el juez comprueba directamente son solo las pruebas (por ejemplo, los testimonios), no los hechos probados: a éstos el juez —como el historiador— no tiene acceso directo.

Una prueba —por ejemplo, un testimonio— es un hecho (directamente observado), que induce a considerar que ha tenido lugar otro hecho: este último, sin embargo, no es observado por el juez directamente, sino inferido de las pruebas. Una prueba autoriza al juez a considerar verdadera cierta proposición acerca del presente («El testigo ha declarado que *p*») y a inferir de esta otra proposición acerca del pasado («Es verdadero que *p*»). Esta inferencia no tiene carácter de-

²³ El tema del razonamiento probatorio, aquí apenas mencionado, es muy complejo, y sobre el mismo existe una riquísima literatura. Ver, por ejemplo, M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; M. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, Madrid, 1999; J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002; J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 199 y ss.

ductivo: entre las dos proposiciones hay no ya un nexo de implicación lógica, sino más bien un nexo, más débil, de «congruencia narrativa» (así se la ha denominado)²⁴.

Considérese, por ejemplo, el siguiente razonamiento: «Las siete mujeres del señor Barba Azul murieron en la bañera, mientras el señor Barba Azul estaba en casa. El día anterior a la muerte de la primera mujer, el señor Barba Azul se informó con un abogado sobre la posibilidad de heredar sus bienes. Se debe concluir que el señor Barba Azul ha matado a las siete mujeres en la bañera del baño». En un razonamiento de este tipo las premisas parecen suficientes para justificar la conclusión: la cual es no solo coherente (es decir, no contradictoria) con las premisas, sino además «congruente» con ellas; en el sentido que parece sin lugar a dudas más convincente que una conclusión distinta, del tipo: «Todas las mujeres del señor Barba Azul murieron accidentalmente». A pesar de esto, es evidente que la conclusión *no* se extrae lógicamente de las premisas y, no obstante su evidente plausibilidad, podría perfectamente ser falsa²⁵.

²⁴ N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en A. Peczenick *et al.* (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en W. Krawietz *et al.* (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984. Ver también M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009, cap. V.

²⁵ Conviene, por otra parte, distinguir —lo cual no se hace habitualmente en la literatura sobre la materia— dos tipos de jueces: los jueces «de mérito» y los jueces «de legitimidad». Simplificando un poco las cosas se puede decir esto. (i) Los jueces de mérito juzgan generalmente, si bien no exclusivamente, sobre *hechos* (comportamientos), como la pretendida comisión de un delito o el pretendido incumplimiento de un contrato. (ii) Los jueces de legitimidad —especialmente los tribunales de casación y los tribunales constitucionales— juzgan generalmente (aunque no exclusivamente) sobre *actos jurídicos*, como las sentencias de otros jueces (es el caso de los tribunales de casación) que supuestamente no se ajustan a la ley, o leyes (es el caso de los tribunales constitucionales) que supuestamente no se ajustan a la constitución. Por ejemplo, la justificación interna de una decisión de inconstitucionalidad de una ley tendrá, grosso modo, la siguiente estructura: «(i) Todas las leyes que no se ajustan a la constitución son inconstitucionales. (ii) La ley L no se ajusta a la constitución. Por tanto (iii) L es inconstitucional». Ahora bien, en muchos ordenamientos la premisa (i) no presenta especiales problemas: se trata, por hipótesis, de una norma constitucional explícita (fruto, se supone, de la interpretación pacífica de alguna disposición constitucional). Los problemas se refieren a la justificación externa de la premisa (ii). Esta última, como es fácil comprender, supone una doble interpretación: la interpretación de la ley sometida a consideración del tribunal, además de la interpretación de la disposición constitucional que se toma como parámetro de constitucionalidad. La comprobación de la contradicción entre dos normas supone, en efecto, la identificación de las dos normas en cuestión. De manera que, en el razonamiento de los jueces constitucionales, el núcleo de la justificación externa consiste en alegar argumentos interpretativos. Una última observación: he dicho que la premisa (i), «Todas las leyes que se oponen a la constitución son in-

4. BREVE REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Lo dicho anteriormente se refiere a los ordenamientos continentales, al «derecho legislativo». En los ordenamientos del *common law* (U.K., U.S.A., Canadá, etc.) la norma aplicable es, a menudo, extraída —por vía interpretativa o constructiva— no de textos normativos (leyes y demás), sino de «precedentes» jurisprudenciales. En este contexto «precedente» denota no ya la precedente interpretación de un texto normativo, sino más bien la precedente decisión de un caso concreto²⁶.

En los ordenamientos del *common law*, en efecto, rige la regla consuetudinaria del precedente vinculante, en virtud de la cual los tribunales inferiores tienen la obligación de actuar conforme a las decisiones de los tribunales superiores. Más precisamente: un juez (inferior), al cual se somete un caso *análogo* a otro ya decidido por otro juez (superior) en una sentencia precedente, debe decidir el caso del mismo modo²⁷.

El uso de la regla del precedente vinculante presenta principalmente dos tipos de problemas, que me limito a señalar²⁸.

(i) En primer lugar, la regla del precedente vinculante exige que el juez compruebe la semejanza entre dos casos. Sin embargo, ningún

constitucionales», no presenta problemas en muchos ordenamientos; esto es así ya que muchas constituciones contemporáneas contienen una norma constitucional explícita en este sentido; sin embargo, no se debe olvidar que en el ordenamiento estadounidense no existe en absoluto una norma constitucional explícita que prevea el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, el cual, en cambio, ha sido «inventado» (es decir, construido) por la Supreme Court, en la famosa decisión *Marbury*, 1803.

²⁶ De «precedentes» se habla obviamente también en los sistemas de *civil law*, pero aquí el mismo vocablo denota (principalmente) las precedentes interpretaciones de un mismo texto normativo.

²⁷ Es esta la regla del precedente vinculante llamado «vertical», que no hay que confundir con la regla del precedente vinculante «horizontal», en virtud del cual todo tribunal debe respetar *sus propios* precedentes. Ver F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), 2009, cap. III.

²⁸ Cfr., entre otros muchos, R. Cross, *Precedent in English Law*, IV ed., Oxford, 1991; W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, London, II ed., 1982; N. MacCormick, R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents*, Aldershot, 1991; M. Taruffo (ed.), *I giudici e il precedente*, sección monográfica de *Ragion pratica*, 6, 1996; P. Chiassoni, «Il fascino discreto della common law. Appunti sulla «rilevanza» dei precedenti giudiziari», en M. Bianchini, G. Viarengo (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, 1999; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit.; F. Schauer, «Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia», en L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

caso es intrínsecamente «análogo» a (o distinto de) otro caso. La similitud entre dos casos depende de los aspectos «relevantes» de uno y de otro. Pero establecer cuáles aspectos de un caso son relevantes (y cuáles irrelevantes) no es cuestión de hecho: es materia de valoración y decisión²⁹. La regla del precedente vinculante no especifica en modo alguno qué criterios deba usar un juez para decidir si el caso que se ha sometido a su examen es, o no es, análogo a un caso precedente. De manera que la regla se presta a que se la evada con facilidad, mediante la técnica del *distinguishing*, que consiste en mostrar cómo casos aparentemente similares son, «en realidad», sustancialmente distintos el uno del otro.

Naturalmente, tanto la pretendida semejanza, como la pretendida diferencia entre casos necesitan de la argumentación. Y esta no puede consistir en otra cosa que en poner en evidencia los aspectos comunes y/o las diferencias entre los casos y en expresar (discutibles) juicios de valor sobre su relevancia.

(ii) En segundo lugar, la regla del precedente vinculante exige la interpretación de los «precedentes», es decir, de las sentencias pronunciadas por otros jueces en ocasiones anteriores para decidir casos (se supone) análogos. Interpretar una sentencia consiste en analizarla para extraer de ella la subyacente *ratio decidendi*, es decir, para identificar y eventualmente formular la norma general de la cual (se supone) se ha inferido la decisión.

Para identificar la *ratio decidendi* hay que identificar el «núcleo» del razonamiento llevado a cabo por el juez y, más precisamente, la premisa normativa de la justificación interna. Las premisas de la justificación interna deben ser aisladas y cuidadosamente separadas de los así llamados «obiter dicta», es decir, de toda afirmación que no sea estrictamente necesaria para fundamentar la decisión³⁰. Solo la *ratio decidendi*, en efecto, es vinculante: no los «obiter dicta». Constituye la *ratio decidendi* cualquier norma jurídica que haya sido expresamente o —como sucede más frecuentemente— tácitamente usada por el juez para llegar a la conclusión.

Ahora bien, la regla del precedente vinculante presupone que todo precedente incorpore una, y solo una, *ratio decidendi* determinada, susceptible de ser «descubierta», como un tesoro escondido, mediante una investigación cuidadosa. De hecho, sin embargo, la identificación

²⁹ Más precisamente, afirmar la «relevancia» de un elemento de un supuesto de hecho constituye un juicio de valor *sui generis*.

³⁰ Sobre la distinción ver P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 147 y ss.

de la *ratio decidendi* —al menos siempre que esta no haya sido expresamente enunciada— no es en absoluto un descubrimiento. Es más bien un proceso de «universalización» (un tipo de razonamiento ampliamente estudiado y discutido sobre todo en meta-ética), que consiste en reconducir *conjeturalmente* una decisión individual bajo una norma general (o universal) que la justifique. Para ilustrar la cuestión, se puede aducir un simple ejemplo, a menudo citado en los manuales anglosajones de *jurisprudence*.

En un célebre caso, un fabricante de cerveza escocés fue condenado a resarcir los daños a un consumidor que había encontrado restos descompuestos de caracol en una botella de cerveza. Esta decisión puede ser universalizada conjeturando como su fundamento, entre otras, las siguientes normas: «Los productores escoceses de cerveza en botella tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que caracoles muertos terminen en el producto»; o bien «Los productores de cerveza tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que animales muertos terminen en el producto»; o incluso: «Los productores de alimentos y bebidas tienen la obligación de emplear la diligencia necesaria para evitar que sustancias nocivas terminen en el producto»; y así se puede seguir universalizando. Obviamente, la primera norma no sería de aplicación cuando el productor de cerveza fuese galés y/o en las botellas se encontrasen restos de lagartija y/o la cerveza estuviese envasada en latas. La segunda no se aplicaría a los productores de naranjada. Y así sucesivamente.

Lo notable aquí es que, como surge del ejemplo, de un mismo precedente se pueden «extraer», mediante universalizaciones, una pluralidad de normas bien distintas, según el nivel de abstracción escogido. En este sentido, cada precedente puede ser «interpretado» de varias maneras alternativas. Y, en consecuencia, un mismo precedente puede ser invocado, en diferentes circunstancias, para fundamentar decisiones completamente distintas (e incluso contrapuestas).

IV

LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS

Un argumento interpretativo es, simplemente, la razón —el argumento, precisamente— que un intérprete ofrece para sostener una tesis interpretativa, sea que se trate de una tesis cognitiva o decisoria.

Por lo que concierne en particular a la interpretación decisoria —es decir, las *decisiones* interpretativas— conviene recordar dos cosas.

Primero. Hay dos tipos de interpretación decisoria (doctrinal o judicial)¹: la interpretación decisoria estándar (elección de un significado determinado dentro del «marco» de aquellos admisibles) y la interpretación creadora (elección de un significado que no se encuentra dentro del marco). Esta última, por otra parte, es prácticamente indistinguible de la construcción jurídica (formulación de normas implícitas, etc.).

Segundo. En el ámbito de las decisiones judiciales, la argumentación de la interpretación pertenece a la justificación externa de la decisión y es parte integrante de la motivación.

Ahora bien, los argumentos interpretativos efectivamente usados en la cultura jurídica existente son muy numerosos, por no decir innumerables. Existen varios elencos, de amplitud variable². En lo que sigue,

¹ También la interpretación auténtica, contenida en leyes interpretativas, es obviamente interpretación decisoria, pero las leyes no son motivadas: el legislador no argumenta.

² Por ejemplo, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, enumera quince; J. Betegón, M. Gascón, J.R. de Páramo, L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, 1997, enumeran diez; P. Casanovas, J.J. Moreso, *Argumentació y pragmàtica del dret*, Barcelona, 1998, enumeran quince; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, enumera veinte; P. Chiassoni, «Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en P. Comanducci,

sin embargo, analizo solo aquellos que considero los más importantes y recurrentes³.

R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004, enumera veinte; J.J. Moreso, *Lógica, argumentación, e interpretación en el derecho*, Barcelona, 2005, enumera quince; D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, enumera diez. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, III ed., Montréal, 1999, especialmente cap. IV, distingue seis grupos de argumentos, según que hagan referencia: a la formulación del texto (método gramatical), a la coherencia de la legislación (método sistemático), a los objetivos de la ley (método teleológico), al contexto histórico de adopción de la ley (método histórico), a las consecuencias de la interpretación (método pragmático), a las interpretaciones anteriores (argumento autoritativo). G. Carcaterra, «Analogía», en *Enciclopedia giuridica*, II, Treccani Roma, 1988, pp. 5 y s., distingue tres clases de «criterios hermenéuticos»: literal, o semántico-sintáctico; lógico, cuyo objetivo es encontrar el significado «razonable», redimensionando el significado literal; ideológico, que hace referencia a la intención y/o al fin. Bastante más complejo es el análisis (en términos de «códigos interpretativos») que se encuentra en P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, pp. 72 y ss. Por último, ver también N. MacCormick, R. Summers (ed.), *Statutory Interpretation. A Comparative Study*, Aldershot, 1991.

³ Algunos (por ejemplo, P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit.; F. Ost, M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, 1989; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998), representan la interpretación como una actividad gobernada por reglas, o «directivas», convencionales de distintos tipos: reglas para la atribución de significado, meta-reglas para la selección entre diversos significados en competencia, etc. Claro está, no es imposible representar toda operación interpretativa como un acto de ejecución de una regla. Lo mismo, por lo demás, puede hacerse con cualquier otra conducta humana. Por ejemplo, se puede decir que quien atribuye a una disposición el significado resultante del uso lingüístico común da ejecución a la regla según la cual, precisamente, se debe atribuir a los textos normativos el significado conforme al uso común (regla de la interpretación literal). Sin embargo, hay que subrayar que las reglas en cuestión presentan dos características sobresalientes: por un lado, son «derrotables», es decir, sujetas a excepciones implícitas no especificadas ni especificables («Se debe atribuir a toda disposición el significado conforme a la intención del legislador, a menos que...»), «El argumento x prevalece sobre el argumento y, salvo que subsistan razones más fuertes en contrario», etc.); por otro lado, el conjunto de las mismas está impregnado de conflictos, ya que a toda regla se le contraponen al menos otra de contenido incompatible, y no hay meta-reglas estables para la solución de tales conflictos. Observa A. Ross (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 153): la eficacia manipuladora de las técnicas argumentativas depende del hecho de que no exista criterio alguno que indique qué regla de interpretación deba usarse; las máximas de interpretación no son verdaderas reglas sino solo «catch phrases (often couched in proverbial forms)», cuyo significado es bastante impreciso, de manera tal de consentir que sean usadas para alcanzar resultados opuestos: instrumentos que consienten al juez llegar a la conclusión que considere deseable, conservando al mismo tiempo la ficción según la cual él se limita a aplicar la ley respetando principios de interpretación objetivos (*op. cit.* p. 154). A pesar de esto, los métodos de interpretación trazan límites a la libertad del juez, ya que circunscriben el área de las soluciones justificables (*op. cit.* p. 153).

1. EL SIGNIFICADO COMÚN DE LAS PALABRAS

Hemos dicho en su momento que por «interpretación literal» pueden entenderse tres cosas bastante diferentes: (i) una interpretación *prima facie*, (ii) una interpretación no-contextual y (iii) una interpretación no-correctora⁴.

Pues bien, con alguna excepción⁵, la interpretación literal se argumenta apelando al así llamado «significado propio de las palabras» (ver art. 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano)⁶: más precisamente, alegando los usos lingüísticos comunes, es decir, las reglas sintácticas y semánticas de la lengua o del lenguaje sectorial en el que está formulado el texto normativo⁷.

⁴ Hemos hablado sobre este punto en un capítulo anterior.

⁵ Es una excepción la interpretación literal no-extensiva, a la que nos referiremos en seguida.

⁶ Aunque, en rigor de verdad, la interpretación *prima facie* no siempre necesita argumentación.

⁷ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 309 s. Un ejemplo *sui generis* de interpretación literal: «Quien lea sin preconceptos el art. 21 de la Constitución italiana: “Todos tienen el derecho de manifestar libremente las propias ideas con la palabra, la escritura o cualquier otro medio de difusión” afirmará, por muchas razones, que esta declaración no quiere atribuir un derecho funcional al individuo, sino un derecho individual»; en particular, «la falta de referencia alguna a una función social o política de este derecho en oposición con la explícita formulación en otros casos (“La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse en oposición a la utilidad social...”, “La propiedad privada está reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, de disfrute y los límites con el objetivo de asegurar la función social...”, “Todos los ciudadanos tienen derecho de asociarse libremente en partidos para competir a través de un método democrático para la determinación de la política nacional»)» ofrece, junto a otras consideraciones, «argumentos decisivos a favor de esta interpretación individualista de la declaración» (C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, p. 118 s.). Otro ejemplo *sui generis*: «Préstese atención al modo en que está formulado el art. 77, Constitución italiana. La constitución no dice: “En casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno puede adoptar disposiciones provisorias con fuerza de ley”, o algo por el estilo. Dice, en cambio: “Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno adopta, bajo su responsabilidad, disposiciones [...] con fuerza de ley, debe el mismo día presentarlos para su conversión en las Cámaras [...]” (art. 77, apartado II, Constitución italiana). La constitución, dicho de otra forma, no otorga al Gobierno el poder de adoptar decretos de urgencia con fuerza de ley: más bien, en principio le prohíbe hacerlo. La constitución hace algo distinto: se limita a disponer (de manera realista y sabia) los remedios para el caso en que el Gobierno adopte disposiciones de ese tipo a pesar de que le esté prohibido hacerlo» (R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 518 y s.).

Hay que observar, sin embargo, que el argumento del significado común de las palabras no siempre es factible y no siempre es concluyente⁸.

El argumento no es factible al menos: (a) en relación con términos técnicos propios de una u otra disciplina científica o técnica (supongamos: la ciencia de la construcción o la contabilidad), para los cuales constituye interpretación literal el uso de las reglas semánticas adoptadas (más o menos codificadas) en el ámbito de la disciplina de referencia⁹; (b) en relación con términos técnico-jurídicos —aquellos que tienen significado exclusivamente en el seno del lenguaje jurídico o que, en cualquier caso, se han tecnicado en el lenguaje jurídico, asumiendo un significado peculiar— para los cuales constituye interpretación literal el uso de reglas semánticas determinadas, según los casos, bien por el mismo legislador cuando sean términos amparados precisamente por una definición legislativa, o bien por la doctrina cuando sean términos objeto de elaboración doctrinal¹⁰.

El argumento, además, no siempre es concluyente por dos simples razones.

La primera razón —trivial— es que las reglas, tanto semánticas como sintácticas, de la lengua son a veces muy elásticas, por lo que no siempre consiguen alcanzar un significado (a) unívoco y (b) preciso.

La segunda —para nada trivial— razón es que aplicando las reglas de la lengua se puede *alumbrar* la equivocidad y la vaguedad de los textos normativos, pero no *resolverlas*.

Allí donde, por ejemplo, una disposición sea sintácticamente ambigua, por lo que podría ser entendida alternativamente en el sentido A o en el sentido B, la interpretación literal puede solo consistir en señalar el problema; es decir, en afirmar precisamente que la disposición en cuestión admite dos interpretaciones alternativas. No podría considerarse meramente literal una interpretación que despejase la ambigüedad y optase por uno u otro de los dos significados en conflicto, ya que «al pie de la letra» dicha disposición ni significa A, ni significa B, sino que precisamente puede significar tanto A como B.

Por otra parte, en los lenguajes naturales la vaguedad es una propiedad intrínseca de todos los predicados *en su uso común*. Por lo que,

⁸ Pero sobre la terminología de las leyes ver el amplio análisis de G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 108 y ss.

⁹ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 225.

¹⁰ O, mejor dicho, de elaboraciones doctrinales distintas y en conflicto (como casi siempre sucede).

de nuevo, la interpretación no puede hacer más que señalar el problema. No sería en absoluto literal una interpretación que incluyese en, o excluyese de, la denotación de un predicado un supuesto de hecho dudoso (marginal), ya que, según el uso común del lenguaje, ese supuesto de hecho es, precisamente, dudoso.

2. ARGUMENTO «A CONTRARIO» E INTERPRETACIÓN NO-EXTENSIVA

Merece un apartado especial una variante de la interpretación literal entendida como interpretación no-correctora, y precisamente la interpretación no-extensiva.

Pues bien, en favor de la interpretación no-extensiva se alega típicamente el argumento *a contrario* (en una de sus variantes): «ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit». En otras palabras, el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir; lo que no ha dicho, evidentemente no quería decirlo, ya que, si lo hubiese querido decir, lo habría dicho.

Este argumento induce a excluir que se pueda atribuir a una determinada disposición normativa un significado más amplio, *más extenso*, del literal. En otras palabras, el argumento *a contrario* equivale al rechazo de la interpretación extensiva y/o analógica: quien argumenta *a contrario* se atiene al significado «natural» del texto y rechaza extenderlo¹¹.

Si, por poner el ejemplo usual, el legislador ha dicho «ciudadanos», se debe entender que quería referirse precisamente a los ciudadanos en sentido estricto y no a las personas en general (es decir, incluidos los extranjeros y los apátridas). Supongamos que una disposición normativa —como el art. 17, apartado 1, Constitución italiana— confiera cierto derecho D (para el caso, el derecho de reunión) a los «ciudadanos». Argumentando *a contrario*, se afirmará que la disposición en cuestión confiere el derecho D *solo* a los ciudadanos y *calla* respecto de los extranjeros y los apátridas.

Desde este punto de vista, dicho en otras palabras, *falta* una norma que *confiera* el derecho D a los extranjeros y los apátridas, pero —obérvase bien— *falta* también una norma que *niegue* tal derecho a los extranjeros y a los apátridas: la constitución es lagunosa en materia de

¹¹ Por lo que, en verdad, no hay, como se suele pensar, una alternativa entre argumento analógico (al que nos referiremos en seguida) y argumento *a contrario*: bien visto, la alternativa es simplemente entre uso y no uso de la analogía (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 142).

derecho de reunión de los extranjeros y de los apátridas, no regula en modo alguno (ni en un sentido, ni en el sentido opuesto) tales supuestos de hecho.

En esta primera variante el argumento *a contrario* se resuelve, por tanto, en la producción de una *laguna*.

3. LA INTENCIÓN DEL «LEGISLADOR»

En general, se alega —o se hace una referencia tácita a— la presunta intención del legislador para justificar la atribución a un texto normativo de un significado *distinto del literal*¹².

El argumento de la intención del legislador puede ser usado de dos modos distintos¹³:

- (1) Como argumento autónomo y de por sí concluyente;
- (2) Como argumento auxiliar, parte de una estrategia argumentativa más amplia.

(1) *La intención del legislador en cuanto argumento autónomo*. En cuanto argumento autónomo, la apelación a la intención del legislador equivale a sostener directamente una conclusión interpretativa: «La disposición D expresa la norma N», sobre la base que esta, precisamente, fuese la intención del legislador.

Por otra parte, de este argumento se encuentran distintas variantes, las cuales pueden ser útilmente reagrupadas en tres parejas¹⁴.

(i) *Voluntad del legislador versus voluntad de la ley*. Una primera pareja de variantes está constituida por la alternativa: voluntad «del legislador» *versus* voluntad «de la ley».

(a) La voluntad del «legislador» es la intención del legislador histórico, «en carne y hueso», es decir, de los seres humanos (por hi-

pótesis identificables) que efectivamente han participado activamente en la redacción y en la aprobación de un determinado texto normativo. La constatación de la intención de aquellos —suponiendo que tal intención subsista y que sea susceptible de constatación (lo que no es en absoluto seguro)¹⁵— no puede valerse sino de los así llamados «trabajos preparatorios» (o del preámbulo o de la motivación del texto, allí donde existan)¹⁶.

(b) La voluntad de la «ley», por el contrario, es —en una de las posibles acepciones de esta expresión— la «ratio legis»¹⁷, es decir, la razón, el motivo, el fin, el «resultado práctico»¹⁸, por el cual una determinada norma ha sido dictada o, también, si se quiere decir así, el principio que subyace a la ley y que ella está destinada a realizar. Pero —obsérvese bien— se considera que para constatar la *ratio legis* hay que mirar *no* (o no tanto) los trabajos preparatorios, sino más bien el texto de la ley en cuanto tal, además de las circunstancias sociales, políticas, etc., que la han ocasionado¹⁹.

Por otra parte, el fin de la norma es, en un sentido, no premisa, sino resultado de la actividad interpretativa²⁰. En el sentido, obvio, que son

¹⁵ Cfr. S.L. Paulson, «Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche», en *Ars interpretandi*, 3, 1998.

¹⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364 ss.

¹⁷ Ver al respecto V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, pp. 125 y ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, p. 50.

¹⁸ V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, V ed., Padova, 1995, p. 21.

¹⁹ Léase este pasaje del Tribunal italiano de Casación, 3520/1977: «La interpretación restrictiva aparece cuando el juez considera que las expresiones usadas por el legislador han traicionado el pensamiento, o bien no lo han revelado con exactitud, de modo que en la norma aparecen comprendidos casos que no deberían entrar según la intención de la ley y, en consecuencia, excluye, para tales casos, la aplicación de la norma con el fin de realizar la real voluntad legislativa». Comenta P. Chiassoni, *L'interpretazione dei documenti legislativi. Nozioni introduttive*, en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 27: obsérvese como «(a) [las expresiones] "pensamiento del legislador", "intención de la ley" y "real voluntad legislativa" son usadas de manera intercambiable, y en cualquier caso para denotar, si no lo mismo, cosas entre sí compatibles (¿pero qué cosas?); (b) términos que en el lenguaje ordinario denotan aspectos de la psiquis de individuos de la especie humana de carne y hueso ("pensamiento", "intención", "voluntad") son, aquí, utilizados sin problemas a propósito de seres imaginarios ("el legislador") o de objetos inanimados ("la ley")».

²⁰ R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 226; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 151.

¹² Esto no excluye, sin embargo, que se pueda apelar a la voluntad del legislador incluso como argumento auxiliar en favor de una interpretación literal, asumiendo una perfecta correspondencia entre aquello que la ley dice y aquello que su autor ha querido decir. Cfr. P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 326.

¹³ Sobre el trasfondo ideológico de este argumento ver G. Tarello, «La semántica del neustico», en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 780 y 791.

¹⁴ Cfr. también E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 312 y ss.

los intérpretes quienes, conjeturalmente, atribuyen a la norma uno u otro fin²¹.

«El intérprete —se afirma— no puede considerarse obligado a buscar un significado conforme a la “voluntad política” de la cual la norma es, históricamente, un producto. La ley, una vez aprobada, “se desprende” del órgano que la ha producido: no se manifiesta ya como una “decisión” ligada a las razones y fines de quien la ha querido, sino como un texto legislativo integrado en el conjunto del ordenamiento jurídico. La *ratio* de la norma es por tanto vinculante para el intérprete solo si se la entiende en un sentido funcional o teleológico: es decir, como el fin, el resultado racional que la norma puede objetivamente perseguir en el momento en que es aplicada», pero «es evidente que la individualización de este fin deja márgenes amplios a la valoración del intérprete»²².

La idea subyacente es que los trabajos preparatorios reflejan no la «objetiva» voluntad de la ley, sino solo los «subjetivos» propósitos de los legisladores. Por lo que, apelar a la voluntad de la ley, en cuanto algo distinto de la voluntad del legislador, no tiene otro fin y efecto práctico que el de desacreditar el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo del que se trate.

Naturalmente, apelar a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trate de leyes recientes, no es otra cosa que un modo para eludir, dejar de lado, o sabotear la política del derecho efectivamente perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete.

(ii) *Intención fáctica versus intención contrafáctica*. Una segunda pareja de variantes está constituida por la alternativa (introduzco esta

²¹ El concepto de *ratio legis* y su incidencia sobre las decisiones interpretativas aparecen bien ilustrados en este simple ejemplo de V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 21: «La regla “Está prohibido asomarse” escrita en un gran cartel sobre la terraza más alta de una torre panorámica tiene una *ratio* distinta [se supone] de la que tiene la misma regla escrita sobre la ventanilla de un tren. En el primer caso, el resultado que se quiere obtener es que el visitante no pierda el equilibrio y caiga más allá de la barandilla, en el segundo caso se quiere también evitar que una parte del cuerpo expuesta fuera de la ventanilla pueda ser golpeada por un palo o un tren que venga en la otra dirección. Por tanto en el segundo caso, y no en el primero, “asomarse” indicará también el gesto de asomar un brazo».

²² V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 22. Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 438, 441 y s.

terminología a falta de otra mejor): intención fáctica *versus* intención contrafáctica²³.

(a) Intención fáctica es aquella que puede (si puede) ser reconstruida —sobre la base de los trabajos preparatorios— en relación con los supuestos de hecho que la ley *ha* efectivamente regulado.

(b) Intención contrafáctica es aquella que se puede conjeturalmente atribuir al legislador en relación con supuestos de hecho que, se admite, la ley *no ha* regulado en absoluto: «Si el legislador hubiese previsto el supuesto de hecho F, habría dispuesto que...»²⁴.

Dicho de otra forma, mientras que la intención fáctica es un argumento para seleccionar un significado, es decir, para atribuir a un texto normativo un significado determinado (descartando otros: en particular, descartando el significado literal), la intención contrafáctica es más bien una técnica de construcción jurídica para resolver lagunas, para encontrar conjeturalmente la reglamentación de supuestos de hecho sobre los cuales el legislador no ha tenido, en efecto, ninguna intención, porque, simplemente, no los ha regulado.

(iii) *Intención versus fin*. Una tercera pareja de variantes está constituida por la alternativa: intención (en sentido estricto) *versus fin*.²⁵

(a) Entendida en sentido estricto, la intención del legislador es aquello que el legislador quería *decir* con las palabras de la ley. Apelar a la intención del legislador en sentido estricto es hacer uso del argumento así llamado «psicológico».

(b) Entendida en sentido lato, la intención del legislador es, a veces, identificada más bien con su fin, es decir, con aquello que el legislador quería (no decir, sino) *hacer* mediante la ley: los efectos que quería conseguir. Apelar al fin del legislador (o «de la ley», como se decía más arriba) es hacer uso del argumento así llamado «teleológico»²⁶.

²³ F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, pp. 190 y s.

²⁴ Por ejemplo: si el legislador hubiese previsto la sustracción de energía eléctrica, la habría regulado del mismo modo que el hurto de cosas móviles. Recuérdese que un enunciado contrafáctico es un enunciado condicional con antecedente falso: quien argumenta así, como se ha dicho, reconoce que el legislador *no* ha regulado en absoluto el supuesto de hecho en cuestión.

²⁵ P.-A. Coté, *Interpretation des lois*, cit., p. 475; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 147.

²⁶ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 370 y s.

(2) *La intención del legislador en cuanto argumento auxiliar.* En cuanto argumento auxiliar, la intención del legislador no vale para sostener positivamente y directamente una conclusión interpretativa (del tipo: «La disposición D expresa la norma N»), sino simplemente para rechazar, en negativo, la interpretación literal en favor de una interpretación distinta.

Pero, naturalmente, descartado el significado literal, hay que preguntarse: ¿qué otro significado? Por hipótesis, la intención del legislador por sí misma no ofrece respuestas concluyentes a la pregunta. Para argumentar una respuesta —es decir, una interpretación determinada, que tendría preferencia respecto de la literal— hay que integrar el argumento de la intención del legislador recurriendo a otras técnicas interpretativas. A continuación veamos las principales.

4. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

El argumento analógico (o *a simili*) consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o «constructiva»— que dos supuestos de hecho son similares, análogos o, incluso, «sustancialmente iguales»²⁷.

El argumento puede ser utilizado para sostener dos conclusiones de tipo distinto: una interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma implícita en presencia de una laguna (por lo demás axiológica).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una norma implícita pertenece, en cambio, al ámbito de la interpretación en abstracto (entendida en sentido amplio, de manera de incluir también la construcción jurídica): concierne a la propia identificación de las normas vigentes.

²⁷ La literatura sobre la analogía es inmensa. Es, sin embargo, fundamental N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano, 2006. Pero, entre otros muchos, ver también M.S. Giannini, «L'analogia giuridica», en *Jus*, 1941 e 1942; L. Caiani, «Analogia», en *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958; G. Carcaterra, «Analogia», cit.; L. Gianformaggio, «Analogia», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, I, Torino, 1987; M. Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, cap. 5; L. Pelliccioli, V. Velluzzi (eds.), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, 2011.

(i) *Interpretación extensiva.* Hay que recordar que —a causa de la ineliminable vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural— toda norma es indeterminada: en el sentido que no se sabe exactamente qué supuestos de hecho están comprendidos en su campo de aplicación. Dada una norma cualquiera, hay casos a los cuales la misma es seguramente aplicable, casos a los cuales con seguridad no se les puede aplicar y, finalmente, casos «dudosos» o «difíciles» que están en una «zona de penumbra»: es decir, casos para los cuales la aplicación de la norma es discutible.

Pues bien (hemos ya hecho referencia a esto a propósito de la vaguedad), el argumento analógico puede ser usado para incluir un caso dudoso dentro del campo de aplicación de la norma de que se trate²⁸.

Así, por ejemplo, el Tribunal constitucional italiano interpreta extensivamente el art. 97, apartado 1, Constitución italiana, cuando extiende el principio de buen funcionamiento «de la administración» a «el ordenamiento de las oficinas judiciales y su funcionamiento bajo el aspecto administrativo»²⁹.

(ii) *Construcción de una norma implícita.* Cuando se usa para sostener la construcción de una norma implícita con la que colmar una laguna, el argumento analógico se funda: o sobre el presupuesto que la formulación normativa no refleja la «real» voluntad del legislador («lex minus dixit quam voluit»); o sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya contemplado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de un determinado modo si lo hubiese tomado en consideración.

²⁸ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, p. 631 s.: «El procedimiento de interpretación extensiva se articula, esquemáticamente, en dos fases lógicamente distintas. 1) Una fase de primera interpretación del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula en modo explícito un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que regula un caso *prima facie* similar, mediante términos que podrían ser reinterpretados para denotar *también* el supuesto de hecho no explícitamente incluido, al menos forzando moderadamente, de manera no irrazonable, la *littera legis* [...]. 2) Una fase de segunda interpretación [...] en la que se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de una determinada reinterpretación extensiva de los términos de la disposición en examen. Esto tiene lugar, por lo general, recurriendo a no menos de cinco distintos tipos de consideraciones, basadas respectivamente: a) sobre la efectiva voluntad del legislador histórico; b) sobre la *ratio legis*; c) sobre hipótesis contrafácticas acerca de la voluntad del legislador histórico; d) sobre la evolución de la conciencia jurídica; e) sobre el principio de igualdad».

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 281/1995.

En estos casos, el argumento presenta, grosso modo, la siguiente estructura.

(a) Se parte del presupuesto que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho sobre el que se discute —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que sin embargo exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado³⁰.

(b) Se asume, a continuación, que el supuesto de hecho no regulado es «sustancialmente» análogo, se asemeja bajo un aspecto «esencial», a un supuesto de hecho distinto —digamos F2—, este último sí regulado por una norma que conecta al mismo una determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»)³¹.

³⁰ Cfr. G. Carcaterra, «Analogía», cit., pp. 6, 8 y ss. Es un presupuesto del recurso a la analogía —se considera— que una controversia no pueda decidirse de otra manera, ni con la estimación, ni con la desestimación de la demanda, por la falta de disposiciones aplicables al caso concreto sometido al juez: la producción de una norma mediante analogía no sería necesaria cuando fuese aplicable el argumento *a contrario*. Pero, en efecto, el argumento *a contrario*, como alternativa al analógico, es siempre aplicable (G. Carcaterra, «Analogía», cit., pp. 18 y s.): sostener que una determinada controversia no puede ser resuelta argumentando *a contrario* no es distinto de valorar insatisfactoriamente —o por injusta o por «no querida» por el legislador— la solución que el argumento *a contrario* ofrecería. Como quiera que sea, la presencia de una laguna en el ordenamiento es siempre algo opinable, desde el momento en que es siempre posible hacer funcionar técnicas interpretativas idóneas para evitar las lagunas (ya nos hemos referido a este particular). Y, si se conviene también que el ordenamiento presenta una laguna, la elección de colmarla mediante el argumento analógico no es en todo caso una elección obligada. Precisamente, cualquier controversia puede ser resuelta simplemente argumentando *a contrario* (como sugieren, por otra parte, algunas doctrinas clásicas de la completitud que examinamos en su momento): ya que para el supuesto de hecho F1 no está expresamente establecida una consecuencia jurídica precisa, se puede sostener que tal supuesto de hecho carece de cualesquiera consecuencias jurídicas. Por ejemplo: ya que el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibido, se debe concluir que está permitido. O bien: ya que a tal sujeto no se le confiere expresamente ese determinado derecho, se debe concluir que tal sujeto no es titular de ese derecho. Se trata del uso productivo del argumento *a contrario* (hablaremos sobre esto en un próximo apartado).

³¹ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 635 y s.: «El procedimiento de analogía a partir de una única disposición se articula [...] en dos fases lógicamente distintas: 1) Una fase de interpretación en sentido estricto del discurso de las fuentes, como resultado del cual el intérprete llega a [...] las siguientes conclusiones: a) ninguna disposición literalmente entendida, o así como es entendida generalmente en la doctrina y la jurisprudencia, regula de manera expresa un determinado supuesto de hecho [...]; b) pertenece, sin embargo, al discurso de las fuentes una disposición que

Este argumento puede ser ilustrado con un simple ejemplo. El legislador ha dispuesto que quien haya recibido indebidamente una cosa y la haya alienado de buena fe ignorando que debía restituirla, debe restituir lo obtenido a cambio (art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano), y no en cambio restituir la cosa misma o su valor correspondiente (art. 2038, apartado 2, Cód. civ. italiano). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que se funda la norma, es el principio de tutela de la buena fe: se supone, es decir, que el legislador pretende (solo) la restitución de lo obtenido a cambio, y no un cumplimiento más gravoso, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión. El supuesto de hecho de la indebida recepción y subsiguiente alienación es similar a la situación de quien haya adquirido un objeto robado ignorando su procedencia y después lo haya alienado de buena fe. Por tanto, el art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano debe entenderse en el sentido de extenderlo también al supuesto de hecho de la adquisición de buena fe de una cosa robada³².

Naturalmente, como surge del ejemplo, para argumentar que existe semejanza entre dos supuestos de hecho, F1 y F2, hay que sostener que existe entre ellos una característica común no accidental, sino «esencial» a los fines de su regulación jurídica. Suponiendo que sea E el elemento que tienen en común F1 y F2, luego hay que sostener que E es precisamente la «razón» específica por la que al supuesto de he-

regula un caso *prima facie* similar [...], mediante términos que, sin embargo, no pueden razonablemente ser reinterpretados para denotar también el supuesto de hecho no expresamente incluido (no factibilidad de una interpretación extensiva). 2) Una fase de integración del discurso de las fuentes, en la cual se argumenta la razonabilidad, o plausibilidad, de la aplicación de una regla que enlaza al caso omitido la misma consecuencia normativa establecida para el caso similar de la disposición en examen. A tal fin, para el intérprete se trata de proceder, grosso modo, como sigue. En primer lugar, hay que valorar si la disposición que regula el caso similar expresa una norma *no* susceptible de aplicación analógica, en virtud de una prohibición explícita o implícita en el derecho positivo [...]. En segundo lugar, una vez resuelto negativamente el problema señalado anteriormente, hay que valorar cuál es la *ratio* de la norma que regula el caso incluido: cuál es la exigencia normativa satisfecha mediante esa norma, o bien su fin o su razón de ser. En tercer lugar, hay que valorar si el caso incluido y el caso omitido son razonablemente configurables como casos similares a la luz de la *ratio legis*: se trata [...] de argumentar que el caso omitido posee la propiedad en virtud de la cual el caso incluido ha sido regulado de ese modo».

³² Otros simples ejemplos: se hace analogía cuando se aplican a un contrato innominado las reglas dictadas por el Código civil para uno u otro contrato nominado; cuando se aplica a quienes conviven *more uxorio* una norma dictada para los cónyuges; cuando se aplica a la ley de ejecución de un tratado internacional la regulación dictada por el art. 72, apartado 4, Constitución italiana, para la ley de autorización para la ratificación.

cho F2 (el único regulado expresamente) se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica³³.

Dicho de otro modo, la construcción de una norma implícita por vía de analogía presupone la previa identificación de la así llamada *ratio* de la norma explícita de la que se parte, es decir, de la razón, del motivo, del fin para el que tal norma fue dispuesta.³⁴ Esto equivale a ir de la norma al «principio» que la fundamenta como su justificación axiológica (en el ejemplo expuesto más arriba, sobre la analogía a partir del art. 2038, apartado 1, Cód. civ. italiano, el argumento sería incompleto si no hiciese referencia al principio de tutela de la buena fe)³⁵.

En otras palabras: la analogía es «la operación que se realiza *pariendo de una norma explícita para subir hasta un principio* en ella contenido y del que se puede *volver a bajar hasta la formulación de una norma implícita*, precisamente esa que contiene la regla del caso “análogo” al expresamente regulado»³⁶. No se podría decir mejor.

De la misma manera, por poner otro ejemplo, se podría argumentar que el art. 101, apartado 2, Constitución italiana, «Los jueces están sujetos solo a la ley», cuya *ratio* es salvaguardar la imparcialidad en la administración de justicia, se refiere no solo a los jueces en sentido estricto, sino también a los fiscales³⁷.

³³ Por ejemplo, para extender a los «hombres» una norma que confiera un derecho a las «mujeres», hay que argumentar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadores, o en cuanto ciudadanos, y no en cuanto seres humanos del sexo femenino. La referencia a la *ratio legis* (a la «identidad de razón»), como presupuesto para la aplicación analógica, es explicada en el art. 4, apartado 1, del Código civil español: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no regulen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

³⁴ G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 14, identifica sin más la semejanza con la «*identitas rationis*», donde «*ratio*» tiene el significado «de razón de ser inmanente, de porqué, de fin, objetivo o motivo de la norma».

³⁵ Por lo que «podría decirse [...] que siempre, en toda forma de aplicación analógica, no se *extiende* una disposición particular; sino que, precisamente, se *aplica* el principio de cuya existencia la disposición particular sería testimonio»: G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 22. Bajo este aspecto, la diferencia entre aplicación analógica (llamada analogía *legis*) y recurso a los principios del derecho (llamada analogía *juris*) se revela una diferencia solo de grado. Cfr. G. Carcaterra, «Analogía», cit., p. 19.

³⁶ G. Vassalli, «Analogía nel diritto penale», en *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, p. 159 (la cursiva es mía).

³⁷ O bien: recuérdese un ejemplo que ya hemos visto (al hablar de la construcción de principios generales implícitos). «El art. 1768, Cód. civ. italiano, dispone que el depositario debe emplear en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: “si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa se valora con menor

Para terminar, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma implícita es muy sutil. Si miramos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, en efecto, una y otra se resuelven conectando una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho no comprendido en el significado *literal* de la disposición de que se trate.

Para quien se incline por interpretar al pie de la letra y, en particular, por argumentar *a contrario* (de la forma que hemos visto más arriba: excluyendo la interpretación extensiva) los casos dudosos, de incierta calificación, *no* están comprendidos en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista —que, en el ordenamiento italiano vigente, es obligatorio adoptar en materia penal (art. 1 Cód. penal italiano, art. 14 disp. prel. Cód. civ. italiano)— la así llamada interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (enmascarada) de una norma nueva implícita. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, simplemente, a un modo distinto de argumentar o de expresar una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de «religión» al movimiento así llamado de la Cienciología, alegando indiferentemente: que el supuesto de hecho no está expresamente regulado, pero que la Cienciología *es similar a* una religión; o bien que la Cienciología *es* una religión en sentido lato. En un caso evidentemente se construye una norma implícita, se crea una norma nueva,³⁸ en el otro caso se extiende el significado del término «religión» al área de penumbra del concepto y se subsume el supuesto de hecho dudoso bajo la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

rigor”. Una análoga atenuación de la responsabilidad es establecida por los arts. 789 y 798, Cód. civ. italiano, a propósito de la donación y por los arts. 1710, 1812, 1821, Cód. Civ. Italiano, a propósito del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien realiza una prestación gratuita está sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto de quien actúe a cambio de una contraprestación. Y entonces, pasando a un caso no expresamente previsto, si alguien da gratuitamente una información y ésta es errada, su responsabilidad deberá valorarse de manera menos severa, en base a una aplicación analógica de las normas mencionadas» (P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 14).

³⁸ G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 192 y s.

5. EL ARGUMENTO *A FORTIORI*

El argumento *a fortiori* presenta una gran similitud con el argumento analógico en su variante «constructiva»³⁹.

También el argumento *a fortiori* se alega para apoyar la formulación de una norma implícita con la que colmar una (supuesta) laguna. También este argumento se fundamenta sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, incluso no habiendo regulado un determinado supuesto de hecho, sin embargo lo habría regulado de ese modo si lo hubiese tomado en consideración. También este argumento presupone una conjetura en torno a la *ratio legis*. El argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* (solo) por el hecho que no necesita que se verifique la «semejanza» de los supuestos de hecho tomados en consideración.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Se parte del presupuesto de que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho de que se trata —digamos F1— carece de regulación (véase el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano) y que, sin embargo, exige una regulación, es decir, *debe* ser regulado.

(b) Se presupone, a continuación, que —a la luz de la *ratio legis*— el supuesto de hecho no regulado merece *con mayor razón* la misma consecuencia jurídica que un supuesto de hecho distinto —digamos F2— que sí está regulado por una norma que conecta a dicho supuesto de hecho determinada consecuencia jurídica («Si F2, entonces G»).

(c) Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2 («Si F1, entonces G»).

Por ejemplo: si la cosa juzgada es intocable respecto de una declaración de inconstitucionalidad (salvo el caso de la sentencia penal, según el art. 30, apartado 4, ley italiana 87/1953), entonces —con mayor razón— debería ser intocable también respecto de una ley de interpretación auténtica⁴⁰. O incluso: si, según el art. 11, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano, la ley no tiene efecto retroactivo, entonces —con mayor razón— no puede tener efecto retroactivo el reglamento (que es fuente subordinada a la ley).

³⁹ C.E. Alchourrón, «Los argumentos jurídicos “a fortiori” y “a pari”», en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.

⁴⁰ A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisprudenziali*, Milano, 2003, p. 237, nota 68.

El argumento *a fortiori* puede asumir dos formas distintas, según que se adopte en relación con normas que confieran posiciones subjetivas ventajosas (por ejemplo: derechos) o, en cambio, en relación con normas que impongan posiciones desventajosas (por ejemplo: obligaciones).

(a) En un caso, asume la forma del argumento *a majori ad minus*. Por ejemplo: si está permitido aplicar intereses del 20%, entonces —con mayor razón—, está también permitido aplicar intereses del 10%.

(b) En el otro caso, asume la forma del argumento *a minori ad majus*. Por ejemplo: si está prohibido entrar en un determinado local con animales domésticos, entonces —con mayor razón—, está también prohibido entrar en dicho local con tigres.

Como se puede intuir, las palabras clave de todo el argumento son la expresión «con mayor razón». Se quiere decir, en definitiva, que también este modo de argumentar presupone la previa identificación de la «razón» por la que a un determinado supuesto de hecho está vinculada una determinada consecuencia jurídica y no otra.

6. DISOCIACIÓN E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El argumento de la disociación consiste simplemente en alegar —en favor de una conclusión, según los casos, interpretativa o constructiva—, que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» distintos.⁴¹

El argumento se puede utilizar para sostener dos decisiones de tipo distinto: por un lado, una interpretación restrictiva; por otro, la «construcción» de una excepción implícita, cuyo resultado es la derrota de una norma, es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta (de alcance más restringido).

La interpretación restrictiva es un tipo de interpretación *en concreto*: se refiere a la aplicación a casos concretos de la norma previamente identificada.

La construcción de una excepción implícita es, más bien, una operación interpretativa *en abstracto* (si incluimos en esta categoría tam-

⁴¹ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, 1966 (ver la voz «disociación» del índice analítico).

bién la construcción jurídica): se refiere a la identificación misma (del contenido) de la norma.⁴²

(i) *Interpretación restrictiva*. Recuérdesse otra vez que la ineliminable vaguedad de todo predicado hace que los límites de toda norma sean inevitablemente indeterminados. Dada una norma cualquiera, hay supuestos de hecho a los cuales esta resulta sin duda aplicable, supuestos de hecho a los cuales sin duda dicha norma no puede ser aplicada y, por último, supuestos de hecho «dudosos» o «difíciles» que se encuentran en una «zona de penumbra»: es decir, supuestos de hecho para los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta o controvertida.

Pues bien (lo hemos ya señalado al hablar precisamente de la vaguedad), el argumento de la disociación —de la «diferencia»— puede ser usado para excluir un caso difícil, un supuesto de hecho de dudosa calificación, del campo de aplicación de la norma en cuestión.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano interpreta restrictivamente el artículo 41, apartado 1, de la Constitución italiana, sobre la «iniciativa económica privada», cuando afirma que tal disposición tutela solo la posición del empresario y no así la de quien invierte capitales con fines productivos⁴³. O incluso: el mismo Tribunal interpreta restrictivamente el artículo 122, apartado 4, de la Constitución italiana —no responsabilidad de los consejeros regionales por las opiniones expresadas y los votos dados «en el ejercicio de sus funciones»—, cuando precisa que las funciones en cuestión son solo aquellas conferidas por la constitución o por las leyes del Estado (no aquellas eventualmente conferidas por leyes regionales)⁴⁴.

(ii) *Construcción de una excepción implícita*. Cuando es utilizado para sostener la existencia de una excepción «implícita», es decir, no formulada, el argumento de la disociación se funda: o sobre el supuesto que el legislador haya *dado por supuesta* determinada distinción

⁴² Introducir en una norma una excepción no es diferente de sustituir la norma en cuestión por una norma diferente. Por ejemplo, si la norma N1 presenta la estructura «Si A, entonces Z» («Si vehículos, entonces prohibido el ingreso en el parque»), introducir en ella la excepción, supongamos, «no B» («no ambulancias»), equivale a sustituirla con la norma N2: «Si A y no B, entonces Z» («Si vehículos y no ambulancias, entonces prohibido el ingreso»). Ver V. Velluzzi, «Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto», en *Criminalia. Annuario di scienze penali*, 2008, pp. 506 y s.

⁴³ Tribunal Constitucional italiano 138/1984.

⁴⁴ Tribunal Constitucional italiano 69/1985. En verdad, esta decisión interpretativa del Tribunal puede leerse también como introducción, en la norma, de una excepción implícita.

(es decir, que la haya querido, aunque no la haya explicitado); o sobre el presupuesto (contrafáctico) que el legislador, aunque no haya realizado determinada distinción, la *habría* sin embargo realizado si hubiese tomado en consideración el caso.

La estructura del argumento es, grosso modo, la siguiente.

(a) Aparentemente (es decir: literalmente) el legislador ha dictado una regulación para todo el conjunto de supuestos de hecho F («Si F, entonces G»).

(b) Sin embargo, dentro de la clase F se deben distinguir dos subclases, F1 y F2, «sustancialmente distintas».

(c) Era intención del legislador, a la luz de la *ratio legis*, referirse no a toda la clase F, sino solo a una de las subclases en ella comprendidas (por ejemplo, la subclase F1).

(d) Se sigue de esto que la norma, bien entendida, incluye —presupone— una excepción (que concierne, por ejemplo, a la subclase F2): «Si F, pero no F2, entonces G», que es equivalente a la conjunción de «Si F1, entonces G» y «Si F2, entonces no G».

En conclusión, el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción que el legislador no ha en absoluto realizado, de modo tal que se somete el antecedente de la norma a una excepción implícita y así se reduce el campo de aplicación solo a algunos supuestos de hecho expresamente previstos (es decir, previstos según una interpretación literal).

Obsérvese bien: excluir una clase de supuestos de hecho del ámbito de aplicación de una norma puede tener, según los casos, dos efectos distintos. (a) Es posible que el resultado de la operación sea el de hacer que dicha clase de supuestos de hecho entre bajo el dominio de otra norma. Pero es también posible (b) que la clase de supuestos de hecho en cuestión no resulte regulada por ninguna otra norma, por lo que el resultado de la operación es la creación de una laguna.

Para aclarar el funcionamiento del argumento de la disociación es útil ofrecer algún ejemplo (y es fácil ejemplificar ya que la técnica de la disociación es de uso muy frecuente).

El artículo 1428 del Cód. civ. italiano dispone que, en ciertas condiciones, «el error es causa de anulación del contrato». El legislador no distingue entre la hipótesis en que el error haya sido cometido por uno solo de los contratantes (considerado error «unilateral») y la hipótesis en que el error haya sido cometido por ambos (considerado error «bilateral»). Sin embargo, argumenta la doctrina, los errores unilaterales son «sustancialmente» distintos de los bilaterales. *Ratio* de la norma

es la tutela de la buena fe, pero, en el caso del error bilateral, ni siquiera se plantea un problema de tutela de la buena fe. Por tanto, el artículo 1428 del Cód. civ. italiano debe ser entendido en el sentido que el mismo se refiere tácitamente no al error sin distinciones, sino solo al error unilateral. Como puede verse, el resultado de esta argumentación es la inclusión de una excepción en la estructura lógica de la norma. Así entendida, en efecto, la disposición se aplica no a toda la clase de los errores, sino solo a una subclase de los mismos: la subclase de los errores unilaterales. En definitiva, el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre distintas especies de error: el intérprete, al contrario, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases —la clase de los errores unilaterales y la clase de los bilaterales— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica⁴⁵.

El artículo 89, apartado 1 de la Constitución italiana, dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes [...]». No se nos puede escapar que la disposición se refiere literalmente a todos los actos del Presidente (y de esto se podría concluir que, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, entonces no hay actos presidenciales que no sean adoptados a propuesta ministerial). La doctrina dominante, sin embargo, distingue entre actos presidenciales adoptados por iniciativa ministerial («sustancialmente gubernativos») y actos presidenciales de iniciativa del propio Presidente («sustancialmente presidenciales»), e interpreta la disposición en examen en el sentido que esta regula solo los actos del primer tipo, sin disponer nada respecto de los del segundo tipo. Por lo que deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el Presidente adopte, precisamente, a consecuencia de propuesta ministerial. Por el contrario, los actos llamados de «iniciativa presidencial» (es decir, los que no se basan en una propuesta ministerial) no entran bajo el dominio del artículo 89, apartado 1, Constitución italiana. Así entendida, tal disposición no se aplica a toda la clase de los actos presidenciales, sino solo a la subclase de los actos adoptados por el Presidente a propuesta ministerial. En conclusión, el constituyente dicta una regulación que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de distinto tipo; la doctrina, al contrario, distingue allí donde el constituyente no ha distinguido. La distinción introducida consiste en subdividir la clase

⁴⁵ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 271 y ss.

de los actos presidenciales en dos subclases —la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los sustancialmente presidenciales— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica.

El artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, dispone que «las leyes penales [...] no se aplican fuera de los casos y los momentos en ellas establecidos». Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia hay dos modos distintos de aplicar una ley (penal) «fuera de los casos y los momentos» en ella establecidos: uno es la interpretación «extensiva», el otro es la interpretación «analógica». En verdad, la distinción, como hemos visto, es bastante fluida. Pero, como quiera que sea, la disposición en examen es comúnmente entendida en el sentido que está prohibida solo la interpretación analógica, y no así la extensiva, de las leyes penales. La doctrina, en conclusión, distingue allí donde el legislador no ha distinguido. La distinción consiste en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases —la clase de las interpretaciones «extensivas» (puras y simples) y la clase de las aplicaciones «analógicas»— y en «disociar» las dos subclases a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición en examen hay que entenderla en el sentido que se refiere no ya a todo tipo de aplicación extensiva, sino solo a la llamada aplicación analógica. Por lo que la otra subclase, la de las «meras» aplicaciones extensivas, queda fuera de la prohibición del artículo 14 disp. prel. del Cód. civ. italiano, cuyo campo de aplicación resulta por tanto restringido.

El artículo 100, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que «el Tribunal de Cuentas ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno». *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, hay que distinguir claramente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y todos los restantes. La mencionada disposición constitucional hay que entenderla en el sentido que están sujetos al control preventivo del Tribunal de Cuentas solo los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley. Por lo que *no* contrasta con la Constitución el art. 16, apartado 1, de la Ley italiana 400/1998, que aparta del control preventivo del Tribunal de Cuentas los decretos legislativos y los decretos-leyes.⁴⁶ También aquí el Tribunal Constitucional italiano distingue allí donde la Constitución italiana no distingue en absoluto. La distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en dos subclases

⁴⁶ Tribunal Constitucional italiano 406/1989.

—la clase de los actos de rango legislativo y la clase de todos los actos restantes— y en «disociar» las dos a efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es el que se ha dicho: el art. 100, apartado 2, de la Constitución italiana, hay que entenderlo en el sentido que se refiere no ya a la totalidad de los actos gubernativos, sino solo a los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley: de manera que los actos de rango legislativo quedan fuera de su campo de aplicación.

El artículo 503 del Código penal italiano (en combinación con el precedente art. 502) penaliza la huelga «con fines políticos». El Tribunal Constitucional italiano, al querer evitar el declarar inconstitucional sin más la disposición mencionada por oponerse al artículo 40 de la Constitución italiana, distingue en el seno de la clase de las huelgas políticas aquellas dirigidas «a subvertir el orden constitucional o bien a impedir u obstaculizar el libre ejercicio de los poderes legítimos en los que se expresa la soberanía popular» de todas las restantes. Y declara inconstitucional el art. 503 del Código penal italiano solo «en la parte en que» penaliza la huelga política, digámoslo así, no «subversiva»⁴⁷. El resultado de la distinción es, en conclusión, la tesis según la cual el artículo 40 de la Constitución italiana sí tutela la huelga (no solo con fines contractuales, sino también) con fines políticos, pero no la huelga política con fines «subversivos».

El artículo 10, apartado 2, de la Ley italiana 195/1958, establece que el Consejo Superior de la Magistratura «ofrece al Ministro dictámenes sobre las propuestas de ley concernientes al ordenamiento judicial, etc.», sin disponer nada respecto de la iniciativa del dictamen. Algunos, sin embargo, distinguen dos tipos de dictámenes: aquellos que hayan sido solicitados al Consejo por parte del Ministro, y aquellos realizados por el Consejo por propia iniciativa. Y, alegando que el Ministro es el destinatario de los dictámenes del Consejo, sostienen que el Consejo no puede expedir dictámenes del segundo tipo, es decir, dictámenes que el Ministro no haya solicitado. Distinguen, por tanto, allí donde el legislador no distingue, y subdividen la clase de los dictámenes en dos subclases —la clase de los dictámenes solicitados por el Ministro y la clase de los dictámenes por iniciativa del Consejo— de manera tal de «disociar» así las dos clases a efectos de la regulación jurídica. El resultado es que el Consejo no puede expedir dictámenes al Ministro si no han sido solicitados.

⁴⁷ Tribunal Constitucional italiano 290/1974.

Para concluir, hay que decir que la línea de demarcación entre la interpretación restrictiva propiamente dicha y la construcción de una excepción implícita es incierta. Ambas operaciones, en efecto, se resuelven excluyendo del campo de aplicación de una norma un supuesto de hecho que, según el significado literal de la disposición en cuestión, entraría dentro de tal campo.

Repitiendo más o menos cuanto hemos dicho a propósito de interpretación extensiva y analogía, se puede sostener que la diferencia entre interpretación restrictiva y construcción de una excepción implícita se reduce, en última instancia, a un distinto modo de argumentar o de expresar una misma operación.

7. OTRA VEZ EL ARGUMENTO *A CONTRARIO*

Nos hemos ya encontrado con el argumento *a contrario* en distintas ocasiones⁴⁸. Ha llegado el momento de analizarlo expresamente.

El argumento conoce fundamentalmente dos variantes⁴⁹. Cada una de ellas constituye una respuesta (distinta) al problema —llamémoslo así— «de la clase complementaria»: dada una norma que regula una clase cualquiera de supuestos de hecho (F) ¿se debe considerar que la clase complementaria (no-F) carece completamente de regulación o, al contrario, que también esta está regulada, aunque sea implícitamente, y que está regulada de manera opuesta?

(i) En una primera variante —meramente interpretativa— el argumento sirve para sostener una interpretación (en concreto) literal y, más precisamente, no-extensiva. Al respecto nos hemos referido ya en un apartado anterior.

(ii) En una segunda variante —no meramente interpretativa, sino «constructiva»— el mismo argumento resulta en la construcción de una norma no formulada, pero (se pretende) «implícita»⁵⁰.

⁴⁸ En un capítulo anterior, al hablar de indeterminación del ordenamiento, y en particular al ilustrar el problema (recurrente) de la regulación de la clase complementaria (complementaria a la expresamente regulada), además de en este mismo capítulo, al hablar de interpretación no-extensiva.

⁴⁹ Ver, en cambio, el análisis bastante más detallado de G. Carcaterra, «L'argomento a contrario», en S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

⁵⁰ Aquí estamos, por tanto, en el ámbito de la interpretación en abstracto.

Tomemos otra vez el ejemplo, simple pero ilustrativo, de una disposición constitucional que confiere un derecho a los ciudadanos, como el artículo 18, Constitución italiana («Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente [...]»). Entendida al pie de la letra, una disposición semejante se aplica evidentemente al supuesto de hecho «ciudadanos». La disposición, sin embargo, no incluye la cláusula «solo» (no dice «Solo los ciudadanos...»)⁵¹. Y el problema, que ya conocemos, es por tanto el siguiente: cuál es, si la hay, la regulación de la clase de supuestos de hecho complementaria (no-ciudadanos, es decir, extranjeros y apátridas). Pues bien, el argumento *a contrario* está destinado, en ambas variantes, a sostener que la norma *no* se aplica a los no-ciudadanos. Sin embargo:

(i) En la primera variante, el argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos en el sentido que *calla*, nada dice, sobre estos. El supuesto de hecho no-ciudadanos carece de cualquier regulación (al menos en el nivel constitucional, visto que hemos usado una disposición constitucional para ejemplificar).

Usado de este modo, nótese, el argumento *a contrario* se reduce tendencialmente a la producción de una laguna. El supuesto de hecho complementario podría, naturalmente, ser regulado por otra norma, distinta y ulterior respecto de la tomada en consideración. Pero podría también no ser regulado en absoluto y, en tal caso, el ordenamiento sería lagunoso.

Obsérvese (visto el ejemplo seleccionado) que una laguna en el nivel constitucional implica que el legislador ordinario puede regular el supuesto de hecho de que se trate del modo que más le agrade. Para seguir con el ejemplo, si la constitución nada dice sobre el derecho de asociación de los no-ciudadanos, cualquiera que sea el contenido de lo que el legislador disponga al respecto, la ley en cuestión nunca podrá ser inconstitucional (por falta de un «parámetro» de constitucionalidad

⁵¹ Si así dijese, el supuesto de hecho «ciudadanos» sería condición no solo suficiente, sino necesaria y suficiente de la relativa consecuencia jurídica. Por lo que la atribución de ese determinado derecho solo a los ciudadanos implicaría lógicamente la exclusión de los no-ciudadanos del disfrute de ese mismo derecho. Tómese el siguiente ejemplo. El art. 15 disp. prel. del Cód. civ. italiano dispone: «Las leyes no son derogadas sino por leyes posteriores». Esto parece significar que *solo* las leyes posteriores pueden válidamente derogar leyes anteriores. *A contrario*, se puede concluir que la ley no puede ser derogada por desuetudo. En este caso la inferencia *a contrario* tiene carácter deductivo, es decir, lógicamente vinculante. Cfr. A. García Amado, «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 2001.

con el que confrontarla)⁵²; en otras palabras, el legislador puede libremente tanto extender a los no-ciudadanos el derecho de asociación, como prohibir a los no-ciudadanos que se asocien.

(ii) En la segunda variante, el mismo argumento se alega para concluir que la norma no se aplica a los no-ciudadanos, no ya en el sentido que omite regular tal supuesto de hecho, sino en el sentido que los no-ciudadanos son positivamente —aunque tácitamente, implícitamente— *excluidos* del goce del derecho en cuestión⁵³.

En otras palabras, aquí no hay laguna de ningún tipo: el texto normativo (la constitución en nuestro ejemplo) contiene tanto la norma explícita que confiere un derecho a los ciudadanos («Si ciudadanos, entonces derecho de asociación»), como la norma implícita que lo niega a los no-ciudadanos («Si no-ciudadanos, entonces no derecho de asociación»). Con la obvia consecuencia —para seguir con el ejemplo— que una ley ordinaria, la cual pretendiese conferir también a los no-ciudadanos el derecho en cuestión, sería inconstitucional.

8. INTERLUDIO: EL DERECHO COMO «SISTEMA»

Para introducir el análisis de la interpretación sistemática, hay que decir algunas palabras sobre la idea del derecho como «sistema»⁵⁴.

La expresión «ordenamiento jurídico» es comúnmente usada⁵⁵ de manera inocente e irreflexiva, sin alguna *arrière pensée*: como sinónimo de «derecho» (en sentido objetivo). Al decir que el derecho es ordenamiento, se quiere decir muy simplemente que el derecho es un ordenamiento (normativo) de la conducta en cuanto «ordena» la conducta: en el doble sentido del vocablo «ordenar», mandar y poner orden.

Algunas veces, sin embargo, al decir que el derecho es un ordenamiento, se quiere decir que el derecho es un conjunto de normas *ordenado*⁵⁶: en sentido estricto, un «sistema», es decir, una totalidad (i)

⁵² Se llama «parámetro» de legitimidad constitucional a la norma constitucional con la que una norma de ley debe ser confrontada para decidir sobre su conformidad con la constitución.

⁵³ G. Carcaterra, «Analogia», cit., p. 18.

⁵⁴ G. Lazzaro, «Sistema giuridico», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1969 (extracto).

⁵⁵ En el lenguaje de los juristas, como así también en este volumen.

⁵⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, p. 179: «Pero si las antinomias son posibles (y aún más, al menos en la evolución temporal del ordenamiento son inevitables), es también verdad, por otro lado, que deben ser com-

axiológicamente coherente, (ii) lógicamente consistente y (iii) completa⁵⁷.

(i) La coherencia o cohesión axiológica (*coherence*) exige que todas las normas pertenecientes al ordenamiento sean reconducibles, desde el punto de vista axiológico, a un único principio o a una única y armoniosa constelación de principios (o valores) entre sí consistentes: «cualquier ordenamiento jurídico, para ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y disposiciones dispersas y ocasionales, debe expresar una intrínseca coherencia, es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios»⁵⁸.

Pero naturalmente la tesis según la cual todas las normas existentes en un ordenamiento comparten un común fundamento axiológico⁵⁹ no puede sostenerse seriamente. Cada ordenamiento es el fruto (aluvial) de una gran variedad de doctrinas políticas y de políticas del derecho distintas, portadoras de valores en conflicto. Y esto es así incluso a nivel constitucional (aunque la constitución no sea sino un

puestas y resueltas, con el fin que el ordenamiento sea verdaderamente tal, como la palabra expresa: *orden*, sistema regulador coherente y unitario, y no acumulación de normas entre sí contradictorias. Al reconocimiento de la posibilidad de antinomias se contraponen, por tanto, en sede dogmática, el postulado de la unidad del sistema (antinomias hay, pero están prohibidas)... unidad incluso "material" en el sentido que no deben poder coexistir válidamente normas que regulen un mismo objeto en sentido contradictorio». Sobre los «principios de coherencia», ver G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 68 y ss. La tesis de la necesaria coherencia de los ordenamientos es criticada por G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959.

⁵⁷ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 69: «Entendemos por "sistema" una *totalidad ordenada*, es decir, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden. Para que se pueda hablar de un orden, es necesario que los entes constitutivos no estén solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de consistencia entre ellos». Cfr. G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, pp. 173 y ss.; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, III ed., Torino, 2008, pp. 158 y ss.

⁵⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 34. Cfr. N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en A. Peczenick *et al.* (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984; N. MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en W. Krawietz *et al.* (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984 (se trata de dos ensayos distintos, si bien tienen el mismo título); G. Pino, «Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1998; M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009, cap. IV.

⁵⁹ De aquí, según Dworkin, se seguiría que toda cuestión de derecho admite una, y solo una, solución jurídicamente correcta. Cfr. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), 1985, pp. 119 y ss.

único documento normativo):⁶⁰ de otra manera, los frecuentes conflictos entre principios constitucionales serían simplemente inexplicables⁶¹.

La armonía axiológica entre principios, en la medida en que existe, es fruto de construcción jurídica, es decir, de la (ocasional) armonización de los mismos por obra de los juristas y los jueces.

(ii) La consistencia lógica (*consistency*) exige algo menos que la cohesión: consiste simplemente en la ausencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas.

Pero también la tesis según la cual los ordenamientos son consistentes es, como resulta evidente, insostenible. Las normas existentes en un ordenamiento han sido dictadas en tiempos distintos, en circunstancias distintas, por parte de las más variadas autoridades normativas, cada una de las cuales perseguía una política del derecho propia (eventualmente en conflicto con la de otras autoridades). Tales normas no son consistentes, ni podrían serlo⁶². Por tanto, en todo ordenamiento, antinomias, de hecho, innegablemente las hay. Si no hubiese antinomias, por lo demás, la cultura jurídica no habría elaborado —y la autoridad normativa no habría en algún caso codificado— los principios o criterios encaminados a resolverlas («lex posterior», «lex superior», «lex specialis»).

En virtud de tales criterios el ordenamiento puede, dentro de ciertos límites⁶³, volverse consistente, ser sistematizado. Pero, obviamente, ausencia de antinomias y posibilidad de resolverlas son cosas muy

⁶⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 35.

⁶¹ Cfr. B. Celano, «Diritti, principi, e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005, pp. 53 y ss., quien argumenta la tesis según la cual los conflictos entre derechos, principios y valores constitucionales son, en cualquier caso, inevitables.

⁶² V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, cit., pp. 178 y s.

⁶³ Dentro de ciertos límites, como hemos visto, dado que no hay criterios positivos para la solución de antinomias entre principios constitucionales (la técnica de la ponderación, comúnmente utilizada por los tribunales constitucionales, no es prescrita por ninguna norma positiva y se puede sostener que no es la única técnica posible). Súmese a esto que pueden surgir antinomias de segundo grado entre los propios criterios de solución, y no todas las antinomias de segundo grado son susceptibles de solución indolora (para algunas de ellas no existe meta-criterio positivo alguno de solución). Ver lo que vimos en su momento respecto de las interferencias entre criterio de especialidad y principio cronológico. Cfr. N. Bobbio, «Des critères pour résoudre les antinomies», en *Dialectica*, 1964, pp. 237 y ss.

distintas⁶⁴: la consistencia del ordenamiento resulta no ya un dato de hecho, anterior a la dogmática (y la jurisprudencia), sino más bien el resultado del trabajo dogmático (y jurisprudencial)⁶⁵.

(iii) En cuanto a la completitud, no hay más que recordar sucinatamente cuanto hemos dicho en su momento.

En primer lugar, la *necesaria* completitud de los ordenamientos (es decir, de cualquier ordenamiento, en cualquier tiempo y en todo lugar) no se puede sostener seriamente. Se puede más bien sostener que, de hecho, en todo ordenamiento hay lagunas de algún tipo (normativas, técnicas, axiológicas).

En segundo lugar, los juristas (y los jueces, se entiende), lejos de considerar completo el ordenamiento, se empeñan más bien en crear ellos mismo lagunas (axiológicas) en gran cantidad: con el fin, claro está, de colmarlas inmediatamente fabricando oportunas normas implícitas.

En pocas palabras, el ordenamiento en cuanto sistema no preexiste a la interpretación y a la construcción jurídica: el «sistema» jurídico no es otra cosa que el resultado de la actividad de sistematización de los juristas⁶⁶: solución de antinomias lógicas y de falta de armonía axiológica⁶⁷, elaboración de normas implícitas, integración de lagunas⁶⁸.

⁶⁴ Se estará de acuerdo en que una cosa es no tener ningún agujero en el bolsillo, y otra cosa es tener un agujero, aunque se disponga de aguja e hilo para remendarlo.

⁶⁵ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, pp. 180 y ss.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971 (ed. castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005); C.E. Alchourrón, «Systematization and Change in the Science of Law», y E. Bulygin, «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», ambos en T. Eckhoff, L. M. Friedman, J. Uusitalo (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart, Rechtslehre*, Beiheft 10, Berlin, 1986; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 117 y ss. Ver al respecto R. Guastini, «Aspetti notevoli di *Normative Systems*», en P. Comanducci, R. Guastini *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1998, pp. 69 y ss.

⁶⁶ Texto fundamental al respecto es G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008. Ver también G.B. Ratti, «La coerenza dei sistemi giuridici», en G. Maniaci, G. Pino, A. Schiavello (eds), *Coerenza e retorica nel diritto*, Palermo, 2008; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 245.

⁶⁷ Como ponen en evidencia, por ejemplo, los conflictos entre principios constitucionales.

⁶⁸ Por otra parte, la sistematización del derecho llevada a cabo por los juristas no solo es fruto de construcción jurídica, sino también premisa de (ulteriores) operaciones constructivas, ya que, según la correcta intuición de Jhering, «el sistema es una fuente inagotable de materia [normativa] nueva» (así G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 33).

Por lo demás, se habla generalmente de sistema jurídico para referirse al ordenamiento en su conjunto. Desafortunadamente, sin embargo, un sistema normativo semejante simplemente no existe, desde el momento en que ningún jurista nunca ha siquiera intentado sistematizar todo el ordenamiento. Todo jurista se ocupa solo de conjuntos de normas bastante más pequeños —micro-conjuntos—, recortados, dentro de un conjunto (sincrónico) muy vasto, según los propios intereses científicos, prácticos o didácticos⁶⁹. En este sentido, son micro-conjuntos de normas, de amplitud variable, tanto el derecho constitucional como el derecho de las obligaciones, tanto el derecho de los contratos como la regulación de la compraventa, tanto la regulación del arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a vivienda como el conjunto de normas relevantes para la solución de una controversia específica. El ordenamiento jurídico en su conjunto es objeto de especulaciones para los filósofos del derecho, pero carece de todo interés para el trabajo de los juristas.

9. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

La locución «interpretación sistemática» es ampliamente usada para aludir no ya a un argumento interpretativo en particular, sino más bien a toda una familia de argumentos distintos, cuyo único rasgo común es, tal vez, el de hacer referencia: (a) al contexto dentro del cual se coloca la disposición a interpretar y, en todo caso, (b) al presunto carácter sistemático del ordenamiento jurídico⁷⁰.

⁶⁹ Los trabajos de C. E. Alchourrón y E. Bulygin, cit. en una nota precedente, muestran cómo los distintos micro-sistemas con los que (y sobre los que) trabajan los juristas —y, con mayor razón, el ordenamiento jurídico en su totalidad— son simples conjuntos, y no sistemas, de normas: en el sentido que, incluso haciendo abstracción respecto de su posible redundancia, no son necesariamente consistentes ni necesariamente completos; y si en algún momento un micro-conjunto de normas adquiere el carácter de «sistema» (en el sentido fuerte, que es propio del lenguaje jurídico común), esto es fruto del trabajo de sistematización realizado por los juristas. En otras palabras, la así llamada ciencia jurídica no encuentra sistemas normativos ya hechos, listos para su uso. Aquella tiene por *objeto* conjuntos de normas, no sistemas. Los sistemas normativos son más bien el *producto* de la ciencia jurídica.

⁷⁰ Con particular referencia a su presunta *consistencia* (ausencia de antinomias) y a su presunta *coherencia* (ausencia de desarmonía axiológica), a la que nos referíamos en el apartado anterior. V. Colussi, P. Zatti, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 27: «El criterio de la interpretación sistemática prescribe atribuir a una disposición normativa aquel significado que ella puede tener en cuanto relacionada con todas las otras que forman parte del “sistema”. Subyace a esto la idea que el lenguaje usado por el legislador es coherente (significados iguales para términos iguales en contextos similares) y

Grosso modo, se dice sistemática toda interpretación que manifieste elegir el significado de una determinada disposición de su colocación en el «sistema» de derecho: a veces, en el sistema jurídico en su conjunto; con mayor frecuencia, en un sub-sistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o que se refieren a una determinada «institución»⁷¹.

En la práctica, se usa un argumento de tipo sistemático siempre que, para acreditar la interpretación escogida, se alega no el texto de la disposición interpretada aisladamente considerada, sino algún elemento del contexto en el que la disposición está colocada⁷². Tal contexto puede ser más o menos extenso: los otros apartados de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, el conjunto de las leyes que se refieren a una misma materia, etc., hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico.

Este modo de argumentar puede enmascarar operaciones interpretativas también muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo, se pueden mencionar algunos ejemplos característicos.

(i) *Combinación de disposiciones (combinato disposto)*. El tipo más simple de interpretación sistemática es probablemente el que consiste en combinar entre sí distintos fragmentos de disposiciones, de manera de obtener una norma completa. La norma completa así obtenida es llamada, en italiano, «*combinato disposto*»⁷³.

que es reconocible incluso una coherencia de los fines (de la *ratio* de las normas)). Ver G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 375 y ss.; G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965; G. Lazzaro, «Sistema giuridico», cit.; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002; P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., pp. 387 y ss.; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., pp. 100 y ss.

⁷¹ Cfr. por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 74.

⁷² Por ejemplo: se hace interpretación sistemática cuando se entiende el art. 1189 del Cód. civ. italiano (que además lleva en el título la expresión «acreedor aparente») en referencia no solo (literalmente) al acreedor sino, a la luz del artículo 1188, en referencia a cualquier sujeto legitimado para recibir el pago. Tomo el ejemplo de L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, pp. 32 y s. En la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 274/2003, encontramos que una norma puede «conservar en el tiempo la formulación originaria y sin embargo consentir una distinta interpretación en razón del sucesivo cambio del contexto en el que ella se inscriba». Significativo el art. 41.1 de la *Loi d'interprétation* de Québec, que dispone: «Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui découle de l'ensemble et qui lui donne effet» (tengo noticia del mismo a partir de P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 390).

⁷³ Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 165 y ss.

Por ejemplo, la norma según la cual «Los sujetos que hayan cumplido dieciocho años y que hayan nacido de padres italianos tienen derecho de voto para la elección del la Cámara» nace de la combinación entre: el artículo 48, apartado 1, de la Constitución italiana («Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad»); la disposición que fija la mayoría de edad al cumplir dieciocho años (art. 2, apartado 1, del Cód. civ. italiano); las disposiciones que dictan reglas sobre ciudadanía (especialmente el art. 1, apartado 1, Ley italiana 91/1992); y el artículo 58, apartado 1, de la Constitución italiana, que restringe el electorado activo para el Senado a aquellos ciudadanos que hayan cumplido veinticinco años.

Otro ejemplo: la norma según la cual «El resarcimiento del daño no patrimonial es debido solo cuando el ilícito dañoso constituya delito» resulta de la combinación del artículo 2059, del Cód. civ. italiano («El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley») y del artículo 185, apartado 2, del Cód. penal italiano («Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable al resarcimiento [...]»).

Hay que decir que la combinación de disposiciones es una técnica interpretativa de alguna manera «obligada» siempre que: (a) una norma esté sujeta a excepciones dispuestas en otros enunciados normativos; (b) un enunciado normativo contenga un reenvío expreso a otros enunciados normativos; (c) el antecedente de una norma haga referencia no a «meros» hechos, sino a hechos calificados por otras normas, lo que equivale a un reenvío implícito.

(ii) *El argumento de la «sedes materiae»*. Un tipo muy común de interpretación sistemática es aquella que se apoya sobre el argumento llamado topográfico o de la «sedes materiae»⁷⁴. Se usa este argumento toda vez que se alega que cierta disposición debe ser entendida de un determinado modo (y no de otro) en virtud de su colocación en el discurso legislativo.

Por ejemplo: la colocación del artículo 88 de la Constitución italiana (disolución de las Cámaras) en el título segundo de la parte segunda de la constitución, dedicado al Presidente de la República (y no en el título sucesivo, dedicado al Gobierno), puede ser usado como argumento en favor de la tesis según la cual el poder de disolver es un poder estrictamente presidencial (y no gubernamental), por lo que la

⁷⁴ E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 311; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 156 y ss.

iniciativa para la disolución recae en el Presidente (y no en el Gobierno)⁷⁵.

O bien: en caso de conflicto entre derechos o principios constitucionales, el orden en que los derechos o principios son enunciados en el texto constitucional podría ser usado como argumento en favor de la prevalencia de uno (del enunciado primero) sobre el otro (como si el orden de enunciación correspondiese a un orden de valor).

O bien: la colocación del art. 73 del Estatuto albertino⁷⁶ («La interpretación de las leyes de manera obligatoria para todos, corresponde exclusivamente al poder legislativo») en la sección dedicada al poder judicial, y no en aquella dedicada a la potestad legislativa, constituía un argumento en favor de la tesis según la cual la disposición en cuestión no facultaba al legislador para interpretar auténticamente, sino que prohibía hacer interpretación auténtica al poder judicial⁷⁷.

(iii) *El argumento de la constancia terminológica*. Un argumento típico de la interpretación sistemática consiste en apelar a la presunción según la cual en el lenguaje legislativo existe «constancia terminológica». ⁷⁸ Se trata de ese punto de vista según el cual: el legislador utiliza un término o sintagma siempre con el mismo significado (cuanto menos al interior de un mismo documento normativo)⁷⁹; y, recíprocamente, cuando el legislador utiliza términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos: no en el ámbito de un mismo documento normativo).

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que términos como «posesión» o «detención» conservan el mismo significado en las leyes civiles, en las penales y en las tributarias. Argumenta así, para dar otro ejemplo, quien sostiene que, en el texto constitucional, las expresiones «fuerza de ley» y «valor de ley» no son sinónimas, es decir, no tienen el mismo significado, sino que tienen significados distintos.

⁷⁵ De manera que: por un lado, la disolución no necesita una previa propuesta gubernamental; por otro lado, el Presidente del Consejo no puede negar el refrendo del decreto de disolución.

⁷⁶ Carta Fundamental del Reino de Italia sancionada en 1848 y que permaneció en vigor hasta 1947.

⁷⁷ Tomo el ejemplo de A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., pp. 86 y s.

⁷⁸ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 437; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 310 y s.; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 158 y ss.

⁷⁹ Un buen ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 304/2002, en referencia al vocablo «publicación» contenido en el art. 123, apartados 2 y 3, de la Constitución italiana.

(iv) *El argumento de la inconstancia terminológica*. Es típica de la interpretación sistemática, sin embargo, también la presunción opuesta a la anterior⁸⁰: es decir, ese punto de vista según el cual toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del peculiar contexto en el que es colocada⁸¹. Por lo que no se puede dar por descontado que una misma expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto.⁸²

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que la expresión «gran empresa» asume significados diferentes en las distintas leyes que se refieren a las grandes empresas (en el ordenamiento italiano, Ley 675/1977 sobre reconversión y reestructuración industrial, Ley 787/1978 sobre saneamiento financiero de las empresas, Ley 95/1979 sobre administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, etc.).

(v) *Interpretación conforme*. Pertenece al género de la interpretación sistemática también la interpretación conforme. Pero esta merece una mención específica: hablaremos sobre ella en el próximo apartado.

En conclusión, la locución «interpretación sistemática» parece usarse para referirse a argumentos interpretativos variados e inconexos entre ellos, por lo que es difícil atribuir a esta un preciso significado. Para simplificar las cosas, conviene entonces restringir el concepto de interpretación sistemática a una técnica interpretativa específica, mediante una redefinición.

Llamaremos, por tanto, sistemática *en sentido estricto* a aquella interpretación que previene las antinomias o las incongruencias axiológicas *en el ámbito de un único texto* normativo⁸³. ¿De qué modo? *Evitando* extraer de una determinada disposición (supongamos el art. x de cierta ley) una norma que estaría lógica o axiológicamente en conflicto con otra norma, previamente o contextualmente extraída de otra disposición del *mismo* texto normativo (el artículo y de la misma ley).

⁸⁰ Ver, sin embargo, las observaciones de E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 396 y s., nota 14.

⁸¹ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, VI ed., Milano, 1983, p. 11: «La interpretación debe guiarse en relación con el contexto, con la consecuencia que la misma palabra puede tener que interpretarse de distinto modo en distintos textos de ley del mismo ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en una norma la palabra "familia" deberá interpretarse en referencia solo al cónyuge y a los hijos; en otro lugar comprenderá también a los padres y los hermanos; y en un ulterior contexto comprenderá también parientes más lejanos».

⁸² Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., pp. 141 y ss.

⁸³ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 388, habla en este sentido de «coherencia horizontal».

En otras palabras, se hace interpretación sistemática en sentido estricto cada vez que se excluye determinada atribución de significado que, si fuera admitida, haría un texto normativo (la constitución, una ley, un código, etc.) internamente *inconsistente* o *incoherente*.

Este modo de interpretar, es obvio, presupone que la voluntad del legislador es lógicamente consistente y axiológicamente coherente: que, en conclusión, el legislador no quiere contradecirse (por lo menos no en el ámbito de un único texto normativo).

Por ejemplo, el art. 95, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que los ministros son «responsables colegiadamente» de los actos del Consejo de ministros. La locución «responsabilidad colegiada», abstractamente considerada, podría ser entendida como referida (también) a la responsabilidad penal. Pero esta posible interpretación se excluye del contexto, ya que el art. 27, apartado 1, de la misma Constitución, establece expresamente que la responsabilidad penal puede ser solo personal.

O también (otro ejemplo): el art. 100, apartado 2, de la Constitución italiana, dispone que el Tribunal de Cuentas ejerce el «control preventivo de legitimidad sobre los actos de Gobierno». La locución «actos de Gobierno», entendida al pie de la letra, parece referirse a todos los actos gubernamentales (desde el momento que no excluye ninguno), incluidos los actos con fuerza de ley. Pero esta interpretación se excluye a partir de una doble consideración: por un lado, el control de «legitimidad» sobre los actos con fuerza de ley puede ser solo un control de constitucionalidad (los actos con fuerza de ley están subordinados a la constitución, no a las leyes); pero, por otro lado, el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley se confía (art. 134 Constitución italiana) al Tribunal Constitucional, por lo que no puede ser ejercido por el Tribunal de Cuentas⁸⁴.

10. LA INTERPRETACIÓN CONFORME

La interpretación conforme —una especie del género interpretación sistemática entendida en sentido lato⁸⁵— es aquella interpretación que

⁸⁴ Lo que, dicho sea de paso, supone una interpretación del art. 134 de la Constitución italiana («El Tribunal Constitucional decide...») tal que solo el Tribunal Constitucional es competente para decidir sobre controversias relativas a la inconstitucionalidad de (leyes y) actos con fuerza de ley.

⁸⁵ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 75 y 77, según el cual la regla de la interpretación conforme deriva «directamente de la estructura del ordenamiento vigente».

previene las antinomias y/o las incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos *distintos* y *jerárquicamente ordenados*,⁸⁶ evitando extraer de una determinada disposición (supongamos el art. x de cierta ley) una norma que estaría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición perteneciente a un texto normativo distinto y jerárquicamente *superior* (digamos el art. y de la constitución)⁸⁷.

En otras palabras, se hace interpretación conforme cada vez que se adapta —se adecua— el significado de una disposición al significado (previa o contextualmente establecido) de otras disposiciones de rango superior.

Pero obsérvese: la «superioridad» en cuestión puede ser, indiferentemente, (a) una superioridad material (como aquella que media entre constitución y ley), (b) una superioridad estructural (como aquella que media entre ley de delegación y decreto legislativo delegado),⁸⁸ o (c) una superioridad axiológica (como aquella que media entre los principios generales o fundamentales del ordenamiento o de una determinada materia y el resto de las normas)⁸⁹.

Sucede a menudo, por ejemplo, que una disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones alternativas, cada una de las cuales extrae, de esa única disposición, dos normas distintas —digamos N1 y N2— y que una de estas normas, supongamos N1, es conforme a la constitución (o conforme a un principio general), mientras la otra, N2, es incompatible con la constitución (o con un principio general). Pues bien, se hace interpretación conforme descartando la segunda interpretación (N2) y escogiendo la primera (N1).

⁸⁶ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 388, habla en este sentido de «coherencia vertical».

⁸⁷ R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 261: «Se podría decir que al interpretar una disposición de ley que resulte ambigua, pero entre cuyos posibles significados haya uno más conforme al texto constitucional, tal interpretación debe prevalecer sobre otras posibles». Es opinión generalmente compartida que no está consentido hacer interpretación conforme, por así decir, «a la inversa», es decir, interpretar la constitución en modo conforme a la ley (y en general usar una fuente inferior para atribuir significado a una fuente superior). Cfr. por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 75. A pesar de esto, una paradójica «adecuación» de la constitución a la ley (más precisamente al Código Civil italiano de 1942) se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 138/2010, sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁸⁸ En rigor de verdad, se puede sostener que las disposiciones de la ley de delegación que expresan principios y criterios directivos (art. 76 de la Constitución italiana) son no estructuralmente, sino materialmente superiores al decreto legislativo delegado.

⁸⁹ De los distintos tipos de relaciones jerárquicas, a los que se alude en el texto, hemos hablado en un capítulo anterior.

Se encuentran ejemplos macroscópicos de interpretación conforme en todas las sentencias llamadas «interpretativas» del Tribunal Constitucional: tanto en las sentencias interpretativas estimatorias (el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición en cuanto tal y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones), como —aún más claramente— en las sentencias interpretativas desestimatorias (el Tribunal evita declarar inconstitucional una disposición, interpretándola de modo tal que sea conforme a la constitución)⁹⁰.

⁹⁰ La interpretación conforme, obviamente, surte el efecto de conservar la validez de documentos normativos que, sin embargo, son susceptibles de interpretaciones contrarias a la constitución, a condición de que aquellos admitan al menos una interpretación conforme a los principios constitucionales (Tribunal Constitucional italiano 152/1982, 292/1984). Sobre el tema ver las contribuciones de G. Amoroso, «L'interpretazione adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone di ermeneutica e tecnica di sindacato di costituzionalità», en *Foro italiano*, 1995, y «Le pronunce di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale. Gli sviluppi nella più recente giurisprudenza», en M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, II, *Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile, e processuale*, Torino, 1999. La interpretación conforme —al menos siempre que no esté de acuerdo con el sentido común de las palabras y/o con la intención del legislador— es fruto de una elección discrecional: altamente discutible, por otro lado, tanto bajo el aspecto de la legalidad, como bajo el de la oportunidad política. Para empezar, al interpretar la ley, los jueces no tienen otra obligación que la de atribuirle el sentido «que resulta evidente del significado propio de las palabras según la conexión entre éstas, y de la intención del legislador» (art. 12, apartado 1, disp. prel. Cód. civ. italiano). Por lo que la interpretación conforme, lejos de ser necesaria, está más bien justificada solo cuando esté de acuerdo con el significado común de las palabras o con la intención del legislador: lo que no siempre sucede (la presunción, sobre la que algunas veces se basa la interpretación conforme, que el legislador es respetuoso con la constitución y que no quiere violarla, no tiene ningún fundamento plausible). Sobre todo, cabe decir que, frente a una disposición legal que admita también siquiera una interpretación discordante con la constitución, el juez —lejos de tener la obligación de hacer una interpretación conforme— tiene más bien la obligación de presentar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esto es así por la simple razón que, evidentemente, no puede decirse que sea «manifiestamente infundada» (art. 1 de la Ley constitucional italiana 1/1948; art. 23, apartado 2, de la Ley 87/1953) una cuestión de inconstitucionalidad sobre una disposición susceptible de expresar aunque sea una sola norma que contradiga la constitución. Bajo el aspecto de la oportunidad política, cabe también considerar que la interpretación conforme (especialmente si es llevada a cabo por los jueces comunes, pero también si es llevada a cabo por el Tribunal Constitucional a través de decisiones «interpretativas desestimatorias») no solo no es necesaria, sino que es también perjudicial para quien se tome en serio la legalidad constitucional. Tal técnica interpretativa, en efecto, no surte otro efecto que el de conservar con vida disposiciones legales que pueden expresar normas inconstitucionales, y cuya interpretación conforme a la constitución por parte de la generalidad de los jueces y (sobre todo) de la administración pública no puede decirse que esté asegurada. Las decisiones desestimatorias, en efecto, carecen de eficacia general, *erga omnes*: sus efectos se circunscriben al caso decidido. Esta, al menos, es la opinión dominante (de la que disiente A. Ruggeri, *Storia di un*

Pero se encuentran buenos ejemplos de interpretación conforme también en todas aquellas decisiones en las que uno u otro juez ordinario rechaza una excepción de inconstitucionalidad presentada a instancia de parte, alegando que la cuestión es manifiestamente infundada ya que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la constitución⁹¹.

Sin embargo, aunque la interpretación de la ley conforme a la constitución es el ejemplo paradigmático de interpretación conforme, este tipo de interpretación tiene un radio de acción muy amplio. Se hace interpretación conforme cuando (ante la duda) se interpreta: una ley de manera conforme a (antes que en oposición a) un reglamento comunitario⁹²; un decreto legislativo delegado de modo conforme con la ley de delegación; una ley regional, en materia de legislación concurrente, en conformidad con las leyes estatales que expresan los

«falso». *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990).

⁹¹ En la jurisprudencia, la interpretación conforme es vivamente recomendada en presencia de jerarquías materiales (entre constitución y ley, entre ley y reglamento), pero también en presencia de jerarquías estructurales (entre ley de delegación y decreto delegado): «Entre las posibles interpretaciones de la norma el juez debe escoger la interpretación considerada conforme a la Constitución» (Tribunal Constitucional italiano 63/1989); «Entre dos posibles interpretaciones de una norma legislativa hay que escoger aquella más adecuada a la legitimidad de la norma» (Consejo de Estado italiano, sección V, 11.7.1975, n. 1024, en *Consiglio di Stato*, 1975, I, 903); «Las disposiciones contenidas en actos subordinados a las leyes deben ser interpretadas adecuando su sentido, en la medida de lo posible, a las normas legislativas vigentes. Ésta es la consecuencia tanto del axioma por el cual el ordenamiento normativo debe ser postulado, en sede interpretativa y aplicativa, como una totalidad unitaria, como del principio de conservación de los valores jurídicos, el que induce a asumir que una disposición no es declarada inconstitucional mientras sea posible dilucidar en ella un significado conforme a las leyes» (Tribunal Constitucional italiano 559/1998); «Toda vez que la norma de un decreto delegado dé lugar a dudas exegéticas, la prevalencia debe ser acordada a la interpretación conforme al precepto constitucional que exige la conformidad de la ley delegada con los criterios directivos de la ley de delegación» (Tribunal italiano de Casación 12.7.1984, n. 4092, en *Foro amministrativo*, 1984, 4093); «Las normas reglamentarias de ejecución deben ser interpretadas en estrecha conexión con las disposiciones legislativas para cuya ejecución están establecidas; por tanto, allí donde se perfila la posibilidad de una no unívoca interpretación de la norma reglamentaria, a ésta se le debe necesariamente atribuir el significado que no se oponga a la disposición legislativa de base» (Consejo de Estado italiano 2.3.1968, n. 207, en *Foro amministrativo*, 1968, I, 2, 1595). Es ya jurisprudencia constitucional consolidada que una cuestión de constitucionalidad incidental no es admisible si el juez *a quo* no ha preventivamente (e inútilmente) intentado hacer interpretación conforme de la disposición sospechosa. Cfr. por ejemplo E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, pp. 106 y s.

⁹² Como recomienda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *Marleasing*, causa 106/89, 1990.

principios fundamentales de la materia de que se trate; un reglamento de ejecución de manera conforme con las disposiciones de rango legislativo a cuya ejecución aquel está destinado; etc.

Y también: se hace interpretación conforme cuando, ante la duda, se interpreta una disposición cualquiera en modo conforme a los principios generales o fundamentales que sostienen ese particular sector del derecho o del ordenamiento en su conjunto. Por ejemplo, se hace interpretación conforme cuando se entiende como no retroactiva una ley, que podría ser entendida como retroactiva, adecuándola de tal modo al principio general de irretroactividad (art. 11, apartado 1, disp. prel. del Cód. civ. italiano). Este modo de interpretar se basa en la tácita (y gratuita) asunción que el legislador es respetuoso de los principios generales del derecho y no quiere derrotarlos⁹³.

Evidentemente, las distintas formas de interpretación conforme responden al objetivo de evitar el surgimiento de antinomias —entre normas de distinto grado jerárquico (pero también entre normas particulares y principios generales)— y generalmente producen un efecto de «conservación de los documentos normativos»⁹⁴. Por esta razón, la interpretación conforme puede siempre ser —y habitualmente es— ulteriormente desarrollada apelando al (doble) dogma de la coherencia lógica y de la cohesión axiológica del ordenamiento.

11. EL ARGUMENTO DE LA RAZONABILIDAD

El argumento de la razonabilidad persigue el fin de descartar una determinada interpretación posible alegando que tal interpretación daría lugar a una norma absurda⁹⁵. Tal argumento consiste en apelar a la presunción que el legislador es un agente razonable (o racional). De lo que se sigue que el legislador no puede haber querido una norma absurda⁹⁶.

Un ejemplo. El art. 89, apartado 1, de la Constitución italiana —que exige que todo acto del Jefe de Estado sea refrendado por el «ministro proponente»— puede ser entendido (al pie de la letra) en el sentido que

⁹³ P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 464.

⁹⁴ Es decir, que se conserva la validez de las disposiciones normativas que, si fueran interpretadas de otra manera, deberían ser declaradas inconstitucionales. Cfr. Tribunal Constitucional italiano 152/1982, 292/1984. Ver también P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, cit., p. 468.

⁹⁵ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 369 y s.

⁹⁶ Las variantes de este argumento son estudiadas en G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, cit., pp. 95 y ss.

el Jefe de Estado no puede realizar acto alguno si no es a propuesta de un ministro. Pero esta interpretación debe ser descartada, ya que sería absurdo que el Jefe de Estado no pudiese realizar acto alguno por iniciativa propia, es decir, sin propuesta ministerial.

Otro ejemplo. Los llamados decretos-ley (art. 77, apartado 2, de la Constitución italiana) son actos gubernamentales dotados de «fuerza de ley». Por lo que, en principio, aquello que el Parlamento podría hacer mediante ley puede ser hecho también por el Gobierno mediante decreto-ley (cuando circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia lo requieran). Sin embargo, sería absurdo considerar que, mediante decreto-ley, el Gobierno pudiese, por ejemplo, convertir un decreto-ley *suyo* anterior, o autorizarse *a sí mismo* para aprobar el presupuesto o, incluso, conferirse *a sí mismo* los poderes necesarios para hacer frente al estado de guerra. En todos estos (y en otros) casos, la ley es un instrumento a través del cual el Parlamento ejerce una función de dirección y control respecto del Gobierno. Pero dirigir y controlar son actos que presuponen dos órganos distintos: el órgano que dirige o controla y el órgano dirigido o controlado. Sería absurdo que un órgano se dirigiese y/o controlase a sí mismo.

No hace falta observar que la percepción de aquello que es absurdo y de aquello que es, en cambio, razonable, es algo totalmente subjetivo y por tanto siempre controvertido. En los pocos casos en los que una determinada interpretación se presenta como «obviamente» absurda, es decir, que es percibida como absurda por el conjunto de los intérpretes en un determinado contexto histórico (social, cultural, etc.), el argumento de la razonabilidad resulta completamente inútil, porque sirve solo para excluir una interpretación que nadie nunca imaginaría proponer.