

# *Sobre el juicio de igualdad y de justicia*

*A propósito de la contribución de Livio Paladin\**

—GUSTAVO ZAGREBELSKY\*\*—

Si ha existido un jurista empeñado en preservar el derecho y la ciencia del Derecho de las mezclas con lo que el Derecho no es, o con lo que el Derecho se entiende no sea o no deba ser, este ciertamente es Livio Paladin, al cual recuerdo, con este escrito, deseando rendirle homenaje —un homenaje crítico que, por ser tal, él habría apreciado—. Con su empeño, que era un elemento esencial de su estilo de estudioso, él contribuía a definir el lugar del Derecho en la comunidad científica y defendía la dignidad de los juristas y lo indispensable de su libertad y autonomía, en una sociedad que desee vivir en forma de Estado de Derecho. Defendía, en una palabra, el jurista que él era en grado máximo.

Como consecuencia de su idea de Derecho, Paladin fue hostil a las huidas hacia lo que es extranormativo. Con una metáfora espacial: esta actitud se manifestaba ya sea hacia arriba, es decir hacia la justicia no mediada por una norma positiva, ejercida a través de inmediatos juicios de equidad; ya sea hacia abajo, es decir, hacia el mero hecho en su efectividad, elevado a motivo de validez o invalidez de la norma jurídica o de condicionamiento de su alcance. En efecto, esta doble actitud se justifica y es coherente porque tiene que ver con dos lados inescindibles del derecho aplicado:

---

\* Este texto reelabora algunas consideraciones desarrolladas en la jornada del 2 de abril de 2001, que la Universidad de Padova ha dedicado al recuerdo de Livio Paladin, bajo el título «Corte Costituzionale e principio di eguaglianza». Traducido por Mijail Mendoza y Javier Adrián Coripuna.

\*\* El autor es magistrado de la Corte Constitucional Italiana y Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Turín.

la justicia, en su fija abstracción —pero también en la infinita multiplicidad de los modos de realizarse— se presta a ser adecuada a las características propias de los casos a decidir; los casos, a su vez —en la multiplicidad indeterminable de las connotaciones que los caracterizan concretamente—, exigen para ser decididos, poder ser reconducidos a principios de justicia abiertos a la comprensión de su especificidad.

Cuando menos en apariencia, —subrayo esta fórmula de cautela—, Paladin fue un jurista, por así decirlo, del derecho entendido en su totalidad como norma positiva. En la percepción que él tuvo de su actividad como juez constitucional, los problemas de constitucionalidad de las leyes vienen reconducidos sin interferencias (también, como se dirá, en el caso de la aplicación del principio de igualdad) a la relación de compatibilidad o incompatibilidad entre normas establecidas. Sin embargo, Leopoldo Elia ha recordado la Sentencia N° 16 de 1978 y la referencia osadamente «constructivista» que en ella se hace a principios y valores constitucionales. Pero aquella parece ser, probablemente, una excepción que se presenta necesaria por la particularísima presión del caso sobre su solución jurídica y por la necesidad de remontarse más allá de las descartadas normas positivamente establecidas, entendidas, por casi *communis opinio*, lagunosas; una excepción que —creo— confirma antes que desmiente la actitud general del redactor de aquella sentencia.

Retomo la imagen de la relación con lo que está más arriba y más abajo de las normas jurídicas, por medio de dos breves citas del mismo Paladin.

En la voz *Ragionevolezza* de los *Aggionamenti* en la *Enciclopedia del diritto* (1997), en un pasaje que me concierne críticamente, se lee, (p. 906): «El asunto que el órgano de la justicia constitucional también pueda controlar la legitimidad de las leyes sobre la base de parámetros externos al ordenamiento suscita muy profundas razones de duda» —y quien ha conocido a Livio Paladin sabe el peso que esto de «muy profundas» debió haber tenido para un hombre habituado a gran circunspección, cautela y moderación, también en el lenguaje—; suscita, por consiguiente, muy profundas razones de duda «en cuanto a que la tarea que la Constitución confía a la Corte no es la de controlar la conformidad de las regulaciones impugnadas a una mítica e inaferrable “naturaleza de las cosas”, sino la de decidir a la medida de la Constitución misma, sea incluso interpretada y reinterpretada de continuo».

Subrayo el significado de la parte final que, en verdad, parece incluida sin una particular intención, casi como una concesión que se ha-

bría preferido no hacer («sea incluso interpretada [...]»). La alusión a la interpretación renovadora o evolutiva de la Constitución abre una brecha en las certezas normativo-positivistas en las cuales se desee admitir en el nombre de Paladin, ¿por qué la Constitución siempre ha de interpretarse y reinterpretarse?; ¿qué cosa lo exige, y a la luz y en vista de qué cosa? Ciertamente, la respuesta no está en una norma positiva sino en una exigencia superior, de la cual el derecho positivo es función. Cuál pueda ser, no está dicho. Por el contrario, se confirma el ostracismo hacia lo que es pre-positivo y la adhesión al punto esencial: «permanecen actuales y bien fundadas las advertencias de no “contrabandear a través del control de la validez, el control sobre la injusticia de las leyes”» —apelo a las preocupaciones de Carlo Esposito que ya ha puesto de relieve el profesor Elia—.

Reservas paralelas vienen formuladas también a propósito de las concepciones del derecho, por así decirlo, abiertas hacia abajo, los hechos y su efectividad. En el famoso ensayo contenido en los *Scritti Crisafulli* sobre «Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza»<sup>1</sup> que racionaliza en sistema un largo periodo de jurisprudencia constitucional en el tema de igualdad, leemos como en síntesis: «Resulta algo redimensionada aquella opinión difusa por la cual, al controlar la igualdad-razonabilidad de las leyes, la Corte debería efectuar una comparación entre la norma y la realidad concreta; por lo general, la realidad subyacente no adquiere relieve sino a través del filtro de las calificaciones normativas y de la finalidad que el legislador se ha propuesto en la materia». También a este propósito podemos decir que, para un estudioso que rehuía de las conclusiones drásticas, la expresión «resulta algo redimensionada» dice menos de lo que habría querido significar en la intención de quien la ha empleado.

Conforme a estas y otras afirmaciones similares y tal vez, aun más, del mismo modo en el que Paladin se ponía instintivamente frente a los problemas aplicativos del derecho, Alessandro Pace<sup>2</sup> puede adscribir ahora a Paladin en el selecto grupo, incluso quizá demasiado restringido, de aquellos entre nosotros que él designa como «iuspositivistas de la

<sup>1</sup> PALADIN, Livio. «Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza». En: *Scritti Crisafulli*. Vol. 1. Padova: s.e., 1985, p. 657.

<sup>2</sup> PACE, Alessandro. «Metodi interpretativi e costituzionalismo». *Quaderni costituzionali*, n° 1, 2001, pp 60-61.

Constitución», en cuanto —añade— «positivistas moderados» (concepto apreciable pero tal vez no del todo claro), contrarios, por un lado, a la fuga del mundo ilimitado, conflictivo y arbitrario de los valores, y ligados más bien, a la objetividad de los textos; desconfiados, de otro lado, del «método casuístico»; enemigos de cualquier modo —y merecidamente— de todo subjetivismo y finalismo en la interpretación.

No obstante, en el párrafo dedicado a las «relaciones entre el método sistemático y el método casuístico», contenido en su último trabajo de orden sistemático, *Le fonti del diritto italiano*,<sup>3</sup> encontramos concesiones a un modo de pensar que es el efecto de la influencia declarada, inmediata, de Luigi Mengoni y Giuseppe Zaccaria y, probablemente, aun más, de la sensibilidad adquirida en los años de su actividad como juez constitucional; influencia que conduce a reconocer importancia en la interpretación y aplicación del derecho a los casos que exigen ser resueltos: «Considerar las actividades interpretativas en vista de la sola reconstrucción de una serie de tipos normativos (*fattispecie*) abstractos, es decir de la determinación de normas aptas a recibir aplicaciones indefinidamente repetidas, sería sin embargo demasiado reductivo ya que terminaría por desconocer uno de los rasgos esenciales de la interpretación misma». La actividad interpretativa implica «a un tiempo, en realidad, el derecho objetivo y el hecho, las normas entendidas en su generalidad-abstracción [...] y las específicas cuestiones de la vida que los operadores jurídicos vienen, llamados a resolver, cada vez que se presentan». «Todo caso caracterizado por cualquier factor de novedad coloca preguntas nuevas, relevantes en la interpretación del derecho aplicable (y, aun antes, en la búsqueda de este)» y las respuestas a estas preguntas tendrían que ser buscadas al interior de los espirales hermenéuticos, en un ir y venir de los tipos normativos abstractos a aquellos concretos y viceversa.

Este lenguaje (*casos y preguntas nuevas, espirales, idas y vueltas*, etc.), se vuelve a una tradición extraña al positivismo. La apertura a las exigencias del caso significa orientarse a una visión de la jurisprudencia como «ciencia práctica», en contraste con la idea «matematizante» del ordenamiento cual red de normas objetivas puestas por el legislador, una red firme y extendida sobre los casos, los cuales recaen en ella me-

<sup>3</sup> PALADIN, LIVIO. *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1996, pp.116 ss.

cánicamente (el juez es el mecánico), todas las veces en las que se realicen concretamente las condiciones que las normas mismas prevén para entrar en función: una visión —aquella de la ciencia práctica— que contradice la idea, transmigrada del derecho de la naturaleza al derecho del legislador positivo, de que la tarea de la ciencia jurídica sea exclusivamente la de describir y reconstruir, en base al principio de no contradicción, el conjunto de normas confeccionándolo en un orden coherente. En una palabra: una visión que contradice la idea de que la tarea de la jurisprudencia sea dictada exclusivamente por las exigencias (de coherencia) del ordenamiento jurídico positivo.

Subrayo lo de «exclusivamente». Para Paladin, la valoración del caso no debe arrollar el derecho como sistema: el «método casuístico» debe integrar, no suplantar el «método sistemático». El riesgo a evitarse es la disolución del derecho como ordenamiento y su sustitución con una concepción de aquel como suma de decisiones orientadas al caso en vista de la justicia. Esto terminaría por comprometer la unidad del ordenamiento y el *Estado de Justicia* suplantaría al *Estado de Derecho*, con los necesarios corolarios: ante todo en el orden de las relaciones entre los órganos constitucionales llamados, respectivamente, a crear y aplicar el derecho así como acerca de la previsibilidad de las decisiones y la certeza del derecho.

Falta una indicación de cómo pueda advenir la augurada integración del método casuístico en aquel sistemático, qué parte deba tener la consideración del caso en la reconstrucción del derecho. El discurso está interrumpido. Ciertamente, no es suficiente la invitación a favor de la interpretación evolutiva de la cual se ha dado cuenta en líneas anteriores. La interpretación evolutiva —promovida en vista de algún resultado externo al derecho como ordenamiento cerrado en y sobre sí mismo— es un resultado, no la descripción de un procedimiento argumentativo de cuyos elementos se dé cuenta. En una palabra: el párrafo sobre las relaciones entre el método sistemático y el método casuístico —en el volumen sobre las fuentes del derecho—, es un inicio, una posibilidad, no plenamente desarrollada y cuyo desarrollo habría exigido a la concepción puramente normativista de la interpretación y de la aplicación del derecho, un precio no desdeñable.

Así, me parece poder aventurar la idea de que, en la duradera reflexión de Paladin sobre los problemas generales del derecho, se hallan presentes despuntes fecundos que habrían podido conducir a una revi-

sión de su punto de vista, esencialmente normativista; en el estado en el cual no podemos dejar de razonar, sino debemos tomar nota de su hostilidad y desconfianza hacia todo lo que no entra en el restringido panorama del iuspositivismo, es decir en las confrontaciones de los meros principios de justicia no traducidos en regla jurídica y de los meros hechos no filtrados por su previa calificación normativa.

El sentido metodológico de la reconstrucción contenida en el ya citado escrito sobre «Corte Costituzionale e principio generale d'egualianza» está aquí, en estas basilares aversiones y en el esfuerzo de reconducir los problemas de validez de las leyes, incluso cuando es cuestión de igualdad —bajo el perfil de la razonabilidad de las clasificaciones legislativas—, a una relación entre proposiciones normativas para componer la unidad según el principio formal de no contradicción.

Este estudio, con justeza, es considerado aún hoy el esfuerzo de mayor importancia cumplido con el intento de abarcar todos los casos —y son la mayoría— en los que la Corte Constitucional utiliza un criterio tan dúctil y eficaz —pero también tan huidizo y peligroso— como el control de razonabilidad en el juicio de igualdad. En él, Paladin los comprende en esquemas argumentativos formalizados, proveyendo así también la indicación de un modelo prescriptivo para la decisión, ya que toda comprensión contiene en sí la fuerza de todas las teorizaciones. Tales esquemas se basan sobre el denominado *tertium comparationis* y el juicio en nombre del principio de igualdad-razonabilidad viene estructurado dentro de la tríada constituida por el principio mismo, por la norma impugnada y por la norma de comparación (constituida, por lo demás, por otra norma legislativa, pero a veces también por una norma constitucional, no siendo relevante esta diferencia). El recorrido entre estos tres polos normativos viene trazado a través de aquello que Paladin denomina las «estaciones», es decir los lugares comunes en los cuales aquel se articula —dando sustento a la argumentación—, y tales lugares están todos determinados por normas positivas.

Esta construcción, seductora —porque apaga las exigencias de racionalidad de nosotros juristas positivos— y admirable —por la ambición que la anima de formalizar incluso el control de las leyes en nombre de la razonabilidad de las clasificaciones legislativas—, no me parece plenamente satisfactoria. Hay siempre, en el modo de proceder del juez constitucional y no constitucional, algo de consciente o de inconsciente que huye, y este «algo» es lo que frecuentemente desenvuelve la función más importante.

Antes que nada, se puede observar que, desde hace tiempo, ha hecho ingreso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional el control de las clasificaciones legislativas relativo a su «intrínseca razonabilidad» y la fórmula y el concepto son utilizados en los mismos informes que el presidente presenta anualmente al público como rendición de cuenta de la actividad de la Corte. La «intrínseca razonabilidad» indica un vicio de la ley apreciable en la forma de una confrontación directa con un principio constitucional, fuera de la relación con otra norma que asume la función de *tertium*. Entonces, el control de constitucionalidad no se desenvuelve más en el ámbito y al interior de las contradicciones entre términos normativos que poseen el mismo carácter: las normas objeto del control de constitucionalidad —normas-regla aplicables en los juicios comunes— vienen a ser puestas en comparación con principios, es decir, con alguna cosa heterogénea que se halla en el confín de «aquello que está más arriba» del derecho positivo y, estando aun los principios constitucionales también contenidos en normas positivas, ellos son intrínsecamente abiertos a concepciones de la convivencia social y política «pre-positivas», concepciones no puestas sino presupuestas. Sin embargo, hay más al respecto.

De otro lado, la experiencia muestra que el esquema triádico es una representación o una racionalización a posteriori, por cuanto nunca es, en verdad, imposible individualizar un *tertium* para observar la validez de una ley y para decidir de modo conforme la correspondiente cuestión constitucional. El *tertium* desenvuelve un rol constitutivo y no meramente retórico solamente en casos algo limitados en los que la cuestión no tiene que ver con *leyes que diferencian* sino que concierne a *por qué las leyes diferencian*. Este segundo caso —que se podría, probablemente, calificar precisamente como juicio de *racionalidad* antes que de *razonabilidad* de las opciones del legislador— implica principalmente el valor formal de la coherencia del ordenamiento jurídico y viene a consideración principalmente en la relación de compatibilidad recíproca entre normas (incluso si luego la opción de la norma a eliminarse para restablecer tal coherencia puede —no necesariamente debe— introducir en el campo valores constitucionales materiales). Aquí, el esquema triádico es apropiado. En el primer caso —el control que más adecuadamente se podría denominar de *razonabilidad*— no.

Es esta una distinción, aunque no siempre evidente, que debe ser tenida en cuenta. Es fácil dejarse llevar por la impresión desviante de que en ambos casos la argumentación de la Corte sea idéntica. También

en el primer caso —leyes *que diferencian*— puede haber una referencia normativa que funge de *tertium*, pero la existencia de este elemento normativo no es razón determinante de la inconstitucionalidad o es, simplemente, por así decirlo, comprobación de la irrazonabilidad de una opción de un legislador que, en circunstancia distinta y comparable, ha operado plausiblemente en modo diverso. El *tertium* entra efectivamente en juego como factor de la decisión cuando se tenga que ver no con una simple diferenciación, sino con una verdadera y propia discriminación, lo que acontece cuando la ley es inconstitucional *porque (es decir, por el solo hecho de que) diferencia*.

En una palabra: el intento de formalizar el juicio sobre la razonabilidad de las leyes y, aun más, evidentemente, de formalizarlo en términos de un decurso entre normas positivas, parece fracasar. Así, parece quedar irresuelto el más serio intento de definir el lugar de este juicio de constitucionalidad, convirtiéndolo en autónomo sea respecto al juicio de valor puro y simple, sea respecto a valoraciones puramente existenciales, allanadas sobre la efectividad. El intento dirigido a circunscribir los elementos del juicio sobre la razonabilidad de las clasificaciones legislativas solo a los datos normativos positivos, negando espacio a lo que se halla más arriba y a lo que está más abajo, fracasa precisamente por esta pretensión de delimitación y de formalización. Las investigaciones, incluso las apreciables, recientes, sobre el juicio constitucional en nombre de la razonabilidad no hacen sino confirmar su inaferrabilidad por medio de esta clase de instrumentos conceptuales. Y se puede testimoniar que también en la práctica judicial cotidiana se topa con la insuficiencia de los esquemas, por así decirlo, medianos —construidos exclusivamente sobre la relación triangular de normas— y con la preocupación de evitar el abuso de la fuga en los puros valores o del allanamiento sobre la mera efectividad de las opciones del legislador.

Una comprensión más adecuada a la realidad del juicio de razonabilidad, en lugar de borrar de él el principio y el caso, y de circunscribirlo a la relación de congruencia entre normas, tal vez debería, por el contrario, colocarlo dentro de la relación —por lo exacto— entre principio y caso que determina la norma razonable (o mejor —según la fórmula cautelosa de la jurisprudencia constitucional— «no manifiestamente irrazonable»).

Razonable —aventurada una definición— es la norma que responde a las exigencias del caso valoradas a la luz de los principios constitu-



cionales; irrazonable es la norma que rompe con esta relación de congruencia.

Para todo «dualista» integral, esta fórmula es inaceptable: que cualquier caso de la vida presente unas pretensiones regulativas es simplemente un sinsentido. Una cosa es el mundo de las normas y otra aquel de los hechos. De los hechos no derivan normas, tampoco, por consiguiente, pretensiones normativas. Según los dualistas rigurosos, dentro de los que se adscribe todo normativista que se respete, los hechos, para el derecho, son materia inerte que asume relieve con el solo fin de poner en movimiento lo que la norma prescribe. La idea de que, dado un hecho, se pueda «esperar» de él una norma, es del todo absurda, exactamente como la idea recíproca que, dada una norma, se pueda esperar de ella un hecho.

Sin embargo, los hechos nunca se presentan en su aspecto exclusivamente material. En una sociedad saturada de puntos de vista normativos —jurídicos y extrajurídicos— todo hecho viene fatalmente percibido como una realidad dotada de un significado y de un valor y ello es tanto más evidente cuando el hecho es llevado delante de un tribunal, que sea representado por la conciencia o por una autoridad religiosa o por una instancia judicial civil. Como escribe Giuseppe Zaccaria,<sup>4</sup>

puesto que toda *aplicación* de las normas no puede sino moverse de un determinado contexto, o sea de una determinada situación concreta y de un ámbito de vida común en el cual las particulares acciones individuales poseen y precisan un significado suyo, será preciso [...] que el intérprete tenga de verdad en cuenta, en modo preciso, todos los aspectos relevantes que connotan aquella situación [...]; y esta valoración se pondrá como preliminar respecto a la decisión acerca de la norma y las normas que deban aplicarse a un caso determinado.

¿Qué significa dejar morir o provocar la muerte a un enfermo terminal? ¿Es la sustracción al dolor de una vida humana o es la extinción de una vida humana? Por consiguiente, ¿es un acto de humanidad o de homicidio? La mujer que decide someterse a fecundación artificial ¿satisface un legítimo deseo de maternidad y coopera a la supervivencia de

---

<sup>4</sup> ZACCARIA, Giuseppe. «Complessità de la ragione giuridica». En: *Ragion pratica*. T. I. 1994, p. 9; ahora en *Questioni di interpretazioni*. Padova: s.e., 1996, p.15, citando a K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M., 1998, pp. 311 y ss.

la especie humana o violenta a las sagradas leyes de la naturaleza? Y si la fecundación es heteróloga, ¿atentará tal vez la santidad del vínculo matrimonial? Los hechos y los actos que se pueden aducir como ejemplos son infinitos y su fuerza de comprobación parece tanto mayor cuanto más amplio y contrastado es el debate sobre su sentido y sobre su valor. Si lo uno y lo otro son pacíficos, puede parecer que la interpretación y la aplicación «razonables» del derecho lo prescindan. Pero no es así como resulta todas las veces en las que un caso, precedentemente pacífico en su sentido y en su valor, inicia y aparece como discutible y expuesto a ser debatido. Por esto, una «interpretación» del caso (y no solo del derecho) existe siempre (aun si con frecuencia —y tanto más frecuente cuanto mayor es la cohesión de la colectividad sobre principios— es el resultado de una reacción inmediata e incluso inconsciente) y no solo en los casos difíciles del tipo de aquellos o los de ahora, algunos de los cuales hemos señalado en los ejemplos.

He usado hasta ahora en forma promiscua las palabras *hechos-actos* y *casos*. Es tal vez oportuno distinguir y usar la expresión «caso» para indicar los hechos y los actos, una vez que hayan sido sometidos a la precitada categorización de sentido y de valor. Se puede, entonces, fácilmente comprender que los casos no son mudos sino pretenden ser regulados de conformidad a lo que su sentido y su valor exige. Es sobre esta base que viene efectuada la interpretación razonable del derecho y, aun antes —como advierte Paladin en el ya citado pasaje de sus lecciones sobre *Le fonti del diritto*—, que viene investigada la disposición adecuada, entre las tantas, diversas e incluso opuestas en sus consecuencias, que el ordenamiento contiene, las que podrían, en hipótesis, ser utilizadas para la resolución del caso.

Todos nosotros recordamos el proceso penal a cargo de los administradores de la comunidad para la recuperación de los tóxico-dependientes de San Patrignano y las dos sentencias de sentido opuesto que fueron pronunciadas en primera instancia y en apelación. Los hechos, en su desnudez, eran del todo pacíficos. Algunos jóvenes internados en aquella comunidad habían sido cerrados bajo llave por algún tiempo en espacios angostos, sometidos a un tratamiento al límite de la brutalidad. La finalidad declarada por los responsables era evitar que aquellos pudieran tener ulteriores relaciones con traficantes de droga y, entonces, que la terapia en curso fuese perjudicada en su resultado. Los hechos, repito, eran absolutamente incontrovertibles. La sentencia de primera

instancia fue condenatoria, habiendo entendido los jueces que lo acontecido implicaba una violación injustificada de la libertad personal. En apelación, la sentencia fue revocada, sin que, por lo demás, hubieran aparecido nuevos hechos. Simplemente aquel caso, que precedentemente había sido entendido como una violación a la libertad, fue entendido en modo diverso, habiéndose dado particular peso a la finalidad terapéutica del comportamiento de los administradores de la comunidad. De este modo, podían encontrar espacio normas del Código Penal que permitían la absolución de los imputados. El Código Penal es un repertorio de posibilidades diversas y también opuestas (por ejemplo, por un lado, secuestro de persona, violencia privada, etc.; y por el otro, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, consentimiento del titular del derecho, etc.), en manos de quien debe aplicarlo. ¿A cuál dirigirse para la aplicación? Si se leen las motivaciones de las dos sentencias,<sup>5</sup> resulta de modo evidente que, más allá de los hechos, también el alcance de las normas que, en hipótesis, podían ser aplicadas, estaba fuera de discusión: no existía en absoluto un problema de interpretación del derecho, cuyas normas eran incuestionables. El resultado del juicio, en las dos instancias procesales, por consiguiente, no fue determinado por la resolución ni de problemas de hecho ni de problemas de derecho (en el sentido de la interpretación de las normas del Código Penal), sino del significado y del valor del caso. Una vez definido lo uno y lo otro, el juez se ha dirigido al Código Penal. La aplicación de este último ha sucedido con un movimiento opuesto al que entienden los normativistas: no del derecho hacia el hecho, sino del hecho (o mejor, del caso) hacia el derecho.

El que precede es uno entre tantos ejemplos posibles. En él se ha tratado de la individuación de la norma aplicable. En otros, se puede tratar de una adecuación interpretativa de la norma a las exigencias del caso. En otros, aun, cuando no existe la norma razonablemente aplicable o la operación interpretativa no es posible —y entonces el caso tendría que recaer en una previsión normativa que resulta arbitraria—, se suscita la cuestión de la inconstitucionalidad. En un libro de hace una decena de años,<sup>6</sup> he recordado el denominado «caso Serena», un caso

<sup>5</sup> Tribunale Rimini, 16 de febrero 1985 en *Foro it.*, 1985, pt. II, cc.431 y ss. y Corte d'appello Bologna, 28 de noviembre 1987, en *Foro it.*, 1988, pt. II, cc.588 y ss.

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

difícil (o, mejor, imposible) de adopción ocurrido en 1989 y que comprometió emotivamente a Italia entera, desde el simple ciudadano hasta el presidente de la República. No vuelvo sobre la cuestión sino para observar que solo aparentemente se contraponían dos partidos: aquel que partiendo de la ley «fría», pretendía sacrificar a ella los «acalorados» intereses en juego (de la niña y de la familia que la había recogido de un país lejano y la había acogido), y aquel que, partiendo de los intereses concretos, deseaba una norma adecuada para tutelarlos (esta era la contraposición tal como era advertida por los comentaristas no especializados, por ejemplo Natalia Ginzburg e Cesare Carboli).<sup>7</sup> Una interpretación similar suscitara ciertamente la reacción indignada de los jueces que se ocuparon del caso, acusados de una visión miope y legalista. Ellos, en la motivación de sus decisiones,<sup>8</sup> mostraron con claridad y honestidad el modo de proceder seguido por ellos para arribar a una solución contraria a los intereses personales entonces en juego. No había, en absoluto ignorancia de los caracteres del caso, sino una interpretación diversa de él que venía ofrecida por quienes sustentaban la tesis «humanitaria»: no una pequeña inocente a arrancar del núcleo familiar en el que se hallaba insertada sino un apoderamiento ilegal y sin garantía alguna de una niña que habría podido contribuir como precedente, si se toleraba, a favor del comercio de menores. Esto, para decir que también la apelación a la ley como tal, a la *ita lex* y, a veces, a la *dura lex sed lex*, esconde simplemente también eso, una cierta y diversa visión del caso a decidir.

El «caso Serena» es significativo también porque los jueces, al motivar sus resoluciones, afrontaron expresamente el problema de la adecuación de la ley al caso, resolviéndolo en el sentido de que la norma existente permitía una solución razonable, es decir, conforme a sus exigencias; añadiendo de cualquier modo que, en un hipotético caso contrario de solución irrazonable, habría sido el instrumento de la cuestión de constitucionalidad propuesta a la Corte Constitucional. Se ve así que los problemas de razonabilidad del derecho se manifiestan en todos los pasajes en los que se despliega la función judicial y no son, en absoluto, prerrogativa del juez de la ley. Este interviene solo en los casos en los

<sup>7</sup> «Genitori e figli». Ahora en CARBOLI, C. *Ricordi tristi e civile*. Torino: Einaudi, 2001, p. 43.

<sup>8</sup> Corte d'appello Torino, 15 de marzo y 21 de abril 1989, en *Giur. it.*, 1989, I, c.2.

cuales los jueces comunes no estén en condición —ellos mismos— de resolver razonablemente en base al derecho vigente. Desde luego, corresponde a la Corte una responsabilidad más amplia porque su indagación de la razonabilidad no es *en la ley*, sino, potencialmente, *contra la ley*.

Llego así al último punto, a la objeción que generalmente se dirige contra este modo de enfocar las cosas en nombre de la consistencia objetiva del ordenamiento jurídico y de la certeza del derecho. El derecho casuístico, se dice con razón, es un derecho desestructurado que desvanece la exigencia de previsibilidad sobre el cual solo se puede apoyar aquel «sentimiento de seguridad» que, no solo para Montesquieu, es una de las condiciones necesarias de la libertad. Derecho del caso, arbitrio del juez.

Una objeción de este tipo sobreentiende la idea de que cuanto se ha venido desarrollando, delinea una entre las ideologías del derecho y que a ella pueden entonces contraponerse otras que permitan el retorno al «derecho de la ley por lo que ella es», con los deseados corolarios a propósito de la certeza del derecho. A mi modo de ver, no es así. Cuanto antecede es un intento de descripción. Se puede discutir si sea una descripción fiel a su objeto, es decir, a los caracteres de la función judicial de aplicación del derecho. Por el contrario, son las concepciones del positivismo normativista que aparecen como ideológicas en cuanto presumen existentes en el tiempo presente aquellas condiciones jurídicas y sociales —condiciones culturales de univocidad de sentido y de unidad de valor— que han permitido la afirmación del Estado de Derecho legislativo del pasado. La versión positivista-legalista actual piensa actualizarse atenuando sus proposiciones, reconociendo por ejemplo la «estructura abierta» de la interpretación y la existencia de una difícilmente eliminable «incertidumbre de los límites» del derecho: dos datos que necesariamente introducen en el procedimiento aplicativo del derecho elementos decisionales reconducibles al juez y no a la ley. No pudiendo, frente a la evidencia, defender el positivismo legalista coherentemente con sus presupuestos, los positivistas actuales se autodefinen como «críticos», «moderados» o, según la expresión de Alessandro Pace, «temperados».

Pero aquello que tal vez un tiempo podía sostenerse como un límite o, exactamente, un temperamento de una teoría, fundamentalmente válida, hoy suena como una contradicción o un desmentido. No se advierte que en el momento presente de grandes incertidumbres y dilemas, incluso éticos, producidos por los grandes cambios introducidos por la

economía y la tecnología, propiamente lo que es decisivo en la regulación de la vida colectiva se coloca siempre más en la zona incierta; ni que la estructura abierta del derecho abre la vía al subjetivismo más puro en las problemáticas más relevantes. Las cuestiones controvertidas son aquellas que caen en la zona de la «incertidumbre de los límites», pero multiplicándose las controversias. Lo que se coloca pacíficamente dentro de los márgenes es siempre más reducido. No estarán las normas jurídicas, en el sentido del positivismo, en ayudarnos a preservar la certeza del derecho.

A quien observase que una postura interpretativa rigurosa, adherente a la norma, podría poner una barrera a la fragmentación de la jurisprudencia y a sus orientaciones, se podría oponer que tampoco aquello que aparece a primera vista el más seguro e incuestionable entre todos los criterios de interpretación, el literal, alcanzaría tanto. En presencia de diversos contextos de sentido y de valor, tampoco la letra es una certeza. Es más: nada más que la letra fomenta discordia. La argumentación «literal» de Porzia, el abogado que venía de Padua, contra la pretensión, otro tanto literal, de Shylock<sup>9</sup> —«dos libras de carne, ¿qué cosa hay que discutir? sí; pero carne sin sangre»— es una clásica demostración de ello.<sup>10</sup> La opinión no especializada jurídicamente está perfectamente al corriente de aquello que se está diciendo y califica, a veces, los efectos de la presión del caso como una interpretación tendenciosa de la fórmula legislativa, impotente de oponerse. A propósito de un dramático caso concerniente a la posibilidad de extracción de los órganos vitales de una niña no clínicamente muerta, nacida «casi completamente descerebrada» y entonces destinada a morir en pocos días, S. Quinzio<sup>11</sup> sintetizaba así su posición: «Extraigamos por lo tanto —si hallamos un modo para burlar la ley (por lo general, siempre se encuentra una forma de hacerlo)—». Lo que no suena como una gran apreciación del común «modo de proceder» de los juristas «positivos».

<sup>9</sup> Shakespeare, William. *Il mercante di Venezia*. S.d. IV, I.

<sup>10</sup> Sobre el *valor dramático* de Porzia, contrapuesto al *valor trágico* de Antígona, en el modo de entender el rol de quién es llamado a aplicar la ley o a atenerse a ella, son ejemplares las reflexiones de ASCARELLI, Tullio. «Antigone e Porzia». En: *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*. Vol. 1. Torino: Utet, 1960, pp. 107 y ss.

<sup>11</sup> QUINZIO, S. «Una legge contraria a la pietà va aggirata con timore e tremore». *La Stampa*, 13 de abril de 1992.

El mismo legislador, guiado por una suerte de autoilusión acerca de las propias capacidades de expresión normativa, cae por lo general en el equívoco, y en el intento de hacer claro el propio pensamiento y la propia voluntad, abunda en palabras que deberían aclarar el sentido de otras palabras, multiplicando así y no reduciendo las posibilidades de interpretar y, no infrecuentemente, de trastornar su producto. Así, la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más resbalosa de todas las interpretaciones, eventualmente expuesta a enredos y trucos falsos: «Mentir de hecho diciendo la verdad literal es la cosa más fácil del mundo, como pecar sin violar la letra de la ley».<sup>12</sup> Ya L.A. Muratori en *I difetti della giurisprudenza* (1742)<sup>13</sup> se asombraba: «lo que es más extraño, cuando a veces se emplea más palabras en formular una ley, precisamente a fin de explicar bien la intención de quien la forma, puede resultar tanto más oscura y capaz de diversos sentidos». Y, por lo demás, recientemente, análogas reservas son expresadas en el sector donde mayor es la exigencia de certeza, en un escrito de un penalista alemán, B. Schmidhäuser, por el significativo título: «Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie».<sup>14</sup>

Retomo la expresión empleada más arriba: la interpretación aceptable como razonable es aquella que responde a las exigencias del caso valoradas a la luz de los principios constitucionales. Solo en los principios —entendidos no como formulaciones que resumen a posteriori de la *ratio* unas prescripciones jurídicas particulares, según el sentido del artículo 12 de las disposiciones preliminares en el Código Civil, sino como fuerzas normativas, constructivas del orden jurídico al máximo nivel— el derecho puede encontrar su verdadera base y su posibilidad de certeza. Se dirá: «pero el problema nace precisamente porque los principios son controvertidos». Si viviésemos en un contexto de principios indiscutibles o sin más, no expresos, porque son espontáneamente aceptados, el problema no se plantearía; ellos operarían tácitamente como fundamento material de toda interpretación del derecho y, aun antes, de los casos a reconducir al derecho, y asegurarían así, aquella coherencia

<sup>12</sup> FOA, V. *Lettere della giovinezza*. Torino: Einaudi, 1998, p.339.

<sup>13</sup> Tomo la cita tomada del volumen de ANIS, M. sobre *La legge oscura*. Bari-Roma: s.e., 1997.

<sup>14</sup> SCHMIDHÄUSER, B. «Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie». En: *Gedächtnisschrift für W. Martens*. Berlin-New York: s.e., 1987, pp.231 y ss.

y aquella certeza que andamos buscando. Aquí, sin embargo, no se debería tratar de una discusión libre, sino de una discusión prejuzgada por principios establecidos por la Constitución. La Constitución no legitima en absoluto el Babel de puntos de vista, al que cualquiera pueda apelar para sostener el suyo propio.

En este orden de ideas, he sostenido en otro lugar, ganándome las críticas de los custodios de la ortodoxia positivista —más o menos críticamente vivenciadas—, que las disposiciones de la Constitución a las cuales se les debe reconocer el significado más profundamente «constitucional» son aquellas de principio: por ejemplo, el primer párrafo del artículo 13, antes que los párrafos que siguen. Esto no significa, en absoluto, sustraer fuerza a las reglas de la Constitución, sino reconocer a sus principios un valor de orientación y de orden general en la construcción del ordenamiento y en la interpretación de los hechos y de los actos de la vida constitucional; un valor que las reglas, estructuradas por tipos normativos, no poseen por sí.

La reconducción de los casos a los principios constitucionales es un paso, —pero solo un paso—, una ayuda en dirección de la superación de los riesgos del derecho casuístico. Pero no es todo. Los principios son numerosos y su jerarquización es, por lo demás, problemática. Sobre todo, por su misma naturaleza y estructura, ellos no cierran el ordenamiento sobre sí mismo, y no fundan el derecho como dimensión separada del vivir ciudadano. Sería ingenuo entender lo contrario. La razonabilidad del derecho, aun si —o precisamente porque— es filtrada por los principios constitucionales, es por el contrario una constante referencia a las otras dimensiones normativas que hacen de un grupo humano una sociedad. Las estructuras normativas, por cuanto cada una obedece a una propia razón fundativa, no pueden andar cada una por cuenta propia: cada una trae alimento y fuerza de las otras y, a su vez, las alimenta.

Aquí el discurso debería alargarse más allá de la medida y debería acometer, nada menos, la cuestión del lugar del derecho en la sociedad, de su relación de autonomía —pero no de separación— respecto a los otros sistemas normativos que ella expresa. No sé quién podría hacer un discurso tal. Lo que sí me parecería que se debe señalar es que sin la defensa de los propios principios, el derecho se corrompe, se hace servil, se reduce a instrumento y, en definitiva, se rinde superfluo; peor aun cuando esta defensa es estéril si es exclusivamente, como se dice,



autorreferencial o, aun peor, autopoética. Se asoma el tema del método en el Derecho —en general, y en el Derecho constitucional, en particular— y se propone la exigencia de una jurisprudencia culturalmente, y no solo organizativamente, independiente. Una exigencia que el positivismo normativista cree poder eliminar o reducir al mínimo a través de la ilusión de una ciencia jurídica tendencialmente cerrada sobre sí misma y de una jurisprudencia deseablemente «mecanizada», pero que, precisamente por esto, resulta ilusa.

Las «gravísimas razones» de perplejidad expuestas por Paladín, de las que se han iniciado estas consideraciones, son para mí razones de la muy ardua misión que incumbe a los constitucionalistas en el presente tiempo, cuando la dimensión constitucionalista del común vivir ha de ser particularmente defendida. Una misión que —según la expresión de Alexander Hamilton—<sup>15</sup> exige en quien, si la asume, una *uncommon portion of fortitude* para no dispersarse en lo particular sino para concentrarse sobre la definición y sobre la defensa de los principios, desde los cuales todo el resto viene. Es un *momento* de los deberes del jurista, necesario porque la cercanía de la materia que él maneja de la realidad que está en su entorno, puede terminar por representar la cómoda vía para contrabandear aquiescencia, sujeción y servilismo hacia los fuertes, que no son necesariamente (para no decir más) los justos en la sociedad.

---

<sup>15</sup> En: *Federalist*, n° 78.