

# ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA: CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL

Luigi Ferrajoli

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Roma III

**Sumario:** 1. Tipos de argumentación 2. La crisis de la legalidad y la actual expansión de los espacios de discrecionalidad, de argumentación y de poder de la jurisdicción. 3. Las concepciones corrientes de la jurisdicción como fuente del nuevo Derecho. 4. La responsabilidad de la cultura jurídica. El significado del principio de legalidad y el papel de la jurisdicción. 5. Argumentación jurídica sobre la verdad y argumentación legislativa sobre otros valores. 6. Argumentación interpretativa y argumentación equitativa. 7. Argumentación equitativa simple y argumentación equitativa ponderada. Notas. Bibliografía

## 1. TIPOS DE ARGUMENTACIÓN

Siempre he pensado que la teoría de la interpretación y la de la argumentación no pertenecen propiamente a la teoría del Derecho, sino —al igual que la teoría y la lógica inductiva del razonamiento probatorio, y la teoría y la lógica deductiva en el desarrollo de los enunciados teóricos— a la epistemología del Derecho, o sea, a la metateoría del conocimiento jurídico<sup>1</sup>. Pero esto no reduce, sino más bien acrecienta su importancia. En efecto, la argumentación no solo es necesaria para apoyar las tesis de la ciencia jurídica y, en especial, de la interpretación doctrinal del Derecho. Al consistir el Derecho en un conjunto de normas derivadas de actos lingüísticos basados en el mismo Derecho, también es necesaria para apoyar cualquier actividad de producción normativa,

empezando por esa esencial actividad de aplicación del Derecho que es la jurisdicción.

Por otra parte, hablando más en general, la argumentación es imprescindible para apoyar cualquier decisión racional respecto de los fines que persigue<sup>2</sup>. Podemos distinguir los tipos de argumentación en dos grandes clases, según las decisiones que permitan justificar racionalmente: las decisiones y las argumentaciones *sobre la verdad* —o mejor, sobre la *aceptación como verdaderas* de las tesis asertivas— y las decisiones y las argumentaciones *sobre otros valores*, tanto de tipo moral como político, económico o estético. Así pues, por un lado tendremos las *argumentaciones teóricas* o *cognitivas* para apoyar tesis asertivas y, por otro, las *argumentaciones prácticas* o *valorativas*, —éticas, políticas, estéticas, utilitaristas o de otro

tipo— para respaldar juicios de valor. También las tesis asertivas de tipo empírico —científico, historiográfico, diagnóstico, probatorio y similares— requieren, en efecto, decisiones basadas en los criterios racionales que gobiernan su aceptación como verdaderas. Es precisamente la necesidad de esta *decisión sobre la verdad* lo que distingue la *argumentación* empírica de la *demonstración* lógica, en virtud de la cual las tesis demostradas, justamente las de la lógica y la matemática, son absolutamente verdaderas con respecto a las premisas, de las cuales son tautologías, de modo que su aceptación no requiere ninguna decisión y, por tanto, ninguna argumentación. «Argumentación» y «demonstración», «retórica» y «lógica» —entendida esta última en el sentido estricto de la lógica deductiva— representan, pues, formas de razonamiento no solo diferentes, sino alternativas que, por tanto, deben ser claramente distinguidas<sup>3</sup>. En todos los casos, los juicios sobre la verdad, aunque de carácter no lógico, son los más controlables —y por eso más racionalmente argumentables—, mientras que los estéticos son los menos argumentables, al ser tendencialmente intuitivos y extremadamente subjetivos. Pero en ningún caso las verdades argumentadas, a diferencia de las verdades demostradas, son verdades absolutas.

Con respecto a la argumentación jurídica, cabe distinguir dos grandes clases según los tipos de discursos y de aserciones cuya aceptación requiere ser justificada. La primera clase es la referente a la ciencia jurídica, es decir, a los discursos *sobre* el Derecho: por un lado, la *argumentación teórica* en los discursos de teoría del Derecho; por otro, la *argumentación doctrinal* en las disciplinas jurídicas positivas, ambas de tipo cognoscitivo, pero también provistas de una dimensión volitiva o decisoria porque siempre apoyan decisiones sobre la aceptación como verdaderas de las tesis argumentadas<sup>4</sup>. En cambio, la segunda clase hace referencia a los discursos *del* Derecho, es decir, a la propia producción jurídica: típicamente, la *argumentación legislativa* o *política*, de tipo predominantemente valorativo, y la *argumentación ju-*

*dicial* u *operativa*, de tipo predominantemente cognoscitivo.

La *argumentación teórica* concierne a las decisiones teóricas sobre la asunción de las tesis primitivas de la teoría del Derecho, empezando por las definiciones de los conceptos teóricos, los cuales siempre tienen un carácter *estipulativo* y, por ello, son fruto de decisiones que requieren ser argumentadas según su capacidad explicativa y la coherencia interna de todo el discurso teórico que pueden construir. La argumentación teórica no atañe, en cambio, a la aceptación de las tesis que se desprenden, las cuales lógicamente se derivan de las asunciones preestablecidas. Prueba de ello es la posible axiomatización de la teoría —que, entre sus numerosas ventajas, tiene la de hacer demostrable gran parte de las tesis de la teoría y de reservar las argumentaciones teóricas solo para las asunciones primitivas—. Por su parte, la *argumentación doctrinal* concierne a las decisiones teóricas sobre la aceptación como verdaderas de las tesis interpretativas de la doctrina jurídica, empezando por las definiciones de los conceptos dogmáticos, que siempre tienen un carácter lexical con respecto a los usos que hacen de ellos los textos normativos objeto de la interpretación. La argumentación doctrinal consiste en la argumentación no solo sobre la asociación de los posibles significados plausiblemente asociables a los textos interpretados, sino también sobre su coherencia con las normas superiores a ellos y, por tanto, sobre su validez, así como sobre la no admisibilidad —o, peor aún, de la invalidez de significados diferentes—. La dimensión decisional, además de cognitiva, de la interpretación doctrinal está efectivamente determinada, en no menor grado que la interpretación judicial, por el hecho de que los significados normativos, es decir, las normas, no son objetivamente intrínsecos a los enunciados en los que se expresan, sino que son asociados a estos por el intérprete basándose, precisamente, en su plausibilidad y su coherencia con los demás significados normativos<sup>5</sup>.

La *argumentación legislativa* o *política*, expresada por ejemplo en los informes sobre

proyectos de ley y en el debate parlamentario, es una argumentación práctica que apoya juicios de valor de carácter ético, político o económico, de oportunidad o justicia. En efecto, en un Estado de Derecho las leyes solo están vinculadas a la conformidad de sus formas y a la compatibilidad de sus contenidos con las normas constitucionales formales y sustanciales relativas a su producción: una conformidad y una compatibilidad «verificables» en el juicio de constitucionalidad. Pero está claro que, más allá del respeto a las normas constitucionales, la legislación es autónoma e incuestionable judicialmente y que la fuente de su legitimación reside no tanto en la verdad, sino en la mejor gestión de los intereses públicos, confiada, en democracia, a la representatividad política de los órganos legislativos.

En cambio, son predominantemente decisiones teóricas sobre la verdad procesal todas las decisiones jurisdiccionales, cuyo rasgo característico consiste en la constatación y calificación jurídica de un hecho, es decir, de una violación del Derecho, tanto si se trata de un acto ilícito como de un acto inválido<sup>6</sup>. He dicho predominantemente, y no totalmente. En efecto, tal y como mostraré más adelante, existe también una dimensión cognitiva/valorativa de la actividad judicial que no conlleva, propiamente, decisiones sobre la verdad: es la que he llamado *dimensión equitativa del juicio*, que corresponde a la comprensión y valoración de la singularidad del hecho juzgado. La argumentación judicial se articula, por tanto, en tres tipos, que corresponden a otros tantos tipos o dimensiones de la actividad y del poder judicial: 1) la *argumentación probatoria o inductiva o empírica*, en apoyo de decisiones sobre la verdad factual, que es el resultado de procedimientos inductivos aptos para inferir conclusiones basadas en las pruebas; 2) la *argumentación interpretativa*, en apoyo de decisiones sobre la verdad jurídica, que es el resultado de procedimientos interpretativos aptos para avalar la calificación jurídica de los hechos probados durante el juicio basados en las interpretaciones operativas de las normas

aplicadas; 3) por último, la *argumentación equitativa*, en apoyo de decisiones no ya sobre la verdad, sino sobre la equidad, es decir, sobre la justicia sustancial de la valoración del caso concreto sometido a juicio<sup>7</sup>.

En este texto me ocuparé solo de la argumentación judicial, y específicamente de las argumentaciones interpretativa y equitativa, sin incluir la interpretación probatoria, dirigida a motivar la libre convicción del juez, es decir, la certeza por lo menos subjetiva requerida respecto a la verdad factual como sucedáneo de una imposible certeza objetiva y de una verdad absoluta inalcanzable. No propondré ni discutiré los criterios de la argumentación correcta, tanto si es interpretativa como equitativa. La finalidad de este artículo es mucho más limitada. Consiste esencialmente en la crítica de las orientaciones que prevalecen hoy en la cultura jurídica, las cuales, partiendo del justo reconocimiento de la «primacía del caso»<sup>8</sup> en la epistemología del juicio, llegan a la configuración de la jurisdicción como creación de nuevo Derecho y, por tanto, a la tesis de la superación del sometimiento del juzgador a la ley. Mi crítica irá dirigida precisamente a las distintas concepciones corrientes de la jurisdicción como creación del Derecho, sea cual fuere el significado que asignemos al término «creación»: tanto si se refiere, impropriamente, a la argumentación judicial de la elección legítima de la «interpretación» más plausible dentro del marco de los posibles significados racionalmente asociables a la proposición interpretada sobre la base de las normas de la lengua utilizada, de las diferentes técnicas interpretativas y de las anteriores interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales como si se refiere, en el sentido propio de «creación», a la argumentación judicial en favor de la elección ilegítima de significados normativos que quedan fuera de ese marco<sup>9</sup>. Desafortunadamente, esta diferenciación no siempre es suficiente debido a la ausencia de criterios rigurosos para distinguir concretamente la interpretación (legítima) y la creación (ilegítima)<sup>10</sup>. A pesar de su insuficiencia para identificar con seguridad

la jurisdicción creativa, dicha diferenciación sí es apta para criticar las dos concepciones de la jurisdicción como actividad «creativa»: por una parte, el concepto de la jurisdicción como «creación» en sentido propio o fuerte, también reconocible por el rechazo explícito del principio de sujeción del juez a la ley como ya superado e insostenible; por otra, el concepto de la jurisdicción como «creación» en el sentido impropio del término, reconocible en cambio si va acompañada por la defensa, aunque no sea del todo coherente, de dicho principio.

## 2. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD Y LA ACTUAL EXPANSIÓN DE LOS ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD, DE ARGUMENTACIÓN Y DE PODER DE LA JURISDICCIÓN

El espacio de la argumentación judicial corresponde al espacio de la discrecionalidad decisoria y, por tanto, del poder de los jueces. Se trata de un espacio enorme. Si llamamos *Derecho vigente* al conjunto de los enunciados jurídicos normativos y *Derecho viviente* al conjunto de sus significados tal y como resulta de su aplicación, podemos afirmar con seguridad que, mientras el Derecho vigente es fruto de la legislación, todo el Derecho viviente es fruto de la jurisdicción y, por tanto, de la argumentación judicial, en particular de la interpretativa.

Este espacio depende en gran parte de la semántica del lenguaje legal, que es tanto más amplio e indeterminado cuanto más amplio e indeterminado sea el significado asociable a los términos del lenguaje legal. Con la indeterminación del lenguaje legal crece, por tanto, la dimensión potestativa de la actividad judicial y, correlativamente, se reduce su dimensión cognoscitiva. Resulta condicionado también el espacio de la argumentación probatoria, a causa del nexo existente entre la verificabilidad

jurídica y factual del hecho juzgado y la determinación del lenguaje legal. En efecto, sobre la base de dicha determinación, tal como requiere el principio de estricta legalidad o taxatividad, puede identificarse el objeto de la prueba y argumentarse la correspondencia entre los hechos probados y las previsiones normativas —y, por lo tanto, la «verdad», aunque sea probabilística en los hechos y opinable en Derecho, de las calificaciones jurídicas de los primeros sobre la base de las segundas—. Dicho con más precisión: el grado de decidibilidad de la verdad jurídica de un pronunciamiento judicial es directamente proporcional al grado de taxatividad de las normas aplicadas por esta última e inversamente proporcional al espacio requerido a la argumentación interpretativa. Allí donde la verdad jurídica es indecible por la absoluta indeterminación del lenguaje legal, el espacio de la argumentación es muy amplio, y el poder judicial se transforma: el poder de aplicación de la ley a través de pruebas e interpretaciones se convierte en un poder dispositivo de creación de un Derecho nuevo, tendencialmente arbitrario e ilegítimo porque está en contraste con el principio de su sujeción a la ley<sup>11</sup>. Es, pues, sobre el cumplimiento cabal del principio de legalidad como se sostiene toda estructura del Estado de Derecho como sistema normativo dentro del cual todos los poderes están sujetos a la ley y la aplicación de la ley queda separada e independiente de su producción.

Se entiende por ello que hoy en día el grave problema que afecta a nuestros ordenamientos es la crisis de la ley y del papel de limitación del arbitrio que, en el modelo teórico del Estado de Derecho, es desempeñado por el principio de legalidad: por la legalidad constitucional como sistema de límites y vínculos impuestos a la legislación; por la legalidad ordinaria como sistema de límites y vínculos impuestos a la jurisdicción. Como consecuencia, se ha producido un aumento patológico de la discrecionalidad judicial, que corre el riesgo de excederse en el arbitrio, y una consiguiente expansión del poder de los jueces —que, más allá de cierto

límite, menoscaba su fuente de legitimación y perjudica el equilibrio de las relaciones entre los poderes—. Esta expansión de la jurisdicción y del poder de los jueces se debe a múltiples factores.

El primero de ellos, atribuible a la esfera política, es la incapacidad del legislador de desempeñar adecuadamente su cometido y se manifiesta en la inestabilidad de la producción legislativa tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo: ante todo, en la superproducción de leyes, que en Italia ya se cuentan por decenas de miles; en segundo lugar, en la disfunción del lenguaje legal, que ha alcanzado formas de verdadera inconsistencia a causa de una creciente oscuridad, tortuosidad, vaguedad y a veces contradictoriedad de los textos legislativos; en tercer lugar, en la crisis de la forma general y abstracta de las normas legales y en el predominio de las leyes medida, muy a menudo en defensa de intereses particulares y clientelares<sup>12</sup>. Perdida desde hace tiempo la importancia de los códigos, hoy día la legislación se ha convertido en un «farrago de leyes especiales»<sup>13</sup>, compuestas generalmente por innumerables artículos y apartados que a menudo remiten a otras leyes y dan lugar a interminables laberintos normativos y a intrincados sistemas de cajas chinas en los cuales se pierde cualquier intérprete. Si se añaden los procesos de desregulación, deslegalización y privatización que en estos últimos años han ampliado los espacios del mercado en detrimento de los derechos sociales y laborales, el resultado es una crisis de la capacidad reguladora de la legislación —por exceso o por defecto de normas— que está minando de raíz la sujeción de los jueces a la ley, desvirtuando el papel, aunque solo sea tendencialmente cognoscitivo, de la jurisdicción y deformando así la estructura del Estado de Derecho. En pocas palabras, la expansión del llamado Derecho judicial es principalmente el efecto inevitable de la expansión y de la disfunción no menos patológica del Derecho legislativo<sup>14</sup>.

El segundo factor de expansión del poder judicial es la estructura multinivel de los ac-

tuales ordenamientos. La primera articulación multinivel de la legalidad es aquella generada por la rigidez de las constituciones actuales, que confían a los jueces la censura directa o indirecta de la ilegitimidad constitucional de la mismas leyes por incompatibilidad con los principios constitucionales de la igualdad, las libertades fundamentales y los derechos sociales. Ha aparecido así la figura, inconcebible en el antiguo Estado legislativo de Derecho, del *Derecho legislativo ilegítimo*<sup>15</sup> por contradicción con las normas constitucionales. Consiguientemente, ha cambiado la relación entre juez y ley. Los jueces, aunque sometidos a la ley, están dotados del poder de controlar la constitucionalidad: los jueces ordinarios tienen el poder de excepcionar, y el juez constitucional el poder de declarar la invalidez constitucional de las leyes. Por otra parte, solo la argumentación interpretativa puede ir adecuando los textos de las leyes ordinarias a los principios constitucionales, estableciendo como válidas solo las interpretaciones de los primeros compatibles con los segundos. A esta primera articulación multinivel de los ordenamientos contemporáneos se le han agregado otros dos niveles: el primero viene marcado por la creación de un *ius commune* europeo producido sobre todo por el Tribunal de Justicia de la UE según el modelo jurisprudencial del *Common Law* y caracterizado por la complejidad del nuevo sistema de fuentes —estatales, infraestatales y supraestatales— y por la incertidumbre de sus relaciones jerárquicas<sup>16</sup>; el segundo, por el desarrollo de una legalidad de nivel internacional agregada, más que supraordenada, a la legalidad de los Estados nacionales, a los que les ha correspondido, con la creación de tribunales supraestatales y el fenómeno creciente del diálogo entre tribunales nacionales y tribunales supraestatales, una ulterior expansión de la jurisdicción y de la argumentación interpretativa<sup>17</sup>.

El tercer factor es el desarrollo, en el siglo XX, primero del Estado social y de la esfera pública y, posteriormente, de su crisis. Se entiende que el crecimiento del Estado social y

del papel de la esfera pública —con las correspondientes funciones públicas de garantía de los derechos, la expansión de los aparatos burocráticos y el aumento de las intervenciones estatales en la vida económica y social— haya provocado también un desarrollo de la ilegalidad de los poderes públicos, que se ha manifestado en la variada fenomenología de la corrupción, de donde ha derivado una expansión del papel de la jurisdicción penal. Además, la crisis actual del Estado social y las medidas antisociales impuestas a la política por los poderes económicos y financieros han representado otro factor de crecimiento del papel de la jurisdicción: ante la ausencia y la impermeabilidad de la política y la ineficacia de la administración pública, las peticiones de justicia se dirigen cada vez más a la magistratura, cuya intervención se solicita por las violaciones de los derechos en materia laboral y ambiental, en la protección de los consumidores y en cuestiones bioéticas y de abusos de poder<sup>18</sup>.

Por último, un cuarto factor de expansión de la jurisdicción es la tendencia del poder judicial, por otra parte connatural a cualquier poder, a expandir indebidamente su propio papel y a generar un Derecho de creación jurisprudencial. El fenómeno se manifiesta de forma llamativa en el Derecho civil<sup>19</sup>, pero en Italia se está desarrollando incluso en el ámbito penal, donde a veces se manifiesta en el desarrollo de una incontrolada fantasía incriminadora que excede la legalidad, aunque se trate de una legalidad menoscabada por los factores antes reflejados. Precisamente, el quebranto de la legalidad propicia, en efecto, una costumbre de arbitrio que se expresa en la extensión de los supuestos de hecho penales —mediante la argumentación interpretativa— a fenómenos vagamente análogos y, más en general, en el desarrollo de un llamado «Derecho penal jurisprudencial»: expresión ambivalente con la que se alude y, por lo general, se ofrece legitimidad no solo, y no tanto, simplemente, al momento viviente del Derecho penal vigente, es decir, a su interpretación jurisprudencial — en este sentido, repito todo Derecho viviente

es «jurisprudencial»—, sino más bien al papel «creativo» de la jurisdicción, que consiste en la «introducción de nuevas figuras delictivas»<sup>20</sup>.

Pues bien, está claro que todos estos espacios abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la argumentación —algunos de ellos perfectamente legítimos y de carácter progresivo porque garantizan los derechos, otros igualmente legítimos pero regresivos porque están provocados por el menoscabo de la legalidad, otros, en fin, de carácter extralegal y de signo regresivo— por sí solos son capaces de generar desequilibrios en las relaciones entre los poderes y provocar entre ellos tensiones y conflictos que pueden minar en su base la legitimación del poder judicial como poder sujeto a la ley, la efectividad del principio de legalidad y el mantenimiento del Estado de Derecho. Lo último que se necesita es, por tanto, que, mediante la teorización y el aval de un papel abiertamente creativo de nuevo Derecho confiado a la jurisdicción —entendiendo por «creación» no ya la inevitable interpretación de la ley existente, sino la producción de nuevo Derecho—, la cultura jurídica contribuya a aumentar estos desequilibrios, secundando y legitimando una ulterior ampliación de los espacios ya amplísimos de la discrecionalidad, la argumentación y el poder judicial hasta la anulación de la separación de los poderes, la decadencia del principio de legalidad y el vuelco de la supraordenación del principio de subordinación de los jueces a la ley.

### 3. LAS CONCEPCIONES CORRIENTES DE LA JURISDICCIÓN COMO FUENTE DEL NUEVO DERECHO

Es precisamente esta legitimación la que propicia hoy la justificación de la expansión extralegal del poder judicial por parte de diferentes corrientes teóricas, más allá de la diversidad de sus enfoques: de las orientaciones kelsenianas y poskelsenianas de tipo paleoiuspositivista

a las principalistas de tipo neoiusnaturalista, de los enfoques de la hermenéutica jurídica a los neopandectistas, pasando por las diversas corrientes del realismo jurídico, todo ello en apoyo del desarrollo de un Derecho jurisprudencial desvinculado del Derecho legislativo. Lo que aúna a todas estas diferentes orientaciones es la tesis de la supremacía reconocida de la jurisdicción con respecto a la legislación como fuente creativa del Derecho, la renuncia escéptica de la idea de la subordinación de la primera a la segunda y la centralidad asociada al caso concreto no solo en la actividad probatoria, sino también en la interpretación de la ley.

La primacía de la jurisdicción como actividad desvinculada de la sujeción a las normas de la ley se encuentra paradójicamente afirmada en la teoría normativista de Hans Kelsen, en la cual la interpretación jurisdiccional se concibe como actividad solamente volitiva cuya validez es independiente de los contenidos de las sentencias judiciales y depende únicamente de su simple existencia en conformidad con las formas de su producción. En efecto, según Kelsen, «la interpretación de la ley» siempre conduce a más soluciones, y todas ellas son equivalentes en el plano jurídico, ya que no hay «ningún criterio para establecer cuál de las posibilidades interpretativas que ofrece la norma es preferible a la otra»; así que el problema de la elección entre las posibles interpretaciones —escribe Kelsen— es un problema «de política del Derecho», «sustancialmente igual al de hacer la justa ley en el ámbito de la Constitución». La diferencia entre legislación y jurisdicción es, por tanto, «solo cuantitativa y no cualitativa, y es que el vínculo del legislador bajo el perfil sustancial es mucho más limitado que el del juez», quien, «sin embargo, crea el Derecho, e incluso él mismo, en esta función, es relativamente libre»<sup>21</sup>. De esta aproximación se deriva una singular concepción irracionalista de la aplicación de la ley<sup>22</sup>, en la que resulta omitido el mismo papel regulador de la legislación y ampliado el del poder judicial como poder creador de normas, y además solo

de las normas inderogables porque existentes y, por tanto, válidas aunque en contraste con las normas de ley aplicadas. Está claro que este resultado irracionalista excluye la posibilidad misma de una teoría de la argumentación idónea para establecer racionalmente los criterios de las opciones interpretativas. Añádase que Kelsen no solo ha defendido esta concepción de la jurisdicción como creación del Derecho en sentido fuerte, sino que además es responsable de la difusión del uso indiferenciado de la expresión «creación» del Derecho, en el sentido impropio y débil del término, para designar todo acto normativo, tanto legislativo como judicial, basándose en el hecho de que el mismo, dentro de la estructura del ordenamiento, es al mismo tiempo aplicación de normas superiores (*application of law*) y producción de normas inferiores (*creation of law*)<sup>23</sup>.

Pero sobre todo son las orientaciones abiertamente anti o pospositivistas las que hoy día dominan en la cultura jurídica y desarrollan una crítica explícita del paradigma garantista de la legalidad heredado de la tradición ilustrada. Diferenciaré tres orientaciones antipositivistas que hoy convergen en el propósito de archivar el modelo iuspositivista del principio de legalidad, de la sujeción de los jueces a la ley y de la separación de los poderes: la orientación hermenéutica, que desarrolla su crítica en el plano de la epistemología del juicio; la principalista, que desarrolla su crítica en el plano de la teoría del Derecho; y la historicista o neopandectista, que la desarrolla en el plano de la práctica jurídica y de la experiencia histórica<sup>24</sup>.

La primera orientación, la hermenéutica jurídica de tipo gadameriano, nace de la afirmación del papel creativo de la jurisdicción, a partir de una refundación epistemológica de la interpretación y aplicación de la ley realizada sobre la base de la centralidad asignada al caso concreto objeto del juicio. Retomando las tesis de Aristóteles sobre la equidad como justicia del caso concreto en contraposición a la inflexibilidad de la ley, Hans Georg Gadamer afirma que se debe, «en el caso concreto, prescindir de

la exactitud rigurosa de la ley. Pero si esto ocurre, no es porque no se pueda hacer algo mejor, sino porque de otra forma no sería justo. Cuando nos apartamos de la ley no se hacen pues “reducciones” de la justicia, sino más bien se encuentra lo que es justo. Aristóteles lo expresa del mejor modo en el análisis de la *epieikeia*, de la equidad, donde afirma que la *epieikeia* es la corrección de la ley<sup>25</sup>. Esta corrección, añade Gadamer, siempre corresponde a la «situación particular» sometida a juicio, y concluye: «La tarea de la interpretación es la *concretización de la ley* en el caso particular, es decir la *aplicación* [...] De esta forma, se produce un perfeccionamiento creativo de la ley»<sup>26</sup>. De aquí nace la concepción hermenéutica de la jurisprudencia como fuente creativa del Derecho. «Puestos a la prueba de los hechos, considerados por lo tanto en su dimensión concreta y realizable», escribe Giuseppe Zaccaria, «los principios de origen ilustrado-liberales (de legalidad, de taxatividad, de prohibición de analogía, de vínculo del juez con la ley), que inspiran los ordenamientos jurídicos continentales, exigen pues ser profunda y no ocasionalmente repensados»<sup>27</sup>. Exigen, precisamente, que no «nos quedemos anclados y, por así decirlo, “aferrados” a una visión rígidamente ilustrada de la separación de los poderes» y, por esto, a «una evaluación decididamente negativa» de la actual «progresiva expansión del papel de la jurisdicción»<sup>28</sup>, sino que, «con sano realismo» registra incluso la «revisión penalista del dogma de origen liberal, que vincula al intérprete a un rígido respeto del principio de legalidad»<sup>29</sup>. Sin embargo, y más allá de estas incautas recomendaciones, Zaccaria parece utilizar la expresión «creatividad» sobre todo con el significado débil o impropio del cual se ha hablado al final del primer párrafo, es decir, se refiere a que «el juez realice una elección entre las varias interpretaciones, todas legítimamente sostenibles, en el ámbito diseñado por el principio de legalidad»<sup>30</sup>.

De carácter más propiamente teórico es la crítica antipositivista dirigida a la generalización del esquema de la aplicación jurisdiccio-

nal de la ley desde la segunda orientación, la del neoconstitucionalismo principialista. La tesis desde la cual se promueve es una tesis teórica indudablemente fundada: la diferencia estructural entre reglas y principios, basada en el hecho de que mientras «las reglas se aplican en la forma del todo-o-nada» según concurren (o no) las condiciones previstas por ellas, los principios «no indican consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas» y, por ello, no se aplican, sino que más bien se ponderan, en el sentido de que prevalece aquel al que se asocia en cada caso mayor peso por su mayor importancia o pertinencia<sup>31</sup>. Es fácil reconocer la ascendencia kelseniana de esta diferenciación: fue Kelsen quien, haciendo referencia a Kant, concibió las normas jurídicas como juicios hipotéticos que conectan consecuencias con los actos por ellas supuestos, en contraposición con los principios morales, que, en cambio, tienen la forma de imperativos categóricos en los que, no por casualidad, se formulan los principios y los derechos fundamentales establecidos por las constituciones<sup>32</sup>. De aquí deriva la tesis principialista de una renovada conexión entre Derecho y moral, que se realizaría con la constitucionalización de dichos principios y derechos, así como la idea —sustentada en el objetivismo y el cognoscitivismo ético— de la posibilidad de una sólida argumentación racional de sus interpretaciones, hasta la tesis, defendida por Ronald Dworkin, de la posibilidad de llegar a la única solución correcta<sup>33</sup>, una tesis al tiempo opuesta y simétrica a la teoría kelseniana, ya que se basa en el objetivismo ético y no, como en el caso de Kelsen, en el relativismo moral, pero que es singularmente convergente en la identificación de racionalidad y verdad: si para Kelsen los juicios de valor son irracionales<sup>34</sup> porque no son ni verdaderos ni falsos, para los principialistas son verdaderos o falsos al ser argumentables racionalmente<sup>35</sup>. Pero sobre todo de aquí nace la propuesta de un nuevo tipo de razonamiento judicial que desemboca en la supraordenación creativa, y no en la subordinación, del juez a la ley: ya no



en la aplicación, sino en la ponderación de los principios que confluyen en el caso sometido a juicio y, por tanto, en la elección por parte del juez de la norma a aplicar y la que hay que inaplicar.

Una polémica aún más radical con la tradición ilustrada y un rechazo aún más explícito y claro del principio de legalidad y de la sujeción del juez a la ley como «mitologías de la modernidad» los expresa, por último, la tercera orientación antes mencionada: aquella que tiene su más convencido e ilustre valedor en el historiador del Derecho Paolo Grossi y que podemos llamar perfectamente neopandectista por la oposición establecida entre la ley como «expresión de la voluntad pura potestativa» del soberano y el Derecho como «inmemorial patrimonio consuetudinario», así como por el papel de fuente del Derecho asignado al juez, concebido como «órgano de la conciencia social gracias al dominio de la ciencia y de la técnica del Derecho»<sup>36</sup>. En el ámbito epistemológico, esta orientación grossiana hace referencia a la hermenéutica<sup>37</sup>. Pero más decidido es el rechazo del principio de legalidad y de la sujeción del juez a la ley, estigmatizados como modernas «divinidades protectoras»<sup>38</sup>. En aquella «auténtica mitología jurídica» producida por esa «hábil creación de mitos jurídicos» que ha sido la «Ilustración jurídica de la Europa continental»<sup>39</sup>, caben, en opinión de Grossi, también «la abstracción y la generalidad de las normas jurídicas»<sup>40</sup>, «la jerarquía de las fuentes, es decir, de la pluralidad de las fuentes comprimida en un sistema piramidal»<sup>41</sup> e incluso la redacción de las leyes y «la reducción del Derecho en Cartas, en textos en papel» dictados por «la desconfianza en la formación espontánea del Derecho, con la consiguiente exigencia de controlarlo por parte de la política»<sup>42</sup>. La polémica de Grossi no perdona tampoco la legalidad penal, a propósito de la cual llega a afirmar: «Dominado por una confianza total en el legislador, el penalista moderno, heredero puro de Beccaria, siempre ha considerado la “reserva de ley” como la irrenunciable herramienta garantista y como

la igualmente irrenunciable parte de un Derecho penal que expresa una civilización jurídica evolucionada. Sin embargo, la confianza en el legislador y en la ley se ha convertido en una creencia»<sup>43</sup>. Por supuesto, como se ha visto en el apartado anterior, no tiene sentido hablar de «confianza» y de «creencia» en la buena legislación. La cuestión es si podemos archivar el principio de legalidad como fundamento del paradigma garantista, en especial en el Derecho penal, sin comprometer, con esta idea creacionista el sentido fuerte de la jurisdicción, el papel del juicio como comprobación de la (relativa) verdad judicial, la garantía de las libertades fundamentales del arbitrio judicial y, más en general, la estabilidad de toda la estructura del Estado de Derecho con su conjunto de garantías en contra del arbitrio —que de otra forma sería absoluto— en el ejercicio del poder judicial.

Por otra parte, las tesis del papel creativo y de la naturaleza de «fuente» de la jurisdicción se han confirmado como una suerte de obviedad en gran parte de la cultura jurídica actual, aunque por lo general en la acepción impropia y débil del término «creativo». «El Derecho judicial», escribe por ejemplo Francesco Galgano, es «otra fuente de producción del Derecho, alternativa a aquellas que toman forma según los procedimientos democráticos de las leyes en los Estados nacionales»<sup>44</sup> y en efecto superpuesta a estas últimas<sup>45</sup>; pero Galgano basa esta tesis solo en la amplia discrecionalidad de aquellas que, no obstante, son opciones interpretativas de los jueces<sup>46</sup>. A su vez, Aurelio Gentili concibe la teoría de la argumentación como fuente formal del Derecho objetivo<sup>47</sup>, pero luego llega a «rechazar, con las formulaciones del deductivismo más rigurosas, incluso la hipótesis de una jurisprudencia realmente creativa»<sup>48</sup>. Más indecisa parece la posición de Mauro Barberis, que, como Grossi, polemiza con «la confianza ilustrada en la legislación, y antes incluso en la razón humana individual»<sup>49</sup>, así como con esa «suerte de mitología del Derecho»<sup>50</sup> creada por Beccaria y por Bentham, que consiste en la creencia

en el silogismo judicial y en la pretensión de «desembarazarse de la interpretación» y, en general, de los juristas<sup>51</sup>, pero al mismo tiempo defiende los «límites» impuestos a la jurisdicción por la legislación y la Constitución<sup>52</sup>. Por último, Giovanni Fiandaca, aunque haya hablado —además de una «función *lato sensu* “creativa” de los jueces» y de «un consiguiente redimensionamiento tanto del principio clásico de la separación de los poderes como de los tradicionales principios-tabú» (al menos con respecto al área continental)— de legalidad y reserva de ley<sup>53</sup>, propone «diferenciar (por decirlo así), entre Derecho jurisprudencial creativamente “legítimo” y previsible en términos de razonable certeza y Derecho jurisprudencial creativamente “abusivo” o caprichosamente anárquico»<sup>54</sup>.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD DE LA CULTURA JURÍDICA

El significado del principio de legalidad y el papel de la jurisdicción. En la base de todas estas orientaciones está el realismo, explícito o latente, que permite presentar las tesis sobre el papel creativo de la jurisdicción como tesis «científicamente» descriptivas de una *praxis* judicial falta de alternativas, como si el Derecho fuera una realidad natural y no un fenómeno artificial enteramente construido por los hombres, y como si no fueran normativos, sino descriptivos, el principio de legalidad, el de certeza y el de la sujeción de los jueces a la ley. De aquí nace una suerte de legitimación cruzada: de la teoría por parte de la realidad, es decir, de la práctica jurídica; y de la realidad, es decir de la crisis de la legalidad y de las *praxis* jurídicas extralegales, por parte de la teoría; de la concepción de la jurisdicción como fuente por parte de la crisis de hecho de su sometimiento a la ley y, viceversa, de la crisis de hecho de la legalidad por parte de la teoría de la jurisdicción como fuente. De aquí la complacencia realista en la teorización de la creatividad de la

jurisdicción, poco importa si se basa en su presentación kelseniana como actividad puramente volitiva, en la hermenéutica como concretización de la ley, en la principalista como ponderación en lugar de como aplicación de normas, en la neopandectista como vida concreta del Derecho o, en fin, en la realista como realidad efectual o simplemente como inevitable suplencia requerida a causa del menoscabo de la legalidad. Lo que aúna todas estas diversas orientaciones es la legitimación, en el plano epistemológico o en el teórico, del colapso del Estado de Derecho —es decir, de los límites y vínculos legales impuestos al ejercicio de cualquier poder, tanto público como privado—, asumido luego como verificación empírica de sus mismas representaciones teóricas. Más allá de las intenciones, este es el valioso servicio prestado por estos enfoques doctrinales al actual colapso de la legalidad, que se manifiesta en el vacío de Derecho público causado por el declive de la ley y de los parlamentos, inevitablemente colmado —a fin de que el vacío de poder no exista— por los poderes salvajes del mercado global, mucho más y mucho antes que por el poder correctivo de la jurisdicción<sup>55</sup>.

Pero la ciencia jurídica, precisamente porque su finalidad es enteramente artificial y ampliamente modelada por su mismo papel performativo, no puede no tomar en cuenta y no asumir la responsabilidad de los efectos de sus propias teorizaciones. No puede limitarse a la contemplación de la crisis de la legalidad como si esta fuera un hecho natural, legitimando lo que ocurre solo porque ocurre. En particular, no se puede ignorar los efectos en el mismo objeto del abandono, en teoría, del paradigma iuspositivista y normativo de la modernidad jurídica. No olvidemos que con el positivismo jurídico y con el principio de legalidad ha nacido la política moderna como producción, pero también como proyección y transformación del Derecho; que con la democratización de los órganos de la producción jurídica el principio de legalidad se ha convertido en el fundamento de la política democrática; que, finalmente, con la positivización de los dere-

chos fundamentales realizada por la legalidad constitucional, la misma política se ha sometido al Derecho, es decir a los límites y vínculos de contenido por ella misma creados y estipulados en el momento constituyente. Por ello, teorizar la superación del principio de legalidad y del positivismo jurídico equivale, simple y llanamente, a teorizar la superación del papel de la política, la renuncia a las formas de la democracia representativa y el ocaso del Estado de Derecho basado en la sujeción al Derecho de los poderes públicos. Resumiendo, equivale a secundar una regresión premoderna: en materia civil, la primacía de la autonomía privada y de los poderes económicos y financieros globales como verdaderos poderes soberanos —además de anónimos e invisibles— capaces de dictar su ley a la política; en materia constitucional, la sustitución de la legalidad constitucional por la *lex mercatoria* como verdadera norma suprema del orden global; en materia penal, el debilitamiento de todo el sistema de garantías, basadas todas ellas —de la taxatividad a la ofensividad, del contradictorio al derecho de defensa— en la legalidad como garantía no solo de libertad, sino también de verdad.

¿Se puede evitar este colapso del paradigma garantista? ¿Se puede conciliar la creciente complejidad social, el pluralismo de los ordenamientos y de las fuentes, la centralidad del caso concreto y la expansión de los espacios legítimos y garantistas de la jurisdicción con el conjunto de los principios que nos ha entregado la tradición ilustrada como fundamentos del Estado de Derecho, sobre todo el principio de legalidad, el de la sujeción de los jueces a la ley y el de la separación de los poderes? Es la misma opción para el positivismo jurídico, o sea, la tesis del carácter artificial del Derecho como producto de la política y de la cultura jurídica, que invita a considerar posible aquella conciliación. Se trata de una posibilidad que depende de dos condiciones, ambas decisivas para la dimensión pragmática de la teoría del Derecho: en primer lugar, de la superación en el plano teórico, de la cual hablaré en este apartado, de dos tipos de equívocos, uno en

relación con las nociones de legalidad y legislación, otro con las nociones de argumentación jurídica y de jurisdicción; en segundo lugar de la redefinición epistemológica, de la cual hablaré en los tres próximos apartados, a) de la noción de cognición judicial como cognición argumentada, b) de la relación entre la universalidad de la norma y la singularidad del caso concreto, de la cual propondré una configuración diferente de aquella formulada por el enfoque hermenéutico, y c) de la ponderación equitativa como ponderación no ya de las normas —según opinan los principialistas—, sino de las connotaciones expresadas por más normas concurrentes.

El primer tipo de equívoco se refiere al principio de legalidad. Este principio es formal<sup>56</sup> en un doble sentido. Ante todo, en el sentido de que la ley puede tener cualquier contenido: «en el molde de la legalidad», escribió Piero Calamandrei, «se puede vaciar oro o plomo»<sup>57</sup>, y depende de la política que en ese molde se vacíe oro en vez de plomo. En segundo lugar, el principio es formal en el sentido de que no alude para nada, según el objetivo de conveniencia generalmente elegido por sus críticos, a la ley como ley del Estado. Alude más bien a la lógica del Derecho. Hace referencia a la ley en el sentido de norma general y abstracta que predispone efectos en presencia de supuestos por ella establecidos, cualesquiera que estos sean. Garantiza la previsibilidad, aunque relativa, de dichos efectos y de sus supuestos y, tomados conjuntamente, del juicio sobre ellos. Resumiendo, representa el principio constitutivo de la sintaxis jurídica del Estado de Derecho, independientemente del nivel y el contenido de las normas en la que aquella se articula. Quiero decir que no tiene ninguna importancia que las normas generales y abstractas sean leyes del Estado, leyes regionales, reglamentos de la Unión Europea, tratados internacionales o incluso normas consuetudinarias. Lo que importa, a los fines del papel garantista desarrollado por el principio de legalidad, es la predeterminación normativa en abstracto y formalmente vinculante de

los supuestos de las decisiones judiciales. El estatismo, es decir, el monopolio estatal de la producción jurídica, solo es una fase, hoy amplia e irreversiblemente superada, del desarrollo de esta sintaxis. Pero la superación no quita nada, en el plano teórico y normativo, al paradigma garantista que nos ha legado el pensamiento ilustrado. Utilizando la imagen del punto y la línea con la que Paolo Grossi ha representado el desarrollo histórico<sup>58</sup> de la experiencia jurídica, corresponde a un punto de la historia del Derecho: el que está representado por la primera revolución institucional, es decir, por el primer cambio de paradigma realizado, precisamente, mediante la primacía de la ley y el monopolio de la producción legislativa de los Estados nacionales. Pero la línea en la que ese punto se inserta es la de la expansión de la sintaxis garantista introducida por el paradigma iuspositivista a través del desarrollo de la legalidad a la altura de los poderes viejos y nuevos y en garantía de viejos y nuevos derechos. Sobre esta línea se ha producido, en el siglo pasado, el segundo cambio de paradigma del Derecho: el del constitucionalismo rígido, que no consiste en absoluto en la crisis ni mucho menos en la superación del positivismo jurídico, sino al contrario, en un iuspositivismo reforzado, es decir, en la positivización incluso de los principios que deben dirigir a las opciones legislativas y, por ello, en la sujeción al Derecho incluso de ese último residuo de gobierno de los hombres que estaba constituido por el poder legislativo. Sobre esta misma línea podrá situarse el tercero y más difícil cambio de paradigma: el de un constitucionalismo europeo y luego global de tipo federal, fundado en la misma sintaxis, aunque sea a nivel supranacional, es decir, sobre los límites y los vínculos impuestos por la legalidad en garantía de los derechos de todo el mundo, incluso a los poderes supra y extraestatales.

La defensa del modelo normativo de la legalidad no tiene, pues, nada que ver con la «confianza» o con la «creencia» en la bondad y en la racionalidad de las leyes de las que hablan aquellos que decretan el final de ese modelo. Al contrario, conlleva la crítica de la divergencia

deóntica entre el modelo y la realidad, la propuesta de las medidas idóneas para reducirla, si no para superarla, y, antes que nada, una refundación y una consolidación de la misma legalidad. Está claro que la refundación de la legalidad supone una refundación de la política y de su capacidad de proyectar formas y contenidos de la democracia sobre la base del modelo político y normativo diseñado por las cartas constitucionales<sup>59</sup>. Este es actualmente el verdadero problema de la democracia: la crisis de la razón política, que radica en la crisis de la razón jurídica, provocada por la primacía otorgada a la razón económica. Pero la ciencia del Derecho puede perfectamente marcar las líneas de desarrollo de la refundación constitucional de la legalidad hacia su reestructuración en lugar de desestructurarla. Ante todo, en el plano cualitativo, a través de la imposición de un renovado rigor del lenguaje legal en la formulación de las normas. En segundo lugar, en el plano de la forma misma de la legalidad: en lugar de decretar, según la costumbre dominante, la desaparición de los códigos en la actual edad de la descodificación, lo que debería proponerse como remedio de la actual deriva inflacionista es precisamente la reserva de código, sobre todo en materia penal, pero no solo. Son necesarias otras reservas de ley, en forma de leyes orgánicas, en muchas otras materias: del trabajo a la sanidad, de la instrucción a la seguridad social, las obras públicas y la fiscalidad. En tercer lugar, y sobre todo, a través del desarrollo de ese tercer cambio de paradigma del constitucionalismo del que he hablado antes, es decir, la construcción de una legalidad y, correlativamente, de una esfera pública supranacional a la altura del carácter supranacional de los poderes económicos y financieros y de los retos hoy planteados a la razón jurídica por su actual desarrollo desordenado y salvaje: a nivel, como mínimo, de la Unión Europea, mediante la construcción de un gobierno europeo de la economía y la unificación de los códigos y de la leyes en materia de trabajo y de derechos sociales; pero también, en perspectiva, a nivel global, mediante el desarrollo, más que

de instituciones supranacionales de gobierno, de instituciones supranacionales de garantía de los derechos y los bienes fundamentales.

El segundo tipo de equívoco que debe superarse si queremos salvaguardar el modelo garantista de la modernidad se refiere al sentido de la expresión «producción jurisprudencial» del Derecho y, más en general, al estatuto epistemológico del juicio y del razonamiento judicial. Positivismo jurídico y principio de legalidad no equivalen en absoluto a reducir todo el Derecho a la ley, ni siquiera a la ley en sentido lato establecido como norma general y abstracta ahora ya no necesariamente estatal. Sobre todo, no implican en absoluto, según otro argumento recurrente vertido en la polémica antilegalista, la infravaloración de la centralidad de la jurisdicción y de las decisiones interpretativas que en ella intervienen. Por supuesto, en el modelo ilustrado diseñado por Montesquieu y por Beccaria se encuentra la conocida caracterización del juez como «boca de la ley» y del juicio como «silogismo perfecto», fórmulas que sonaron revolucionarias con respecto a la justicia arbitraria y feroz de su tiempo, pero que cargan con una epistemología insostenible que se ha convertido durante mucho tiempo en una ideología de legitimación apriorística y desresponsabilizante de la jurisdicción. Pero está claro que hoy en día ningún iuspositivista niega la existencia, en la jurisdicción, no solo de una esfera fisiológicamente irreductible de discrecionalidad interpretativa, sino también de una esfera igualmente irreductible de discrecionalidad probatoria.

En resumen, decantarse por el positivismo jurídico no conlleva para nada la idea de que la jurisdicción pueda alcanzar una verdad cierta y absoluta en lugar de una verdad relativa, motivada por argumentaciones probatorias y por argumentaciones interpretativas. Conlleva simplemente la asunción de la tesis de la supraordenación de normas abstractas como fundamento de la validez de los actos a ellas subordinados y, con ella, la de la estructura en grados del ordenamiento sobre el cual se ha modelado la jerarquía de las fuentes, o sea, la sintaxis del Estado de Derecho: una jerarquía

que, en todos los cambios de paradigma del Derecho que he mencionado anteriormente —el iuspositivista de la supraordenación de la ley al poder ejecutivo y al poder judicial, el constitucionalista de la supraordenación de la constitución al poder legislativo y, finalmente (y en gran parte aún por realizar), el de un constitucionalismo europeo (y, en perspectiva, global) supraordenado tanto al poder político de los Estados como al económico de los mercados— siempre ha desempeñado un papel de límite y de vínculo para el ejercicio de muchos tipos de poder de otra forma absolutos, arbitrarios y salvajes. Pero está claro que los límites y los vínculos legales son relativos, en el sentido de que no son capaces de eliminar los espacios de la discrecionalidad judicial colmados tanto por la argumentación probatoria como por la interpretativa. En efecto, el legislador produce solo el *Derecho vigente*, que consiste en textos normativos que requieren ser interpretados. Todo el *Derecho viviente*, todo el Derecho en acción —todas las normas, entendiendo por «norma» el significado de un enunciado normativo— es, por tanto, repito, un Derecho de producción jurisprudencial, enteramente fruto de la argumentación interpretativa. Pero el Derecho viviente es también un Derecho válido cuando es argumentado como interpretación plausiblemente aceptable del Derecho vigente de producción legislativa. En resumen, ni el Derecho viviente puede ser producido por el legislador ni el Derecho vigente puede ser producido por los jueces; ni el legislador puede interferir en la producción del Derecho viviente ni el juez puede interferir en la producción del Derecho vigente. Este es el sentido de la separación de los poderes.

## 5. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL SOBRE LA VERDAD Y ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA SOBRE OTROS VALORES

Toda aplicación de la ley requiere, pues, una decisión y por consiguiente una argumen-

tación que apoye la elección de entre las diversas posibles interpretaciones legítimamente admisibles de los enunciados normativos. Sin embargo, se trata de *decisiones sobre la verdad*, y no sobre otros valores, es decir, de decisiones cuyas motivaciones se argumentan como «verdaderas» o se refutan como «falsas» sobre la base del Derecho vigente. En esta decisión sobre la verdad reside el nexo ineludible de la jurisdicción con la legalidad y la diferencia —estructural, cualitativa y sustancial— entre legislación y jurisdicción, entre argumentación legislativa y argumentación judicial, entre creación del Derecho y su interpretación y aplicación. La diferencia resulta evidente por los diferentes tipos de argumentación que se requieren para su respaldo: las argumentaciones que apoyan las decisiones judiciales, al ser decisiones sobre la verdad, se producen sobre la base de pruebas y calificaciones normativas del hecho probado; en cambio, las argumentaciones que apoyan las decisiones políticas, tanto legislativas como de gobierno, son decisiones sobre otros valores: el interés general, la utilidad, la oportunidad, la justicia y similares. En efecto, las sentencias son los únicos actos jurídicos cuya validez, e incluso antes, cuya justicia dependen de la (aceptación como) «verdad» de sus motivaciones. Esto es evidente en la jurisdicción penal: digamos que una sentencia penal es válida —e incluso antes, que es justa— si las imputaciones acusatorias, por ejemplo la acusación de homicidio, son (argumentadas como) «verdaderas» de hecho y de Derecho; y digamos que es inválida y reformable, e incluso antes que es injusta, si estas mismas hipótesis son «falsas» (o, en todo caso, si no están argumentadas como verdaderas). Pero lo mismo puede decirse de cualquier sentencia cuya validez y cuya justicia dependen de las plausibles argumentaciones como «verdaderas» de sus motivaciones, tanto fácticas como jurídicas. Toda sentencia exhibe, por tanto, la forma del tan vituperado silogismo judicial. Las premisas de dicho silogismo —opinables en Derecho y probabilísticas en los hechos, a veces inadecuadamente argumentadas e in-

cluso poco creíbles— siempre son relativas. Pero cuando las premisas han sido aceptadas como «verdaderas», la conclusión se extrae por deducción lógica: si es cierto, como dice la norma *n*, que todos los hechos que tienen las características *cl-cn* son robos, y si es cierto que el hecho *f* considerado probado tiene las características *cl-cn*, entonces *f* es un robo. La opinabilidad de la argumentación interpretativa y la incertidumbre de las pruebas pesan en las premisas (que pueden incluso ser falsas), pero no en la conclusión, derivada lógicamente de ellas (como verdadera). Lo mismo puede decirse de las sentencias de pura legitimidad, como las sentencias de la Corte de Casación y aquellas de la Corte Constitucional italiana en las cuales falta la argumentación probatoria o factual: aquí ambas premisas —pronunciamientos judiciales y ley, ley y constitución— son opinables como resultado de la interpretación argumentada del Derecho vigente; pero una vez formuladas, las sentencias tienen solo la función de declarar la (verdad jurídica de) su contradicción o de su compatibilidad lógica.

Por este motivo, desorientan mucho expresiones como «creación judicial del Derecho», «papel creativo de la jurisdicción» y jurisdicción como «fuente del Derecho». «Creación» y «fuente del Derecho»; todas ellas se refieren no tanto a la simple aplicación del Derecho anterior cuanto a la producción de nuevo Derecho —igual que, por su naturaleza, la legislación, que precisamente innova en el sistema jurídico y que, por eso, en democracia requiere el consenso por lo menos de la mayoría—. Por el contrario, la jurisdicción siempre es aplicación sustancial de un Derecho preexistente, argumentable como legítima y justa solo si sobre la base de dicho Derecho es predicable la «verdad» procesal, aunque sea en sentido intrínsecamente relativo. De ahí su carácter contramayoritario: ningún consenso mayoritario puede convertir en verdadero lo que es falso o en falso lo que es verdadero. «Interpretación creativa» es, por tanto, una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación y

donde hay creación no hay interpretación, sino producción ilegítima de nuevo Derecho. No se trata de cuestiones terminológicas, sino del papel performativo que tiene el lenguaje teórico con respecto a la dinámica del Derecho. Está claro que la realidad efectiva de la práctica jurídica no puede ser ignorada. Pero la «realidad del Derecho» no es independiente de la lectura que se hace de nuestras teorías. Por supuesto, siempre existe alguna que otra divergencia entre dicha realidad y los modelos normativos elaborados por la teoría. Pero esa divergencia, a causa del carácter no natural, sino artificial, del Derecho, no debe considerarse como un desmentido, sino, por lo general, como una violación: precisamente, la violación de los límites y los vínculos impuestos a la práctica jurídica por la lógica misma de la jerarquía de las fuentes. Por ello, hablar del papel creativo de la jurisdicción o de interpretación creativa, incluso solo en el sentido débil e impropio de nuestra diferenciación, quiere decir secundar las derivaciones creacionistas, avalar su arbitrio, desvirtuar la deontología profesional de los jueces y todo el imaginario institucional en torno al Estado de Derecho.

Por este motivo, no se puede afirmar que el principio de la sujeción de los jueces «solo a la ley» enunciado en el párrafo 2 del artículo 101 de la Constitución italiana ya es inviable e inatendible porque, como escribe por ejemplo Francesco Galgano, ha cambiado la fuente de legitimación de la jurisdicción: ya no la legitimación sustancial y cognitiva consistente en la aplicación de la ley, sino solo la legitimación del procedimiento consistente en el «contradictorio procesal», igualmente del procedimiento, dice Galgano, como la de todos los demás poderes, empezando por la legitimación electoral y mayoritaria del poder político<sup>60</sup>. En efecto, ¿sobre qué se forma el principio contradictorio en el proceso, si no es sobre la verdad procesal argumentada con referencia al Derecho vigente, es decir sobre la verificación o sobre la falsificación, de hecho y de Derecho, de las hipótesis deducidas en el

juicio? Incluso bajo este aspecto, la diferencia entre legislación y jurisdicción es radical. No tiene sentido hablar de «verdad legislativa» del mismo modo en que se habla de «verdad procesal» o «judicial». La confrontación parlamentaria entre mayoría y minoría, o entre gobierno y oposiciones, sobre, por ejemplo las leyes sobre el trabajo, las pensiones o los impuestos, no son de ninguna manera comparables al contradictorio en el proceso; el legislador no realiza ninguna deducción lógica a partir del Derecho preexistente; las argumentaciones llevadas al debate parlamentario no tratan sobre la verdad o sobre la falsedad de las proposiciones en discusión —como acontece, en cambio, en cualquier juicio—, sino en su mayor o menor oportunidad, justicia, eficacia o adhesión a los intereses generales o a la voluntad de los electores. De ahí el valor de la separación y de la independencia del poder judicial de cualquier otro poder: al tratarse de un poder-saber ejercido por una actividad tendencialmente cognoscitiva, todo condicionamiento procedente de otros poderes solo puede alterar la formación correcta de la verdad procesal.

En realidad, el fundamento de la tesis del carácter no cognoscitivo, sino creativo, de la jurisdicción es una concepción estricta e insostenible tanto del conocimiento como de la verdad jurídica; el primero entendido como descripción, y la segunda como verdad absoluta. Pero esta concepción es exactamente la concepción mecanicista del conocimiento y objetiva de la verdad que los defensores del creacionismo jurisdiccional reprochan al legalismo iuspositivista<sup>61</sup>. Está claro que, si «cognitivo» (o cognoscitivo) se entiende como sinónimo de «descriptivo» o de «declarativo» —tal y como ahora sugiere el art. 12 de nuestras «Pre-leyes», según el cual «en la aplicación de la ley» se le debe atribuir el sentido de «hecho evidente por el significado propio de las palabras»—, la interpretación no es, porque no puede ser, cognitiva. En efecto, las palabras de la ley no poseen un significado «propio», objetivamente intrínseco a ellas, de

las cuales la interpretación pueda configurarse como descubierta, como constatación o como descripción objetivamente cierta o verdadera. Pero esto no quiere decir que la interpretación consista en la invención o en la creación a partir de la nada de los significados normativos: consiste, en realidad, en una actividad cognitiva que conlleva la elección, inevitablemente discrecional y, precisamente por esto, racionalmente argumentada, del significado considerado más plausible de entre aquellos asociables al enunciado interpretado. Cabe recordar que la idea de un conocimiento puramente objetivo o de una verdad cierta o absoluta ha sido arrinconada desde hace tiempo por la filosofía de la ciencia, que admite espacios de discrecionalidad y momentos decisivos en cualquier tipo de conocimiento empírico, incluido el conocimiento científico. La única diferencia es que el Derecho es un fenómeno lingüístico que, como todos los fenómenos lingüísticos, admite la interpretación —en lugar de la observación— como forma específica de la investigación empírica, una interpretación capaz, de todas maneras, de alcanzar una verdad siempre y solo relativa, aproximada y opinable, aunque siempre argumentada como tal y como tal refutable sobre la base de los textos normativos. Decir que la interpretación «crea» las normas es como decir que la quinta sinfonía de Beethoven ha sido creada por su ejecución y por su interpretación, o que la puesta en escena de una obra de teatro equivale a su creación.

Finalmente, un último equívoco: la idea de que los vínculos impuestos por el respeto de los precedentes jurisprudenciales puedan justificar, en nuestros sistemas de *Civil Law*, la tesis (errónea) de un Derecho jurisprudencial desvinculado de la ley. Por el contrario, tales vínculos se refieren a la obvia e inevitable influencia ejercida en la argumentación interpretativa requerida en cada juicio por las anteriores argumentaciones interpretativas, así como por las argumentaciones doctrinarias de las normas aplicadas; añadiré que, con respecto al influjo de la doctrina, la mayor influencia

de la jurisdicción trae causa del papel, expresamente atribuido por el art. 65 del ordenamiento jurídico italiano a la Corte de Casación, de asegurar «la exacta observancia y la interpretación uniforme de la ley», es decir la tendencial igualdad de tratamiento y la certeza máxima del Derecho. En todos los casos, los precedentes deben asumirse como vinculantes por motivos sustanciales y no por motivos formales, por la persuasión de las tesis interpretativas expresadas por ellos, es decir, por su racionalidad intrínseca, y no ciertamente por su fuerza de ley formal. En resumen, deben valer por su *autoridad* sustancial, y no, ciertamente, por alguna *autoridad* formal, que se reserva solamente a la ley. Esto vale seguramente para el Derecho italiano, en el cual el principio de sujeción de los jueces «solo a la ley» ha sido constitucionalizado por el segundo párrafo del art. 101 de la Constitución italiana y repetidamente ratificado por la jurisprudencia de la Corte de Casación<sup>62</sup>. Sin embargo, también tiene valor, independientemente de dicha norma, por razones epistemológicas de gramática jurídica antes que por razones constitucionales. Así que, donde ha sido introducido por vía legislativa el principio del carácter formalmente vinculante del precedente, independientemente de lo persuasivo que este principio pueda ser, se ha caído en una especie de legislación o, peor aún, de constitucionalización de los pronunciamientos judiciales, de hecho impracticable<sup>63</sup>. Añado que la eficacia solo sustancialmente persuasiva del vínculo del precedente, en oposición a la eficacia formalmente normativa de la ley, vale incluso para los sistemas del *Common Law*, en los cuales está vigente el principio del *stare decisis*: en efecto, si el vínculo del precedente tuviera el carácter de un vínculo formal, idéntico al de la ley, se produciría una especie de legislación propia que provocaría una paradójica rigidez paralizante de la misma interpretación judicial, en contradicción precisamente con la naturaleza del *case law* reivindicada como el rasgo distintivo del mismo Derecho jurisprudencial viviente.



## 6. ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA

Llego así a la cuestión teórica de fondo que acabo de formular: el carácter del *case law* del Derecho jurisprudencial viviente, considerado habitualmente como el principal argumento para apoyar la creatividad de la jurisdicción<sup>64</sup>. Creo que, por el contrario, este carácter permite ilustrar, en toda su complejidad epistemológica, el nexo entre el principio de legalidad y la aplicación de la ley al caso concreto. Este nexo puede expresarse con una tesis elemental: entre ley y sentencia, entre legislación y jurisdicción, entre Derecho vigente y Derecho viviente, entre *Law in books* y *Law in action*, entre previsión normativa en abstracto y cualificación jurídica del caso concreto existe la misma relación que hay entre lengua y lenguaje, es decir, usando la terminología de Saussure, entre *lengua y palabra*<sup>65</sup>. En el lenguaje jurisdiccional utilizado en la *praxis* judicial se hace uso de la lengua legal para indicar con las mismas palabras definidas por la ley hechos irrepetiblemente diferentes el uno del otro, así como en el lenguaje común se utiliza la lengua en la que se habla para indicar con las mismas palabras hechos y cosas en cada ocasión diferentes.

Sobre esta base, podemos reconsiderar la relación entre legalidad y equidad, entre la abstracción de la norma y la singularidad del caso concreto y, por consiguiente, entre *argumentación interpretativa* y la que he llamado *argumentación equitativa*. Esta relación se concibe habitualmente como una relación de oposición, o por lo menos de integración o corrección: precisamente como la contraposición de la justicia del caso concreto a la legalidad expresada por la norma general y abstracta. Esta concepción de equidad como remedio a la abstracción de la ley requerida por la concreción del caso juzgado se remonta a Aristóteles. Lo que es equitativo, escribe Aristóteles en la *Ética nicomáquea*, «si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda

ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal [...] En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si la hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta»<sup>66</sup>.

He reproducido este largo pasaje de Aristóteles porque en gran parte está en la base de la aproximación hermenéutica iniciada por Gadamer en materia de jurisdicción y dirigida a crear, tal como se desprende del apartado 3, la caracterización de la actividad judicial como «perfeccionamiento creativo de la ley» por la vía de la interpretación, concebida a su vez como «concretización de la ley»<sup>67</sup>. «Aristóteles», continúa el pasaje citado por Gadamer, «muestra que toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción del actuar, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concreción [...] Es claro que el problema de la hermenéutica jurídica tiene aquí su verdadero lugar. La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas [...] En un Derecho establecido [Aristóteles] no reconoce lo justo *tout*

*court*, sino que ve en la equidad un medio de completamiento de la justicia legal»<sup>68</sup>.

Lo que me parece insostenible en este análisis aristotélico y gadameriano de la equidad es la idea de que la forma universal, o sea general y/o abstracta de las normas, equivaldría a una «laguna» o «insuficiencia», o incluso a una «omisión» a un «error», o bien, como dice Gadamer, a una deficiencia de aquellas; por tanto, la equidad sería «un correctivo» o «un medio de completamiento» o «un perfeccionamiento creativo» de la ley. De ahí que, desde esta perspectiva, la concepción de la aplicación equitativa de la ley al caso concreto —aunque basada en el dato estructural que es propio de las leyes «prescribir en general» y de los juicios decidir sobre los casos particulares, «pues se le pasaría la vida a quien intentase su enumeración»<sup>69</sup>— se conciba como una operación no *intra*, sino *extra*, *ultra* o incluso *contra legem*.

La configuración de la relación entre norma general y/o abstracta y calificación normativa del caso concreto como relación entre lengua y lenguaje —entendida la primera como el conjunto de las reglas de uso de las expresiones empleadas en el segundo— permite en cambio, en mi opinión, una reconstrucción alternativa de la argumentación capaz de dar cuenta tanto de la centralidad del caso concreto en el momento de la jurisdicción como de la total compatibilidad de su valoración equitativa con la sujeción del juez solamente a la ley<sup>70</sup>. Tómese una sentencia penal condenatoria por el delito de «robo». «Robo» es el término de la lengua legal que, como en los diccionarios, se define en abstracto por la ley y se utiliza, en el lenguaje judicial, para denominar todos los hechos que presentan las connotaciones esenciales o los elementos constitutivos del robo denotados por su definición legal. Pero la calificación como robo del hecho sometido a juicio no agota la actividad cognoscitiva de la jurisdicción. El juez no juzga el robo en abstracto, sino los robos concretos que se producen en la vida real y que —más allá de su calificación normativa, es decir de las connotaciones constitutivas del concepto legal de robo que todos tienen—

son irreductiblemente diferentes el uno del otro. Cada uno de los casos de robo, en efecto, presenta connotaciones o circunstancias singulares que el juicio debe comprender y valorar, aunque no estén previstas ni sean todas previsibles por las normas que dictan las reglas de uso de la lengua jurídica. En esta comprensión y valoración consiste la ineludible dimensión equitativa del juicio, que requiere una argumentación totalmente diferente y ulterior con respecto a la argumentación interpretativa. La *argumentación interpretativa* tiene, en efecto, por objeto la ley, es decir las reglas de uso de las palabras de la lengua legal definidas o de todas formas utilizadas por la ley en función normativa. La *argumentación equitativa*, en cambio, tiene por objeto esas connotaciones singulares, consideradas relevantes, que convierten el hecho juzgado en un hecho diferente de todos los demás, aunque susceptible de ser denominado, en el lenguaje jurídico, con los mismos nombres de la lengua legal. Al igual que la argumentación doctrinaria, la argumentación interpretativa concierne al significado de las normas de las que depende, en lo operativo, la verdad jurídica de las calificaciones normativas. La argumentación equitativa concierne en cambio al caso concreto y sus connotaciones específicas, más allá de su denominación con los mismos *nomina iuris* utilizables en el lenguaje judicial para los innumerables casos unidos por las mismas connotaciones legales. A diferencia de la argumentación interpretativa y al igual que la argumentación probatoria, la argumentación equitativa se refiere al hecho, y no a las normas; tanto es así que está ausente, como la probatoria, en la argumentación doctrinaria, la cual se refiere siempre y solo a las normas, y desde luego no a los hechos concretos que forman a su vez el objeto de los juicios (no es una excepción el género literario de las «notas a la sentencia», que consisten, precisamente, en comentarios a las sentencias).

Recurriendo a la célebre diferenciación de Gottlob Frege entre significado extensional (o extensión) de un término, que consiste en la clase de individuos denotados con el término

en proposiciones aceptadas como ciertas, y significado intensional (o intensión), que consiste en el conjunto de las propiedades connotadas con el término y poseídas por todos y cada uno de los individuos que caben en su extensión<sup>71</sup>, diré que la *legalidad* de una tesis judicial reside en la verdad jurídica de la denotación del hecho sometido a juicio con las palabras connotadas por la ley, mientras que su *equidad* consiste en la valoración del mismo hecho sobre la base de sus connotaciones singulares e irrepetibles. Tanto el robo de un diamante como el robo de una manzana forman parte de la extensión de la palabra «robo» porque ambos presentan las connotaciones o los elementos constitutivos con los que la ley denota el delito de robo; pero es evidente que son diferentes las connotaciones singulares de los dos hechos y, más en general, de los infinitos hechos denotados con la palabra «robo» en los infinitos juicios penales. Según una fórmula que he utilizado en el pasado, el juez connota lo que la ley denota y denota lo que la ley connota, mientras que la ley denota lo que el juez connota y connota lo que el juez denota<sup>72</sup>.

En efecto, el juez denota los hechos sometidos a su juicio con los *nomina iuris* connotados por la ley si considera probada la existencia de dichas connotaciones; pero de esos mismos hechos debe además identificar, comprender y valorar, más allá de su denotación legal, las connotaciones específicas y singulares que, aun cuando a veces son relevantes a los fines al juicio, no están ni pueden estar previstas por ninguna ley. También en el lenguaje ordinario nosotros denotamos con las palabras de la lengua lo que los diccionarios connotan con sus definiciones y, juntos, entendemos las connotaciones siempre diferentes y singulares de lo que los diccionarios denotan. Además, es evidente que los significados de los enunciados normativos, al igual que los significados de las palabras de cualquier idioma, son aquellos que con el tiempo se van imponiendo, consolidando e incluso transformando sobre la base del conjunto de sus aplicaciones y argumentacio-

nes interpretativas y equitativas, que a veces se refieren a casos diferentes.

Por eso no tiene sentido contraponer legalidad y equidad, verificación legal y comprensión equitativa como si la una pudiera darse por separado o incluso como alternativa a la otra. Y por eso la equidad no consiste en una integración extraordinaria de la legalidad, en su perfeccionamiento —o, peor aún, en una derogación o en una corrección de la ley— y menos aún en un aspecto de su interpretación. Es una dimensión inevitable y fisiológica del juicio, totalmente independiente de la interpretación de la ley y de la correspondiente argumentación. En efecto, la jurisdicción no consiste en el «perfeccionamiento creativo de las leyes» del que habla Gadamer<sup>73</sup> y tampoco, como escribe Vogliotti, en «la adaptación de la ley general y abstracta a la singularidad de los hechos», o bien en la «adecuación del texto normativo a las peculiaridades del caso»<sup>74</sup>, del mismo modo que nuestro lenguaje hablado no consiste en un perfeccionamiento de la lengua en la que hablamos o en su adaptación a lo que decimos. Consiste, más sencillamente, en la denotación de los hechos sometidos a juicio con los *nomina iuris* empleados por la ley y, juntos, en la comprensión de sus connotaciones singulares, no previstas y no previsibles por la ley y, sin embargo, consideradas a veces relevantes. Descuidada o malinterpretada por la reflexión filosófico jurídica, la equidad consiste en suma en una actividad cognoscitiva de tipo valorativo totalmente diferente de la verificación empírica y jurídica de lo que dice la ley, es decir, de la prueba del hecho y de su calificación normativa mediante las argumentaciones probatoria e interpretativa. Lo que dice la ley, si permite nombrar la infinita variedad de los hechos por ella denotados, no es por supuesto suficiente para su valoración jurisdiccional, que también requiere la comprensión de sus connotaciones singulares y específicas aunque no estén previstas —porque no todas son previsibles— por la ley.

## 7. ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA SIMPLE Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA PONDERADA

La dimensión equitativa —se ha dicho— se utiliza en la mayoría de los juicios y requiere un tipo específico de argumentación: precisamente la argumentación equitativa, que en la motivación de los pronunciamientos judiciales debería utilizarse —pero no siempre se utiliza porque muy a menudo se descuida— junto a la argumentación probatoria, relativa a la verdad factual y a la interpretativa relativa al significado extensional de las calificaciones normativas. Sin embargo, el modelo de la argumentación equitativa se hace más complejo cuando el caso sometido a juicio resulta denotado simultáneamente por más normas diversas, idóneas para calificar de una forma diferente el caso sometido a juicio. ¿Cómo se resuelve semejante conflicto?

Según las tesis principialistas citadas en el apartado 3, cuando se producen tales conflictos entre principios, el tipo de argumentación que se requiere para su solución consiste en la ponderación de los mismos principios, es decir, en la valoración argumentada y, por tanto, en la elección del principio que tiene más peso porque es más pertinente. Esta configuración creacionista de la argumentación judicial contradice, en mi opinión, el paradigma del Estado de Derecho. Cuando la ponderación tiene por objeto principios constitucionales, produce en efecto un inevitable debilitamiento de la normatividad constitucional a favor de la discrecionalidad legislativa y judicial, hasta el punto de resolverse en un vuelco en la jerarquía de las fuentes: en la supraordenación a la constitución tanto de la jurisdicción constitucional como de la legislación, ambas investidas del poder de ponderar y, por tanto, de elegir los principios aplicables y los principios a inaplicables. Piénsese, por poner un ejemplo, en el poder creativo de disposición que, mediante la ponderación, se otorgaría a los jueces, según Ronald Dworkin, en relación con libertad de prensa y de orden público<sup>75</sup>. Los principios

constitucionales se ven así reducidos a preceptos de optimización o a normas programáticas, confiadas de hecho al poder del legislador de frustrarlos y al poder del juez de inaplicarlos, aunque sea a favor de otros principios. A los juristas italianos de mi generación, el solo hecho de oír hablar de «normas programáticas» a propósito de los derechos constitucionalmente establecidos les da la sensación de una vuelta regresiva al pasado: al contexto en el que nuestra Corte de Casación y nuestra cultura jurídica reaccionaria congelaron la Constitución recurriendo a la tesis del carácter precisamente programático de toda su primera parte, de la cual solo en los años sesenta, gracias a las batallas de la cultura jurídica progresista y luego a la intervención de la Corte Constitucional italiana, se impuso su carácter inmediatamente vinculante.

Este efecto desconstituyente puede evitarse con una reconstrucción diferente de la solución judicial de los conflictos entre normas. La diferenciación entre reglas y principios es indudablemente una importante aportación teórica. Mi desacuerdo con las tesis principialistas concierne a la excesiva extensión asociada por ellas a la noción de principios. Me parece que una norma puede ser concebida como un «principio», es decir, como una «no regla», y como tal no aplicable —solo si es efectivamente inaplicable porque ningún comportamiento predeterminado es configurable como específica aplicación suya o como su violación—. Es el caso de todos esos principios carentes de significado extensional que he llamado *principios directivos*, como por ejemplo «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o bien «constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que (limitan) de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos», establecidos por los artículos 1 y 3 de la Constitución italiana, de los cuales ningún comportamiento específico puede configurarse como observancia o como violación. Pero precisamente esto no puede decirse en absoluto de todos esos principios dotados de significado extensional que he

llamado *principios reguladores*: por ejemplo, el principio de igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales constitucionalmente establecidos, de los cuales bien pueden configurarse o concebirse actuaciones o violaciones a las cuales tales principios son aplicables como reglas. Añado que esta redefinición de la distinción entre principios y reglas, sobre cuya base son reglas todas las normas de las cuales se pueden configurar el comportamiento que constituye su violación y, por tanto, también aquellas que establecen derechos fundamentales, concuerda mucho mejor que la noción ampliada de los principios criticada en este contexto a las nociones de «reglas» proporcionadas por los mismos principialistas: como normas aplicables en la forma del todo-o-nada (Dworkin), que pueden siempre ser realizadas o no realizadas (Alexy), que configuran casos de forma cerrada (Atienza y Ruiz Manero) o que prevén hechos típicos subsumibles en ellas (Zagrebelsky). Diré, por tanto, que mientras los principios directivos pueden configurarse como principios no deónticos, sino constitutivos de la identidad del ordenamiento al que pertenecen —y que, por eso, valen solo como argumentos relevantes en cualquier argumentación interpretativa—, los principios reguladores como los derechos fundamentales son, en cambio, principios deónticos que pueden ser realizados/satisfechos o violados —y que, por eso, se comportan exactamente como las reglas—.

Volvamos, pues, a nuestro tema: ¿cómo solucionar el conflicto entre principios reguladores que establecen, para un mismo caso, figuras normativas diferentes? En muchos casos, se trata de pseudoconflictos que se solucionan en abstracto en sede doctrinal gracias a la argumentación teórica en cuanto a la diferente estructura de los derechos que compiten entre sí: en particular, es el caso del llamado conflicto o concurso entre los derechos civiles de autonomía privada y todos los demás derechos, que en realidad consiste en la subordinación a los segundos del ejercicio de los primeros, colocándose siempre dicho ejercicio, tal como se

manifiesta por ejemplo en actos negociales, en un nivel normativo inferior con respecto a la ley y más aún con respecto al del conjunto de los derechos constitucionalmente establecidos<sup>76</sup>.

El verdadero problema se presenta —en sede solo judicial, porque a veces hace referencia a la singularidad de cada caso— cuando concurren más principios y no se puede establecer en abstracto cuál de las calificaciones normativas expresadas por ellos debe considerarse predominante. Es precisamente este problema el que el modelo de la argumentación equitativa es capaz de resolver, ofreciendo una reconstrucción epistemológica del razonamiento jurídico alternativa a la de la ponderación de los principios y plenamente compatible con el principio de legalidad y con la sujeción de los jueces a la ley, precisamente a partir de lo concreto del caso al que los mismos principialistas conectan siempre la ponderación de los principios. Considérese un ejemplo clásico de concurso de derechos fundamentales: el conflicto entre el derecho a la libertad de prensa y de información y el derecho a la intimidad y al honor. Generalmente, el segundo derecho prevalece sobre el primero, al no ser lícito divulgar noticias sobre la vida privada de una persona que puedan perjudicar su honor. Pero también puede ocurrir que en algunos casos la libertad de información se considere predominante sobre el derecho a la intimidad: es el caso de las noticias relativas a personajes de relevancia pública que, aunque dañen su honor, se consideren relevantes de cara a una valoración en clave política, por ejemplo, de su candidatura a un cargo público electivo. Es lo que ha fallado el Tribunal Constitucional español, que ha considerado predominante la libertad de información sobre el derecho a la intimidad del personaje público al cual se refieren las noticias que dañan su honor, pero que son políticamente relevantes<sup>77</sup>. Los principialistas afirman que en este caso se ha dado mayor importancia a la libertad de información. En realidad, lo que se ha considerado en la que bien podemos llamar *ponderación equitativa* —lo que se valora,

se entiende y se sopesa en dicha ponderación o equilibrio— no es en absoluto el principio, sino las singulares y específicas connotaciones del caso sometido a juicio: la naturaleza y el grado de relevancia pública de la noticia con respecto al ejercicio correcto del cargo institucional, la naturaleza del mismo cargo y el tipo de funciones confiadas al mismo cargo, el grado de incidencia que los hechos o las circunstancias objeto de la noticia pueden tener en el juicio de los electores. Estas son las connotaciones y estas son las circunstancias que se valoran y sopesan en la ponderación equitativa. En efecto, las normas son las reglas estables y permanentes de la lengua jurídica con cuyos términos denominamos los hechos de los que hablamos en el lenguaje jurídico, pero son las connotaciones específicas de los hechos las que tienen más peso en el juicio y en la argumentación equitativa a efectos de la decisión sobre si considerar predominante y aplicable una de las dos normas en conflicto —el derecho a la intimidad o la libertad de información—. Retomando de nuevo la analogía con la relación entre lengua y lenguaje común, no sopesamos ni valoramos las normas, sino las características concretas del caso, más de lo que, para decidir cómo llamar una mesa con una forma insólita y singular no sopesamos las palabras «escritorio» y «mesa de comedor», sino sus inciertas y singulares connotaciones.

Distinguiré, pues, dos tipos de argumentación equitativa: la *argumentación equitativa simple* y la *argumentación equitativa ponderada* o *ponderación equitativa*. La *argumentación equitativa simple*, de la que he hablado en el apartado anterior —dedicado específicamente a la crítica del enfoque hermenéutico—, concierne a las connotaciones específicas y relevantes a efectos del juicio que hacen a cada caso concreto diferente de todos los demás, aunque todos sean subsumibles en la misma figura normativa abstracta definida por una norma determinada y única. Muchas de estas connotaciones están a veces predeterminadas por la ley, como por ejemplo las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes

del delito, o bien los elementos previstos por el art. 133 del Código Penal, relativos a la gravedad del hecho punible. Pero está claro que ninguna previsión normativa, aunque sea muy detallada, puede contemplar todas las posibles connotaciones de un hecho. Lo absurdo de semejante pretensión se manifestó de manera clamorosa en la previsión de penas fijas por cada tipo de delito en el código penal francés de 1791, o sea, en la idea, inspirada en una comprensión errónea del principio de igualdad según la cual todos los robos, por ejemplo, deberían sancionarse con las mismas penas y al juez no debería concedérsele ninguna discrecionalidad. Está claro que esta idea fue rápidamente abandonada —al resultar evidente que un robo de manzanas no es lo mismo que un robo de diamantes— con la previsión de límites mínimos y máximos de la pena.

La *argumentación equitativa ponderada* o *ponderación equitativa* se utiliza en cambio en el caso de un conflicto de normas o principios que no es soluble en abstracto, sino únicamente en concreto precisamente mediante la ponderación equitativa, la cual no tiene por objeto las normas, que siempre son las mismas, sino las connotaciones de los hechos por ellas previstos, que son siempre, repito, irreductiblemente diferentes los unos de los otros. La decisión sobre el predominio de una norma con respecto a otra con ella concurrente depende, en ese caso, de las circunstancias del hecho y de su valoración y ponderación. Por ejemplo, las circunstancias agravantes de un delito son compensables con las atenuantes del mismo delito, o bien se valoran sobre estas; o viceversa, basándose en la valoración y la ponderación de las múltiples connotaciones del hecho sometido a juicio, y no, ciertamente, de las normas en concurso que prevén los dos tipos de circunstancias; las eximentes de la legítima defensa o del estado de necesidad se aplican o no a un caso de homicidio sobre la base de la valoración y de la ponderación de la proporcionalidad o no de la reacción de defensa o del estado de necesidad a la ofensa producida, y no ciertamente ponderando las normas sobre las

eximentes y sobre el homicidio; el principio de la dignidad y el derecho a la intimidad, según el ejemplo ya visto, prevalecen o no sobre el de la libertad de información con base en la ponderación ya no de tales derechos sino del tipo de noticia y del papel desempeñado por la persona a la que hace referencia la noticia. En todos los casos, la comprensión equitativa consiste en la calificación del hecho por medio de una norma determinada en lugar de otra sobre la base del predominio otorgado a las connotaciones denotadas por la primera con respecto a aquellas denotadas por la segunda. Es el resultado de una ponderación y de una valoración sobre el fondo que tiene por objeto las connotaciones del caso sometido a juicio, y no ciertamente las normas concurrentes.

En resumen, en caso de conflicto o concurso de normas, y específicamente de derechos,

los casos son dos. O el conflicto es soluble de una forma general y abstracta sobre la base del reconocimiento de que se trata en realidad de un pseudoconflicto, y entonces se resuelve con el predominio concedido al derecho no ejercido sobre el ejercicio del otro derecho, es decir con un acto de nivel normativo subordinado a aquel sobre el cual se colocan los derechos concurrentes. O bien el conflicto es insoluble en abstracto —y solo lo es en concreto—, y entonces se resuelve mediante la ponderación equitativa, la cual, sin embargo, ya no tiene por objeto las normas, que siempre son las mismas, sino las circunstancias irrepetibles del hecho que hacen de cada hecho un hecho diferente de todos los demás. En ambos casos no se verán afectados el principio de legalidad y la sujeción de los jueces a la ley.

## NOTAS

1. Por este motivo, por no haberlo tratado en sede de teoría del Derecho, se me ha criticado por haber subestimado el papel de la argumentación y de la interpretación jurídica: por ejemplo, Atienza (2008: 215); Guastini (2008: 255) y Barberis (2013: 56).

2. Sobre el nexa entre argumentación y sentencia, véase Atienza ([2006] 2012: 55-61; y 2013:107-110).

3. Así C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca ([1958] 1966: introducción, 3-6, 15-16 y 513-518). Pero cabe recordar también a G. Preti (1968: cap. III). En el silogismo judicial, por ejemplo, la argumentación concierne a la justificación de las premisas —la probatoria en apoyo de la verdad, aunque probabilística, de la premisa factual, y la interpretativa en apoyo de la verdad, aunque opinable, de la premisa normativa—, pero no a la conclusión, que de las premisas se deriva lógicamente. Es en la argumentación de las premisas donde radica, evidentemente, la actividad principal y el poder discrecional de los jueces.

4. Se trata de discursos sobre el Derecho que requieren otros tantos tipos de argumentación y de decisión, también los discursos de la sociología del Derecho y los de la filosofía de la justicia: los primeros de tipo descriptivo y explicativo, que requieren decisiones sobre la verdad empírica de las tesis sobre el concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas; los segundos de tipo justificativo y normativo, que requieren decisiones sobre la justicia o sobre la fundación axiológica de los sistemas jurídicos o de sus normas o institutos individuales.

5. Kelsen ([1960] 1966: 381-390), al contrario, afirma que la interpretación doctrinal, si ha de ser científica, debe ser únicamente descriptiva, mientras la interpretación judicial solo es volitiva. He criticado estas tesis en Ferrajoli (2016: 149-167 y 199-210).

6. Es la noción de «jurisdicción» —como constatación de una violación y precisamente de un acto inválido o de un acto ilícito, así como anulación del primero y condena para el segundo— propuesta en Ferrajoli (2007: v. I, 879-885), con la definición D12.9 y con las tesis T12.59-T12.63.

7. De la argumentación interpretativa, de la probatoria y de la equitativa he hablado en Ferrajoli (<sup>10</sup>2011: 94-147). Sobre la argumentación teórica, *vid.* Prólogo al volumen I de Ferrajoli (2007: 3-81; y 2012: 229-251).

8. La expresión es de Zaccaria (2012: 707).
9. La distinción recalca, *grosso modo*, aquella entre «interpretación creativa» y otros tipos de interpretación propuesta por Guastini (2011: 27-37, 59-61 y 267-269).
10. Es lo que ha mostrado Pino (2013: 88-95), quien justamente ha observado que la distinción mencionada en la nota anterior, a causa de los confines muy indefinidos y discutibles entre interpretación y creación, es una cuestión de grado.
11. Sobre el concepto de «decidibilidad» de la verdad procesal —o, mejor dicho, de la aceptación como verdaderas o correctas de las motivaciones de un pronunciamiento judicial— vinculada a lo taxativo y determinado del lenguaje legal, y sobre la degradación del poder del juez en «poder de disposición» donde la verdad procesal resulte indecidible, remito a Ferrajoli (<sup>10</sup>2011: 36-45, 94-97 y 147-160; y 2016: 172-175).
12. Según Spuntarelli (2007), en Italia las leyes medida representan ya las tres cuartas partes de toda la producción legislativa.
13. La expresión es de Barberis (2014: 569).
14. Así, Cappelletti (1984: 8).
15. Hasta el punto de ser considerada «contradicción en términos» por Kelsen ([1945] 1952:158); *vid.*, en el mismo sentido, Kelsen ([1960] 1966: 298).
16. Sobre la superposición de diferentes tipos de jerarquías normativas, algunos introducidos por los operadores jurídicos, y, por tanto, sobre el papel de la argumentación interpretativa en la identificación misma de las fuentes y de sus jerarquías, *cf.* Pino (2011: 19-56).
17. Me limito a recordar, de entre la abundante literatura sobre la globalización en el Derecho, Galgano (2005).
18. *Cf.*, en este sentido, Rodotà (1992: 169-186). Sobre la expansión de los espacios de la jurisdicción, véase también Andrés Ibáñez (2007: 41-43 y 107-126).
19. *Vid.* el reciente libro de Castronovo (2015: cap. II, 87-223), capítulo que, con el significativo título de «Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva», proporciona una amplia muestra de sentencias creativas, comentadas generalmente de forma favorable por una doctrina indulgente.
20. Así, Fiandaca (1997: 5, 6, 11 y 14). Sobre la evolución de un Derecho Penal jurisprudencial, *vid.* también Contento (1988: 484-494); Stortoni (ed.) (1989); Fiandaca (2001: 353-376; 2006: 239-264 y 2005: 41-52); Donini (2004:145-188) y Vogliotti (2015: 131-181).
21. Kelsen ([1934] 1982: 162-165). La tesis se retoma en Kelsen ([1934] 1970: 120-124) y se radicaliza en la edición de la *Teoría pura* de 1960 (1966: 387-388): «La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del Derecho es siempre auténtica, crea Derecho. Con la interpretación auténtica (es decir, la interpretación de una norma por parte del órgano jurídico que debe aplicarla) no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación teórica de la norma a aplicar, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable»; además porque, afirmará Kelsen ([1979] 1985: 404), dicha norma singular siempre es válida, cualquiera que sea su contenido, una vez adquiera fuerza de cosa juzgada. En Kelsen (1929: 128-129), el autor austriaco llegó a declarar su pleno acuerdo con el creacionismo judicial de la escuela del «Derecho libre», que diecisiete años antes —*cf.* Kelsen ([1912] 1988: 154-178)— había criticado duramente. Para una crítica de estas tesis, remito a Ferrajoli (2016: 154-178).
22. *Cf.* Losano (1985). Esta concepción de la interpretación judicial es bastante más singular al estar acompañada, como he recordado en la nota 5, por una concepción solamente descriptiva, y no también decisoria, de la interpretación doctrinal.
23. «Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de una norma superior, que regula dicha creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por la superior. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos de un conflicto» (Kelsen, [1945]



1952: 135). Esta tesis está presente constantemente en el pensamiento kelseniano: se recuerdan, al respecto Kelsen, ([1926] 1994: 93-94; [1928] 1981: 146; [1934] 1970: 111-112; y [1960] 1966: 260-267) He criticado esta homología en todos los diversos tipos de actos preceptivos subordinados a normas superiores y la consiguiente confusión entre las correspondiente funciones en Ferrajoli (2016: 133-143).

24. Pero hay que recordar también las concepciones creacionistas, antiformalistas y antilegalistas de la jurisdicción formuladas, en la primera mitad del siglo XX, por la escuela del Derecho libre que se desarrolló sobre todo en Alemania y, por otra parte, también por el realismo jurídico en las dos versiones: la americana de Jerome Frank, de Karl Lewellyn y de Max Radin; y la escandinava, más moderada, de Axel Hägerström, de Wilhelm Lundstedt, de Karl Olivecrona y de Alf Ross.

25. Gadamer ([1960] <sup>2</sup>1982: 369-370).

26. *Ibid.*: 382.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*: 18.

29. G. Zaccaria (2012: 15). *Vid.* también, sobre la orientación hermenéutica, Kaufmann ([1984] 2003); Viola y Zaccaria (2004); Faralli (2004) y Pastore (2014). Bastante más radical resulta el enfoque hermenéutico recientemente propuesto por Vogliotti, quien, partiendo de la irreversible «crisis de las categorías teóricas heredadas de la época ilustrada» (ibidem, p. 146), o sea de las «categorías cardinales» (legalidad legislativa, reserva absoluta de ley, determinación) en torno a las cuales giraba «todo el mundo de lo penal», propone abiertamente «desvincular la legitimación de la jurisdicción [...] de la rígida sujeción a la ley» (Vogliotti, 2015: 146 y 176): se produciría, en su opinión, un cambio de paradigma en la cultura jurídica: del paradigma legalista de la modernidad al jurisprudencial de la posmodernidad, singularmente parecido, por otra parte, al igualmente jurisprudencial de la premodernidad.

30. Zaccaria ([2007] 2012: 14). Pero véanse sobre todo las páginas de Zaccaria, ([2006] 2012: 159-165), donde la sujeción del juez a la ley se configura como «obediencia pensante» que no debe convertirse en «arbitrio, en tergiversación, tomando como base los poderes discrecionales, al dictamen normativo [ ] Una creatividad malentendida [ ] consistiría en la voluntad del juez de ir más allá del límite lingüístico introducido por el significado de las palabras de la ley [ ] La creación hermenéutica, en resumidas cuentas [ ] es una circunstancia de producción subordinada a la ley».

31. Dworkin ([1977] 1992: 93, 94 y 96). Una distinción análoga la propone Alexy ([1994] 2012: 106-107), según el cual, mientras «las reglas son normas que pueden ser realizadas o no realizadas», de este modo «si una regla es válida entonces es obligatorio hacer exactamente lo que la misma reclama», y «los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de ser susceptibles de diversos grados de realización», así, basándose en su ponderación, se pueden extraer reglas cada vez diferentes según la singularidad del caso; en particular, según Alexy (2010: 111), «los derechos fundamentales, en cuanto principios, son mandatos de optimización. En cuanto tales, ellos son normas que disponen que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las circunstancias fácticas y jurídicas existentes». Análogamente, Atienza y Ruiz Manero (1996: 9) sitúan la diferencia entre regla y principio en el hecho de que «las reglas configuran el caso de forma cerrada y los principios lo configuran de forma abierta». Por su parte, Gustavo Zagrebelsky (1992: 149) la identifica en el hecho de que solo las reglas y no también los principios prevén hechos típicos subsumibles en ellas.

32. *Cfr.* Kelsen ([1934] 1970: 63), donde se afirma que, según la doctrina pura, la norma jurídica «no hay que entenderla como un imperativo, del mismo modo que la norma moral, sino como un juicio hipotético que expresa la relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada». Al contrario, «el “imperativo categórico” de Kant es precisamente la designación clásica, hecha patrimonio común de la ciencia, del deber ético, de la norma ética» (Kelsen, 1988: 131). Así pues, se explica la tesis de Kelsen, retomada por los principialistas, según la cual los principios de justicia, y en especial los derechos fundamentales, aun después de su constitucionalización «conservan su carácter de principios de la moral» (Kelsen [1979] 1985: 184).

33. Dworkin ([1978] 1983: 469-501). Más en general, escribe Luis Prieto (2009: 58), «el déficit de racionalidad y con ello de legitimidad que esto pueda suponer» de la indeterminación asociada a los principios «es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica, en la que acaso depositen más confianza de la debida»

34. Kelsen, en efecto, niega la idea misma de «razón práctica», ya que identifica la razón únicamente con la razón teórica: «Nosotros definimos razón como la función cognoscitiva del hombre», escribe, y ya que «el establecimiento de normas [ ] no es una función cognoscitiva», al ser «una función del querer y no del conocer, entonces «el concepto de razón práctica» es «contradictorio», ya que no se puede admitir «una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere» (Kelsen, [1960] 1975: 86-87).

35. Escribe por ejemplo Ruiz Manero (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 69 y 71): «Entiendo por objetivismo [...] la posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundables o justificables [...] Aquí, me parece, solo cabe hablar de “verdad”, como decía, en el sentido en que “verdad” equivale a “justificación racional”». Tesis análogas las defienden Moreso (2011: 185, 188 y 191); Ruiz Miguel (2011: 277-280) y Atienza (2009: 116-117). Pero véase la firme defensa del objetivismo ético realizada finalmente por Dworkin (2011: 37-54 y 472-474 y 2013), textos en los que, como observa Preterori (2015: 169), la «objetividad del valor ocupa incluso el lugar de Dios».

36. Grossi (2011: 27 y 39).

37. Grossi (2007: 71-72).

38. Grossi (2013: 112).

39. Grossi (2007: 44 y 45), donde se retoma, a propósito de todo el «ideario de los siglos XVII y XVIII: estado de naturaleza, contrato social, representación política, igualdad jurídica, voluntad general», la descalificación que hiciera Romano (1947: 126-144).

40. Grossi (2000: 138): «¿No ha llegado quizás el momento», se pregunta Grossi en la nota introductoria de Grossi (2007: 7-8), «de revisar *funditus* el problema y la disposición de las llamadas por los juristas “fuentes del Derecho”, hoy que la divergencia cada vez más acentuada entre la práctica de los negocios y las normas imperativas oficiales hace emerger un imparable proceso de privatización de las fuentes del Derecho? ¿No ha llegado quizás el momento de liberarse del decrépito esquema de la jerarquía de las fuentes, hoy que la disposición de las fuentes desmiente, en el fervor de la experiencia, aquel esquema y vive otro?».

41. Grossi (2007: 174-176);, donde la jerarquía de las fuentes se concibe más como «el recurso jurídico más absolutista» que como un límite impuesto al ejercicio de todos los poderes públicos, porque «desvitaliza las fuentes colocadas en los escalones más bajos del sistema», así como «la expresión más genuina de lo que puede correctamente llamarse “absolutismo jurídico”».

42. Grossi (2007: 145), habla de las múltiples vías del jacobinismo descubiertas, según él, en los «códigos, de los cuales está repleta la edad moderna, a partir de los primeros años del siglo XIX», y luego en las muchas «cartas constitucionales», hasta la última carta, la Carta de Niza de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

43. Grossi (2009: 1901).

44. Galgano (2005: 202).

45. *Ibid.*: 98 y 149.

46. *Ibid.*: 150: «Establecer cuál es la norma de ley aplicable al caso en concreto, cuál es la interpretación que hay que hacer de la norma y, sobre todo, decidir cómo colmar las lagunas de la ley, que cada vez más a menudo calla ante los constantes cambios de la realidad, son valoraciones muy discrecionales, a tal punto que se otorga a la autoridad judicial, incluso en los sistemas de *Civil Law*, una gran latitud de poder, muy lejos de la visión ilustrada de la ley y de su interpretación judicial». Y aún antes: «El poder judicial se ha separado hasta tal punto de los otros poderes del Estado, legislativo y ejecutivo, que se tiende a configurar como órgano de una sociedad civil ya cosmopolita» (*ibid.*: 10).

47. Gentili (2013: 3-27).

48. *Ibid.*: 317. Gentili llama «libertinaje interpretativo» al creacionismo jurídico (*ibid.*: 86), configura la aportación del juez en la aplicación de la ley como «ni deductiva, ni creativa, sino más bien selectiva» (*ibid.*: 327); *vid.* también, *ibid.*: 349-350 y 469-470. *Cf.*, asimismo, Gentili (2005: caps. IV-VI).

49. Barberis (2014: 559).

50. *Ibid.*: 572.

51. *Ibid.*: 563. La referencia atañe claramente al célebre pasaje, que hoy ningún iuspositivista suscribiría, de C. Beccaria ([1766] 1981: 15): «Ni tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces del orden criminal, por la misma razón de que no son legisladores».

52. De la crisis de la ley, escribe Barberis (2014: 573): como conclusión: «Se sale solo invirtiendo la visión heredada por Beccaria y por Bentham: ya no el Derecho como ley interpretada y aplicada por los jueces, sino como justicia administrada por los jueces *dentro de los límites de la constitución y de la legislación*» (la cursiva es mía). *Pero vid.* también las referencias al principio de legalidad y a la ley en el razonamiento judicial en Barberis (2005: 228-235) y Barberis (2015: 172-176).

53. Fiandaca (1997: 2): «Cierta desencanto respecto a la primacía absoluta que en teoría les corresponde a las normas de ley», continúa Fiandaca, ha ido «difundiéndose entre los penalistas de las últimas generaciones, a raíz del “descubrimiento” de las más modernas teorías de la interpretación, especialmente de aquellas de orientación hermenéutica: de aquí la mayor conciencia del carácter intrínsecamente problemático del “vínculo” del juez penal con la ley escrita, con el consiguiente abandono de las más ingenuas ilusiones de origen ilustrado». «Al parecer ya obsoleto», añade Fiandaca (2008: 9), «sería en realidad una persistente actitud de ideológica (¿mitológica?) absolutización de la reserva de ley en lo penal», donde resulta “estimulante” la «perspectiva” de una revisión crítica de los principios-tabú del Derecho penal a la luz de las teorías más actualizadas de la interpretación y del razonamiento judicial» (*ibid.*: 18).

54. Fiandaca (2006: 242); *ibid.*: 241: «Reconocer la “creatividad” jurisprudencial no quiere decir, en efecto, estar dispuestos a avalar la discrecionalidad interpretativa más atrevida y desenfadada». *Pero vid.* también la obvia referencia de Fiandaca al principio de legalidad en la crítica severa al famoso proceso siciliano sobre la negociación, en Fiandaca y Lupo (2014: 71): «Para castigar un hecho no basta con desaprobarlo, sino que hace falta identificar una ley que lo configure como delito (principio de la así llamada legalidad): como veremos, precisamente según el principio de legalidad penal es más que discutible aplicar la específica hipótesis delictiva supuesta por los fiscales».

55. «Aquí no es el Estado el que proyecta o acepta nuevas formas de organización jurídica, sino algo que acontece más allá del Estado (sí no contra el Estado). Fuerzas privadas, sobre todo fuerzas económicas se dedican a producir Derecho [ ] Hoy se oye hablar mucho de *lex mercatoria* [...] con clara referencia a la baja Edad Media [ ] La aproximación de dos realidades históricas profundamente diferentes es arriesgada (también porque el mercader medieval no tiene sobre sus espaldas el abultado Estado moderno), pero da en el blanco cuando encuadra dos movimientos de *praxis*, generados desde abajo, desde la fragua de la vida económica; los encuadra y los valoriza por lo que son en la efectividad del desarrollo histórico» (Grossi, 2006: 294-295).

56. Entendiéndose «formal» como predicado metateórico que atañe únicamente a la dimensión sintáctica de la teoría, independientemente de los niveles y de los contenidos normativos a los cuales el término legalidad puede referirse.

57. Calamandrei (1945: 92).

58. Grossi ([1995] 2011: 17-18).

59. *Vid.*, sobre la crisis de la política y sobre la necesidad de refundarla, Preterossi (2011; y 2015).

60. Galgano (2005: 150-151).

61. Popper ([1969] 1972: 391) ha llamado «verificacionistas ilusos» a cuantos creen que el conocimiento puede consistir en la consecución de una verdad cierta o absoluta, y «verificacionistas desilusionados» a todos aquellos que, ante la imposibilidad de alcanzar semejante verdad, recurren al escepticismo y al irracionalismo. En Ferrajoli (102011: 36-38), parafraseando a Popper, he llamado «ilustrados ilusos» a aquellos que creen que el juez puede ser «boca de la ley», e «ilustrados desilusionados» a aquellos que, ante la insostenibilidad de semejante creencia, recurren al creacionismo jurídico. Concepción mecanicista y concepción creacionista de la jurisdicción, desde este aspecto, son las dos caras opuestas de la misma moneda —la concepción puramente descriptivista del conocimiento y absoluta y objetiva de la verdad— no menos que el cognoscitivismo objetivista y que el escepticismo cognoscitivo.

62. El principio ha sido en un primer momento entendido, por la jurisprudencia, en el sentido más radical, sin ni siquiera la imposición de la carga de la confutación de los precedentes: «Expuestos en modo conciso los motivos de hecho y de Derecho de la propia decisión, el juez no debe demostrar explícitamente la falta de fundamento o de per-

tinencia de la jurisprudencia eventualmente disconforme, puesto que los motivos de la decisión pueden estar viciados en cuanto resulten de por sí erróneos de hecho o de Derecho en relación con el caso concreto, no ya en lo que pueda estar en contraste con aquellos aducidos en decisiones correspondientes a otros casos análogos, parecidos o incluso idénticos» (Casación, 13.3.1980, n. 1772). En una sentencia dictada poco tiempo después, la Corte de Casación ha previsto la obligación de «aducir razones congruentes, convincentes para cuestionar y menoscabar la credibilidad de la dirección interpretativa rechazada», pero ha reiterado que el *juez a quo* es «libre de no ajustarse a la opinión expresada por otros jueces», y también «de no seguir la interpretación propuesta por la Corte de Casación» (Casación, 3.12.1983, n. 7248). Contra la idea de un Derecho penal jurisprudencial más allá de la ley, recuérdese además la sentencia de la Corte Constitucional Italiana n. 230 de 2012, que ha rechazado una cuestión de legitimidad constitucional dirigida a incluir los cambios jurisprudenciales producidos por los pronunciamientos de las Secciones Unidas de la Casación italiana entre los casos de revisión de las sentencias condenatorias *ex art. 673* Ley de Enjuiciamiento Civil italiana, con la justa motivación de que la equiparación que seguiría de estos cambios a los cambios legislativos violaría el principio de legalidad (art. 25 de la Constitución italiana), la sujeción de los jueces solo a la ley (art. 101, 2º párrafo de la Constitución italiana) y el consiguiente carácter no formalmente vinculante de los precedentes judiciales.

63. Es el caso del segundo apartado del art. 38 de la Ley Orgánica española de 21-04-1999 sobre el Tribunal Constitucional que, contradiciendo, en mi opinión, el principio de sujeción de los jueces «únicamente al imperio de la ley» expuesto en el art. 117 de la Constitución, ha establecido que «Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional». Con el resultado paradójico de la inmunización por ulteriores recursos —una especie de «para-constitucionalización» *de facto*— de las normas cuya inconstitucionalidad haya sido impugnada sin éxito. Sobre la cuestión, remito a Ferrajoli (2013: 74-75; y 2016: 203-204).

64. «El Derecho de creación judicial es, por su misma naturaleza, un *case law*; difiere del Derecho de creación legislativa porque es un Derecho creado a partir de un caso concreto, cual *ratio decidendi* de una específica controversia» (Galgano, 2005: 154).

65. Saussure (1967: 23-30 y *passim*).

66. Aristóteles (1957: 1137b, 155-156). Tesis análogas han sido expresadas en Aristóteles (1961: 1374a-1374b, 67-68), donde la equidad se entiende como un remedio «a una omisión involuntaria de la ley», como fuente del Derecho alternativa a esta en cuanto que «es lo justo más allá de la ley escrita», como un criterio antiformalista de interpretación jurídica consistente en «mirar no a la ley sino al legislador, y no a la letra, sino al espíritu del legislador» y, en fin, como una actitud consistente en «ser indulgente con los cosas humanas». Esta noción aristotélica de la equidad se ha heredado, con pocas variaciones, de todo el pensamiento filosófico-jurídico, de Hobbes a Muratori y a Genovesi, de Kant y Hegel, hasta Perelman, Carnelutti y Bobbio: véase el largo análisis crítico de las nociones de equidad formuladas por estos y por otros autores en Ferrajoli (<sup>10</sup>2011: 137-138 y 181-183, n. 94-104).

67. Cit., *supra*, en la nota 26.

68. H. G. Gadamer ([1960] <sup>2</sup>1983: 370): «Podemos decir», añade Gadamer, «que el análisis aristotélico se nos muestra como una especie de modelo de los problemas inherentes a la tarea hermenéutica. También nosotros habíamos llegado al convencimiento de que la aplicación no es una parte última y eventual del fenómeno de la comprensión, sino que determina a este desde el principio y en su conjunto. Tampoco aquí la aplicación consistía en relacionar algo general y previo con una situación particular [...] El intérprete que se confronta con una tradición intenta aplicársela a sí mismo. Pero esto tampoco significa que el texto transmitido sea para él algo general que pudiera ser empleado posteriormente para una aplicación particular» (*ibid.*: 376).

69. Aristóteles (1961: 1374a, 68 y 67).

70. Más de una vez he ilustrado esta reconstrucción alternativa de la dimensión equitativa del juicio: Ferrajoli (<sup>10</sup>2011: 135-147; 2010: 2771-2816; 2011: 315-336 y 2013: 95-127).

71. Frege ([1892] 1965: 374-404).

72. En Ferrajoli (<sup>10</sup>2011: 139), Sobre la relación entre universalidad abstracta de las normas y singularidad concreta de los casos sometidos a juicio, así como entre legalidad y equidad, véase también, *ibid.*: 29, 32 y n. 51, 59-60. Un temprano adelanto de estas tesis se encuentra en Ferrajoli (1966: 290-304).

73. Gadamer ([1960] <sup>2</sup>1983: 382).

74. Vogliotti (2015: 160 y 164). De forma análoga, Fiandaca (2008: 15): «El intérprete asume un papel “creativo”, en la medida en que él conforma o llena hermenéuticamente las circunstancias penales en el Derecho viviente, las integra, corrige, adapta, orienta a los casos concretos, propone interpretaciones restrictivas o, al contrario extensivas (si no precisamente análogas “enmascaradas”) a la luz de valoraciones teleológicas no siempre unívocamente deducibles del texto escrito de las normas o de la (a menudo polivalente) *ratio legis*».

75. Dworkin ([1977] 1992: 97): «La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es “absoluta” dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del “riesgo actual e inminente” o alguna otra forma de “equilibrio”. Un debilitamiento análogo, en mi opinión, es el de la normatividad de los vínculos de equilibrio previstos por la Constitución brasileña que proviene —como en el ensayo de Ávila (2015: 221-234)— de su configuración como principios ponderables en lugar de normas vinculantes.

76. Remito, sobre estos casos de solución en abstracto de los que, en mi opinión, son pseudoconflictos, a Ferrajoli (2013: 122-125).

77. Ruiz Manero (2012: 822-823).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert ([1994] 2012): *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. L. Di Carlo, Bolonia: Il Mulino.
- (2010): «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en M. Carbonell, L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Trotta.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2007): *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ARISTÓTELES (1957): *Ética Nicomachea*, A. Plebe (ed.), Bari: Laterza.
- (1961): *Retórica*, A. Plebe (ed.), Bari: Laterza.
- ATIENZA, Manuel (2006): *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel. Hay versión italiana de A. Abignente (2012): *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Nápoles: Editoriale Scientifica.
- (2008): «Tesis sobre Ferrajoli», *Doxa*, 31, 213-216.
- (2009): «Cuento de Navidad», *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*, 115-117.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO (<sup>1</sup>1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- ÁVILA, Humberto (2015): «O vínculos sociais na Constituição brasileira», *Teoria política*, 5, 221-234.
- BARBERIS, Mauro (<sup>2</sup>2005): *Filosofía del Derecho. Un'introduzione teorica*, Turín: Giappichelli.
- (2014): «Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico», *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, 4, 539-574.
- (2015): «Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIV (1), 163-178.
- BECCARIA, Cesare ([1766] 1981): *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (ed.), Turín: Einaudi, Turín 1981.
- P. CALAMANDREI, Piero (1945): «Prefazione» a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (ed. de Livorno de 1766), Florencia: Le Monnier.
- CAPPELLETTI, Mauro (1984): *Giudici legislatori?*, Milán: Giuffrè.
- CASTRONOVO, Carlo (2015): *Eclissi del Diritto civile*, Milán: Giuffrè.
- CONTENTO, Gaetano (1988): «Principio di legalità e Diritto penale giurisprudenziale», *Il Foro italiano*, 1988, 22, 484-494.
- DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milán: Giuffrè, Milán.
- DWORKIN, Ronald ([1977] 1992): *I diritti presi sul serio*, trad. G. Rebuffa, Bolonia: Il Mulino.

- ([1978] 1983): «No right Answer?» (1978), trad. it. «Non c'è soluzione corretta», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, 2, pp. 469-501
- (2013): *Giustizia per i ricci*, trad. V. Ottonelli, Milán: Feltrinelli.
- (2014): *Religione senza Dio*, trad. V. Ottonelli, Bologna: Il Mulino.
- FARALLI, Carla (2004): «Il giudice e il Diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, 531-538.
- FERRAJOLI, Luigi (1966): «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 43 (1), 290-304.
- (<sup>10</sup>2011): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.
- (2007): *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- (2010): «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», *Giurisprudenza costituzionale*, 55 (3), 2771-2816, trad. española en *Doxa*, n. 34, pp. 15-54.
- (2011): «El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *Doxa*, 34, 311-360
- (2012): «La teoria generale del Diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione», *Rivista di filosofia del Diritto*, 2012, dic. (2), pp. 229-252.
- (2013): *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari: Laterza.
- (2016): *La logica del Diritto. Dieci porie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari: Laterza.
- FERRAJOLI, Luigi y Juan RUIZ MANERO (2012): *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi y Mauro BARBERIS (2013): *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna: Il Mulino.
- FIANDACA, Giovanni (1997): «Diritto penale giurisprudenziale e spunti di Diritto comparato», en G. Fiandaca (ed.), *Sistema penale in transizione e ruolo del Diritto giurisprudenziale*, Padua: Cedam.
- (2001): «Ermeneutica e applicazione giudiziale del Diritto penale», en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 44 (2), 353-376.
- (2006): «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione», in E. Dolcini y C.E. Paliero (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milán. Giuffrè, 239-264.
- (2008): *Il Diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoles: Editoriale Scientifica.
- FIANDACA, Giovanni y Salvatore LUPO (2014): *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma-Bari: Laterza.
- FREGE, Gottlob ([1892] 1965): «Senso e significato», trad. L. Geymonat y C. Mangione en *id.*, *Logica e aritmetica*, Turín: Boringhieri.
- GADAMER, Hans-Georg *Verità e metodo* ([1960] <sup>2</sup>1983), trad. G. Vattimo, Milán: Bompiani.
- GALGANO, Francesco (2005): *La globalizzazione nello specchio del Diritto*, Bologna: Il Mulino.
- GENTILI, Aurelio (2013): *Il Diritto come discorso*, Milán: Giuffrè.
- (2015): *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Turín: Giappichelli.
- GROSSI, Paolo ([1995] 2011): «Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)», en G. Alpa (ed.), *Paolo Grossi*, Roma-Bari: Laterza.
- ([2002] 2006): «Globalizzazione, Diritto e scienza giuridica», en *id.*, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il Diritto*, Milán: Giuffrè, 294-295.
- ([2000] 2007): «Oltre le mitologie giuridiche della modernità», en *id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán: Giuffrè, Milán.
- ([2003] 2007): «Le molte vite del giacobinismo giuridico», en *id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán: Giuffrè.
- ([2006] 2007): «Il costituzionalismo moderno fra mito e storia», en *id.*, *Mitologie giuridiche* (2007), 174-176.
- (2009): «Tra fatto e Diritto», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 (2), 1899-1912.
- (2011): «Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del Diritto», en G. Alpa (ed.), *Paolo Grossi*, Roma-Bari: Laterza.
- (2013): *Prima lezione di Diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- GUASTINI, Riccardo (2008): «Algunos aspectos de la metateoría de Principia iuris», *Doxa*, 31, 253-260.
- (2011): *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè.
- KAUFMANN, Arthur ([1984] 2003), *Filosofia del Diritto ed ermeneutica*, trad. G. Marino, Milán: Giuffrè.
- KELSEN, Hans ([1912] 1988): «Sulla sociologia del Diritto» (1912), en *id.*, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. A. Carrino, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- ([1912] 1988): «La giurisprudenza come scienza normativa o culturale», en *id.*, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane.

- ([1926] 1994): «Lineamenti di teoria generale dello Stato», en *id.*, *Dottrina dello Stato* trad. A. Carrino, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- ([1928] 1981): «La garanzia giurisdizionale della costituzione», en *id.*, *La giustizia costituzionale*, trad. C. Geraci, Milán: Giuffrè.
- ([1929] 1982): «Giurisdizione e amministrazione», en *id.* *Il primato del Parlamento*, trad. C. Geraci, Milán: Giuffrè.
- ([1934] 1982): «Sulla teoria dell'interpretazione», en *id.*, *Il primato del Parlamento*, trad. C. Geraci, Milán: Giuffrè.
- ([1934] 1970): *Lineamenti di dottrina pura del Diritto*, trad. R. Treves, Turín: Einaudi.
- ([1945] 1952): *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, trad. S. Cotta y G. Treves, Milán: Edizioni di Comunità.
- ([1960] 1966): *La dottrina pura del Diritto*, trad. M.G. Losano, Turín: Einaudi.
- ([1960] 1975): *Il problema della giustizia*, trad. M.G. Losano, Turín: Einaudi.
- ([1979] 1985): *Teoria generale delle norme*, trad. M. G. Losano, Turín: Einaudi.
- LOSANO, Mario G. (1985): «La dottrina pura del Diritto dal logicismo all'irrazionalismo», prólogo a H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Turín: Einaudi.
- MORESO, Josep Joan (2011): «Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa*, 34, 183-200.
- PASTORE, Baldassare (2014): *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padua: Cedam.
- PERELMAN, Chaïm y Lucie OLBRECHTS-TYTECA ([1958] 1966): *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. C. Schick y M. Mayer, Turín: Einaudi.
- PINO, Giorgio (2011): «La gerarchia delle fonti del Diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione», *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, XVI, 19-56.
- (2013): «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa», en *Rivista di filosofia del Diritto*, 1, 77-102.
- PRETI, Giulio (1968): *Retorica e logica. Le due culture*, Turín: Einaudi.
- PRETEROSSO, Geminello (2011): *La politica negata*, Roma-Bari: Laterza.
- (2015): *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- POPPER, Karl ([1969] 1972): *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. G. Pancaldi, Bologna: Il Mulino.
- PRIETO, Luis (2009): «La teoría del Derecho de *Principia iuris*», *Jueces para la democracia*, 49-60 trad. it. «La teoría del Diritto nei *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli», en P. Di Lucia (ed.), *Asiomatica del normativo. Filosofia critica del Diritto in Luigi Ferrajoli*, Milan: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto.
- RODOTÀ, Stefano (1992): *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari: Laterza.
- ROMANO, Santi (1947): *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè.
- RUIZ MANERO, Juan (2012): «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"», *Doxa*, 35, 819-832.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2011): «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli», *Doxa*, 34, pp. 275-288.
- SAUSSURE, Ferdinand de (1967): *Curso de lingüística general*, trad. T. De Mauro, Bari: Laterza, Bari.
- SPUNTARELLI, Sara (2007): *L'amministrazione per legge*, Milán: Giuffrè.
- STORTONI, Luigi (ed.) (1989): «Il Diritto penale giurisprudenziale», en *Dei delitti e delle pene* 1989, 9-108
- VIOLA, Francesco y Giuseppe ZACCARIA (2004): *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del Diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- VOGLIOTTI, Massimo (2015): *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 131-181.
- ZACCARIA, Giuseppe ([2007] 2012): «La giurisprudenza come fonte di Diritto», en *id.*, *La comprensione del Diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- (2012): «Interpretazione della legge», en *Enciclopedia del Diritto, Annali*, V, Milán: Giuffrè, 694-709.
- ([2006] 2012): *Il giudice e l'interpretazione*, en *id.*, *La comprensione del Diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1992): *Il Diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Turín: Einaudi.

**Fecha recepción: 11 de junio de 2016**

**Fecha aceptación: 10 de noviembre de 2016**