

JURISTENRECHT. INVENCIÓN DE DERECHOS, OBLIGACIONES Y PODERES¹

Juristenrecht. Rights invention, duties and power

Recepción: 27 de junio de 2010.

Aceptación: 19 de julio de 2010.

Riccardo Guastini

Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello

Università di Genova.

guastini@unige.it

Palabras clave

Derechos, obligaciones, poder, jurisprudencia, doctrina jurídica.

Key words

Rights, duties, power, jurisprudente, judicial doctrine.

Pp. 131-144

Resumen

El objeto específico de este trabajo es una exposición del carácter neutral de la doctrina jurídica, mediante el estudio de los principales componentes de dicha doctrina, con el análisis de la interpretación y construcción de la misma, para concretar con algunos principios respecto de las reglas no escritas.

1. Primer Congreso de Filosofía y Derecho. Neutralidad y Teoría del Derecho. Girona, 20, 21 y 22 de mayo de 2010.

Abstract

The specific objective of this essay is the exposition of the neutral character of the judicial doctrine, with a study of the principal components of each doctrine, with the analysis of the interpretation and construction of it, to concrete with some principles towards the non written rules.

1. JURISPRUDENCIA EXPOSITIVA FRENTE A LA JURISPRUDENCIA SENSORIAL

El comienzo de cada debate acerca de la neutralidad, entendida como *Wertfreiheit*, en el campo jurídico, me parece, es la distinción de Jeremy Bentham entre la jurisprudencia expositiva y la jurisprudencia sensorial: un libro de la jurisprudencia puede tener uno u otro de dos objetos: 1. para determinar qué es la ley; y 2. para determinar lo que debe ser. En el primer caso puede ser un libro de estilo de la jurisprudencia expositiva; en el segundo, un libro de la jurisprudencia sensorial: o, en otras palabras, un libro sobre el *arte de la legislación*².

La distinción de Bentham es compartida por John Austin en la forma siguiente: la existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito es otra, si es o no es una pregunta; si es o no es conforme con una norma supone, es una pregunta diferente. Una ley existente realmente, es una ley aunque no nos guste, o aunque se desvíe del texto, por el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación³.

La misma actitud es compartida por Hans Kelsen también: su teoría pura del derecho supuestamente responde a la separación necesaria de la ciencia jurídica, de la política⁴. La teoría pura se mantiene libre de todos los elementos extranjeros para el método específico de una ciencia, cuyo único propósito es el conocimiento de la ley.... Una ciencia describe su objeto como lo que realmente es, no establecer como debe ser o no debe ser desde el punto de vista de algunos juicios de valor específicos. Este último es un problema de política, y como tales preocupaciones, y el arte de gobernar, una actividad dirigida a los valores, no a un objeto de la ciencia, dirigida a la realidad⁵.

Bentham y Austin, así como Kelsen, se dedicaron a distinguir el conocimiento libre de valores de la ley, a partir de: a) de la crítica moral o política y/o aprobación (o justifica-

2. J. Bentham. (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, editado por J. H. Burns y H. L. A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 293 f.

3. J. Austin. (1879). *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive law*, 4th ed. Por R. Campbell, John Murray, London, I, 220. Cf. también 33 y 176 f.: jurisprudencia general ... es concerniente con la ley ya que necesariamente es, más que con la ley como debe ser; con la ley, tal como debe ser, sea bueno o malo, en vez de con la ley como debe ser, si es buena; la ciencia de la jurisprudencia ... tiene que ver con las leyes positivas ... aun consideradas sin tener en cuenta su bondad o maldad.

4. H. Kelsen. (1992). *Introduction the Problems of Legal Theory* (1934), ed. por B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 3.

5. H. Kelsen. (1945). *General Theory of law and state*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.), XIV.

ción) de la ley existente; y b) política legal (es decir, las directivas de *lege ferenda* dirigida a la legislatura).

Tenga en cuenta que si la ley es concebida como un lenguaje, el lenguaje de la autoridad legislativa⁶, entonces tanto la jurisprudencia expositiva y sensorial son lenguajes de segundo orden, que tiene por lenguaje, objeto la propia ley. Ambos conceptos (jurisprudencia expositiva y sensorial) suponen una marcada distinción lógica entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de los abogados.

Sin embargo, la caracterización de Bentham, Austin y Kelsen de la jurisprudencia expositiva como conocimiento puro de la ley como es, por tanto, una pureza cognitiva, libre de valores, la iniciativa no puede ser tomada como una descripción satisfactoria de la práctica real de los abogados académicos, es decir, en el lenguaje jurídico francés, *la doctrina, más bien debe ser entendida* como un modelo normativo de la ciencia jurídica, la razón, cada libro o ensayo general exige ser y de hecho es considerado como una pieza del conocimiento jurídico (jurisprudencia expositiva, conocimiento de la ley en vigor) no puede ser reducida a una obra meramente cognitiva⁷.

2. LA CIENCIA JURÍDICA FRENTE A LA DOCTRINA JURÍDICA

En el uso común de la jurisprudencia continental, el trabajo jurídico ordinario es con frecuencia etiquetado como ciencia jurídica⁸, doctrina legal⁹, o dogmática legal¹⁰. No obstante, todas las frases pueden ser entendidas como apuntando (al menos) dos iniciativas intelectuales muy diferentes a distinguir:

- I. Por un lado, la ciencia jurídica propiamente dicha, la ciencia del derecho (Kelsen), la ciencia de la jurisprudencia (Austin), es decir, lo científico (neutro, libre de valores) descripción de la ley en vigor¹¹.

6. N. Bobbio. (1976). "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" (1950), in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità Milano.

7. Me refiero a la doctrina como libros de texto, monografías, comentarios, etc., con una mirada especial a la doctrina jurídica continental.

8. German *Rechtswissenschaft*, Italian *Scienza Giuridica*, French *science juridique* Spanish *ciencia jurídica*, etc.

9. Cf., e.g., A. Peczenik *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of law and as a Source of law* vol. 4 de E. Pattaro (ed.), *A Treatise of legal philosophy and General Jurisprudence*. Springer, Dordrecht, 2005, ch. 1. vea también A. Ross, *On Law and justice*, Stevens & Sons, London, 1958, *passim* (en particular 9, 19, 46), acerca de lo que él llama doctrina y estudios del derecho.

10. German *Rechtsdogmatik*, Italian *dogmática giuridica*, French *dogmatique juridique*, Spanish *dogmática jurídica*, etc., la frase dogmática jurídica no es familiar en la jurisprudencia angloamericana, pero es usada comúnmente en el lenguaje jurídico continental. Cf. e.g. A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto, Turku, 1977, 266 ff.; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1978), traducido por R. Adler y N. McCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989; E. Bulygin, *Legal dogmatics and the Systematization of Law*; in T. Eckhoff, L. M. Friedman, J. Uusitalo (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986 (*Rechtstheorie*, Beiheft 10), 193-210; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Reidel, Dordrecht, 1987, ch. 3; A. Peczenik, *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of law*, cit., esp. ch. 1.

11. D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 754: *Legal science*. Conocimiento organizado y sistematizado... de y sobre la ley. ... El término ciencia jurídica, también puede estar limitada al pensamiento sistemático y escrito acerca de la ley, a diferencia de la ley, decisiones y la aplicación de la ley a los problemas prácticos, lo que podría mejorar lo descrito como doctrina jurídica.

II. Por el contrario, la llamada doctrina jurídica¹², es decir, la investigación académica habitual en torno a la ley especialmente a aquellos textos normativos los cuales son considerados como fuentes oficiales de la ley.

Lo que la ciencia de la ley debería equivaler, puede ser cuestionado. Por ejemplo, puede ser cuestionado si debe limitarse a describir la llamada ley en libros (esto es con frecuencia en el caso del estilo de la jurisprudencia continental) o debe tener en cuenta las decisiones judiciales (jurisprudencia) como el núcleo mismo de la ley en acción. La primera línea de investigación es (al menos aparentemente) sugerida, por ejemplo, por Hans Kelsen; la segunda es recomendada a saber por los realistas americanos, así como el estudio realista escandinavo Alf Ross. Pero esta cuestión es irrelevante en el contexto actual¹³.

La ciencia jurídica (entendida en sentido estricto) y la doctrina jurídica son diferentes cuestiones. La principal diferencia entre ellas, sin embargo, no es lo mismo entre describir y evaluar y/o prescripción. Claro, de vez en cuando los abogados académicos evalúan-criticán o aprueban (o justifican), la ley en vigor; algunas veces también hacen declaraciones *de lege ferenda*, es decir, directivas pertenecientes a la esfera del arte de la legislación (en términos de Bentham) o del arte de gobierno (en el lenguaje de Kelsen). En tales circunstancias, sin embargo, no suelen pretender actuar como auténticos científicos. El carácter no neutral de la doctrina jurídica está en otra parte y es el objeto específico de este trabajo.

3. LOS PRINCIPALES COMPONENTES DE LA DOCTRINA JURÍDICA

En el uso jurídico común, el trabajo académico jurídico en su conjunto con frecuencia es etiquetado como interpretación sin ninguna otra especificación. Sin embargo, este uso del término interpretación es definitivamente bastante amplio. Su principal falta es que está eclipsando la variedad de operaciones intelectuales realmente logradas por los estudiosos del derecho. Desde la interpretación, bien entendida, es solo una parte y no lo más importante, me atrevo a decir del real trabajo jurídico. Al lado de la interpretación que juristas han logrado una gran cantidad de otras operaciones también. Propongo denominarlas construcciones jurídicas.

I. La interpretación en *sentido estricto* consiste en atribuir un sentido a textos normativos (como los estatutos, la constitución, etc.). La norma se forma de una sentencia interpretativa, supongo es: T significa M (donde T son las siglas del texto interpretado, y M para el significado atribuido).

12. D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, cit., 750: *Legal scholarship*. La investigación sistemática y el pensar y escribir acerca de cualquier división o subdivisión de la ciencia jurídica. Es principalmente la función del jurista. ... Su propósito puede ser muy teórico o severamente práctico, para aclarar algún asunto abstracto o reducir al orden y hacer comprensible y utilizable las indicaciones de una determinada ley. Esta actividad es algunas veces llamada "Ciencia Jurídica" aunque esa frase parece más apropiada para el cuerpo total del conocimiento y comprensión de los cuales se avanza por la doctrina jurídica.

13. Cf., sin embargo, el comentario final de este documento.

II. La construcción jurídica, en el sentido que voy a usar la frase, consiste principalmente en la conformación de reglas no expresas, es decir, reglas no formuladas por la autoridad normativa, reglas no atribuidas a cualquier texto definitivo adoptado como su significado-contenido o directa (lógica) implicación.

En la mayoría de los casos, los motivos de tales normas jurídicas son las teorías o doctrinas¹⁴, como la teoría del gobierno parlamentario, la teoría de las constituciones escritas, la teoría de las relaciones entre el derecho comunitario europeo y los sistemas jurídicos internos de los estados miembros, la doctrina de la incorporación de las normas del derecho internacional en los sistemas jurídicos municipales, la doctrina opuesta de la transformación (de acuerdo con lo cual las normas internacionales solo forman parte del derecho interno, si es aceptado por estatutos), las teorías que compiten de responsabilidad civil, las diferentes concepciones de igualdad, y así sucesivamente.

Estas teorías son, por una parte, productos de construcción jurídica y, por otra parte, poderosas herramientas para la construcción adicional. En particular, se utilizan como argumentos para afirmar la existencia o validez de reglas no expresas. En términos generales, la formulación de normas no expresas tiene por objetivo colmar (real o supuesto) las lagunas en la ley.

Pero, por supuesto, la interpretación y la construcción necesitan algún análisis adicional.

4. INTERPRETACIÓN

En el uso común, la interpretación a veces se refiere a un acto de conocimiento, a veces a un acto de decisión, a veces a un auténtico acto de regla-creación. Por tanto deberíamos distinguir entre cognitivo, de resolución judicial, y la interpretación creativa¹⁵.

I. La interpretación cognitiva consiste en identificar el (marco de) varios significados posibles de un texto legal, los significados válidos sobre la base de compartir normas lingüísticas, (sintáctica y semántica) métodos aceptados de interpretación, y existencia de teorías jurídicas, sin elegir alguno de ellos.

14. D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 371: «*Doctrines of Law*. Formulaciones sistémicas de los principios jurídicos, reglas, concepciones y normas con respecto a ... campos del ordenamiento jurídico en regímenes lógicamente interdependientes, por lo que el razonamiento puede proceder sobre la base del régimen y sus implicaciones lógicas.

15. El motivo de la distinción siguiente es la simple declaración de hecho que (casi) todas las normas legales tienen dos o más significados, y no hay razón jurídica para preferir uno de los diversos significados a otros... el punto de vista. ... que la expresión verbal de una norma legal tiene solo una verdad, el significado que puede ser descubierto por la interpretación correcta es una ficción, adoptada para mantener la ilusión de la seguridad jurídica, para hacer que la ley que el público busca crea que solo hay una respuesta a la cuestión de la ley en un caso concreto. ... la opinión de que es la función de interpretación para encontrar el "verdadero" sentido de la ley, se basa en un concepto erróneo de la interpretación. ... La elección de las interpretaciones. ... está determinada por motivos políticos. Interpretación auténtica, es decir, la interpretación realizada por la autoridad que aplica la ley puede aun atribuir a una norma legal un significado que la interpretación no auténtica nunca se atrevería a mantener. Que es decir, mediante una interpretación auténtica a una norma jurídica puede ser reemplazada por otra norma de total y diferente contenido (H. Kelsen, « En Interpretation », Preface para H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens y Sons, London, 1950, XIII ff.).

- II. La interpretación judicial consiste en la solución definitiva de un significado, elegido entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, y descartando los otros.
- III. La interpretación creativa consiste en atribuir al texto un nuevo significado no incluido en el marco de significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva.

Supongamos que una disposición legal P es ambigua o indeterminada de tal manera que se podría interpretar como una expresión de la regla R1 o la regla R2. Así, la interpretación cognitiva tomará la forma de una declaración de sentencia, P puede significar R1 o R2; la interpretación judicial, a su vez, será expresa por una declaración de sentencia que indica P significa R1 o P significa R2; La interpretación creativa, a su vez, consistirá en decir, por ejemplo, P significa R3 (Nótese que por hipótesis, R3 no es uno de los significados válidos de P, identificada por interpretación cognitiva).

Tome este ejemplo muy simple, el artículo 40 de la Constitución Italiana dice: “el derecho de huelga se ejercerá de conformidad con las leyes que la regulan”. Ahora, supongamos que en ninguna ley en realidad existe regulación del ejercicio de tal derecho. Así, la interpretación cognitiva de esta disposición constitucional podría correr, más o menos de esta manera: al artículo 40 de la Constitución se le pueden atribuir 3 significados diferentes: a) el derecho de huelga puede no ejercerse hasta que alguna ley regule su ejercicio; b) al carecer de cualquier norma estatutaria, el derecho de huelga puede ejercerse sin límite alguno; o c) incluso en ausencia de cualquier estatuto que regule el tema, el derecho de huelga puede ejercerse aunque dentro de los límites, a saber: sus límites naturales derivan del equilibrio de ellos con otros derechos fundamentales y valores constitucionales¹⁶. La interpretación judicial, a su vez, consistirá en la elección de uno de tales significados competentes.

Como un buen ejemplo de la interpretación creativa, mencionaré lo siguiente: el artículo 72 de la Constitución Italiana exige un cierto procedimiento legislativo para la promulgación de cualquier ley sobre la materia constitucional. No hace falta decir que la cuestión constitucional en un concepto de textura abierta, lo cual permite un gran margen de discreción interpretativa. La frase estatuto en materia constitucional, sin embargo, no es ambigua en el lenguaje jurídico común, indica unívocamente *ordinario* (es decir no constitucional) los estatutos inciden en cuestiones de importancia constitucional (ejemplo paradigmático: estatutos relativos al sistema electoral de las cámaras). Sin embargo, de acuerdo a la opinión de la corte constitucional debería ser interpretado en el sentido de la misma, como estatuto constitucional, es decir, estatutos adoptados por el procedimiento especial necesario para reformas constitucionales. Tal sentido de la frase se sitúa claramente fuera de la gama de significados, en el presente caso, el único significado de hecho, identificable por la interpretación cognitiva¹⁷.

16. Las tres interpretaciones mencionadas fueron mantenidas en la reciente historia constitucional Italiana.

17. Corte Costituzionale, decisión 168/1963.

La interpretación cognitiva es una operación puramente científica que carece de cualquier efecto práctico, y pertenece al campo de la ciencia jurídica propiamente entendida. La interpretación judicial y creativa, a su vez, son operaciones políticas, las cuales no apuntan a determinar la existencia de la ley más bien apuntan a darle forma.

Sin embargo, la interpretación creativa como es definida arriba es algo inusual. En la mayoría de los casos la interpretación creativa toma una ligera forma diferente, consiste en derivar de un texto legal no expreso (implícito, en un amplio sentido, no lógico) normas, ya sea por medio de una gran variedad de argumentos no deductivos (*por ejemplo, a contrariis, a simil, etc.*) o sobre la base de alguna teoría jurídica *a priori*¹⁸. Así, deriva (construcción o formulación) normas no expresadas en sentido estricto, no es un acto interpretativo, es una forma genuina de la así llamada legislación formada por los intérpretes. Y esta última observación nos dirige a una construcción jurídica.

5. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Libros de doctrina jurídica y documentos jurídicos están llenos de supuestos teóricos, previo a la interpretación de cualquier disposición jurídica particular, supuestos que no tienen relación directa con los textos normativos¹⁹.

Tales supuestos:

- I. Es inevitable la condición de interpretación, ya sea, en una dirección definida o exclusión de determinadas decisiones interpretativas de otra forma posible; y
- II. Más que todo, son bases derivadas de un gran tratado de normas no expresadas.

Permítanme dar algunos ejemplos:

- a) Acorde al Tribunal de Justicia Europeo²⁰, la Comunidad Económica Europea constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional. El cual comprende no solo los estados miembros, sino también sus nacionales.

Independientemente de la legislación de los estados miembros, el derecho comunitario no solo impone obligaciones a los particulares, sino además tiene por objeto darles derechos, los cuales se convierten en parte de su patrimonio jurídico. Estos derechos nacen no sólo donde son garantizados expresamente por el tratado, sino también debido a las obligaciones impuestas por el tratado en una forma claramente definida sobre los parti-

18. Juristas tratan tales normas como implícitas en vista de ocultar la importancia creativa de sus construcciones.

19. Hasta donde yo sé, esto es especialmente cierto para la doctrina jurídica continental.

20. Corte de Justicia Europea, 5 de febrero, 1963, Caso 26/62, *Van Gend y Loos*. Según el Tribunal de Justicia, 8 de abril, 1976, Caso 43/75, *Defrenne*, los artículos obligatorios del tratado se aplican no solo para la acción de las autoridades públicas, sino también para acuerdos independientes concluidos privadamente o en la esfera de relaciones industriales, como contratos individuales y contratos colectivos de trabajo.

culares, así como a los estados miembros y a las instituciones de la comunidad. ... De acuerdo con el espíritu, el sistema general y el texto del tratado de la CEE, el artículo 12 debe ser interpretado como una producción de efectos directos y la creación de derechos individuales deben ser protegidos por los tribunales nacionales.

En otras palabras, el tribunal asume el tratado de la Comunidad Económica Europea, no como una ley ordinaria internacional (relaciones de gobierno entre los estados) ni como una ley constitucional (relaciones de gobierno entre el estado y los ciudadanos), pero un tipo completamente nuevo de acto jurídico de naturaleza mixta, mitad internacional, y mitad constitucional. Esta teoría asumida, lleva al tribunal a interpretar diversas disposiciones del tratado como una creación de derechos y obligaciones, no solo en las relaciones entre estados, sino aún en las relaciones entre cada estado y sus ciudadanos.

b) De acuerdo con Alexander Hamilton²¹, una constitución como límite es una constitución con ciertas excepciones más específicas para la autoridad legislativa, es decir, una constitución que limita la competencia de la legislatura, y las limitaciones de este tipo pueden ser conservadas en la práctica, no de otra forma, por medio de los tribunales de justicia, cuya obligación debe ser, declarar todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la constitución válida. Sin esto, todas las reservas de derechos particulares o privilegios equivaldrían a la nada.

El razonamiento de Hamilton, una pieza del arte de la legislación en términos de Bentham es bastante simple: la constitución establece una serie de límites al poder legislativo, la única manera de hacer efectivos tales límites es declarando cualquier acto legislativo contrario a la constitución válida; dicha declaración no puede ser confiada, sino a los tribunales. No hace falta decir que tal facultad de los tribunales, va más allá de las disposiciones explícitas de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

La teoría de Hamilton sobre el límite de la constitución, sin embargo, es compartida y ampliada por el juez Marshall, en el caso *Marbury* (1803)²², un acto legislativo contrario a la constitución no es ley. Ciertamente todos aquellos enmarcados en constituciones escritas, las consideran como la formación de la ley fundamental y suprema ley de la nación, y, consecuentemente, la teoría de tal gobierno debe ser que un acto de la legislatura que repugna a la constitución, es nulo. ... Así, si una ley está en oposición a la constitución; y si ambas la ley y la constitución se aplican a un caso particular, el tribunal debe decidir ese caso conforme a la ley, haciendo caso omiso a la constitución; o conforme a la constitución, sin tener en cuenta la ley, el tribunal debe determinar cual de esas normas en conflicto regulan el caso. ... Si, entonces, el tribunal está para considerar la constitución, y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no una ley ordinaria debe regir el caso para la aplicación de ambas.

21. *Documentos Federalistas*, n. 78.

22. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60.

El juez Marshall, en otras palabras supone que de acuerdo a la intención de los autores, la constitución es superior a (más valioso que) las normas legislativas, y se deriva de una teoría, dos supuestos pendientes y consecuencias normativas, en primer lugar, ninguna ley legislativa contraria a la constitución es nula, en segundo lugar, el tribunal está facultado para declarar que una ley no es nula. Tanto las consecuencias son, sin embargo, reglas no expresas, por lo cual el tribunal supremo se suma a la constitución.

- c) La Constitución Italiana de 1948 ha enmarcado un gobierno parlamentario, el ejecutivo está sujeto a la confianza de la cámara y, en caso de un voto de censura, está (supuestamente) bajo la obligación de dimitir. Ahora, los abogados constitucionalistas italianos (más o menos unánime sobre este punto) sostienen que bajo el supuesto de la teoría general del gobierno parlamentario, el Presidente de la República no es la cabeza del Ejecutivo: él o ella es por el contrario un poder neutral, algo como el *pouvoir neutre*, de Benjamín Constant, cuya función es sólo garantizar la constitución, es decir, asegurar el funcionamiento normal del proceso ordinario político-constitucional.

Como un supuesto teórico tiene una gran importancia normativa. Por ejemplo: al Presidente se le concede un derecho de poder-veto sobre las leyes legislativas; sin embargo, él o ella no podrán ejercer esa facultad por motivos políticos, ya que, la función del derecho de poder-veto es que permite al Presidente ejercer un control *a priori* sobre la constitucionalidad de los estatutos (muy diferente del control *a posteriori* asegurado por el tribunal constitucional); en particular, el Presidente puede usar su poder-veto (sólo) contra estatutos cuya inconstitucionalidad es evidente. Otro ejemplo: las leyes del Ejecutivo, aunque acordados por el Consejo de Ministros, son promulgadas por el Presidente, es decir, son propiamente hablando, decretos presidenciales (no de gobierno); el Presidente, sin embargo, no puede negar su firma, excepto cuando se enfrentan leyes claramente inconstitucionales. Y así sucesivamente. En otras palabras, la teoría general del gobierno parlamentario permite a los estudiosos del derecho añadir una gran cantidad de normas, limitando el poder presidencial a aquellos expresamente establecidos por la constitución.

- d) El Tribunal Constitucional Italiano adopta, sin dar ningún argumento, que la constitución contiene (o implica) un número de principios supremos, que son supuestamente superiores a las restantes disposiciones constitucionales, y concluye que tales principios no pueden ser suprimidos, derogados, o modificados en forma alguna, ni aún por medio del procedimiento de reforma constitucional. Como una consecuencia de ello, al tribunal se le faculta para declarar nula y sin efecto cualquier reforma constitucional que pretenda subvertir los principios supremos²³. Observe que de ninguna forma el texto constitucional vigente permite tal tesis.

23. Corte costituzionale, decisión 1146/1988.

6. REGLAS NO EXPRESAS

Una regla no expresa es una regla que ninguna autoridad normativa alguna vez ha formulado, una norma no atribuible a cualquier texto jurídico como su significado – contenido.

Toda regla no expresa es el resultado de una discusión, en la cual (usualmente) alguna regla expresa es una de las premisas y la otra no expresa es la conclusión.

Pero se debe enfatizar que en la mayoría de estos casos, las discusiones, en primer lugar, no son lógicamente válidas y por otra (lo mejor de todo), incluye premisas que no expresan normas, excepto la arbitraria concepción jurídica de constructos y teorías. Por lo menos tres tipos diferentes de razonamiento y tres clases correspondientes diferentes de reglas no expresas pueden ser distinguidas.

- I. Algunas reglas no expresas se derivan de normas explícitas por medio de un argumento lógicamente válido, en donde todas las premisas son, sin embargo, reglas explícitas.

Por ejemplo, una primera norma explícita establece: todos los ciudadanos tienen derecho a votar, una segunda norma explícita, a su vez, establece: todo aquel procreado por padres ciudadanos es un ciudadano. De tales premisas uno puede deductivamente inferir la regla implícita: todo aquel procreado por padres ciudadanos tiene el derecho a votar.

Normas no expresas de este tipo no son de interés en el presente contexto, ya que, aunque no formuladas por las autoridades normativas, ellas son lógicamente vinculadas a reglas explícitas (sin añadir más premisas). Su formulación jurídica es el resultado de una operación meramente cognitiva.

- II. Otras normas no expresas, son derivadas de normas explícitas por medio de argumentos lógicamente no válidos, por ejemplo, *argumentum a simili*, *argumentum a contrariis*, etc.

Por ejemplo, una disposición constitucional que otorga a todos los ciudadanos el derecho a votar, alegando *a contrariis*, se podría sostener que tal disposición implica la regla no expresa de acuerdo a que los no ciudadanos son positivamente (aunque implícitamente) excluidos del ejercicio de tal derecho (de tal manera que una ley les concede el mismo derecho que sería inconstitucional). Otro ejemplo: una disposición legal concede a grandes corporaciones deducción de impuestos, alegando *a simili* uno podría sostener que a la luz de una supuesta *ratio legis* (por ejemplo, el desarrollo económico durante una crisis financiera), las grandes corporaciones son esencialmente similares a medianas empresas y, por lo tanto, la disposición en cuestión implica que la norma adicional con el mismo efecto de deducir impuestos es para ser aplicada a tales compañías también. En ambos casos (*a contrariis*, *a simili*), una regla nueva no expresa es añadida al sistema jurídico.

III. Por otra parte, muchas de las reglas no expresas se derivan, deductivamente o no, esto no es realmente importante, ya sea, porque las normas explícitas derivan de algún supuesto teórico, o directamente de un solo supuesto teórico.

Ya di algunos ejemplos en la sección anterior, sin embargo, considero algunos ejemplos más:

- a) De acuerdo con la clásica teoría constitucional de la ilustración, la función de toda constitución política es limitar el poder político²⁴, esta visión implica que las normas constitucionales están dirigidas solo a los órganos estatales supremos y de ninguna manera sujetas a la aplicación judicial. Hoy en día, por el contrario, la mayoría de los abogados constitucionalistas piensan que la función de la constitución es (además o incluso esencialmente) moldear relaciones sociales entre los ciudadanos,²⁵ desde este punto de vista, ellos llegan a la conclusión que las normas constitucionales deben ser aplicadas directamente en cualquier controversia (el llamado *Drittwirkung* en la jurisprudencia alemana)²⁶;
- b) El artículo 139 de la Constitución Italiana prohíbe cualquier revisión (incluso por medio de la reforma constitucional) de la forma republicana de estado. La mayoría de los abogados constitucionalistas, sin embargo, suponen que un estado republicano es, por definición, otro democrático, y concluyen que ninguna revisión de la forma democrática del estado está permitida. No es necesario decir que esta conclusión, cuya única base es una disputa jurídica del concepto de república, ha destacado el efecto de excluir de la reforma constitucional casi todo el texto constitucional en su conjunto;
- c) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece, por una parte, que el derecho de la Comunidad Europea y el derecho de los estados miembros forman un sistema jurídico unificado y, por otra parte, que la legislación europea es superior a la ley estatal, y llegan a la conclusión de que la legislación estatal es inválida (o, en todo caso, no aplicable) cuando es incompatible con el derecho comunitario²⁷. No es necesario decir que ambos supuestos no tienen textos equivalentes en el tratado de la Comunidad Económica Europea; y

24. Véase el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

25. G. Bognetti, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

26. Vease, e. g., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

27. El Tribunal Europeo de Justicia, Julio 15, 1964, Caso 6/64, Costa: Por contraste con tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea ha creado su propio sistema jurídico que ... se convirtió en una parte integral del sistema jurídico de los estados miembros y que sus tribunales están obligados a aplicar. ... La integración en la legislación de cada estado miembro de disposiciones que derivan de la comunidad y más generalmente, los términos y el espíritu del Tratado lo hacen imposible para los estados, como corolario, para conceder prioridad a una medida unilateral y posterior sobre un sistema jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad. Tal medida no puede, por tanto, ser incompatible con el sistema jurídico. La ley en virtud del Tratado, una fuente independiente de la ley, no podría a causa de su original y específica naturaleza, ser anulada por las disposiciones jurídicas internas, sin embargo, encuadrado, sin ser privado de su carácter jurídico comunitario y sin el fundamento jurídico de la propia comunidad para ponerlo en tela de juicio. La transferencia de los estados de su sistema jurídico interno al sistema jurídico comunitario de los derechos y obligaciones en virtud del Tratado conlleva una limitación permanente de sus derechos soberanos. Cf. también, Tribunal de Justicia Europeo, Marzo, 1978 Caso 106/77, *Simmmenthal*.

d) El Tribunal Constitucional Italiano establece, por el contrario, que el derecho comunitario europeo y el derecho de los estados miembros son sistemas legales independientes, y llegan a la conclusión que el derecho no puede derogar o invalidar una legislación estatal incompatible²⁸. También supone no hay fundamento textual en el Tratado.

En términos generales, formular normas no expresas es con frecuencia dirigirse a concretar principios. La concreción de principios, a su vez, significa con frecuencia llenar reales o supuestas lagunas en la ley²⁹.

7. CONCRETANDO PRINCIPIOS

Cantidades de reglas no expresas enmarcadas en una legislación apócrifa por intérpretes. Y, de hecho, constituye el principal y la más significativa parte del trabajo legal de juristas. Esto es especialmente cierto hasta la interpretación constitucional o, mejor dicho, la construcción constitucional referida.

Es una característica bien conocida en la mayoría de las constituciones europeas del siglo XX, las que incluyen una gran cantidad de principios, es decir, disposiciones afectadas por un alto grado de indeterminación (circunstancias abiertas de aplicación, anulabilidad, etc.) disposiciones, en particular que debido a su indeterminación no pueden aplicarse sin concretizar previamente.

Por un lado, debido a su peculiar forma de indeterminación los principios no pueden ser utilizados como justificación directa de las decisiones judiciales de los casos individuales. Por ejemplo, el principio de la defensa es un derecho inviolable en cada etapa y la instancia de un procedimiento judicial (artículo 24 de la Constitución Italiana) no dice nada acerca de la presencia o ausencia del defensor para el interrogatorio de la policía de la persona acusada; para decidir si el defensor debe estar presente o no, el principio debe ser transformado en una (relativamente) norma precisa³⁰, el principio de soberanía nacional pertenece al pueblo (artículo 3 de la Constitución Francesa), no dice nada acerca del derecho al voto de los inmigrantes desde el interior de la Unión Europea en las elecciones de ayuntamientos, para decidir si los inmigrantes tienen derecho a votar o no, uno tiene que derivar del principio, a una regla definida³¹.

28. Corte costituzionale 170/1984.

29. Lagunas *supuestas*, en la mayoría de los casos. Tomemos el ejemplo siguiente: El artículo 87 de la Constitución Italiana dice (entre otras cosas) que el Presidente de la República promulga (algunos) Decretos Gubernamentales. La mayoría de los abogados constitucionalistas, sin, embargo, no están satisfechos con tal disposición simple. Se preguntan acerca de los límites de este poder presidencial; en particular, se preguntan en qué circunstancias el Presidente está autorizado a denegar la entrada en vigor y, desde la constitución no se da ninguna respuesta a tal pregunta, llegan a la conclusión de la existencia de una laguna en el texto constitucional y tratar de llenarla [véase, e. g., M. Luciani, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge* (Spunti a partire dal caso E.), *Politica del diritto*, 3, 2009]. Ni siquiera sospechan que desde la constitución los estados no tienen límites, por tanto, no existen límites constitucionales. ¿Deberíamos realmente considerar como una laguna cualquier caso que la constitución simplemente no tome en cuenta? La supuesta laguna no depende del hecho de que la constitución deja de regular el caso aunque tomando en cuenta que depende de la suposición jurídica que la constitución debería regular el caso. En otras palabras, la laguna en cuestión es una laguna axiológica.

30. See Corte costituzionale, decisión 190/1970.

31. See Conseil constitutionnel, decisión 92-308 DC.

Por otra parte, en la mayoría de los casos la revisión judicial de la legislación requiere la comparación (no dos normas, sino) una regla y un principio³². Reglas y principios, sin embargo, son oraciones lógicamente heterogéneas. Como una consecuencia, tal comparación es simplemente imposible sin la previa concreción del principio en juego. ¿Cómo comparar una norma jurídica que no prevé la presencia del defensor para el interrogatorio de la policía con el principio constitucional de la defensa como un derecho inviolable? ¿Cómo comparar el principio de la soberanía nacional con un estatuto o un tratado que da derecho a los inmigrantes europeos a votar en las elecciones de ayuntamientos? Una vez más, los principios necesitan concreción.

La concreción de un principio significa extracción de una o más reglas no expresas. Esta concreción asciende a un argumento donde las premisas son el principio que nos ocupa, junto con uno o más supuestos teóricos arbitrarios. Por ejemplo: la defensa es un derecho inviolable en cada etapa y la instancia de los procedimientos judiciales; de la policía para la persona acusada es una parte del procedimiento judicial; por lo tanto el defensor debe estar presente³³.

8. PRODUCCIÓN DE NORMAS POR MEDIO DE REGLAS³⁴

En términos generales, la doctrina jurídica asciende a dar forma al sistema legal de dos maneras conectadas:

- I. En primer lugar, determinar mediante la interpretación judicial el significado – contenido de los textos promulgados; y
- II. En segundo lugar, la producción de (nuevas) reglas por medio de (pre-existentes) las normas, es decir, haciendo eco de una fórmula feliz de J.L. Mackie, inventar el bien y el mal³⁵, más precisamente, invención de los derechos, poderes, obligaciones y otras relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista de Bentham, Austin y Kelsen, el derecho es un lenguaje, el conjunto de sentencias promulgadas por las autoridades legislativas, y la jurisprudencia expositiva es representada como un lenguaje *de segundo orden descriptivo* cuyo lenguaje – objeto es el lenguaje normativo de la ley³⁶ este punto de vista de la ciencia del derecho es un modelo normativo en el cual uno puede estar de acuerdo. Pero no se puede considerar como una descripción fiable, en la práctica real de los estudiosos del derecho.

32. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2nd ed., Il Mulino, Bologna, 1988, 125 ff.

33. El ejemplo muestra un argumento lógicamente válido, pero en la mayoría de los casos jurídicos, el razonamiento no es deductivo.

34. Esta fórmula obviamente comparte Piero Sraffa's *Production of Commodities by Means of Commodities. Prelude to a Critique to Economic Theory* (1960).

35. J. L. Mackie, (1977). *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, Harmondsworth.

36. A propósito, la crítica y la aprobación de la legislación vigente, también, es decir la Jurisprudencia Sensorial asciende a un segundo orden (de evaluación) sobre el lenguaje de la ley.

En el lenguaje real de los estudios del derecho, por lo menos tres tipos de oraciones se pueden distinguir:

- a) Propositiones normativas (*Rechtssätze, proposiciones de ley etc.*), es decir, frases verdaderas o falsas que describe la ley en vigor;
- b) Declaraciones interpretativas judiciales, no son proposiciones en absoluto, ya que no describen, pero atribuyen significado; y
- c) Las formulaciones normativas, no describen nada en absoluto, pero establecen nuevas (no expresas) normas.

No hay confusión posible entre el girar de la tierra alrededor del sol y la ciencia astronómica que lo describe, el movimiento de los planetas no es lengua – entidad (mientras que la ciencia astronómica obviamente lo es). En cuanto a la relación entre la doctrina y la ley refiere, por el contrario, tal confusión es posible y realmente se obtiene. Esto es así, ya que, ambas la ley y la doctrina jurídica son idiomas. En otras palabras, ninguna distinción obvia puede ser establecida entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de los abogados que son sujetos a un proceso osmótico continuo. El lenguaje de los abogados, no lleva el lenguaje de la ley, más bien, los estudiosos del derecho hacen el molde y enriquecen continuamente su objeto de estudio.

Esto equivale a decir que la interpretación y la construcción jurídica no son la ciencia jurídica, como usualmente los abogados académicos afirman, pero una parte de la propia ley y por lo tanto una parte del objeto de la ciencia jurídica. En otras palabras, describir la ley vigente requiere que tengan en cuenta la doctrina jurídica como una parte significativa de ella³⁷. ■

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

- Bentham, J. (1996). *An Introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, J.H. Burns y H. L. A. Hart, Clarendon Press.
- Bobbio, N. (1976). *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Milano, U. Scarpelli Ed.
- Mackie, J.L. (1978). *Ethics. Inventing Right and Wrong (1977)*, Harmondsworth, Penguin Books.
- Walker, D.M. (1980). *The Oxford companion to Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Zagrebelsky, G. (1988). *La giustizia costituzionale* (2da. Ed.), Bologna, Il Mulino.

37. Siempre que, automáticamente, esas reglas formuladas por el doctrinista jurídico entren en vigor a través de decisiones de órganos que aplican la ley.