

## CAPÍTULO 56

# LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Riccardo GUASTINI\*

SUMARIO: I. *¿Especificidad de la interpretación constitucional?* II. *Los intérpretes de la Constitución.* III. *Interpretación, aplicación y ponderación de principios constitucionales.* IV. *¿Cuestiones de interpretación constitucional?* V. *Interpretación y construcción en el juicio de legitimidad constitucional.* VI. *Bibliografía recomendada.*

### I. ¿ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

#### 1. *Introducción*

Es una idea ampliamente difundida en la doctrina que la interpretación de los textos constitucionales<sup>1</sup> es algo diferente de, e irreducible a, INTERPRE-

\* Universidad de Genova, Italia. (Traducción de Piero Mattei-Gentili, Revisada por Jorge Luis Fabra Zamora).

<sup>1</sup> Con el vocablo “CONSTITUCIÓN” se denota habitualmente un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, incluso eventualmente las relaciones (ciertas relaciones fundamentales) entre Estado y ciudadanos, aquello que acertadamente se llama “Constitución en sentido material” (véase R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 153 y ss.). Pero las normas en cuestión pueden ser tanto consuetudinarias (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido), como escritas y reunidas en un “código” constitucional (es el caso de casi la totalidad de los estados contemporáneos). Entonces, dado que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la Constitución en cuestión no puede ser más que una Constitución escrita, una Constitución “formal”, como ciertamente se dice. En efecto, la interpretación de una Constitución escrita y la “interpretación” de una Constitución consuetudinaria son cosas del todo heterogéneas. Cuando se trata de una Constitución consuetudinaria, aquello que llamamos “interpretación” consiste no en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Una costumbre, en última

TACIÓN la “normal” de las leyes y del resto de las FUENTES DEL DERECHO. Esto lo atestigua la existencia misma de una vasta literatura sobre la interpretación constitucional.<sup>2</sup>

---

instancia, no es otra cosa que un comportamiento humano, un comportamiento “regular” o habitual. Interpretar la costumbre constitucional quiere decir obtener normas del comportamiento habitual de los órganos del Estado, es decir, conjeturar que los órganos en cuestión se comporten en un cierto modo no por casualidad, o simplemente por hábito, sino con la intención de seguir una norma, que consideran existente y vinculante.

<sup>2</sup> La existencia misma de una importante literatura sobre la interpretación constitucional muestra cuán es difundida la idea de que la interpretación de un texto constitucional es cosa decididamente diferente de la interpretación de otros textos jurídicos (de la ley, en particular). En general, como ahora diremos, se supone que la interpretación de la Constitución exija métodos especiales, diferentes de aquellos normalmente utilizados en la interpretación de las leyes. Por otro lado, en la mayor parte de los casos esta idea es enunciada, pero no argumentada. En la vastísima literatura se puede ver por ejemplo: M. V. Tushnet (ed.), *Constitutional Law*, Aldershot, 1992, parte II; J.H. Garvey y T. Alexander Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory. A Reader*, 3a. ed., St. Paul (Minn.), 1994, cap. II; S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, 1996; J. Goldsworthy, T. Campbell (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002, III parte; E.W. Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, 2000, III parte, cap. 2; P. Häberle, *L'État constitutionnel*, Aix-en-Provence, 2004, pp. 125 y ss.; L. Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991; J.J. Moreoso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997; J.J. Moreoso, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa*, núm. 23, 2000; P.E. Navarro, A. Bouzat, y, L.M. Esandi (eds.), *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999; D. Mendonça, *Como hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999; F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003, parte III; D. Mendonça y R.A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, 2004; E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005; M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2da ed., Bologna, 1988, pp. 39 y ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 146 y ss.; A. Pace, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, en *Quaderni costituzionali*, 2001; A. Ruggeri, “Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale”, en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002; G. Bognetti, “Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica”, en *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Anuario 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004; F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005; P. Brunet, “Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle”, en C. Grewe, O. Jouanjan, É. Maulin, P. Wachsmann (eds.), *La notion de ‘justice constitutionnelle’*, Paris, 2005; G.U Rescigno, “Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico”, en *Diritto pubblico*, 2005, núm. 1; G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; F. Modugno, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008; A. Vignudelli, *Interpretazione e costituzione. Miti, modi, e luoghi del pensiero giuridico*, Torino, 2011.

La tesis de la especificidad de la interpretación constitucional puede no obstante asumir dos formas distintas; puede asumir la forma de una tesis descriptiva, o en cambio, la de una tesis prescriptiva.<sup>3</sup>

(i) La tesis descriptiva consiste en que la interpretación de los textos constitucionales es, *de hecho*, algo diferente a la interpretación de las leyes: o bien porque (a) los intérpretes de la Constitución son diversos, o porque (b) las constituciones sacan a la luz problemas interpretativos *sui generis*, o porque (c) las constituciones son comúnmente interpretadas adoptando métodos hermenéuticos particulares a sí mismos.

(ii) La tesis prescriptiva señala que en la interpretación de los textos constitucionales *se deben* utilizar métodos o técnicas de interpretación diferentes de aquellos que convienen a la interpretación de la ley.

## 2. *La tesis descriptiva*

Se puede hacer hipótesis de que, de hecho, la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de la ley bajo tres distintos perfiles (otros no los podría imaginar):

- (a) Los intérpretes (los agentes de la interpretación);
- (b) Los métodos interpretativos,
- (c) Los problemas de interpretación.

En otras palabras, puede darse que la Constitución, a diferencia de las (otras) leyes, se encuentre sujeta no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de otros agentes. Puede darse que en la interpretación de los documentos constitucionales sea comúnmente adoptadas técnicas interpretativas específicas, diferentes de aquéllas que se utilizan para la interpretación de las leyes. En fin, puede darse que los textos constitucionales saquen a la luz problemas interpretativos diferentes de aquellos ordinarios, que nacen de la interpretación de las leyes.

A los intérpretes de la Constitución está dedicada la sección segunda de este trabajo. A dos técnicas características de la interpretación constitucional –la concretización y la ponderación de principios– está dedicada la tercera sección. La cuarta sección está dedicada a ciertos (presuntos) pro-

<sup>3</sup> Esta distinción es, aún en su banalidad, de gran importancia porque en la literatura sobre la interpretación (casi) nadie distingue entre cuestiones de hecho, y cuestiones normativas o de valor.

blemas de la interpretación constitucional. Para terminar, la sección quinta examina algunas operaciones interpretativas típicas y nomopoiéticas de los jueces constitucionales.

### *3. La tesis prescriptiva*

En verdad, casi todos los discursos que, tan frecuentemente, se encuentran sobre la especificidad de la interpretación constitucional son discursos prescriptivos; en ocasiones, inconscientemente prescriptivos.<sup>4</sup>

Frecuentemente estos discursos se distinguen por su extrema oscuridad, vaguedad, y total inconclusividad. Quien lee bien comprende que, según tal o cual autor, en la interpretación constitucional se deben utilizar métodos interpretativos peculiares autónomos —a lo mejor distintos del método “literal”, generalmente despreciado— pero comúnmente no comprende jamás en qué consisten concretamente tales métodos.<sup>5</sup>

La especificidad metodológica de la interpretación constitucional es a menudo argumentada, en modo prescriptivo, con alguna de las siguientes tesis:

(a) Los textos constitucionales —dicen algunos— son diferentes de cualquier otro texto jurídico porque no se limitan a formular “reglas”, sino que proclaman “valores”, establecen “principios”, designan programas políticos a los legisladores y a los gobernantes. Lo que quiere decir que los textos constitucionales son doblemente peculiares: peculiares por el contenido (principios y valores más que reglas), y particulares también por su formulación (dado que, se sabe, las disposiciones de principio y programáticas son afectadas por una grave forma de indeterminación).

Obsérvese, sin embargo, que no todas las constituciones contienen disposiciones de principios y/o enuncian valores. Han existido y existen constituciones que se limitan a dar “forma” al Estado, regulando simplemente

<sup>4</sup> No es poco frecuente que los juristas —por una extraña forma de analfabetismo lógico— se muestren simplemente incapaces de distinguir entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo. Ocasionalmente es posible encontrar a alguno que demuestre conocer la distinción, pero sorprendentemente rechaza la relevancia de la misma.

<sup>5</sup> Ejemplo paradigmático: el método como interpretación “por los valores”, propagado en Italia, por, entre otros A. Baldassarre, del cual vease “Constituzione e teoria dei valori”, en *Politica del diritto*, 1991; además “L’interpretazione della costituzione”, en A. Palazzo (ed.), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001. Pero véase también F. Modugno, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, *op. cit.*

la formación, la competencia, y las recíprocas relaciones entre los órganos supremos constitucionales.<sup>6</sup>

Por otro lado, el expresar valores, principios, y programas políticos no es exclusivo de los textos constitucionales. Principios y valores, en otras palabras, pueden también ser formulados por las leyes “ordinarias”, como usualmente sucede. En la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, muchos principios generales y valores fundamentales del ordenamiento jurídico se encuentran depositados en los códigos civiles (piénsese en el principio de la autonomía contractual), o también penales (piénsese en el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”). En el ordenamiento italiano, no es poco frecuente que un documento legislativo comience con la enunciación de los principios que lo inspiran. Y además, de acuerdo al pensamiento jurídico común, toda ley (e incluso, toda disposición legislativa), aunque no la exprese, al menos implica una *ratio* que para precisar un principio, un valor o un fin a perseguir.

(b) Los textos constitucionales –dicen otros– son diferentes de cualquier otro texto normativo por su objeto: las normas constitucionales regulan en última instancia “relaciones políticas” entre órganos del Estado, entre Estado y ciudadanos, indirectamente entre los partidos (en los ordenamientos democráticos).<sup>7</sup> Ahora bien, las relaciones políticas son materia fluida y mutable, dado que la Constitución exige un método capaz de adaptar incesantemente el contenido normativo del texto al cambio de las relaciones reguladas.

Al respecto se puede observar que: (i) las regulación de las relaciones políticas evidentemente no es una facultad exclusiva de las normas constitucionales (basta pensar en la relevancia política de las leyes electorales<sup>8</sup>); (ii) no todas las normas constitucionales regulan relaciones políticas y sólo relaciones políticas; (iii) la variabilidad es un carácter común a las relaciones políticas, a las relaciones sociales, a las relaciones económicas, a las relaciones familiares, a las relaciones personales, etcétera.

<sup>6</sup> Ejemplos paradigmáticos son: la Constitución federal de los Estados Unidos antes de la aprobación de la *Bill of Rights*; la gran mayoría de las constituciones francesas, incluso la vigente de la llamada Quinta República (cuya parte “sustancial” se encuentra recluida en reenvíos contenidos en el preámbulo, el cual sin embargo era considerado privado de flujo normativo sino hasta la decisión del Conseil Constitutionnel, *Liberté d'association*, del 16 luglio 1971).

<sup>7</sup> Véase por ejemplo, F. Pierandrei, “L’interpretazione delle norme costituzionali”, en F. Pierandrei, *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, 1965; A. Barak, “Constitutional Interpretation”, en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, op. cit.

<sup>8</sup> Sin embargo nadie sostiene que las leyes electorales, no obstante su contenido “materialmente constitucional”, estén sujetas a métodos de interpretación diferentes de aquellos que convienen a otras leyes.

En cualquier caso, la tesis prescriptiva que se está discutiendo se presta para un fácil contraargumento exquisitamente político: aun admitiendo que las relaciones políticas cambian y que por ende exigen una regulación siempre nueva, los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por la vía interpretativa<sup>9</sup>; la adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etc.) es trabajo de la enmienda [*revisione*] constitucional, no de la interpretación. ¿Por qué, en la inercia del “legislador constitucional”, la renovación (actualización) de la Constitución debería cumplirse por vía interpretativa, por ciertos ciudadanos (los juristas) y/o por órganos que no obstante no son competentes para enmendar la Constitución (los jueces constitucionales)?<sup>10</sup>

(c) Otros aún sostienen que los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, son promulgados para durar un largo tiempo, son dirigidos a dotar de una organización estable a los poderes públicos así como a las relaciones entre Estado y ciudadanos.<sup>11</sup> Además, éstos son difíciles de enmendar o sustituir. Por lo tanto, deben ser interpretados (“dinámicamente”) de modo que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, incluso en ausencia de enmiendas constitucionales.<sup>12</sup>

Se comprende que un argumento este tipo ha sido desarrollado especialmente por la doctrina estadounidense; donde la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 y la *Bill of Rights* de 1791, son textos aún vigentes. Pero la historia constitucional (por ejemplo) francesa muestra que una Constitución no debe necesariamente permanecer en vigor por siglos, todo lo contrario.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Se puede sostener que, bien vista, la interpretación evolutiva constituye una violación de la Constitución, en particular, de sus normas que regulan justamente la enmienda constitucional. “Une loi ne devrait pas se modifier d’elle-même par le seul effet de l’évolution sémantique”: P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, 3ra ed., Montréal, 1999, p. 338.

<sup>10</sup> Ésta es una tesis recurrente, por ejemplo en la literatura estadounidense, entre los defensores del originalismo en la interpretación constitucional. Véase por ejemplo. A. Scalia, “Notes on the Judicial Interpretation of American Constitution”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, pp. 48 y ss.

<sup>11</sup> Véase A. Barak, “Constitutional Interpretation”, en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, op. cit.

<sup>12</sup> Aún desde esta perspectiva, como en el precedente, se puede objetar que los intérpretes no tienen el título para adaptar la Constitución vigente al cambio social en ausencia de enmiendas constitucionales.

<sup>13</sup> En la historia constitucional francesa se cuentan, salvo error, no menos de trece constituciones –1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946, 1958– pero un solo código civil (1804), aunque haya sido enmendado. Véase, entre muchos, M.

Por el otro lado, no todas las constituciones son difíciles de enmendar: Han existido y existen aún constituciones flexibles (la mayoría de las constituciones del siglo XIX eran consideradas como tales); y también las constituciones rígidas no son todas rígidas en el mismo grado (la rigidez es, de hecho, un concepto cuantitativo: es decir, es cuestión de grado.<sup>14)</sup>

Si se añade el hecho de que no es cierto que toda ley tenga un carácter provvisorio, evanescente:<sup>15</sup> no es este el caso de, por ejemplo, muchos códigos civiles (comenzando, evidentemente, por el Código Napoleónico de 1804, aún vigente), que en ocasiones han sido destinados a durar incluso más tiempo que la Constitución.<sup>16</sup>

En todo caso, dejo al lector juzgar la plausibilidad y el peso de estos argumentos. Aquí importa notar que, considerando todos los factores, la disputa en torno a los métodos de la interpretación constitucional parece reducirse a dos oposiciones principales:

(i) Por un lado, la oposición entre una doctrina “literalista” y una doctrina “intencionalista”;<sup>17</sup>

(ii) Por el otro, la oposición entre una doctrina “estática” y una doctrina “dinámica”.<sup>18</sup>

Cualquiera de las doctrinas mencionadas, por supuesto, conoce no pocas variantes. Pero el punto interesante aquí es que se trata exactamente de las mismas doctrinas que desde siempre, en la historia de la cultura jurídica, han estado en disputa en materia de la interpretación *de las leyes*. Como tales, éstas no exigen un trato independiente.

---

Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, 1991. Véase también los volúmenes hasta ahora editados por la serie, publicada por Fayard, Paris, “Histoire des Constitutions de la France”, y precisamente: F. Furet, R. Halévi, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791* [1996]; M. Troper, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795* [2006]; P. Rosanvallon, *La monarchie impossible. Les Charters de 1814 et de 1830* [1994]; F. Luchaire, *Naissance d'une constitution: 1848* (1998).

<sup>14</sup> Véase R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, p. 177 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

<sup>16</sup> El mismo código civil italiano vigente, aun cuando marginalmente emendado, data del año 1942, con la Constitución de la República entrando en vigor el primero de enero de 1948.

<sup>17</sup> Cfr. por ejemplo B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 2a. ed., London, 1999, capítulo XIV.

<sup>18</sup> J. Wróblewski, “L’interprétation en droit: théorie et idéologie”, en *Archives de philosophie du droit*, vol. 17, 1972 (fascículo monográfico: *L’interprétation dans le droit*), y, J. Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Juridica, 32, 1987.

## II. LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. *Introducción*

¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? Obviamente, cualquiera puede interpretar cualquier texto normativo, y por lo tanto también una Constitución: un juez, un abogado, un ciudadano común, etc. Pero, cuando uno se pregunta por los intérpretes de la Constitución, se busca identificar a sus intérpretes, por así decirlo, “privilegiados”, aquellos sujetos cuya interpretación es “auténtica” en el sentido kelseniano,<sup>19</sup> es decir, que “cuenta” o produce efectos jurídicos.<sup>20</sup>

Ahora bien, de forma general, los intérpretes “auténticos” de todo texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo: un tipo particular son aquéllos competentes para aplicarlos en última instancia, decir aquéllos cuyas decisiones interpretativas no puedan ser contradichas o revocadas por nadie.

Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y, en último análisis, por los jueces (civiles, penales, administrativos, etc.); en particular, por los jueces supremos (en una u otra jurisdicción). Y bien, ¿se puede decir la misma cosa de la Constitución? La respuesta es que ello depende de diversas variables: la estructura de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, y la concepción política de la Constitución.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Kelsen utiliza la expresión “interpretación auténtica” en modo diferente al común; llama “auténtica” (no sólo a la interpretación realizada por el propio legislador mediante ley sucesiva, sino también) a la interpretación realizada por los órganos de la aplicación, para señalar el hecho de que –no diferente de los legisladores (cuando emana una ley interpretativa), pero a diferencia de la CIENCIA JURÍDICA– los órganos de la aplicación, interpretando, crean normas (individuales), y por lo tanto, en un sentido, crean nuevo Derecho. Véase H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* [1960], Torino, 1966, cap. VIII.

<sup>20</sup> Aquello que O. Pfersmann llama la “interpretación orgánica” (“La notion moderne de constitution”, en L. Favoreu (ed.), *Droit constitutionnel*, 3a. ed., Paris, 2000, pp. 113 y ss.).

<sup>21</sup> R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 271 y ss.; R. Guastini, “Teoria e ideología dell'interpretazione costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 2006; R. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, 2008. Otras particularidades de la interpretación constitucional desde el punto de vista de los intérpretes son analizados por M. Troper, “L'interprétation constitutionnelle”, en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit.; M. Troper, “Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes”, O. Pfersmann y G. Timsit (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, 2001.

## 2. *El contenido de la Constitución*

La primera variable es el contenido de la Constitución. Debemos distinguir entre:

- (a) Las constituciones que se limitan a diseñar la “forma del Estado”, es decir, a regular la organización de los poderes estatales (su formación, su competencia, sus relaciones recíprocas, etcétera), y
- (b) Las constituciones que también contienen disposiciones “sustanciales”: una declaración de los derechos y/o de las disposiciones teleológicas, que formula “principios” y programas políticos.

Ahora bien, evidentemente una Constitución “breve”, que contiene sólo normas organizacionales, no es susceptible de aplicación jurisdiccional. Las normas en cuestión no disciplinan en modo alguno las relaciones (llamadas “verticales”) entre ciudadanos y el Estado, y menos aún las relaciones sociales (llamadas “horizontales”) entre los ciudadanos. Se dirigen exclusivamente a los órganos constitucionales supremos (el parlamento, el gobierno, el jefe de Estado, etc.); los únicos competentes para aplicar –y por ende, para interpretar “auténticamente”– la Constitución.

Solo una Constitución “larga”, que contenga también normas “sustanciales”, puede, en ciertas circunstancias, ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. Pero ¿por cuáles órganos y en cuáles circunstancias exactamente? Esto nos conduce a la segunda variable.

## 3. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*

La segunda variable ataña a la garantía jurisdiccional de la Constitución y sus modalidades de organización. Ante todo, debemos distinguir entre:

- (i) Las constituciones –flexibles o rígidas, poco importa– que no prevén un control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes (como, por ejemplo, la primera Constitución italiana, 1848; la Constitución francesa de la Tercera República, 1875; o la Constitución de los Estados Unidos, 1787, que sí era rígida, pero no tenía garantía, sino hasta la decisión de la Corte suprema en *Marbury*, 1803), y

- (ii) Las constituciones –necesariamente rígidas– que prevén tal control, como del resto casi todas las constituciones contemporáneas.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Rigidez constitucional y garantía jurisdiccional de la Constitución no necesariamente van de la mano. La rigidez es condición necesaria de garantía (no puede ser garantizada una Constitución flexible), pero no suficiente (una Constitución rígida no por ello tiene una

Por otro lado, en el seno de las constituciones del segundo tipo (con garantía jurisdiccional), tenemos que distinguir también entre:

(ii.a) Las constituciones que organiza el control de sus leyes de forma “difusa” –todos los jueces están autorizados para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las leyes en ocasión de cualquier controversia sobre presentada a él o ella– como en los Estados Unidos, y

(ii.b) Las constituciones que organizan el control de forma “concentrada” [“*accentrata*”] –el poder de juzgar de la legitimidad constitucional de las leyes es reservado a un órgano especializado, un tribunal constitucional– como en la mayor parte de los países europeos.<sup>23</sup>

Cualquier Constitución (flexible o rígida) que no prevea alguna garantía jurisdiccional sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, evidentemente, no está sujeta a ninguna aplicación jurisdiccional. Poco importa su contenido, si también incluye una declaración de derechos y normas de principio y/o programáticas, la aplicación de la Constitución entera es competencia exclusiva de los órganos supremos constitucionales, por lo tanto, de órganos políticos. Su interpretación de la Constitución<sup>24</sup> es “auténtica”, siempre en el sentido kelseniano, dado que no puede ser contestada o contradicha por nadie.

Por el contrario, cuando la Constitución tiene garantía jurisdiccional, hay que distinguir entre dos conjuntos de normas; las normas “formales” sobre la organización de los poderes públicos, y las normas “sustanciales” sobre los derechos.

En general, las normas de organización no pueden ser aplicadas si no es por los órganos constitucionales supremos.

---

garantía; es el caso de la Constitución federal estadounidense, antes de la decisión *Marbury* de la Corte Suprema [1803], así como de varias constituciones francesas).

<sup>23</sup> Y aún, en el seno de las constituciones que organizan el control de forma concentrada, tendríamos que distinguir posteriormente entre: (b.1) las constituciones que prevén un control “*a posteriori*”, que se ejerce sobre leyes que ya están en vigor, como sucede en la mayor parte de los países europeos; y (b.2) las constituciones que, como la Constitución francesa (antes de la enmienda del 2008, sobre la cual véase por ejemplo P. Costanzo, *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, 2009, pp. 467 y ss.), prevén un control “*a priori*”, que se ejerce sobre textos sin promulgar aún. Esta distinción es de hecho importante desde el punto de vista de la eficacia del control, pero no parece tener ninguna relación con el punto que nos interesa en este momento (es decir, la identificación de los intérpretes “auténticos” de la Constitución).

<sup>24</sup> O, mejor dicho, la interpretación de la Constitución que resulta de la interacción “política” entre estos órganos (*Cfr.* M. Troper, “L’interprétation constitutionnelle”, *op. cit.*).

Sin embargo, en algunas constitucionales (en Italia y en Alemania, por ejemplo), el tribunal constitucional es competente para juzgar –además de la legitimidad constitucional de las leyes– también los “conflictos” entre los poderes del Estado, entre el parlamento y una autoridad jurisdiccional, etc. En estas condiciones, también las normas de organización son susceptibles de aplicación jurisdiccional, no por parte de cualquier juez, sino sólo por parte del juez constitucional.

Respecto a las normas sustanciales, que confieren derechos subjetivos y/o establecen principios generales, hay que distinguir ulteriormente.

(a) Si el control sobre leyes es concentrado, entonces sólo el tribunal constitucional es intérprete “auténtico” en última instancia de las normas constitucionales en cuestión.

Es cierto que tales normas son interpretadas (aunque sea solo implícitamente) también por el legislador en el momento en que aprueba una ley,<sup>25</sup> pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y de derogar la interpretación del legislador, declarando la ilegitimidad constitucional [*legittimità costituzionale*]<sup>\*</sup> de aquella ley. A su vez, la interpretación del tribunal constitucional no puede ser anulada por nadie. Una enmienda [*revisione*] constitucional ciertamente puede derogar su decisión de ilegitimidad constitucional<sup>26</sup>, pero no su interpretación del texto; la enmienda constitucional consiste, precisamente, en cambiar, ya no la interpretación de la Constitución, sino su texto.

Además, hay que advertir que la misma enmienda constitucional no siempre logra anular la decisión del tribunal constitucional: sucede, de hecho, en algunos ordenamientos, que el tribunal constitucional se considere competente para juzgar, paradójicamente, la legitimidad constitucional –bajo el perfil sustancial– de las mismas leyes de enmienda constitucional.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Se supone que el legislador no *pretende* violar la Constitución, y que la viola, cuando la viola, no intencionalmente.

\**N. de. T.* También puede ser traducir por “constitucionalidad”, es decir, si una norma legislativa o administrativa está acorde con los mandatos constitucionales. Para mantener la integridad del texto original y algunas figuras utilizadas por el autor, se dejó la traducción más literal.

<sup>26</sup> Dando vestimenta (“fuerza”) constitucional –mediante el proceso de enmienda– a la norma de ley sostenida como constitucionalmente ilegítima por el tribunal constitucional.

<sup>27</sup> Aludo a la doctrina de los principios constitucionales “supremos” absolutamente inmodificables, sostenida, por ejemplo, por la Corte constitucional italiana. Véase Corte cost. 1146/1988. Una crítica de los fundamentos teóricos de este tipo de jurisprudencia, véase, M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, 2001, cap. XIII.

(b) Por el contrario, si el control sobre leyes es difuso, entonces, en principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión.

Sin embargo, dado que el control difuso se combina con el principio del precedente vinculante “vertical” del *common law*, como sucede (por ejemplo) en los Estados Unidos, la Corte suprema dispone prácticamente del mismo poder que el de un tribunal constitucional. De hecho, aún sí en principio una decisión suya de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] produce sólo efectos “*inter partes*”, validos sólo para la controversia específica sobre la cual es pronunciada, su interpretación de la Constitución es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que también estarán obligados a considerar inconstitucional la ley declarada inconstitucional por la Corte suprema.

#### 4. La concepción de la Constitución

La tercera variable es el modo de concebir la función política de la CONSTITUCIÓN difundida en la cultura jurídica.<sup>28</sup> Hay que distinguir, en particular entre:

(a) La concepción (liberal clásica), sugerida por el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789),<sup>29</sup> según la cual, la función de toda Constitución es la organización, la distribución, y –en últimas, el análisis– la limitación del poder político, con el propósito de proteger las libertades de los ciudadanos, y

(b) La concepción (moderna, de hecho, contemporánea) según la cual, la función de la Constitución es organizar a la sociedad civil (y no solamente a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no únicamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos).

Ahora bien, la concepción clásica de la Constitución como límite del poder político implica la idea de que las normas constitucionales se dirigen sólo a los órganos del Estado, que de hecho ejercen las funciones políticas. Ésta implica, además, la idea de que las normas constitucionales “sustanciales” regulan solo las relaciones “verticales” entre Estado y ciudadanos, y nunca las relaciones “horizontales” entre ciudadanos. Esta concepción, en

<sup>28</sup> Véase M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, op. cit.

<sup>29</sup> “Una sociedad, en la cual no sea asegurada la garantía de los derechos y no sea efectiva la separación de los poderes, no tiene una Constitución”.

otras palabras, excluye en línea de principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces para resolver las controversias “inter-privadas” es decir, aquellas entre individuos particulares.

Por el contrario, la concepción que he llamado “moderna” –la idea, por así decirlo, de que la Constitución contiene un proyecto de “sociedad justa”<sup>30</sup>– favorece evidentemente la aplicación directa por parte de cualquier juez en cualquier controversia (la *Drittewirkung* de la jurisprudencia alemana). Por ejemplo, la Constitución proclama el “derecho inviolable a la salud”; el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un “daño biológico”, o incluso “existencial”, en cuanto a lesión de un derecho constitucional, si bien ello se encuentra expresamente previsto (o incluso, expresamente excluido) en el código civil.<sup>31</sup>

Una concepción de este tipo es la que hoy se difunde en el pensamiento jurídico occidental: Ésta encuentra argumento en el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo en las posteriores a la segunda guerra mundial, que –junto a las normas de la organización política del Estado– incluyen, de hecho, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples “concretizaciones” [“*concretizzazioni*”].<sup>32</sup>

### 5. La “constitucionalización” del ordenamiento

El punto de vista mencionado en el párrafo precedente, según el cual la función de la Constitución es no sólo dar forma al Estado (organizar los poderes públicos y sus relaciones recíprocas), sino modelar la sociedad civil misma –dar forma por ende, no sólo a las relaciones políticas entre los órganos supremos constitucionales, sino a las mismas relaciones sociales entre individuos– es un potente factor de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. Y es una constatación ya común entre los estudiosos que muchos ordenamientos jurídicos europeos han vivido un intenso proceso

<sup>30</sup> G. Bonetti, “Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica”, *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

<sup>31</sup> Aludo al Derecho italiano en materia de responsabilidad extracontractual para los daños así llamados “biológicos” y “existentiales”. Un examen analítico de este Derecho se lee en E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, cap. VII.

<sup>32</sup> V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1985; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, 2a. ed., Paris, 1998; F.J. Laporta, “Filosofía del derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar”, en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003.

de constitucionalización después de la Segunda Guerra Mundial,<sup>33</sup> ¿Pero en qué sentido exactamente?

La expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico” puede ser utilizada al menos tres significados.

(1) En un primer sentido –y es éste posiblemente el significado intuitivo más común– se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución *escrita* en un ordenamiento que anteriormente no tenía.<sup>34</sup>

(2) En un segundo sentido se habla también de Constitución para referirse a aquel proceso histórico-cultural que (entre el siglo XVII y el siglo XVIII) ha transformado en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y las personas sujetas a tal poder.<sup>35</sup> Nótese, que este fenómeno es diferente del precedente, dado que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una *codificación* constitucional, es decir, en la adopción de una Constitución escrita.<sup>36</sup>

(3) En un tercer sentido, se habla hoy de constitucionalización para dar a entender ese proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante.

Es precisamente este sentido de la expresión la que nos interesa en el presente contexto. En un ordenamiento jurídico no constitucionalizado, las normas constitucionalizadas –conforme a las doctrinas del constitucionalismo clásico, siglos XVIII-XIX– tienen un rango de acción limitado: disciplinan los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y las relaciones recíprocas entre los órganos que se encuentran investidos con éstos), como máximo, determinan los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los

<sup>33</sup> Cfr. L. Favoreu, “La constitutionnalisation du droit”, B. Mathieu, M. Verpeaux (eds.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, 1998; R. Guastini, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002.

<sup>34</sup> En este sentido algunos invocan la “constitucionalización” del Reino Unido (que, justamente, está privado de una Constitución escrita).

<sup>35</sup> Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, op. cit., p. 22.

<sup>36</sup> En este sentido, Inglaterra ha vivido un proceso precoz de constitucionalización, que no obstante no se tradujo en la adopción de un “código” constitucional.

poderes públicos, y nada más.<sup>37</sup> Por el contrario, en un ordenamiento constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, las relaciones privadas.<sup>38</sup>

En un ordenamiento constitucionalizado, se abandona de la cultura jurídica la tesis de que la Constitución –y en particular sus disposiciones de principio y programáticas– no es más que un tipo de programa o “manifiesto” político, cuya actuación y concretización es labor exclusiva del legislador (dado que las normas constitucionales se encuentran privadas de cualquier efecto jurídico inmediato, y no están sujetas a aplicación jurisdiccional). Por el contrario, la Constitución sí es un conjunto de genuinas NORMAS JURÍDICAS, vinculantes para todos sus destinatarios y productivas de efectos jurídicos.

La legislación, por lo tanto, está condicionada por la Constitución en el sentido en que es ya es no más concebida como una actividad “libre en el fin”, sino al contrario, como una actividad “discrecional”,<sup>39</sup> dirigida para efectivizar la Constitución. Dicho de otro modo, el legislador no puede elegir libremente los *fines* a perseguir, sino puede únicamente elegir los *medios* más oportunos y/o más eficientes para realizar fines heterónomos preconstituidos; aquéllos establecidos en la Constitución.<sup>40</sup>

La jurisprudencia está condicionada por la Constitución en el sentido que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar directamente la Constitución en las controversias presentadas ante ellos, y no sólo las leyes (civiles, penales, etcétera).<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Este rol es circunscrito por el Derecho constitucional es sobrentendido por el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), citado anteriormente.

<sup>38</sup> Además, se podría agregar, el estilo doctrinal y la acción de los actores políticos.

<sup>39</sup> Análoga a la propia de la administración pública. De aquí nace la problemática del así llamado “exeso de poder legislativo”, sobre el cual puede verse, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5ta ed., Padova, 1984, pp. 367 y ss. (Véase, además, DISCRECIONALIDAD).

<sup>40</sup> Trazos de este punto de vista se encuentran, por ejemplo, en F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 vol., Milano, 1970.

<sup>41</sup> Según la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana (a partir, por lo menos, de la sentencia 122/1970), los derechos subjetivos garantizados por la Constitución –incluidos los derechos de libertad no son “derechos públicos” en el sentido de la doctrina alemana del siglo XIX, es decir, derechos dirigidos exclusivamente “contra el Estado”; al contrario, son derechos garantizados *erga omnes*, en confrontación frente a cualquiera. Esto significa que las normas constitucionales son aplicables no sólo en las controversias que oponen a un ciudadano frente a un poder público, pero también en las relaciones “interpretativas”, entre ciudadanos. En consecuencia, todos los jueces tienen el poder –y el deber– de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias que tienen que juzgar.

Las mismas relaciones inter-privadas, en consecuencia, están condicionadas por la Constitución, en el sentido que las normas constitucionales regulan ya no sólo las relaciones “verticales” entre Estado y ciudadanos sino también las relaciones “horizontales” entre ciudadanos, es decir, las mismas relaciones “inter-privadas”, como se suele decir.

De forma más general, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado está difundida entre los operadores jurídicos (en jurisprudencia y en doctrina) la tendencia a la “sobre-interpretación” del texto constitucional. Me refiero a aquel conjunto de técnicas de interpretación –o, para decirlo mejor, de integración del Derecho– que consisten en manipular un texto normativo para así obtener gran cantidad de normas inexpresas.<sup>42</sup>

Toda Constitución es un texto (por más largo que sea) “finito”, cumplido, limitado. Toda Constitución –es inevitable– contiene lagunas. En ese sentido, del todo banal (y pre-teórico), una Constitución nunca puede regular la totalidad de la vida social y política. Existe por lo tanto una amplia parte de la vida social y política que no se encuentra regulada, a nivel constitucional, por alguna norma jurídica. En este espacio jurídicamente “vacío”<sup>43</sup> –vacío, entiéndase bien, a nivel constitucional– toda conducta está “permitida”,<sup>44</sup> el legislador, en particular, es libre de disponer en un sentido, o disponer en el otro, o de no disponer en absoluto. En los ámbitos que no están disciplinados por alguna norma constitucional una ley inconstitucional no es siquiera concebible: en el espacio vacío de Derecho constitucional la discrecionalidad política del legislador es sustraída de todo control jurisdiccional posible (por parte del tribunal constitucional), en ausencia de un parámetro de legitimidad constitucional.<sup>45</sup>

Ahora bien, la sobre-interpretación de la Constitución es una postura interpretativa que tiende en cambio a descartar que el Derecho constitu-

<sup>42</sup> Véase, sin embargo, U. Eco, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1995. En referencia a la sobre-interpretación de textos normativos, véase F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007. Sobre la sobre-interpretación de la Constitución, se puede ver, por ejemplo, M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, op. cit., pp. 75 y ss. Algunos ejemplos manifiestos de sobre-interpretación de la Constitución vigente en la jurisprudencia constitucional en R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, op. cit., pp. 289 y ss.

<sup>43</sup> K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 371 y ss.; S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925 (ahora también en S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969).

<sup>44</sup> De forma más precisa: permitida en sentido débil, es decir, no prohibida.

<sup>45</sup> Es decir, una norma constitucional con la cual confrontar la ley para valorar la conformidad respecto de la Constitución.

cional sea lagunoso, y por lo tanto evita (previene) las lagunas constitucionales, o al menos elabora normas inexpresas para colmarlas. La sobreinterpretación permite la extracción de normas idóneas del texto para regular (básicamente) cualquier aspecto de la vida social y política.

Cuando la Constitución es sobre-interpretada no quedan espacios vacíos de –es decir, “libres” del– Derecho constitucional: toda decisión legislativa está pre-regulada (posiblemente, incluso minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional.<sup>46</sup> No existe, por ende, ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no hay espacio para alguna DISCRECIONALIDAD legislativa; no hay cuestión de legitimidad constitucional de la que se pueda decir que es sólo una *political question*, una cuestión puramente política, extraña a la cognición del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.

### III. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### 1. Introducción

Si se observa la práctica interpretativa de los constitucionalistas y de los tribunales constitucionales, resulta evidente que la tesis de la especificidad metodológica de la interpretación constitucional –en cuanto a tesis descriptiva– es absolutamente infundada: banalmente falsa. En la interpretación de la Constitución comúnmente se utilizan exactamente los mismos métodos que se usan en la interpretación de la ley.<sup>47</sup> Con la única excepción de la interpretación llamada “adecuadora” o “conforme”, la cual consiste en atribuir a un texto normativo un significado compatible con el de una norma (material o axiológicamente) superior; la interpretación adecuadora no es practicable sobre el texto constitucional por la obvia razón de que no se presentan normas (material o axiológicamente) superiores a las normas constitucionales.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Cfr. por ejemplo V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995.

<sup>47</sup> Véase los ejemplos citados en R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, op. cit., pp. 277 y ss.

<sup>48</sup> Incluso cuando no faltan en la jurisprudencia y en la doctrina intentos torpes de interpretación adecuadora... “al revés”; es decir,, intentos, no de adecuar el significado de las leyes al significado (previamente decidido) de la Constitución, sino, al contrario, de interpretar la Constitución a la luz de la (de una o de la otra) ley, es decir, de armonizar el significa-

Sin embargo, es innegable que la concretización y la ponderación de principios, de la que ahora hablaremos son técnicas características –aunque no exclusivas– de la interpretación constitucional, latamente entendida. No obstante, nótese que ni una ni la otra de estas dos operaciones son propiamente actividades interpretativas en sentido estricto, dado que una cosa es decidir el significado de una disposición que manifiesta un principio (interpretación propiamente dicha), otra cosa es concretizar el principio mismo (construyendo normas inexpressas), otra cosa aun es balancearlo con otros principios (para elegir el principio aplicable en presencia de un conflicto entre diferentes principios). Estas dos últimas operaciones pertenecen sobre todo al dominio de la “construcción jurídica”, es decir, a la elaboración de normas inexpressas por parte de los intérpretes.

## *2. Reglas vs. principios*

En la doctrina –y aún más en la teoría general del Derecho– es común decir que todo ordenamiento jurídico incluye dos tipos de normas, “reglas” y “principios” (ya sea sin adjetivos, o adjetivados ocasionalmente como “generales”, y en otras como “fundamentales”).<sup>49</sup> Pero ¿cómo distinguir entre principios y reglas? La distinción depende obviamente de los conceptos utilizados; del concepto de regla o del concepto de principio.

Ahora bien, se puede acordar que una regla es un enunciado condicional que conecta alguna consecuencia jurídica con una clase de hechos. “Si F, entonces G”.

El concepto de principio, por el contrario, es algo más complicado, es, además, controvertido.<sup>50</sup> Se puede conjeturar que en nuestra cultura jurídi-

---

do de la Constitución con el significado (previamente decidido) de la ley. Véase por ejemplo; en la jurisprudencia italiana, Corte const. 138/2010 en el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>49</sup> Nótese, la distinción puede tener relevancia no sólo teórica, sino también dogmática, cuando existan (como sucede en el ordenamiento italiano) disposiciones de Derecho positivo vigente que, precisamente, hagan referencia a los principios como algo distinto del resto de las normas.

<sup>50</sup> La literatura sobre el argumento es vastísima. Me limito a señalar algunas contribuciones que, a mi parecer, revisten un especial interés. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2da ed., London, 1978; G.R. Carrión, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en G.R. Carrión, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4a. ed., Buenos Aires, 1990, pp. 197 y ss.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las*

ca se considera principio a toda norma que presente conjuntamente dos características:

- (A) por un lado, que tenga carácter fundamental, y
- (B) por el otro, que se encuentre afectada por una peculiar forma de indeterminación.<sup>51</sup>

#### A. *Los principios en cuanto normas fundamentales*

La primera –y esencial– característica respecta a la “posición” de las normas en cuestión dentro del ordenamiento jurídico o en un subsector de éste (un subconjunto de normas, como por ejemplo el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho administrativo o, incluso, el Derecho contractual, el Derecho electoral, el Derecho de ubicación de inmuebles urbano para uso de vivienda, etcétera).

Todo complejo de normas –unidas por un mismo objeto de disciplina– presupone o sobrentiende valores, decisiones políticas caracterizantes, ideas

---

*piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996; G.B. Ratti, *Norme, principi e logica*, Roma, 2009, cap. III; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, capítulo III. (véase, además, NORMA JURÍDICA, y CONFLICTOS NORMATIVOS).

<sup>51</sup> Como decía, el concepto de principio es de hecho controvertido en la literatura. Posiblemente la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas. No obstante, la indeterminación no es una característica suficiente para distinguir los principios de otras normas. Esto por al menos dos razones: (a) En primer lugar, en el lenguaje corriente de los juristas, el uso del vocablo “principio” tiene un evidente componente axiológico, que el concepto de indeterminación no captura en algún modo. Con este vocablo los juristas parecen referirse a normas –constitucionales, pero también de Derecho civil, penal, etc.– que ellos consideran en algún sentido “fundamentales”, es decir, dotadas de una importancia especial desde el punto de vista axiológico (dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, o en un sector o subsector de éste, el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho de las obligaciones, el Derecho contractual, el Derecho de la prueba, etc.). La idea subyacente es que, desde el punto de vista valorativo, las normas jurídicas no son todas del mismo tipo; algunas expresan los valores ético-políticos que caracterizan la fisonomía –mejor, la identidad axiológica– del ordenamiento, y en este sentido son “supraordinadas” (axiológicamente supraordinadas) del resto. (b) En segundo lugar, la indeterminación –en particular la llamada “*open texture*”, la vaguedad semántica– es una característica propia de toda norma jurídica, desde el momento en que toda norma está necesariamente formulada a través de “términos generales clasificatorios” como se suele decir (técnica mente, predicados en sentido lógico, es decir, términos que se refieren a categorías). Es una ilusión formalista la idea de que sólo los principios son indeterminados, y que en cambio las “reglas” (es decir, el resto de las normas) tengan un contenido claro y preciso, susceptible de ser identificado por vía de la interpretación. Ahora bien, si todas las normas son indeterminadas, los principios deben ser indeterminados de algún modo especial, o al menos característico, que se trata de identificar.

de la justicia: por ejemplo, la igualdad entre los ciudadanos, la paz entre las naciones, la llamada certeza del Derecho (es decir, previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones propias y, además, estabilidad de las relaciones agotadas), la libertad contractual (o autonomía privada), la tutela de quien actúa de buena fe, y así se puede seguir ejemplificando. Y bien, dado un complejo de normas cualquiera (que puede también coincidir con todo el ordenamiento), se consideran principios aquellas normas que incorporan tales valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas.

En el Derecho italiano, por ejemplo, el principio de tutela de la buena fe funda y justifica las disposiciones sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428 cod. civ.), las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto a terceros y a los acreedores (art. 1415 y 1416 cod. civ.), las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación de la fiscalía (art. 1396 cod. civ.). El principio de división de los poderes justifica la atribución al Parlamento de la función legislativa (art. 70 const.) y a la magistratura la función jurisdiccional (art. 102, párrafo 1, const.), etc. El principio de conservación de los actos negociales viciados funda y justifica las disposiciones sobre la conservación del contrato (art. 1419 cod. civ.), sobre la conversión del contrato nulo (art. 1424 cod. civ.), sobre la anulabilidad y la resolución del contrato plurilateral (art. 1446 y 1459 cod. civ.).

En suma, los principios son normas “fundamentales”<sup>52</sup> en cuanto son *fundantes y no fundadas*; es decir, dan fundamento, y no tienen fundamento en otras normas.<sup>53</sup>

(a) En primer lugar, son normas fundamentales en el sentido que dan fundamento y/o justificación axiológica (ético-política) a otras normas: usualmente, todo principio constituye el fundamento axiológico de una multiplicidad de otras normas.

<sup>52</sup> V. Crisafulli, “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* [1955], ed. Corregida y apliada por G. Crifò, 2 vols., Milano, 1990, vol. II, pp. 851 y ss. Cf. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 262: “En la estructura de los sistemas los principios son aquellas normas que son consideradas por el legislador, la doctrina y/o de la jurisprudencia como *fundamento* (en uno de los posibles sentidos del término; se hablara entonces de ‘fundamento’ político-ideológico, lógico-deductivo, axiológico, teleológico, o más genéricamente de “fundamento” justificativo) de un conjunto de otras normas ya emanadas o por emanar (los llamados principios programáticos)”.

<sup>53</sup> Por ello mismo, si una norma está fundada, entonces no puede ser fundamental; será fundamental en cambio la norma de la cuál toma su fundamento.

(b) En segundo lugar, son normas fundamentales en el sentido en que no tienen y no exigen a su vez algún fundamento axiológico, alguna justificación ético-política, dado que son percibidas, en la cultura jurídica existente, como normas evidentemente “justas” o “correctas”.

En otras palabras, los principios son normas que, ante los ojos de quien habla, revisten una especial “importancia”, o aparecen como normas “caracterizantes” del ordenamiento o de una parte de éste, esenciales a su identidad o fisonomía axiológica. Piénsese, por ejemplo, en Derecho constitucional, en el principio de la división de poderes; en Derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en Derecho penal, en el principio de *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*; en el ordenamiento jurídico complexivo [complessivo], en el principio *“lex posteriori derogat priori”* o, aún, en el principio de no retroactividad de las leyes.<sup>54</sup>

### B. Los principios en cuanto normas indeterminadas

La segunda característica respecta no a la posición de las normas en el sistema jurídico, sino al contenido mismo de las normas y/o su estructura lógica.

Un principio es una norma “indeterminada”. Naturalmente, como hemos visto, toda norma jurídica es indeterminada, vaga, *open textured*, pero aquí –se puede sostener– tenemos que tratar con una indeterminación peculiar, que puede asumir al menos tres formas distintas:

- (a) el caso abierto,
- (b) la “derrotabilidad” o “derogabilidad” (*defeasibility*), y
- (c) genericidad

#### a. Los principios en cuanto normas de caso abierto

Las reglas son normas con antecedente “cerrado” (o caso cerrado), mientras los principios son normas con antecedente “abierto” (o caso abierto),<sup>55</sup> en el sentido siguiente.

El antecedente (el caso) de una norma es cerrado cuando la norma enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce

<sup>54</sup> Naturalmente, cualquiera de estos principios puede ser argumentado (y, en este sentido, ulteriormente “fundado”), pero sólo aduciendo razones de orden ético-político, y por tanto extrajurídicas.

<sup>55</sup> O de hecho, como piensan algunos, sin más, privados de caso; una norma privada de caso es una norma (no hipotética, sino) categórica (algo como “Se debe hacer X en cualquier circunstancia”).

la consecuencia jurídica que esta misma dispone. Por el contrario, el antecedente (el caso) es abierto cuando la norma *no* enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce una consecuencia jurídica correspondiente.<sup>56</sup>

En suma, el antecedente de una norma está cerrado en el mismo sentido en que puede decirse cerrada una enumeración exhaustiva (o taxativa), o abierto en el mismo sentido en que puede decirse abierta una enumeración meramente ejemplificativa.<sup>57</sup> Dada una norma que disponga “Si A o B, entonces Z”, si se le considera como a caso cerrado, entonces está excluido que la consecuencia Z se encuentre conectada a hechos diferentes de A y B; si se le considera como a caso abierto, entonces A y B no agotan el conjunto de hechos a los que está conectada la consecuencia Z.

### b. Los principios en cuanto normas “derrotables”

Las reglas son normas “no derrotables”, mientras los principios son normas “derrotables” o “derogables” (*defeasible*).<sup>58</sup> Me explico.

Una norma es no derrotable (no derogable) cuando no admite excepciones o, mejor dicho, cuando no admite excepciones aparte de aquellas que eventualmente se encuentran establecidas de modo expreso en la norma misma o en otras normas del mismo ordenamiento. Por el contrario, una norma es derrotable cuando admite excepciones inexpresas, no establecidas en la norma misma ni en ninguna otra norma del ordenamiento, y por lo tanto totalmente indeterminada.

<sup>56</sup> Véase además el ejemplo del art. 3, fracción 1, de la Constitución Italiana, de la forma en que es interpretado por el juez constitucional.

<sup>57</sup> Pero nótese que, en general, la decisión respecto del carácter abierto o cerrado de una lista (o de la norma que lo contiene) tiene carácter discrecional, dado que depende de la interpretación. Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 139 y ss. Un buen ejemplo (referido a una disposición que sin embargo no parece expresar un principio) es el siguiente: la jurisprudencia constitucional italiana, aún en ausencia de cualquier base textual, considera meramente ejemplificativo y no taxativo la lista de causas de exclusión del referéndum revocante, contenido en el artículo 75, fracción 2, const. (Corte const. 16/1978) en otras palabras, la Corte interpreta a la disposición en cuestión como una norma a caso abierto.

<sup>58</sup> Cf. E. Alchourrón, “Sobre derecho y lógica” [1996], en *Isonomía*, vol. 13, 2000, 24. Véase también M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 3a. ed., Torino, 2008, pp. 132 y ss.; G.B. Ratti, *Norme, principi, e logica*, op. cit., especialmente, caps. V y VIII; por último también R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, cap. VI (y bibliografía citada).

Una norma derrotable no puede ser aplicada mediante un simple razonamiento deductivo del tipo “Los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre la renta. Fulano es un ciudadano. Por lo tanto Fulano debe pagar el impuesto sobre la renta”. De hecho, una norma que admite excepciones implícitas no especificadas *no* se aplica a *todos* los hechos a los que se refiere el antecedente (por ejemplo: la norma en cuestión no se aplica a todos los ciudadanos), tanto esto es así que el verificarse de uno de los hechos contemplados en el antecedente (el hecho de que Fulano sea un ciudadano) *no* es condición *suficiente* para que siga la relativa consecuencia jurídica.<sup>59</sup>

En Italia, por ejemplo, algunos sostienen que la norma constitucional que confiere al Presidente de la República el poder de reenviar las leyes a las Cámaras para una nueva deliberación, no se aplica (excepción implícita) a las leyes de rango constitucional. Otros sostienen que la norma constitucional (artículo 33, fracción 1), que proclama solemnemente la libertad de la ciencia y del arte, encuentra un límite en la “buena costumbre” y en el “orden público constitucional”; sostienen, en suma, que la libertad en cuestión no está garantizada sin excepciones (implícitas). La Corte constitucional ha sostenido que el art. 5o. del código penal - “Nadie puede invocar para excusarse la ignorancia de la ley penal” - está sujeta a la excepción implícita en virtud de la cual la ignorancia de la ley penal puede ser adoptada como excusante dado que ésta (la ignorancia) pudo haber sido inevitable.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Dicho de forma técnica, una norma derrotable no admite un razonamiento en *modus ponens*, ni admite el refuerzo del antecedente. Supongamos que se tenga que aplicar la norma “Los contratos deben ser cumplidos”. (i) Si tal norma es una condicional no derrotable, ésta, en conjunción con la proposición “X es un contrato”, se puede válidamente concluir (por *modus ponens*) “X debe ser cumplido”. Por el contrario, si la norma es una condicional derrotable, tal conclusión *no* es permitida, dado que la norma está sujeta a excepciones (innominadas), ya que no todos los contratos deben ser cumplidos, la conclusión de un contrato no es condición suficiente para que subsista una obligación de cumplimiento. (ii) Además, si la norma es una condicional no derrotable, de ésta, en conjugación con la proposición “X es un contrato sacrílego”, se puede válidamente concluir (por refuerzo del antecedente) “X debe ser cumplido” (como decir “los contratos sacrílegos son, no obstante, siempre contratos, y la norma no distingue”). Por el contrario, si la norma es una condicional derrotable, tal conclusión no está permitida, dado que la norma, de nuevo, está sujeta a excepciones (innominadas), ya que, nuevamente, la conclusión de un contrato no es condición suficiente para que exista una obligación de cumplimiento (la obligación podría no valer para contrato sacrílegos).

<sup>60</sup> Corte const. 364/1988.

### c. Los principios en cuanto normas genéricas

Las reglas son normas (relativamente) “precisas”, circunstanciadas, mientras que los principios son normas “genéricas”,<sup>61</sup> en el sentido siguiente.

Una norma “precisa” –y por tanto una “regla”– es una norma inmediatamente susceptible de aplicación a casos concretos, una norma que puede ser utilizada como premisa mayor en un silogismo jurisdiccional (“Todos los asesinos deben ser castigados. Fulano es un asesino. Entonces Fulano debe ser castigado”). Una norma “genérica” –y por tanto un “principio”– es en cambio una norma que:

- (a) en un aspecto, requiere la formulación de otras normas –que la “concreticen”, le den “actuación” o “ejecución”– sin la cual no es apta para resolver casos concretos, pero
- (b) por otro lado, puede ser ejecutada, exigida, o concretizada en modos muy diversos y alternativos.

Por ejemplo, supongamos que una norma constitucional estatuya que el jefe del Estado es el órgano elegido. Y bien, en primer lugar, una norma de este tipo no es aplicable en ausencia de otras normas que determinen las modalidades de elección del jefe del Estado; pero, en segundo lugar, las modalidades de elección del jefe del Estado pueden ser de lo más variadas (sin que el principio sea violado).

O incluso, tomemos una norma constitucional que confiera un “derecho social”, como el derecho al trabajo o el derecho a la salud: se trata de una norma programática o teleológica, que recomienda al legislador el perseguir un cierto objetivo; si bien una norma así realizada requiere otras normas (legislativas) que den concreción al derecho conferido, pero del otro lado, evidentemente, el derecho en cuestión puede ser concretizado en modos muy diferentes.

Possiblemente –intencionalmente utilizo un tono dubitativo– se podría definir un principio como una norma que presente conjuntamente las dos características siguientes:

- (1) tener carácter “fundamental” (en el sentido que se ha intentado precisar), y

<sup>61</sup> En la doctrina italiana se refiere a normas de este tipo cuando se discute sobre sentencias constitucionales “aditivas de principio”. Cf. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

(2) tener un contenido indeterminado en una de las formas siguientes (ninguna de las cuales se identifica con la vaguedad que es propia de las reglas), es decir:

- (2.1) tener un antecedente abierto, o
- (2.2) ser derrotable, o
- (2.3) ser genérico.

Pero hay que advertir que ninguna de estas tres formas de indeterminación puede realmente considerarse característica *exclusiva* de los principios. El Derecho está lleno de normas con antecedente abierto y/o derrotables y/o genéricas, que no obstante son comúnmente consideradas reglas, no principios. Ya que, al final, la sola peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, resta su posición en el ordenamiento jurídico, su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas (que a su vez puedan ser reglas, pero también principios, por así decirlo, de rango inferior).

### *3. Los principios en cuanto fruto de interpretación*

Ante lo ya dicho, habría que aclarar, en caso de que no fuese evidente, que el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o no derrotable, posiblemente también la genericidad, y (en muchos casos) el carácter abierto o cerrado de un caso no son, digámoslo así, datos objetivos, preconstituidos a la interpretación. Por el contrario, dependen de la interpretación o son fruto de interpretación (entendida latamente).

El carácter fundamental de una norma depende evidentemente de un juicio de valor de los intérpretes. Es claro que puede tratarse de una valoración generalmente compartida (por la comunidad jurídica), pero el consenso no basta para hacerla objetiva o verdadera.

Por otro lado, la identificación del contenido de toda norma (de forma más precisa, de todo texto normativo) depende de la interpretación, y la interpretación<sup>62</sup> no es una actividad puramente cognitiva, presupone la adhesión a una u otra doctrina, la elección de uno u otro método interpretativo, ciertas ideas de justicia, etc.

En consecuencia, la identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de las reglas o a la clase de

<sup>62</sup> Con la única excepción de una interpretación no decisoria, sino puramente cognitiva (“científica” diría Kelsen), que se limite a ilustrar las diversas posibles opciones interpretativas, sin tomar partido por ninguna de éstas.

los principios) depende de la interpretación, y es por lo tanto una cuestión discrecional, en el sentido que, llevado a sus últimas consecuencias, todo enunciado normativo (o casi) puede ser considerado como formulación ya sea de una regla, ya sea de un principio.

Un ejemplo muy claro en este sentido es ofrecido por una disposición como la del art. 3o., fracción 1, de la Constitución italiana, el cual establece que todos los ciudadanos son iguales frente a la ley sin distinción de raza, sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Nada impide interpretar esta disposición como una regla,<sup>63</sup> a caso cerrado y no derrotable, con la consecuencia de considerar, sin más, inconstitucional cualquier ley que distinga entre ciudadanos sobre la base de uno u otro de estos criterios (sexo, raza, etc.), y de considerar no constitucional toda ley que distinga sobre la base de criterios diferentes de aquellos enumerados.

No obstante, acorde a la interpretación estándar de la Corte constitucional,<sup>64</sup> esta disposición expresa ya no una regla, sino un principio (a) con antecedente abierto y (b) derrotable. Dado que, por un lado, una ley puede ser inconstitucional por distinguir entre ciudadanos por razones diferentes a las expresamente enumeradas, por ejemplo la edad (antecedente abierto); por el otro, una ley puede ser no inconstitucional aun distinguiendo entre ciudadanos por una de las razones expresamente enumeradas, por ejemplo el sexo (derrotabilidad, excepción implícita).

Es verdad que la cláusula “condiciones personales” es omnicomprensiva, y permite considerar que la norma tenga antecedente abierto aún a la luz de la simple interpretación literal. Pero no existen bases textuales para sostener que la norma sea también derrotable; las excepciones implícitas (por las cuales, por ejemplo, en ciertas circunstancias una distinción sobre la base del sexo puede, a pesar de todo, ser constitucionalmente justificada) dependen enteramente de juicios de valor de los intérpretes.

La verdad es que cualquier disposición puede ser convertida en una norma con antecedente abierto y/o derrotable mediante los mecanismos interpretativos adecuados.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Cf. por ejemplo, Corte const. 28/1957. En rigor, se trata no ya de una sola regla, sino de bien siete reglas distintas, la primera prohíbe la discriminación acorde al sexo, la segunda prohíbe la discriminación de acuerdo a la raza, etc.

<sup>64</sup> A partir de los sesenta años. Cf. por ejemplo, Corte const. 15/1960

<sup>65</sup> Pero, sin que por esto necesariamente se le considere un principio. Es conveniente repetir que la derrotabilidad no es característica exclusiva de los principios. En verdad, cual-

La técnica apropiada para hacer abierto el antecedente de una norma (para introducir en ésta excepciones implícitas) es la disociación, que consiste mucho simplemente en introducir, en la clase de casos (literalmente) considerados en el antecedente, distinciones “nuevas”, no tomadas en consideración por la autoridad normativa, para restringir el campo de aplicación de la relativa consecuencia jurídica.<sup>66</sup>

#### 4. *Construcción de principios inexpresos*

Los principios pueden ser clasificados en diversos modos bajo distintos puntos de vista. Sin embargo existe una distinción que reviste una importancia crucial: la distinción entre principios expresos y principios inexpresos.

Los principios expresos son aquellos que son primordialmente formulados en una disposición normativa especial (constitucional o legislativa), de la cual pueden ser extraídos (como cualquier otra norma) mediante interpretación.

Los principios inexpresos –fruto de construcción jurídica– son aquellos “privados de disposición”,<sup>67</sup> es decir, no explícitamente formulados en ninguna disposición normativa (constitucional o legislativa), pero elaborados o “construidos” por los intérpretes. Éstos se derivan de los operadores jurídicos, ya sea de reglas singulares, o de un conjunto más o menos vasto de reglas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su totalidad.<sup>68</sup>

(i) De forma general, un principio inexpreso se infiere de una o más reglas –o, mejor dicho, se “construye” a partir de una o más reglas– mediante una *conjetura* en torno a la “*ratio*”, a la razón de ser, al fin, de la regla o de las reglas en cuestión.

Así construido, el principio no es otra cosa que una norma de estructura teleológica –es decir, una norma que prescribe un fin a alcanzar (o un valor a perseguir) del tipo: “Se debe tutelar a quien actúa de buena fe en las rela-

---

quier disposición puede ser transformada en derrotable mediante la técnica de la disociación, como veremos inmediatamente.

<sup>66</sup> Véase R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, *op. cit.*, pp. 163 y ss.; R. Guastini, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008. Pero sobre la técnica de la disociación retornaré en su debido momento.

<sup>67</sup> La expresión es de V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, 1984.

<sup>68</sup> En el párrafo siguiente veremos cómo.

ciones contractuales”– la cual constituye una justificación axiológica<sup>69</sup> de las reglas que se promulgan para alcanzarlo.<sup>70</sup>

Sin embargo, nótese que toda conjetura en torno a las razones del legislador tiene un carácter discrecional, y depende de valoraciones. Es extraño que una regla (observada y/o aplicada) responda a un fin unívoco y bien definido. Se puede asumir en abstracto que todo resultado que una regla es idónea para producir es la razón de ser de aquella regla. Si una determinada regla es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener que la *ratio* de la regla en cuestión sea, indistintamente, la realización de R1 como también la realización de R2.<sup>71</sup> La elección entre R1 y R2, como la *ratio* (conjetural) de la regla, es fruto de valoración (por ejemplo, una valoración de “razonabilidad”).

Por ejemplo, se pueden atribuir indistintamente al menos dos fines a la regla (constitucional) italiana que exige la firma ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89, fracción 1, const.): liberar al Jefe del Estado de toda responsabilidad jurídica y política, o garantizar un control gubernativo sobre los actos del Presidente. La regla (o, si se quiere, el principio) que estatuye la obligatoriedad de la acción penal (art. 112 const.) se puede ser justificada: o con el principio (más general) de igualdad frente a la ley (art. 30., fracción 1, const.); o con el fin de perseguir todos los delitos, independientemente de cualquier consideración de utilidad; o con el fin de garantizar la NEUTRALIDAD política del ministerio público. Se pueden atribuir tres fines diferentes al art. 11, fracción 1, disp. preliminar del código civil (que expresa a su vez un principio, el de no retroactividad de la ley en general): garantizar la estabilidad de las relaciones consumadas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos, y garantizar a todos la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Una regla que establece un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indistintamente a aumentar los ingresos del Estado, a redistribuir la riqueza, o (¿por qué no?) a desincentivar las actividades productoras de ingresos. Una regla penal puede ser entendida indistinta-

<sup>69</sup> O “fundamento”. Véase *supra*, sección 2.

<sup>70</sup> G. Carcaterra, “Indizi di norme”, en *Sociologia del diritto*, 2002, pp. 134 y ss.; G. Tuzet, “L’abduzione dei principi”, en *Ragion pratica*, vol. 33, 2009, pp. 517 y ss.; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, primera parte; G. Carcaterra, “Sulla logica della costruzione dei principi generali”, en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, pp. 499 y ss.

<sup>71</sup> G. Carcaterra, “Analogia”, en *Enciclopedia giuridica*, vol. II, Treccani Roma, 1988, p. 15.

mente como dirigida a la represión o, en cambio, a la prevención del comportamiento calificado como delito, o (¿por qué no?) como dirigida a incrementar la población carcelaria.<sup>72</sup> Y podría continuar ejemplificando.

Los últimos dos ejemplos ilustran muy bien lo que se decía antes a propósito del carácter valorativo de toda conjetura en torno a la *ratio legis*: es probable que a muchos les parezca “irrazonable” que el legislador quiera desincentivar la producción de ingresos, y que suene en cambio “razonable” que el legislador quiera redistribuir el ingreso producido; muchos sostendrán “razonable” el intento de reprimir ciertas conductas e “irrazonable” el querer aumentar la población carcelaria. Pero, obviamente, “irrazonable” e “irracional” son conceptos de valor.

(ii) En ocasiones un principio inexpreso es, en cambio, el resultado de un procedimiento de abstracción, generalización, o universalización a partir de reglas particulares.<sup>73</sup>

Supongamos que tenemos tres reglas estructuradas de la siguiente manera:

- R1: Si A y B, entonces Z
- R2: Si A y C, entonces Z
- R3: Si A y D, entonces Z.

Las tres reglas estatuyen una misma consecuencia jurídica (Z) para tres casos moleculares diferentes pero con un elemento atómico en común (la circunstancia A). Se puede inferir –inductivamente, conjeturalmente– la regla más general, es decir el principio, según el cual todos los casos que comparte el elemento A deben tener la misma consecuencia jurídica:<sup>74</sup>

P: Si A, entonces Z.

El principio P, a su vez, permite inferir (deductivamente, en esta ocasión, por refuerzo del antecedente) un número indeterminado de reglas particulares<sup>75</sup>, como por ejemplo:

<sup>72</sup> Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 415.

<sup>73</sup> Es el mismo procedimiento intelectual a través del cual, por ejemplo en la cultura jurídica del *common law*, de una decisión individual y concreta se obtiene una norma general abstracta (la *ratio decidendi*).

<sup>74</sup> Cfr. G.B. Ratti, *Sistema giurídico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 327 y ss.

<sup>75</sup> Bien dice U. Scarpetti (“Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semiotica”, en S. Caprioli, F. Treggiari (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39): “los principios

- R4: Si A y F, entonces Z  
R5: Si A y G, entonces Z  
R6: Si A y H, entonces Z, etc.

Por ejemplo, de los artículos 1573 (el arrendamiento no puede estipularse por un tiempo superior a treinta años), 2097 (el contrato de trabajo no puede estipularse por una duración superior a cinco o diez años), etc. del código civil italiano, la jurisprudencia extrae el principio según el cual las relaciones obligatorias deben tener una duración limitada.<sup>76</sup> De lo que sigue, obviamente, que no solo el arrendamiento y el contrato laboral, sino cualquier otra relación obligatoria está sujeta a la misma disciplina (salvo que la ley no disponga algo diferente de modo expreso).

Otro ejemplo, extraído del Derecho civil italiano:

El art. 1768 del cod. civ. dispone que el depositario debe utilizar en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: “si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa es valorada con menor rigor”. Una atenuación análoga de la responsabilidad es dictada por los arts. 789 y 798 del cod. civ. a propósito de la donación, y de los arts. 1710, 1812, 1821 del cod. civ. respecto del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien hace una prestación gratuita se encuentra sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto a quien proceda correspondientemente. Entonces, pasando a un caso inexpresamente previsto, si alguien otorga gratuitamente información y ésta es errada, su responsabilidad tendrá que valorarse de modo menos severo, con base a una aplicación analógica de las normas previamente citadas<sup>77</sup>.

(iii) En otras ocasiones un principio inexpreso es una norma que se supone instrumental para la actuación de otro principio (expreso): se asume la existencia de una norma en el ordenamiento jurídico bajo el argumento de que en ausencia de ésta el principio expreso sería ineficaz, y, así es elevada al grado de principio sin mucha argumentación. Obviamente, no todas las normas que son condición necesaria para la actuación de un principio pueden considerarse por ello existentes; y por el otro lado, cuando las normas en cuestión se afirman existentes, no por ello necesariamente tienen el valor de principios.

---

funcionen de matrices y generadores de normas, para obtener con resultado a una interpretación ético-política de especificación algún principio en el contexto en que debe operar”.

<sup>76</sup> Cfr. G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 7.

<sup>77</sup> P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 6ta. ed., Milano, 1983, p. 14.

Se encuentra un ejemplo en la jurisprudencia constitucional italiana en el tema de la igualdad de las partes en el proceso: la *par condicio* de las partes (o “paridad de las armas”) es considerada por la Corte constitucional un principio, en ausencia del cual no encontraría plena actuación el derecho de defensa, que se encuentra en el art. 24, frac. 2, constitucional.<sup>78</sup>

### 5. *El uso de los principios en la interpretación del Derecho*

Los principios –sobre todo los principios expresos y, entre estos, la especie de aquellos de rangos constitucional– son utilizados en general para justificar una interpretación “adecuada”, para obtener así un ordenamiento generalmente armonioso.<sup>79</sup>

Supongamos que una disposición admite dos interpretaciones contradictorias, N1 y N2, tales que N1 se encuentre conforme a un principio y N2 sea opuesta a con éste. Bien, se hace una interpretación adecuada interpretando la disposición en cuestión en el sentido de N1 y rechazando el sentido de N2,<sup>80</sup> aduciendo precisamente el argumento de que N2 es incompatible con el principio.

Se sostiene, en particular, que la interpretación de la ley, donde sea posible, debe ser adecuada a los principios constitucionales (de modo que, cuando es practicable una interpretación adecuada, no existe razón para sacar a la luz cuestiones de legitimidad constitucional); que la interpretación de la ley regional (en la materias de competencia concurrente) deba ser adecuada, si es posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados deba ser adecuada, donde sea posible, a los principios establecidos en la ley que delega.

En general, en el terreno de la interpretación, argumentar por principios consiste en hacer una apelación a una norma (expresa o inexpresa), de la cual se asume la “superioridad” –dependiendo el caso, material o mera-

<sup>78</sup> El art. 24, fracción 2, const. Siendo éste mismo una disposición de principio. Cf. A. Pizzorusso, “Le principe d’égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne”, en *Études et documents du Conseil d’État*, vol. 48, 1997, p. 459.

<sup>79</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, *op. cit.*, p. 443. Pero sobre la interpretación de adecuación tendremos que regresar.

<sup>80</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, *op. cit.*, p. 427: “En la interpretación los principios son utilizables para precisar, extender o restringir el significado de enunciados que expresan reglas; el argumento interpretativo con el cual los principios son así utilizados es el argumento de la conformidad de los principios”.

mente axiológica— respecto a la disposición a interpretar, con el fin de adecuarla al significado de ésta.<sup>81</sup> Y tratar una norma como principio significa de hecho asumir su superioridad —al menos la superioridad axiológica— respecto a otra.

Por ejemplo, adoptando esta técnica argumentativa, una disposición que pueda ser entendida por igual como retroactiva y como no retroactiva, será preferiblemente entendida en el segundo sentido, de acuerdo con el principio general expreso de no retroactividad (art. 11 disposición preliminar del cod. civ.).<sup>82</sup>

### 6. *El uso de los principios en la integración del Derecho*

El art. 12, fracción 2, de las disposiciones preliminares del código civil italiano dispone: “Si una controversia no puede ser decidida con una disposición precisa, se debe observar a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece en duda, se decide de acuerdo a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.<sup>83</sup>

Las controversias que no pueden ser decididas con una “disposición precisa”, es decir, con una norma expresa, configuran algunas de las tantas lagunas del Derecho (en cualquier sentido del vocablo “laguna”). Los principios, por ende, son llamados aquí instrumentos de integración del Derecho en presencia de lagunas:<sup>84</sup> ante éstas el juez está obligado a hacer

<sup>81</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, *op. cit.*, p. 317 s. Véase algunos ejemplos en G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>82</sup> Un ejemplo entre miles se lee en Corte de Casación 22.4.1975, n. 1575, *Giurisprudenza civile*, 1975, I, 1086, “Dado el carácter excepcional de las limitaciones al canon según el cual la ley dispone para el futuro, se entiende que la voluntad del legislador de poner en práctica tal limitación, cuando no sea explícitamente afirmada, puede ser obtenida por el intérprete sólo si el significado de la norma es incompatible con la destinación normal de la ley a tener en cuenta sólo para el futuro”.

<sup>83</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, *op. cit.*, pp. 427 s.: “En la integración [del Derecho] los principios son utilizados para introducir excepciones a la disciplina legislativa, a través del argumento de la disociación, o para colmar las lagunas, a través del argumento de la *analogia juris* (o también, a veces, como sustento al razonamiento cumplido utilizando el argumento de la *analogia legis* o el argumento *a contrario*)”.

<sup>84</sup> En la jurisprudencia italiana, un buen ejemplo de uso de los principios generales para colmar lagunas puede verse en Corte de Casación S. U., 1464/1983, sobre el cual véase F. Sorrentino, “I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto”, en *Diritto e società*, 1987, pp. 186 y ss.

recurso después de haber inútilmente experimentado el argumento analógico.<sup>85</sup>

Por otro lado, generalmente, los principios no son por sí mismo idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas:<sup>86</sup> como explicaremos de mejor forma dentro de poco, éstos exigen “concretización”.<sup>87</sup> Para presentar un ejemplo de miles posibles: dado que el llamado “daño biológico” no constituye un daño no-patrimonial (en los sentidos del art. 2059 cod. civ. italiano), y que por lo tanto el código civil no dicta disciplina alguna en torno a su recuperabilidad, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32 const. italiana).<sup>88</sup> Pero evidentemente tal principio no es en sí suficiente para resolver algunas controversias en la materia, dado que nada dice respecto de la recuperabilidad del daño biológico. Se puede utilizar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, sólo con la condición de obtener de éste una regla *inexpresa* –“El daño biológico debe ser reparado”<sup>89</sup>– idónea, ésta sí, para colmar la laguna y para regular el caso que se trata disciplinar.<sup>90</sup> La construcción de esta regla constituye de hecho “concreción” del principio.

<sup>85</sup> Por otro lado también la aplicación analógica de una norma cualquiera supone la búsqueda de un principio; precisamente, de aquel principio que constituye la razón, el fin, el motivo (*la ratio*, como suele decirse) de la norma en cuestión. Por lo tanto, se puede decir que, cuando el Derecho presenta una laguna, el intérprete está obligado por el art. 12, fracción 2, disp. prel. cod. civ. a colmarla recurriendo a de un principio “particular” que sea fundamento de una norma específica (llamada *ratio legis*) o, a falta de este, a un principio “general”, que sea fundamento de un complejo entero de normas. En un caso, se suele decir, la laguna está colmada mediante analogía *legis*; en el otro, ésta es colmada mediante una analogía *juris*.

<sup>86</sup> Cfr. G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, op. cit., pp. 4 y ss.

<sup>87</sup> E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, op. cit., vol. II, p. 846, observa “el rechazo que los principios generales oponen a una formulación precisa preceptiva, en cuanto afirma orientaciones e ideales de política legislativa, capaces de una indefinida y, casi se diría, inagotable virtualidad”. Escribe C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 58: los principios “logran guiar concretamente los afiliados sólo en la medida en que fungen de “generadores de normas de comportamiento””. Véase también en esto, p.184: los principios como “matrices de normas”.

<sup>88</sup> Tribunal de Génova, 25 de mayo 1974, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, 54. A propósito, E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., cap. VI.

<sup>89</sup> *Grosso modo*, mediante un razonamiento del siguiente tipo: la salud constituye un derecho fundamental; el daño biológico constituye una lesión al derecho a la salud; toda lesión de un derecho fundamental constituye un daño injusto; por lo tanto el daño biológico debe ser reparado.

<sup>90</sup> A propósito, G. Alpa, *I principi generali*, Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, pp. 197 y ss.

Pero, por el otro lado, no existe regla que pueda ser obtenida de un principio con un razonamiento puramente deductivo, y es por tanto persuasivo, sin la adición de premisas ulteriores de cualquier género.<sup>91</sup> La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad del intérprete.

Generalmente, un principio puede sólo constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento –habitualmente *no deductivo*– cuya conclusión debe ser una regla inexpresa, elaborada y formulada por el intérprete.<sup>92</sup> El punto puede ser explicado de forma un poco más extensa como sigue.

En el seno del RAZONAMIENTO JUDICIAL se pueden distinguir dos “niveles” de justificación o argumentación.<sup>93</sup>

A nivel inferior –llamado “justificación interna”– es una razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla: “El homicidio debe ser castigado con reclusión. Tal persona ha cometido homicidio. Por lo tanto tal persona ha de ser recluida”. La regla aplicada (en el ejemplo “El homicidio debe ser penado con la reclusión”) constituye una premisa normativa de un razonamiento de este tipo.

El nivel superior –llamado “justificación externa”– es el conjunto de razonamientos –más o menos persuasivos, pero a menudo *no deductivos*– mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna, en esto, incluida la premisa normativa.

Ahora bien, normalmente la premisa normativa del razonamiento decisario es una regla expresa, que constituye el significado (uno de los posibles significados) de una disposición.<sup>94</sup> Pero, obviamente, en presencia de una

<sup>91</sup> A. Costanzo, B. Montanari, *Teoria generale del diritto. Regole, casi, teorie*, Torino, 1998, pp. 10 y ss.

<sup>92</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., p. 434, 446.

<sup>93</sup> M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, cap. V; J. Wróblewski, “Il syllogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale” (1974), en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; M. Atienza, *Las razones del derecho*, Madrid, 1991; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, p. 195 y ss. Véase, además, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA y RAZONAMIENTO JURÍDICO.

<sup>94</sup> Dado que la justificación externa de tal premisa consiste *grosso modo* en aducir que (a) la disposición D es formalmente válida; (b) tal disposición expresa la norma N; (c) la norma N es, a su vez, materialmente válida. A su vez, las afirmaciones (a) y (c) pueden ser ulteriormente argumentadas haciendo referencia a los criterios de VALIDEZ (formal o material) propios del ordenamiento jurídico del que se trate. La afirmación (b), que constituye un enunciado interpretativo (de la forma “D significa N”), puede ser argumentado haciendo una apelación a una u otra técnica interpretativa de las aceptadas comúnmente en la cultura jurídica existente).

laguna, tal premisa no puede ser una regla expresa, si existiese una regla expresa aplicable al caso concreto, no existiría laguna. La premisa normativa de la justificación interna del razonamiento puede sólo ser una regla *inexpresa*.<sup>95</sup> Y esta puede ser –a menudo es– obtenida precisamente de un principio (expreso, o a su vez inexpreso).

Los principios –a causa de su contenido normativo indeterminado– no son idóneos para cumplir el papel de premisa normativa de la justificación interna. Estos cumplen un papel, más que nada, en la justificación externa de la premisa normativa. Esto es, se utilizan para argumentar la existencia de normas inexpresas, estas sí idóneas para justificar deductivamente la decisión.

Cuando se usa una regla inexpresa como premisa normativa de la justificación interna, hay que mostrar persuasivamente que tal regla es (materialmente) válida, aunque no esté formulada o se encuentre “privada de disposición”. Y bien, esto se puede realizar reconduciendo la norma en cuestión a un principio, expreso o inexpreso, que constituya fundamento axiológico.

Por ejemplo, se puede sostener que una norma inexpresa N encuentra fundamento en un principio P dado que N es lógicamente deducible de P (con la adición, eventualmente, de premisas oportunas). O se puede sostener que una norma inexpresa N encuentra fundamento en un principio P dado que N es un medio para conseguir el fin prescrito por P. En el primer caso, se dirá que N constituye “expresión”, “especificación”, o “aplicación” de P. En el segundo caso, se dirá que N constituye “actuación” de P.

Se entiende que, cuando el juez da aplicación a un principio inexpreso, éste integra el Derecho dualmente: por un lado, elaborando el principio en cuestión, por el otro lado, elaborando, a partir de éste, la regla, igualmente inexpresa, que hace las veces de premisa normativa de la justificación interna.

## *7. Cuestiones de interpretación de los principios constitucionales*

Muchas constituciones contemporáneas, si no todas, están repletas de disposiciones de principios en cuya formulación se utilizan expresiones que evocan valores morales (o políticos, o ético-políticos), tales como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, entre otros.

<sup>95</sup> Es evidente que, en estos casos, la justificación externa de la premisa normativa debe asumir una forma diferente de aquella indicada en la nota precedente.

De esta forma, de acuerdo a un punto de vista hoy difundido, los principios constitucionales hacer “reenvío” a la moral, o “incorporan” valores morales en el Derecho constitucional –o en la “regla de reconocimiento”,<sup>96</sup> como alguno prefiere decir– en cuanto criterios de validez sustancial de las leyes.<sup>97</sup> Esta tesis no persuade por diversas razones.

(i) La primera razón es simple. Los conceptos, que se pretenden “morales”, utilizados para formular principios constitucionales, siendo incorporados en un texto jurídico, son “positivizados”; ya, por lo mismo, conceptos de Derecho positivo, cuanto “contrato”, “testamento”, “propiedad”, “usufrucción”, “juicio”, “causar la muerte de un hombre”, “procurar un daño injusto”, “buena fe”, y así exemplificando.

Los conceptos en cuestión, de hecho, no son conceptos morales. Al menos en el sentido en que, estando ya sujetos a la elaboración dogmática de los juristas, fatalmente tienden a adquirir en el lenguaje jurídico un sentido que no necesariamente coincide con aquel o aquellos de tienen en el lenguaje (de la filosofía) moral, es decir en el lenguaje de la ética normativa.

(ii) La segunda razón es igualmente simple. Los principios constitucionales en cuestión –se dice– “hacen reenvío” a la moral y, por esta vía, “incorporan” la moral en el texto constitucional. Ahora bien:

(a) El término “incorporación” se encuentra, sin más, fuera de lugar. ¿Quién diría que una norma de Derecho internacional privado italiano, que requiere en ciertas circunstancias la aplicación de la ley francesa, “incorpore” la ley francesa en el ordenamiento italiano? Nadie. La tesis de la “incorporación” es simplemente fruto de un uso inapropiado del lenguaje.

(b) Pero también el término “reenvío” no es del todo apropiado. En rigor, una norma de reenvío es un enunciado meta-lingüístico que incluye en su formulación la mención –con “nombre y apellido”, por así decirlo– de otra fuente, de otra disposición, o de otro ordenamiento normativo.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Esta expresión surge de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1ra ed. Oxford, 1961.

<sup>97</sup> Cf. por ejemplo. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da ed., Oxford, 1994, Postscript; W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994; J. L. Coleman, *The Practice of Principles*, Oxford, 2001; J.J. Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, 2001. La doctrina en cuestión es claramente tributaria de las ideas de R. Dworkin, del cual véase *Freedom’s Law. The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge (Mass.) and London, 1996. (Vease POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO, DERECHO Y MORAL)

<sup>98</sup> “La materia M está regulada por la ley”, “Al caso F se aplica el Art. X de la ley Y”, “Al caso F se aplica la ley del ordenamiento G”, etc.

Un ejemplo paradigmático (de nuevo): las normas de Derecho internacional privado.

Los principios constitucionales en cuestión, sin embargo, no mencionan disposición o norma alguna, ni algún sistema normativo determinado, ya que tal no es “la moral”.<sup>99</sup>

Además, tomemos una disposición normativa que haga uso del término “propiedad”. Este término admite una pluralidad de interpretaciones, dependientes de las diferentes “teorías” de la propiedad elaboradas por la dogmática jurídica. Y bien, ¿quién se atrevería a decir que la autoridad normativa, utilizando el término “propiedad”, haya realizado un reenvío a la dogmática de la propiedad –a una u otra doctrina de la propiedad– o incluso la haya incorporado?

(iii) La tercera razón es más compleja. Es bastante cierto que la interpretación del contenido de significado de las disposiciones constitucionales de principio es una variable dependiente de valoración moral. Pero, hay que preguntarse, ¿de qué moral estamos hablando exactamente?

El vocablo “moral”, de hecho, puede hacer referencia a dos cosas bien distintas: (a) la moral llamada “social”, es decir, los principios éticos generalmente aceptados en la sociedad (en la “comunidad”) de la que se trata; o bien (b) la moral llamada “ideal” o “crítica”, es decir, los principios éticos privadamente elaborados o de hecho aceptados por alguien.<sup>100</sup>

Si por “moral” se entiende la moral crítica, la aplicación de las cláusulas constitucionales de las que estamos hablando requiere de las valoraciones morales –de los juicios de valor, fatalmente subjetivos– de parte de los intérpretes. Es como decir que la interpretación (o la concretización, como dentro de poco diremos) de las disposiciones constitucionales que contienen conceptos “morales” está enteramente sujeta a sentimientos morales, a las ideas de justicia, y por tanto a la discrecionalidad de los jueces (como en el caso de los jueces constitucionales).

<sup>99</sup> A menos que se piense, se entienda, que “la” moral –una presunta moral “objetiva”, esto es, universalmente “válida”, “verdadera” (casi como si los enunciados del discurso prescriptivo y/o valorativo pudiesen tener valores de verdad)– constituya en sí misma un ordenamiento normativo determinado, identificable, y cognoscible en su contenido, tanto como si se tratara de un ordenamiento jurídico nacional.

<sup>100</sup> Insisto (véase la nota precedente): *tertium non datur*. No obstante a opinión de muchos, no existe de hecho una cosa como una “moral objetiva”, independientemente de las convicciones morales de alguien. Sostener la existencia de una moral objetiva no es distinto de sostener que las normas morales puedan llamarse falsas o verdaderas (de modo que son verdaderas las normas de la moral presunta objetiva, y falsas las de cualquier otra moral). Desgraciadamente, las normas no tienen valores de verdad (no pueden decirse ni verdaderas ni falsas).

Si por “moral” se entiende la moral social, las cláusulas constitucionales de las que estamos hablando exigen a los intérpretes no propiamente valoraciones morales, sino más bien la constatación empírica (“sociológica”) de las convicciones morales difusas en la sociedad. Excepto que, por decir lo menos, los juristas (incluidos los jueces) no parecen culturalmente preparados para desarrollar indagaciones empíricas de este tipo. Y, por el otro lado, el proceso (por ejemplo, el proceso constitucional) no parece la sede apta para investigaciones de este género. Es fácil conjeturar que un juez que pretenda dar voz a la moral social esté simplemente atribuyendo a la colectividad las opiniones morales propias.

Sobre todo, ahí donde las opiniones morales socialmente compartidas no se encuentren —y a menudo no existen sobre cuestiones de hecho seriamente controvertidas y/o en sociedades caracterizadas por un elevado grado de pluralismo— la constatación de la moral social es simplemente imposible por falta de objeto, ya que es fatal que las valoraciones morales de los intérpretes se sustituyan a la neutra, imparcial, constatación de las valoraciones de los otros.<sup>101</sup>

En suma, los conceptos “morales” utilizados en la formulación de principios constitucionales son, banalmente, conceptos (a) jurídicos (b) altamente indeterminados —que llaman a causa las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes— cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional.<sup>102</sup>

### *8. Los principios constitucionales en el razonamiento jurídico*

Según diferentes autores, los principios —y esto vale sobre todo para los principios constitucionales— se distinguen de las reglas no ya (o no solo) por su estructura o por su contenido, pero (también) por el hecho de que las dos clases de normas funcionan en modos diversos dentro del RAZONAMIENTO JURÍDICO.

<sup>101</sup> Además, los conceptos “morales” no son una peculiaridad de los textos constitucionales; basta pensar en las cláusulas generales que se encuentran en las leyes civiles, de las cuales “daño injusto” (art. 2043 del cod. civ. italiano) constituye un ejemplo paradigmático. Y sin embargo un jurista competente sabe bien que los juicios de valor pueden condicionar la interpretación de cualquier texto normativo que presente una cierto tipo de forma de equivocidad, o de indeterminación semántica. Sería una ingenuidad sorprendente pensar que los juicios de valor intervienen sólo en la interpretación de conceptos “morales” utilizados en los textos constitucionales.

<sup>102</sup> Recuérdese lo que hemos dicho en su momento respecto de las “cláusulas generales”.

Por ejemplo, de acuerdo a una tesis muy conocida, los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican en la manera de “todo o nada”,<sup>103</sup> dado que tienen una dimensión (desconocida para las reglas) del “peso” o de la “importancia” relativas.<sup>104</sup> Esta idea no es muy precisa, pero, no obstante todo, no es tan mala, ya que alude a tres fenómenos importantes conectados con la aplicación jurisdiccional de principios, en particular de principios constitucionales.

En primer lugar, el hecho de que los principios constitucionales no tienen un campo de aplicación determinado<sup>105</sup>, con la consecuencia de que la aplicabilidad de un dado principio a un cierto caso concreto es a menudo controvertida.

En segundo lugar, el hecho de que los principios constitucionales, aun cuando su aplicabilidad no es controvertida, no determinan soluciones univocas a las cuestiones de Derecho.<sup>106</sup>

En tercer lugar, el hecho de que a veces un principio constitucional, sin importar su aplicabilidad (no controvertida) a un cierto caso concreto, no obstante puede no ser aplicado y así ser descartado, apartado.

Todo esto puede ser aclarado un poco mediante el análisis lógico de dos tipos característicos de razonamiento judicial; por un lado, el razonamiento que los jueces cumplen para dar aplicación a un principio constitucional; por otro lado, el razonamiento que éstos cumplen para resolver un CONFLICTO (una antinomia, una “colisión” como dicen algunos) entre principios constitucionales.

## 9. *Concretización de principios constitucionales*

Los principios constitucionales pueden ser aplicados esencialmente en dos tipos de circunstancias: (a) por el juez constitucional, para decidir la conformidad respecto de la Constitución de una norma de ley; (b) por el juez común (civil, penal, administrativo) para colmar una laguna (por lo más axiológica) en la ley.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Esto es, o se aplican (dado que el caso del que se trata recae en su campo de aplicación), o no se aplican de hecho (porque el caso en cuestión no recae en su campo de aplicación). Esto es como decir que las reglas no son derrotables, los principios son derrotables.

<sup>104</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., cap. II. (véase, NORMA JURÍDICA).

<sup>105</sup> O porque tienen un caso abierto, o porque son derrotables, o porque son genéricos.

<sup>106</sup> Por las mismas razones que se mencionan en la nota precedente.

<sup>107</sup> Sobre la aplicación directa de normas constitucionales por parte de los jueces civiles, se puede véase G. Zagreblesky, *La giustizia costituzionale*, 2da ed., Bologna, 1988, p. 39 y ss.;

Sin embargo, en ambos casos, los principios constitucionales, a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa “concretización”.<sup>108</sup> Mejor, decir “aplicar” un principio significa concretizarlo.

La concretización no es una operación interpretativa en sentido estricto, es más que nada una operación “constructiva”. En el lenguaje común de los juristas se tiende a llamar genéricamente “interpretación” al discurso de la doctrina o de la jurisprudencia en su total. Este modo de expresarse, no obstante, tiene el grave defecto de opacar la variedad de operaciones intelectuales efectivamente cumplidas por los operadores jurídicos.

Concretizar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una “regla”, una *nueva regla*, hasta ese momento inexpresa, que constituye “actuación” o “especificación”.<sup>109</sup>

(1) En la mayor parte de los casos, el juicio de legitimidad constitucional exige la confrontación no ya entre dos reglas (una regla constitucional y una regla legal), sino entre una regla (legal) y un principio (constitucional).<sup>110</sup>

Ahora bien, dada la peculiar vaguedad de los principios, reglas y principios son normas heterogéneas en su estructura lógica, ya que la confrontación directa es imposible. ¿Una regla que atribuye a los extranjeros el derecho a votar en las elecciones comunales es compatible, o no, con el principio de soberanía nacional (proclamado en la Constitución francesa)? ¿El principio de igualdad (entre sexos) es compatible, o no, con la obligación de inserir en las listas electorales una cuota de candidatos del sexo femenino? ¿El principio de laicidad del Estado excluye o admite la exposición de símbolos religiosos en las aulas escolares y/o en las aulas de la justi-

---

S. Bartole, “I principi costituzionali”, en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011. Cf. también R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 272 y ss.

<sup>108</sup> De concretización de “standards” habla F. Schauer, “The Convergence of Rules and Standards”, en *New Zealand Law Review*, 2003, pp. 315 y ss.

<sup>109</sup> Véase U. Scarpelli (“Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semiotica”, *op. cit.*, p. 39): “los principios fungen de matrices y generadores de normas, a ser reunidas como resultado de una interpretación ético-política especificante de algún principio en el contexto en que debe operar. No reconocemos por tanto en los principios las premisas de conclusiones normativas adscriptivas de derechos, sino índices y criterios para conseguir normas capaces de fungir de premisas a conclusiones normativas adscriptivas de derechos”.

<sup>110</sup> G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959, pp. 40 y ss. En el texto se alude a la distinción entre “reglas” y “principios” ya introducida con anterioridad.

cia? Evidentemente, el principio de soberanía nacional no dice nada del electorado activo en las elecciones comunales. El principio de igualdad no dice nada respecto a la composición de las listas electorales. Y el principio de laicidad del Estado nada dice en torno a la exposición de símbolos religiosos en lugares públicos.

Para hacer posible la confrontación entre un principio y una regla, es necesario derivar del principio una regla (inexpresa) –a caso cerrado, no derrotable, no genérica– que tenga el mismo antecedente (esto es, que regule la misma clase de casos) que la regla de la cuya legitimidad constitucional se discute.

(2) El núcleo de la motivación de las decisiones jurisdiccionales, se sostiene, tiene (no puede no tener) estructura deductiva: “Los asesinos deben ser castigados. Juan es asesino. Por lo tanto Juan debe ser castigado”.<sup>111</sup> La premisa normativa es una regla que conecta a una clase de caso (el asesino) una consecuencia normativa (la pena).

Los principios, no obstante –de nuevo, a causa de su particular forma de indeterminación– no son idóneos para funcionar de premisa normativa en la motivación de una decisión jurisdiccional. El principio de la tutela de la salud no dice nada respecto a la resarcibilidad del daño llamado “biológico”. El principio del derecho a la defensa no dice nada en torno a la presencia del abogado en el interrogatorio del imputado, etcétera.

Para que un principio pueda contribuir en la motivación de una decisión jurisdiccional (civil, penal, etc.), es necesario extraer de éste una regla (inexpresa), dotada de un antecedente (relativamente) determinado, es decir, a caso cerrado, no derrotable, y no genérica.

En breve, la aplicación de un principio exige concreción, y de hecho “aplicar” un principio consistentemente en concretarlo.

La concreción de un principio es un razonamiento –a menudo no deductivo, y por tanto no constringente– que (a) tiene entre las premisas el principio en cuestión y (b) tiene como conclusión una regla (inexpresa).

<sup>111</sup> Esta inferencia deductiva es lo que se llama “justificación interna” de la decisión jurisdiccional (a ésta ya hemos hecho referencia en una sección precedente): se trata del conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar la decisión (el contenido de la parte resolutiva). Se dice en cambio “justificación externa” al conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar la premisa de la justificación interna. La distinción entre justificación “interna” y justificación “externa” de las decisiones judiciales se debe a J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1983; J. Wróblewski, “Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche”, en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, pp. 203 y ss. Véase infra, parte tercera, cap. III.

## 10. *Conflictos entre principios constitucionales*

Los conflictos constitucionales tienen la despreciable tendencia a entrar en conflicto unos con otros. De hecho, de acuerdo a algunos autores, todo principio está, por definición y por ende necesariamente, en conflictos con otros principios; el encontrarse en conflicto con otros principios sería una característica definitoria del concepto mismo de principio.<sup>112</sup> Dado que, toda controversia, en la cual fuese aplicable un cierto principio P1, existiría siempre otro principio P2, igualmente aplicable e incomprensible con P1.

En cualquier caso, los conflictos entre principios constitucionales – incluso a causa de la pluralidad de valores ético-políticos incorporados en todas las constituciones contemporáneas<sup>113</sup> – son de hecho frecuentes. Un ejemplo clásico, común a varias constituciones, es el conflicto entre libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la privacidad, el derecho a la identidad personal, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y el derecho constitucional de los usuarios. Se puede también especular que alguna ley, la cual imponga una obligación a los ciudadanos, con el fin de concretizar una u otra principio constitucional, se resuelva en una lesión o limitación de algún derecho constitucional de los mismos ciudadanos, y se encuentre por lo tanto en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

Es más, en la Constitución italiana se encuentran algunos conflictos emblemáticos, como por ejemplo, el conflicto entre el principio de igualdad (llamada “formal”), que excluye toda forma de discriminación, y el principio de igualdad llamada “sustancial”, que admite algunas discriminaciones “positivas” (*affirmative actions*) con el fin de eliminar las desigualdades sociales; o el conflicto entre el principio de igualdad, que excluye todo trato diferenciado de los ciudadanos, y el principio de la autonomía legislativa de las Regiones, que implica la posibilidad de un trato diferenciado entre los ciudadanos de las diferentes regiones.

<sup>112</sup> Cf. por ejemplo L. Gianformaggio, “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.

<sup>113</sup> Fruto de la convergencia de (o del compromiso entre) doctrinas políticas diferentes e incompatibles.

Entonces, de forma general, todo conflicto entre principios constitucionales presenta las características siguientes.<sup>114</sup>

(a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (a menudo) han sido promulgadas en el mismo momento.<sup>115</sup>

(b) En segundo lugar, se trata de un conflicto de normas que tienen, por así decirlo, el mismo estatus formal, la misma posición en la jerarquía de las FUENTES DEL DERECHO.

(c) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”, no identificable en sede de la interpretación textual; una antinomia, en suma, que se muestra únicamente en ocasión de la aplicación de las normas involucradas en un caso particular.

(d) En cuarto lugar, se trata de un discurso “parcial bilateral”, en el sentido en que las clases de casos regulados por sendas normas se sobrepongan parcialmente, en modo tal que algunos, pero sólo algunos, de los casos regulados por una norma coincidan con algunos, pero sólo algunos, de los casos regulados (incompatiblemente) por la otra norma.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos entre normas. No se puede utilizar el principio “*lex posterior*” dado que sendos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio “*lex superior*” dado que ambos principios tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No se puede aplicar siquiera el criterio “*lex specialis*” puesto que las dos clases de hechos regulados por los dos principios no mantienen una relación de género a especie, sino que se cruzan.

Y bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que a la que se le suele llamar “ponderación” o “balance”. La metáfora es transparente, se trata de hecho de poner los principios en conflicto sobre platos

<sup>114</sup> R. Guastini, “Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, vol. 26, 2006; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.; L. Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, op. cit., pp. 221 y ss; G. Pino, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, pp. 99 y ss.

<sup>115</sup> Usualmente, dado que no se puede excluir que uno de los principios en conflicto sea fruto de enmienda constitucional y sea por tanto “*lex posterior*” respecto del otro. En el ordenamiento italiano vigente, se podría imaginar, por ejemplo, un conflicto entre un principio contenido en la primera parte de la Constitución (hasta ahora no tocada por ninguna enmienda) y uno de los principios introducidos en el art. 111 const. de la ley de enmienda 2/1999. Pero, incluso en tales circunstancias, dudo que el juez constitucional se incline a aplicar el criterio cronológico (“*lex posterior*”, justamente) de solución de antinomias.

de una “balanza”, de “pesarlos” por lo tanto, y de ver cuál “pesa” más, esto es, tenga más valor.

### 11. Ponderación

La ponderación (o balance) consiste en establecer entre ambos principios en conflicto una jerarquía que presenta dos caracteres notorios: es una jerarquía (i) axiológica y (ii) móvil.<sup>116</sup>

(i) Una jerarquía axiológica, como se recordará, es una relación de valor creada (no ya por el derecho mismo, como la jerarquía material de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, es decir, un juicio de valor dotado de la fórmula lógica “el principio P1 tiene más valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica se resuelve por lo tanto en el atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, un valor, una “importancia” ético-política, mayor respecto del otro.<sup>117</sup>

En consecuencia, el principio que tiene “más valor” prevalece sobre el otro, éste es aplicado, mientras que el otro es apartado.<sup>118</sup> Obsérvese, los criterios de solución de conflictos “lex posterior” y “lex superior” no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien es

<sup>116</sup> En la ya vasta literatura véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*; B. Celano, “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, 2002; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 99 y ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, *op. cit.*, pp. 216 y ss.; D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid, 2007; J.J. Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, 2009; M. Carbonell, P.P. Grández Castro (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, 2010; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, *op. cit.*, cap. VII; D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, cap. IV; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. En referencia a la ponderación en la jurisprudencia constitucional italiana, véase, entre muchos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>117</sup> Ha acertado justamente R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, cap. II, en subrayar que los principios tienen una dimensión –aquella del “peso” o de la “importancia” relativa– normalmente desconocida para las reglas.

<sup>118</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, *op. cit.*, p. 183: “el balance consiste en hacer una norma [un principio] derrotable; a través del balance se introducen excepciones en una norma [en un principio] con el fin de asegurar la aplicación de otra norma [de otro principio]”.

apartado o no es aplicado, no es para nada declarado abrogado o inválido. En otras palabras, éste sigue “vivo”, en vigor, en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias.

(ii) Una jerarquía móvil, por el otro lado, es una relación de valor inestable, mutable; una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase específica de casos), pero que podría ser derrumbada –y que a menudo es derrumbada– en un caso concreto diferente o en una clase de casos diferentes.

El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no valora el “valor” de dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre sendos principios, una jerarquía fija o permanente (del tipo: en toda circunstancia P1 siempre prevalecerá sobre el principio P2). Ni siquiera aplica –como incluso abstractamente podría– el criterio “*i*”, reconstruyendo los dos principios de modo que uno de los dos haga excepción del otro para *siempre*, en todas las circunstancias (el principio P1 hace siempre excepción al principio P2). El juez se limita a valorar la “justicia” de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en la controversia presentada ante él o ella.

El conflicto por ende no es resuelto definitivamente, toda solución es válida sólo para una controversia particular –para una (pretendida) autonomía entre la Constitución y una ley específica– dado que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras, en las cuales se encuentran involucrados los mismos principios pero una ley diferente.

Se entiende que el juicio de legitimidad constitucional, ahí donde se desarrolla una forma “concentrada” (como en general sucede en los ordenamientos europeos), aún si es ocasionado “incidentalmente” por una controversia concreta (como en el ordenamiento italiano), tiene por objeto (no la controversia misma, sino) la conformidad con la Constitución de una norma de ley (aplicable en la controversia dada). Ya que, en ordenamientos como el vigente [en Italia], el juez constitucional decide no propiamente “casos” –en el sentido de casos concretos (ni siquiera cuando la cuestión de legitimidad nace en vía incidental, en el desarrollo de un proceso que tiene como objeto, éste sí, un caso concreto)– sino *clases de casos*. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, el juez constitucional decide casos concretos.

Para aclarar el punto será útil ofrecer un par de ejemplos.

Primer ejemplo: en algunas ocasiones la Corte constitucional italiana ha sostenido que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad, declarando inadmisible una confrontación entre

normas estatales y regionales, o entre normas de regiones diferentes, para valorar la eventual violación del principio de igualdad;<sup>119</sup> en otras ocasiones, ha sostenido en cambio que el principio de la autonomía regional deba ceder frente al principio de igualdad, sosteniendo a la ley regional como incompetente en materia de relaciones civiles y de sanciones penales.<sup>120</sup>

Segundo ejemplo: hasta ahora la Corte ha sostenido que el principio de igualdad (llamada “formal”, i.e. igualdad *tout court*), del cual el art. 3o., fracción 1, const., debe prevalecer sobre el principio así llamado de igualdad “sustancial”, del cual el art 3o., fracción 2, const., declarando ilegítima la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres, como incluso la previsión de cuotas femeninas en las listas electorales.<sup>121</sup> en ocasiones ha sostenido al contrario que el principio de igualdad “sustancial” debe prevalecer sobre el principio de igualdad “formal”, sosteniendo como legítimas ciertas acciones positivas para el espíritu de empresa femenil, y declarando legítimo un trato más favorable para los trabajadores en seno del proceso del trabajo.<sup>122</sup>

Se debe notar que la ponderación consiste en el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es, de hecho, una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los dos principios en conflicto. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de una controversia nueva y diferente a resolver.

Una última observación. La ponderación de principios *no* es una operación interpretativa en sentido estricto, pertenece más bien al dominio de la “construcción jurídica”. La decisión de que el principio P1 prevalezca, en un caso de cierto tipo, sobre el principio P2, y que P2 deba ser apartado, no dice nada sobre el contenido normativo de las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto; no es una decisión interpretativa. La interpretación se encuentra en el fondo, es obvio, pero aquí no se trata de

<sup>119</sup> Cf. por ejemplo, Corte const. 234/1988, 143/1989, 103/1991, etc.

<sup>120</sup> Cf. Corte const. 58/1959, 142/1969: incompetencia de las Regiones en materia penal; Corte const. 109/1957, 6/1958: incompetencia de las Regiones en materia de relaciones civiles.

<sup>121</sup> Cf. Corte const. 210/1986: ilegitimidad de la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres; Corte const. 422/1995: ilegitimidad constitucional de las cuotas (femeninas) en las listas electorales.

<sup>122</sup> Cf. Corte const. 109/1993: legitimidad de acción positiva para el espíritu de empresa femenil; Corte const. 13/1977: legitimidad constitucional de un trato más favorable para los trabajadores en seno del proceso del trabajo.

decidir cuál sea el significado de una u otra disposición constitucional (que es el problema interpretativo verdadero y propio), se trata de decidir si, dada una cierta interpretación (cuál sea) de las dos disposiciones en cuestión, una deba ser aplicada y la otra desechada, o viceversa. En otras palabras, la ponderación sirve no ya para aplicar uno u otro principio, sino para escoger el principio aplicable.<sup>123</sup>

## 12. *Ponderar y atemperar*

Es una idea difundida que la ponderación es un tipo de “conciliación” o “atemperamiento” [*contemperare*], que consiste en “poner de acuerdo”, como hasta ahora se dice, ambos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio”, o una “vía media”, entre éstos.<sup>124</sup> Las cosas no son exactamente así.

Otra cosa es *abalanzar* dos principios, “sopesarlos”, para decidir cuál de los dos –teniendo mayor “peso” o valor– deba ser aplicado y cuál en cambio –teniendo menor “peso” o valor– deba ser puesto de lado, otra cosa es *atemperar* dos principios,<sup>125</sup> es decir, “mezclarlos en justas proporciones”, para encontrar un tipo de macro-principio que, conciliándolos, los contenga a ambos.

Sucede distinguir el efecto (sincrónico) del balance entre dos principios en una sola decisión del efecto (diacrónico) del balance *repetido* entre los mismos principios en la jurisprudencia de una misma corte.

Si se hace examen de una sola decisión. Se nota que la ponderación (el balance) tiene como fin el sacrificio de uno de los principios en conflicto y la aplicación del otro. No se trata de la aplicación o del sacrificio *parcial* de ambos.<sup>126</sup> Simplemente, uno de sendos principios es aplicado, el otro es

<sup>123</sup> Es una idea extendida, por el contrario, que las reglas se aplican mediante subsunción y los principios mediante ponderación, que por ello la ponderación constituye (no selección de principios a aplicar, sino) aplicación de principios.

<sup>124</sup> Véase por ejemplo. Pino, *Diritti e interpretazione*, *op. cit.*, p. 182 y ss, y bibliografía citada.

<sup>125</sup> Como ejemplo de atemperamiento o conciliación entre principios (no constitucionales), se puede mencionar la regla según la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, decepcionando así las expectativas de la contraparte, deba resarcir los gastos sostenidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables (*Cfr.* por ejemplo, en la jurisprudencia civil italiana, Corte de Casación 430/1981, 340/1988). Los principios atemperados son obviamente el de libertad contractual y el de obligación de rectitud en las negociaciones.

<sup>126</sup> Que, de otra forma, no se comprende en qué cosa pueda exactamente consistir.

(momentáneamente) puesto de lado, no aplicado.<sup>127</sup> Aquí hablar de atemperamiento o conciliación se encontraría fuera de lugar.

Si se examina la evolución de la jurisprudencia en el tiempo, al contrario, se encuentra que el principio P1 a veces cede de frente al principio P2, en otras ocasiones prevalece sobre éste; en ciertas circunstancias, por ejemplo, la libertad de prensa cede frente al derecho a la privacidad (no es lícito, pongamos, publicar noticias sobre las inclinaciones sexuales de un ciudadano privado), mientras en otras circunstancias prevalece sobre éste (es lícito publicar noticias sobre la vida privada de sujetos que detentan cargos públicos).

Es precisamente este fenómeno que provoca un efecto –o, posiblemente, una impresión– de “comportamiento” entre los principios es cuestión; a la distancia, si así se puede decir, ambos principios son “parcialmente” aplicados y ambos son “parcialmente” sacrificados. Parcialmente, no en el sentido en que, en todo caso en lo particular, un dado principio sea en parte aplicado y en parte desaplicado,<sup>128</sup> pero en el sentido en que un mismo principio es a veces aplicado, y a veces no.

En otras palabras, el atemperamiento es el efecto del carácter *móvil*, instable, de la jerarquía axiológica que se instaura entre ambos principios en conflicto.

A la luz de diversas ponderaciones (mutables) de dos mismos principios, cumplidas en la jurisprudencia, la doctrina (o la jurisprudencia extensa) puede construir un macro-principio que incluya en su formulación –y en este sentido “concilie”– sendos principios confluientes así como las excepciones (cruzadas) de las que ambos son sujetos.

### 13. *Otros usos de los principios constitucionales*

Además, el uso de principios constitucionales en el razonamiento jurídico no se agota en la concreción (de los principios mismos) y en la ponderación (de principios en conflicto). En general, los principios constitucionales desarrollan la función de orientar las decisiones interpretativas.

<sup>127</sup> Un buen ejemplo se encuentra en Corte const. 126/1996, donde, el balance entre “valor” de la imposibilidad de sindicalización parlamentaria y el “valor” de la jurisdicción, “el primero es estado exaltado y el segundo totalmente cancelado” (así escribe A. Pace, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 58, nota 82).

<sup>128</sup> Insisto, el cual no se quiera qué puede significar. ¿Qué cosa puede significar aplicar (y, simétricamente, desaplicar) un principio al 50%, o algo por el estilo?

Esto sucede de modo particularmente evidente en el caso de la interpretación llamada “adecuadora” de la ley, es decir, la interpretación de la ley en sentido conforme a la Constitución.<sup>129</sup>

De frente a un texto de ley que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales se encuentra en conflicto con un principio constitucional, mientras que la otra es conforme, el juez constitucional escoge normalmente esta segunda interpretación, descartando la primera (y así pronunciando una sentencia “interpretativa”, típicamente una interpretativa de rechazo). Y el principio constitucional en cuestión es adoptado precisamente como argumento para justificar la interpretación elegida.

De este modo, el juez constitucional (pero ocasionalmente también el juez ordinario) hace dos cosas notorias: por un lado,

- (a) preserva la coherencia lógica o la armonía axiológica del ordenamiento, y por el otro,
- (b) conserva la validez de un texto legislativo que, de ser interpretado de forma diferente, debería ser declarado inválido (inconstitucional).

#### IV. ¿CUESTIONES DE “INTERPRETACIÓN” CONSTITUCIONAL?

##### 1. *Introducción*

Es una idea bastante difundida –se ha mencionado ya– que los textos constitucionales presentan problemas de interpretación diferentes de, e irreducibles a, los problemas “comunes” de interpretación de las leyes. ¿Pero en verdad se trata de genuinos problemas interpretativos? Es lícito dudar.

Hay que recordar que una cosa es interpretar en sentido estricto, es decir, adscribir un significado a un texto normativo (“T significa S”), y otra cosa es elaborar teorías o doctrinas generales destinadas a orientar la interpretación y, aún más, a proveer argumentos para la construcción de normas inexpresas.

A continuación examinamos, a título de ejemplo, algunos clásicos problemas de los llamados de “interpretación” constitucional. Resultará claro, creo, que todos los problemas mencionados son propiamente problemas dogmáticos –problemas de “construcción jurídica”– y no problemas de interpretación en sentido estricto.

<sup>129</sup> R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, op. cit., pp. 173 y ss.

## 2. *c)Límites conceptuales a la enmienda constitucional?*

¿Existen límites conceptuales para la enmienda constitucional?<sup>130</sup>

El poder de enmienda constitucional es –como todo poder constituido– un poder limitado, circunscrito por las normas que lo regulan. Entre los diferentes límites que pueden circunscribir la enmienda constitucional bajo el perfil material o sustancial de pueden distinguir los siguientes:<sup>131</sup>

(i) Llamaremos límites *expresos* –o, mejor, textuales– a aquellos expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado literalmente. Por ejemplo, en la Constitución italiana (art. 139) y en la francesa (art. 89, última fracción), constituye límite expreso a la enmienda constitucional la prohibición de modificar la “forma republicana” del Estado (la forma republicana *en sí misma*).

(ii) Llamaremos límites *inexpresos* a todos los demás.

Excepto en el seno de los límites inexpresos conviene ulteriormente distinguir:

(a) Llamaremos límites *implícitos* a aquellos que se deducen del texto constitucional mediante otras –más controvertibles– técnicas de interpretación textual (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y otras).

Por ejemplo, en la doctrina italiana, algunos observan –aduciendo como prueba al art. 1º, fracción 1, const. (“Italia es una República democrática”)– que en el ordenamiento italiano república y democracia forman una *hendiadys* indisoluble. Otros amplían la noción de república hasta incluirle el principio de la soberanía popular (expresamente estatuida por el art. 1º, fracción 2, const.). En ambos casos, la conclusión es que la prohibición de enmienda de la forma republicana implica también la prohibición de la forma democrática.

(b) Llamaremos límites *conceptuales* –y por tanto necesarios, no contingentes– a aquellos que no pueden ser derivados del texto constitucional mediante las usual técnica de interpretación y/o integración, pero que se asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de enmienda

<sup>130</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, 2a. ed., Padova, 1970, pp. 100 y ss. Subrayo que aquí y en adelante se habla de límites “sustanciales” o “materiales” (esto es, relacionados al contenido normativo de la enmienda), no de límites “formales” (relacionados al procedimiento de enmienda): estos últimos no parecen sacar a la luz especiales problemas teóricos (salvo el que señalaremos en el párrafo sucesivo).

<sup>131</sup> R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 370 y ss.

constitucional, y por lo tanto son inherentes *cualquier* Constitución (del todo independiente de su interpretación textual, del todo independiente de su contingente contenido normativo).

Los límites “conceptuales” por lo tanto no deben ser confundidos con los límites “implícitos” a la enmienda.

Un límite implícito es un norma inexpresa, que puede –si puede– ser tomada de un determinado texto constitucional con los usuales argumentos que se utilizan en la interpretación (o mejor, de integración) del derecho cada vez que se construyen, de hecho, como normas “implícitas”: normas inexpresamente formuladas en alguna disposición. La cuestión de si existen límites implícitos en la enmienda constitucional es por lo tanto un problema “común” de interpretación de un documento constitucional determinado; ésta no admite una respuesta de orden teórico-general o transordenamiento, válido para cualquier Constitución. Los límites implícitos, en otras palabras, son contingentes (no necesarios), propios de una Constitución determinada, y no necesariamente de todas.

Por el contrario, los límites “conceptuales” a la enmienda, justamente en virtud de su naturaleza conceptual, son *necesarios* (no contingentes) –intrínsecos a *cualquier* Constitución– y, por lo mismo, obviamente “absolutos”, insuperables.

En general, los límites conceptuales derivan –se supone– del concepto mismo de enmienda constitucional y/o del concepto mismo de Constitución. Naturalmente, a condición de que los conceptos en cuestión sean oportunamente modelados, dado que todo concepto implica lógicamente nada más y nada menos de aquello que se ha “puesto dentro” para definirlo (posiblemente tácitamente, como habitualmente sucede).

(1) la existencia de límites constitucionales a la enmienda puede ser argumentada distinguiendo entre *enmienda* de la Constitución existente e *instauración* de una nueva Constitución en el modo siguiente.<sup>132</sup>

El concepto de enmienda constitucional supone que el texto constitucional, aun enmendado, conserva no obstante su identidad (como una persona no pierde su identidad cuando se le amputa o trasplanta un miembro, así, la Constitución no pierde su identidad cuando es puesta en enmienda). Por el contrario, el concepto de instauración constitucional supone que la

<sup>132</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, *op. cit.*, pp. 103 s. Sobre la literatura reciente: A. Pace, “L’instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale”, en AA. VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2000.

Constitución preexistente sea sustituida, y que por tanto la Constitución vigente cambie de identidad.

En suma, la enmienda constitucional no puede alterar la identidad de la Constitución, sin que con ello se trasforme en otra cosa;<sup>133</sup> la instauración de una nueva Constitución. Hay entonces que aclarar cuál es el criterio de identidad de la Constitución.

Si bien, según este modo de ver las cosas, el criterio de identidad de una Constitución –el “espíritu de la Constitución”, por así decirlo– es dado por el conjunto de principios fundamentales (de hecho “supremos”, como se suele decir) que la caracterizan y la distinguen de otras constituciones. Por lo tanto, constituye simple enmienda constitucional toda mutación de la Constitución que sin embargo *no* altera sus principios fundamentales. Mientras que constituye genuina instauración constitucional todo cambio de la Constitución que abrume o distorsione los principios fundamentales. Por definición, entonces, la enmienda constitucional en ningún caso puede extenderse hasta modificar los principios fundamentales de la Constitución existente. Una sedicente “enmienda” que modificase los principios fundamentales sería una instauración de un nuevo ordenamiento constitucional disfrazado.

Por el otro lado, una cosa es el poder constituyente, y otra cosa es el poder de enmienda constitucional. El poder constituyente es un poder originario, *extra ordinem*, mientras que el poder de enmienda es un poder constituido, derivado. Un poder de enmienda que se extendiese hasta instaurar una nueva Constitución se convertiría en un genuino poder constituyente. La enmienda constitucional –por definición– no puede por lo tanto extenderse tan al fondo que sustituya la Constitución existente, alterando los cánones esenciales.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> De la misma forma en que un triángulo no puede tener cuatro lados sin transformarse en un cuadrilátero.

<sup>134</sup> Parece que esta es la doctrina que sostiene la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana (Corte cont. 1146/1988), según la cual “La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni por las leyes de enmienda constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son, tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de enmienda constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.), así como los principios que, aun no siendo expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de enmienda constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana... No se puede, por lo tanto, negar que esta Corte sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de enmienda cons-

(2) Desde este punto de vista se puede objetar en al menos dos maneras distintas.

(i) El primer argumento es elemental. La idea misma de un límite “conceptual” a la enmienda de la Constitución –y, por lo demás, a cualquier otro acto jurídico– se encuentra privada de sentido.<sup>135</sup> La enmienda constitucional no puede ser sujeta a los límites jurídicos, no conceptuales. Pero un límite jurídico solo puede derivar de una norma de derecho positivo que lo estatuya. Si no hay una norma, el límite jurídico simplemente no existe.

(ii) El segundo argumento es más complejo. El “espíritu de la Constitución” (al cual sugestivamente alude el art. 112, fracción 1, de la Constitución noruega de 1814, para declararlo intangible) es una cosa totalmente evanescente. Después de todo, una Constitución no es otra cosa que un conjunto de normas. Que, de estas normas, algunas sean “caracterizantes” o tengan el valor de principios fundamentales es fruto de un opinable juicio de valor. Pero, si dejamos de lado las valoraciones, toda conjunto puede ser definido extensivamente,<sup>136</sup> es decir, por simple enumeración de los elementos que lo componen,<sup>137</sup>

Ahora bien, hay tres tipos posibles de enmienda de la Constitución, como de cualquier otro texto normativo del resto: (a) la introducción de una nueva norma; (b) la supresión de una norma preexistente; (c) la sustitución de una norma preexistente (la supresión de una vieja norma, combinada con la introducción de una nueva norma).<sup>138</sup> Pero cualquier enmienda –sea aditiva, supresora, o sustitutiva– supone siempre, desde el punto de vista extensivo, la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de un

---

titucional y de otras leyes constitucionales Aún en las confrontación de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuese así, por lo demás, se caería en el absurdo de considerar al sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo justo en relación con sus normas del más elevado valor”. No escapará que ninguna de las tesis sostenidas por la Corte (la existencia de límites inexpresos de la enmienda, la intangibilidad absoluta del art. 139, la supraordenación axiológica de los principios supremos a las normas constitucionales restantes) está argumentada.

<sup>135</sup> La lógica, por ejemplo, prohíbe las contradicciones. ¿Pero, quién podría impedir al legislador contradecirse?

<sup>136</sup> Una definición extensiva consiste en enumerar todos los elementos de un conjunto (o, eventualmente, en enumerar algunos agregando la fórmula “etc.”). Es en cambio intensiva una definición que determina las condiciones necesarias y suficientes de pertenencia de una entidad individual a un conjunto.

<sup>137</sup> E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 79.

<sup>138</sup> E. Bulygin, “La paradoja de la reforma constitucional”, en A. Squella, R. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, vol I., Valparaíso, 1984 (vol. monográfico de la *Revista de ciencias sociales*, vol. 25, núm. I, 1984), pp. 332 y ss.

conjunto de lugar a un conjunto extensivamente *diferente*; diferente porque diferentes son los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda enmienda constitucional –por cuanto “marginal” desde un punto de vista axiológico– produce una Constitución “nueva”. Ya que enmienda constitucional e instauración constitucional son –desde un punto de vista *wertfrei*, libre de valoraciones– cosas, simplemente, indistinguibles.

Con ello no se quiere decir que sean indistinguibles el poder constituyente y el poder de enmienda constitucional. Se quiere decir que la distinción entre éste y aquél debe ser buscada en las maneras –las formas– de ejercicio del poder, no en el contenido de las normas respectivamente producidas.

Es poder de enmienda constitucional aquel que se ejerce en las formas previstas por la Constitución. Es poder constituyente aquel que se ejerce *extra ordinem*, es decir, de forma ilegítima.<sup>139</sup> Dado que cualquier cambio *ilegítimo* de la Constitución –por cuanto marginal– establece el ejercicio del poder constituyente. Y, simétricamente, cualquier cambio *legítimo* de la Constitución –por cuanto profundamente incida en la Constitución existente– constituye por lo tanto ejercicio del poder de enmienda.<sup>140</sup>

En cualquier caso, debe quedar claro que el problema aquí discutido no es para nada un problema de interpretación constitucional, sino que es más bien un problema de “teoría” constitucional, es decir, un problema dogmático. Como es evidente, no está en discusión el significado a atribuirse a una disposición constitucional cualquiera, aún por la banal razón de que no se está hablando de un texto constitucional determinado, sino de la Constitución en general: aquí están en discusión los conceptos dogmáticos de Constitución y de enmienda constitucional.

### 3. La enmienda de la norma sobre el procedimiento de enmienda

¿Puede el procedimiento de enmienda constitucional ser utilizado para modificar la misma norma que lo regula?<sup>141</sup>

<sup>139</sup> A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, pp. 97 y ss.

<sup>140</sup> R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, p. 19 y ss.

<sup>141</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 78 y ss.; A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, ed. de A. Febbrajo y R. Guastini, Bologna, 1982, pp. 205 y ss.; H.L.A. Hart, “Self-Referring Laws”, en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 170 y ss.; N. Hoerster, “On Alf Ross’ Alleged Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*,

(1) La tesis negativa –la norma sobre el procedimiento de enmienda es irreversible– fue argumentada sosteniendo que una norma no puede sensatamente referirse (también) a sí misma, bajo pena de producirse una contradicción insoluble.<sup>142</sup> En otras palabras, la disposición que regula la enmienda –si bien *prima facie* tiene por objeto (la enmienda de) todo el documento constitucional, de la que ésta forma parte– no puede ser sensatamente interpretada como si se refiriese también a sí misma.

Pongamos que la norma sobre el procedimiento de enmienda, N1, disponga: “El procedimiento de enmienda es P”. Pongamos que, adoptando el procedimiento P, la norma N1 sea sustituida por una nueva norma sobre el procedimiento de enmienda, N2, la cual disponga: “El procedimiento de enmienda es R”. Y bien, por un lado, N1 constituye el fundamento de validez de N2; pero, por otro lado, N2 contradice (y es incompatible con) N1. ¿Puede una norma contradecir su fundamento de validez? Parecería justamente que no, por lo tanto, el procedimiento P nunca jamás puede ser utilizado para modificar N1, esto es, la misma norma que lo prevé.

(2) La tesis positiva –la norma sobre el procedimiento de enmienda es susceptible de enmienda– puede ser sostenida argumentando que la contradicción entre N1 y N2, si existe, es irrelevante. Esto por dos razones diferentes.

En primer lugar, el fenómeno de una norma que contradice la norma de la cual acarrea dinámicamente validez, no es para nada extraño.

---

1972; J. Raz, “Professor A. Ross and Some Legal Puzzles”, en *Mind*, 1972; R.A. Guibourg, “La autoreferencia normativa y la continuidad constitucional”, en E. Bulygin, M.D. Farrell, C.S. Nino, E.A. Rabosi (eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrión*, Buenos Aires, 1983; E. Bulygin, “La paradoja de la reforma constitucional”, *op. cit.*; J.J. Moreso, “Disposiciones de reforma constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, 1991; F. Modugno, “Il problema dei limiti alla revisione costituzionale”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, 1996, cap. VI; S. Colloca, “Revisione costituzionale. Due contributi analitici”, en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. II, p. 995 y ss. Véase también K.R. Popper, “Autoriferimento e significato nel linguaggio ordinario” [1954], en K.R. Popper, *Congettture e confutazioni*, Bologna, 1972, vol. II.

<sup>142</sup> Una línea argumentativa diferente (ingeniosa) se lee en J.J. Moreso, “Disposiciones de reforma constitucional”, *op. cit.*, el cual, por un lado, interpreta las disposiciones sobre la enmienda como “reservas de ley constitucional” (que no plantean grandes problemas) y, por el otro lado, sin embargo, construye tales reservas de competencia normativa como reserva de procedimiento (y es esta la idea original). Si la enmienda constitucional es consentida sólo con un dado procedimiento, se sigue, *a contrario*, que con ningún otro procedimiento es permitida la enmienda. Por lo tanto, el procedimiento en cuestión no puede ser legítimamente utilizado para “delegar” la enmienda a un procedimiento distinto; ello constituiría violación de la reserva.

Tomemos el caso de una Constitución flexible. La Constitución contiene, en hipótesis, una norma, NC, sobre el procedimiento legislativo, la cual dispone “El procedimiento de aprobación de la ley es X”. Pero, dado que la Constitución es flexible, la norma NC puede ser legítimamente sustituida por una norma de ley NL –puesto que aprobada justamente acorde al procedimiento X– la cual disponga: “El procedimiento de aprobación de la ley es (de ahora en adelante) Y”. Y esto, no obstante el hecho de que NL trace validez justamente de NC.

Se quiere decir, en suma, que, la contradicción entre dos normas es inadmisible sólo cuando una de las dos sea “rígida” –es decir, materialmente subordinada– respecto de la otra. Pero la Constitución, incluida la norma sobre la enmienda, no está subordinada a las leyes de enmienda constitucional (sino desde el punto de vista meramente estructural), de forma diferente, éstas no podrían modificarla. En ausencia de relaciones de jerarquía material, una norma que contradiga a otra abroga esta última, o es abrogada, según el principio “*lex posterior*”, que regula la sucesión en el tiempo de normas pares-ordenadas.<sup>143</sup>

En segundo lugar, y en consecuencia, las normas N1 y N2 no son vigentes en el mismo momento.<sup>144</sup> N1 es norma vigente antes de la enmienda. N2 es norma vigente a la enmienda realizada. En el mismo momento en que N2 entra en vigor, N1 pierde vigor, siendo tácitamente abrogada (por N1).<sup>145</sup>

Ante la evidencia, también este problema, como aquel discutido en el párrafo anterior, no es para nada un problema de “interpretación” constitucional –no está en discusión el significado a atribuirse a un texto constitucional determinado– cuanto en cambio un problema teórico-general o dogmático.

#### *4. La enmienda de las normas que prohíben la enmienda*

¿Las normas que prohíben la enmienda de algunas disposiciones constitucional –son ejemplos el art. 139 de la Constitución italiana y el art. 89,

<sup>143</sup> Los conceptos de jerarquía estructural y de jerarquía material han sido introducidos en II.4

<sup>144</sup> F. Modugno, “Il problema dei limiti alla revisione costituzionale”, *op. cit.*

<sup>145</sup> En suma: N1 y N2 pertenecen, por así decirlo, a dos constituciones diferentes. Véase E. Bulygin, “La paradoja de la reforma constitucional”, *op. cit.*, p. 333. Véase también E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

fracción última, de la Constitución francesa, los cuales prohíben (cada uno en su propio ordenamiento, se entiende) la enmienda de la forma republicana del Estado— son, a su vez, susceptibles de enmienda —y, en particular, de abrogación— para así remover la prohibición? En otras palabras, ¿los límites a la enmienda constitucional dispuestos por la Constitución misma son “absolutos” o “relativos”?

Se suele decir “absoluto” a un límite de la enmienda constitucional que no pueda ser superado —o removido— en forma legal. Por el contrario, un límite “relativo” existe en tanto no sea válidamente abrogada la disposición constitucional que lo estatuya. Un límite absoluto no es en algún modo superable, dado que la disposición constitucional que lo dispone no es susceptible de enmienda o abrogación si no es en formas ilegales, revolucionarias, en suma, *extra ordinem*.

(1) La tesis de que los límites (sustanciales) expresados para la enmienda constitucional tengan carácter absoluto puede ser sostenida argumentando, más o menos, como sigue.

Parece obvio que la prohibición de enmienda no pueda ser válidamente violada mientras que exista. Por lo tanto, para superar el límite de la enmienda sería necesario proceder en dos fases distintas (distintas desde el punto de vista lógico, no necesariamente del cronológico). En una primera fase, sería necesario remover el límite para la enmienda, abrogando la norma que lo estatuye. En una segunda fase, se podrían poner en enmienda aquellas disposiciones cuya enmienda estaba previamente vedada.

Excepto que este procedimiento en dos fases sería sólo un modo fraudulento de eludir o evitar la prohibición, por lo tanto un recurso para violarlo sustancialmente sin darlo a ver. Si la disposición que estatuye tal prohibición pudiese ser abrogada, entonces ésta permanecería prácticamente privada de cualquier efecto (aquellos que no podría ser la voluntad de los padres constituyentes).

Por otra parte, es necesario que los límites expresos para la enmienda constitucional se relacionen —como en Italia y en Francia— no a disposiciones marginales de la Constitución, sino justamente a aquellas disposiciones, cruciales, que determinan la forma del Estado. En estas circunstancias, el carácter absoluto de los límites en cuestión puede ser sostenido, como a menudo sucede, también con argumentos *lato sensu* políticos, del tipo: la violación (o la elusión) de la prohibición de enmienda sería como resultado un cambio de la identidad del Estado, una fractura en la continuidad del Estado; se trataría por lo tanto de un acto intrínsecamente revolucionario, incluso si se cumplió en formas exteriormente legales.

(2) La tesis contraria –los límites (sustanciales) expresados para la enmienda constitucional son superables mediante ley de enmienda constitucional– puede en cambio ser sostenida con un argumento de estricto derecho positivo.

Se puede sostener que una cierta norma N1 es sustraída de la abrogación si, y sólo si, existe otra norma positiva, N2, que prohíba la abrogación de N1. Pero las disposiciones constitucionales que contienen prohibiciones de enmienda se refieren no a sí mismas, en cambio a otras normas constitucionales.

Así, por ejemplo, el art. 139 de la Constitución italiana prohíbe abrogar o modificar aquellas disposiciones constitucionales de las que depende la forma republicana del Estado;<sup>146</sup> no prohíbe modificarse o abrogarse a sí mismo. En ausencia de normas que expresamente prohíban la abrogación del art. 139, tal disposición debe sostenerse susceptible de abrogación como cualquier otra.<sup>147</sup>

Una vez más conviene subrayar que el problema presentado aquí no es un genuino problema de interpretación, sino un problema dogmático. Es una discusión no ya del contenido del art. 139 const.<sup>148</sup> o de disposiciones similares de otras constituciones, sino, por así decirlo, su “valor jurídico”, su “fuerza vinculante”.

<sup>146</sup> Qué disposiciones identifican concretamente la forma republicana de Estado es cuestión a resolverse, obviamente, por vía de interpretación (ésta depende, en particular, del concepto de “república” que se adopte).

<sup>147</sup> No es esta la opinión de la Corte constitucional italiana, la cual sostiene que el art. 139 const., que prohíbe la enmienda de la forma republicana de Estado, no sea a su vez susceptible de enmienda constitucional. Véase en ese sentido un pasaje de la (ya citada) sentencia 1146/1988, donde el límite a la enmienda del art. 139 es expresamente calificado como “absoluto”: “La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni por las leyes de enmienda constitucional o por las leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de enmienda constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.) [...]” (Corte const. 1146/1988). Cf. G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, rist. 1984, pp. 300 y ss.; S. Cicconetti, *La revisione della costituzione*, Padova, 1972, pp. 259 y ss.; también R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, op. cit., pp. 372 y ss.

<sup>148</sup> El problema propiamente interpretativo que sale a la luz por el art. 139 es (se ha ya acentuado) el siguiente: ¿qué disposiciones constitucionales definen la forma republicana del Estado, y por lo tanto se sustraen de la enmienda en los sentidos del art. 139?

## 5. *El valor jurídico de los preámbulos*

¿Cuál es el valor jurídico de los preámbulos constitucionales? ¿Expresan “genuinas” normas jurídicas, susceptibles de aplicación jurisdiccional? O, al contrario, ¿son simplemente “pura retórica constitucional”,<sup>149</sup> “declaraciones de intentos, textos de valor programático, en suma, documentos privados de efectos jurídicos”?<sup>150</sup> Nótese bien, aun si no todas las constituciones contemporáneas están provistas de un preámbulo, el mismo problema (más o menos) se pone para todas las disposiciones programáticas que, por el contrario, son de hecho frecuentes en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial.<sup>151</sup> La cuestión admite evidentemente dos respuestas.

La respuesta negativa es bastante clara. El preámbulo (como el resto de las disposiciones programáticas) expresa “las ideas políticas, morales, y religiosas que la Constitución está pensada para promover. Normalmente, el preámbulo no dicta una norma jurídica precisa al comportamiento humano, y por lo tanto se encuentra privado de contenido relevante. Tiene carácter ideológico más que jurídico”.<sup>152</sup> El preámbulo “se presenta como un catálogo de nobles auspicios o deseos piadosos (*vœux pieux*) privados de aquella concretización que deberían tener para darles valor jurídico”.<sup>153</sup>

La respuesta positiva es menos clara.<sup>154</sup> Ésta parece descender de la concepción “normativa” de la Constitución,<sup>155</sup> la Constitución completa es un texto normativo, que expresa, en cuanto tal, auténticas normas jurídicas. La formulación vaga o ambigua de estas normas ciertamente puede ciertamente presentar serios problemas de interpretación (y presentar por lo tanto una larga discrecionalidad interpretativa), pero ello no tiene nada que ver con el valor jurídico del texto.

<sup>149</sup> L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 33.

<sup>150</sup> E. Zoller, *Droit constitutionnel*, op. cit., 1998, p. 219.

<sup>151</sup> Cf. R. Guastini, “Remarques sur la constitutionnalisation de l’ordre juridique. Le cas italien”, en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, 14ème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.

<sup>152</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 260.

<sup>153</sup> E. Zoller, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 222.

<sup>154</sup> Nótese que la decisión del Conseil constitutionnel, *Liberté d’association*, del 16 de julio de 1971, que ha reconocido valor jurídico al preámbulo de la Constitución francesa de 1946, no contiene ningún argumento que lo sostenga.

<sup>155</sup> E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, op. cit.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 31 y ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, op. cit.

No escapa que, como es usual, el problema en cuestión *no* es un problema de “interpretación” constitucional. La formulación misma del problema es suficiente para darse cuenta que no se trata de un genuino problema de interpretación. Mientras, no se pueden interpretar “los preámbulos” en general; se puede sólo interpretar un preámbulo particular. Además, aquí no se pregunta cuál sea el significado de un texto –esto sería el problema propiamente interpretativo– pero cuál sea su “valor jurídico”, el que, de hecho, es un problema ni interpretativo, sino “dogmático”.

### 6. ¿Declaración o creación de derechos?

¿Los derechos subjetivos (en particular, los derechos de libertad) proclamados en la Constitución son “declarados” o, por el contrario, “creados” *ex novo* por la Constitución misma?

En este contexto, “declarados” quiere decir que los derechos en cuestión existían –en cuanto derechos “naturales”– antes de la Constitución, y que los constituyentes se limitaron a reconocerlos y a “positivarlos”. “Creados” significa que los derechos en cuestión son derechos “positivos”, sin existencia previa a, e independiente a, la Constitución; los constituyentes no los han reconocido, originariamente los han conferido a los ciudadanos<sup>156</sup>.

Las dos consecuencias posibles a esta pregunta tienen consecuencias jurídicas muy importantes<sup>157</sup>.

(1) Si los derechos constitucionales simplemente han sido declarados por los constituyentes, entonces:

(a) en primer lugar, no está dicho que el catálogo de los derechos contenido en la Constitución sea exhaustivo (puede ocurrir que el reconocimiento haya sido incompleto), ya que los jueces constitucionales están autorizados a “descubrir” derechos nuevos;

(b) en segundo lugar, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido que no pueden ser suprimidos ni siquiera mediante enmienda constitucional; dado que no han sido creados por alguna autoridad normativa humana, ninguna autoridad humana puede suprimirlos.

<sup>156</sup> Cfr. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, 1994, p. 317 y ss.

<sup>157</sup> Véase más ampliamente R. Guastini, “Esercizi d’interpretazione dell’art. 2 cost.”, en *Ragion pratica*, 29, 2007, pp. 325 y ss., también R. Guastini, *Nuovi studi sull’interpretazione*, op. cit., p. 145 y ss.

(2) Si, por el contrario, los derechos constitucionales han sido creados originariamente por el constituyente, entonces:

(a) en primer lugar, los únicos derechos existentes son aquellos mencionados en el texto constitucional, y el juez constitucional no tiene el poder de “encontrar” (i.e. inventar) otros;

(b) en segundo lugar, las normas que confieren tales derechos (en ausencia de una prohibición expresa de enmienda constitucional) pueden muy bien, como cualquier norma positiva, ser abrogadas o modificadas.

Es fácil que también este *no* es un problema de “interpretación” constitucional. En tanto, se está hablando, usualmente, de las declaraciones de derechos en general, y no de un texto constitucional determinado. Además, es bastante evidente que las diversas soluciones dependen en última instancia de opciones filosófico-jurídicas (*¿POSITIVISMO JURÍDICO o IUSNATURALISMO?*), si bien cargadas de importantes consecuencias prácticas.

## 7. Viejas leyes, nueva Constitución

Normalmente, una nueva Constitución se inserta sobre un ordenamiento jurídico (un conjunto de leyes, reglamentos, etc.) preexistente. Sin embargo, es muy extraño que una nueva Constitución contenga una cláusula de abrogación expresa de la legislación precedente incompatible<sup>158</sup>. Por lo tanto se pone en cuestión si el conflicto entre la nueva Constitución y las leyes anteriores es un problema de sucesión de normas en el tiempo, o en cambio, un problema de incompatibilidad entre normas colocadas sobre grados diferentes en la jerarquía de las fuentes.<sup>159</sup>

En otras palabras, ¿el conflicto debe ser resuelto mediante el principio cronológico (“*lex posterior*”), y las viejas leyes deben considerarse abrogadas, o en cambio, mediante el principio jerárquico (“*lex superior*”), y las viejas leyes deben ser declaradas constitucionalmente ilegítimas?<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Sin mencionar de una cláusula de abrogación expresa “nominada”, del tipo “Se abrogan las leyes L1, L2, L3, etc.”.

<sup>159</sup> Un problema teórico (delicadísimo) diferente de la pregunta sobre cuál es (si existe) el fundamento de VALIDEZ o, al menos, de la aplicabilidad de las normas antecedentes no compatibles. Véase al respecto J.J. Moreso y P. Navarro, “The Reception of Norms and Open Legal Systems”, S.L. Paulson y B. Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998.

<sup>160</sup> En referencia a la Constitución italiana, “a decir verdad, de acuerdo con algunos autores, no existía ni siquiera un espacio para un juicio de constitucionalidad que asumiese las normas programáticas, incluso, como parámetro para regir la legitimidad de la legislación pre-vigente: si la ley dispone sólo para el futuro, se decía, la nueva Constitución no está en

El problema no tiene ninguna importancia en los sistemas jurídicos en que el control de legitimidad es difuso (como en los Estados Unidos),<sup>161</sup> o en aquéllos en que el control se ejerce únicamente “*a priori*” (como en Francia, hasta la enmienda constitucional del 2008).<sup>162</sup> Pero, en cambio, es un problema serio en todos aquellos sistemas en que el control es concentrado y “*a posteriori*” (como en Alemania, en España, en Italia, etc.), ya que en línea de principio, en estos sistemas jurídicos, la abrogación –tácita, por incompatibilidad– de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos “*inter partes*”, mientras que la ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] de una ley puede sólo ser declarada por el juez constitucional, con efectos “*erga omnes*”.<sup>163</sup>

El problema admite más de una solución.<sup>164</sup>

---

calidad de imponerse a las leyes precedentes en cuanto éstas son el producto de un legislador que respecto de esa Carta no podría, por obvias razones, ser vinculado. Pero esta tesis no es aceptada por la Corte” (S. Bartole, “I principi costituzionali”, en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, p. 131).

<sup>161</sup> De hecho, la incompatibilidad entre viejas leyes y la nueva Constitución –haciendo la aplicación del principio cronológico si se quiere, o del principio jerárquico– puede, en todo caso, ser reconocida y declarada por cualquier juez común. Y de hecho, en línea de principio, las decisiones de los jueces comunes tendrán siempre efectos “*inter partes*”, circunscritos al caso decidido.

<sup>162</sup> En este caso, el juez constitucional no tendrá jamás la oportunidad de pronunciarse sobre leyes ya en vigor, como las leyes antecedentes a la Constitución. Parecería natural pensar que, en sistemas constitucionales de este tipo, fuese sin embargo competencia de los jueces comunes, y de éstos únicamente, reconocer la eventual incompatibilidad de una vieja ley con la nueva Constitución y sostener consecuentemente como abrogada la ley, aplicando el principio *lex posterior*. En la doctrina francesa, no obstante, la incompatibilidad entre ley y Constitución –poco importa si ésta es sucesiva a aquélla– está de hecho configurada dogmáticamente como un problema de legitimidad constitucional, y no como un problema de sucesión de normas en el tiempo. Reconocer la incompatibilidad entre una ley y la Constitución sería por lo tanto hacer uso del principio jerárquico, no del cronológico. Pero, por otro lado, se sostiene, que sólo el juez constitucional puede hacer uso del principio jerárquico “contra” las leyes, en virtud del principio de separación de poderes, en ningún caso los jueces comunes pueden rechazar la aplicación de la ley.

<sup>163</sup> Es importante agregar que, normalmente, la abrogación no tiene efectos retroactivos, mientras la declaración de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad], normalmente, retroactúa al momento de la promulgación de las leyes.

<sup>164</sup> Cf., por ejemplo, en la doctrina italiana, donde el problema ha sido muy discutido en el periodo intercurrente entre la entrada en vigor de la Constitución republicana (1948) y la creación de la Corte constitucional (1956): AA.VV., “Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956. Vedi inoltre S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, cap. II.

(1) Primera posible solución: las viejas leyes deben sostenerse abrogadas. Sosteniendo esta tesis se puede aducir que el principio cronológico es intrínseco a cualquier ordenamiento jurídico dinámico, y opera no sólo en las relaciones entre fuentes pares-ordenadas, pero también en las relaciones entre fuentes una de las cuales es superior a la otra. No se discute que la ley pueda abrogar (expresamente o tácitamente) reglamentos incompatibles con ésta. No se ve por qué la Constitución no pueda a su vez abrogar (tácitamente) leyes incompatibles con ésta.

(2) Segunda posible solución: ambos principios involucrados, *lex posterior* y *lex superior*, son aplicables, y es por lo tanto indiferente que los jueces comunes decidan aplicar uno (sosteniendo las viejas leyes sin más como abrogadas) u otro (sometiendo la cuestión al juez constitucional). Este punto de vista –nótese– no exige ni siquiera argumentación, desde el momento de aplicabilidad de ambos principios es indiscutible; de forma diferente, no existiría el problema.

(3) Tercera posible solución: hay que distinguir. La abrogación (táctica) se produce sólo en presencia de una contradicción “puntual” entre una norma sucesiva y una antecedente. Entonces, tales disposiciones constitucionales, siendo precisas y circunstanciadas, contradicen “puntualmente” disposiciones legislativas antecedentes, y por lo tanto producen la abrogación (véase, en la Constitución italiana, el caso del art. 27, fracción 4, “No se admite la pena de muerte”, en relación con las disposiciones del código penal de 1931 que, precisamente, preveían tal pena). Otras disposiciones constitucionales –las de principio, las programáticas– no son idóneas para abrogar ningún tipo de normas debido a su contenido normativo altamente indeterminado.<sup>165</sup>

(4) Cuarta posible solución: las viejas leyes deben sostenerse como válidas y vigentes hasta que no sean declaradas inconstitucionales por el juez constitucional. Este punto de vista puede ser argumentado aduciendo:

(a) que la abrogación (el principio cronológico) opera sólo entre las fuentes pares-orientadas; las viejas leyes, en hipótesis, se encuentran en oposición no con una ley sucesiva, sino con la Constitución, que es fuente superior;

(b) que toda decisión relativa a la incompatibilidad entre leyes y Constitución es, por sí misma, un juicio de legitimidad constitucional, y como tal se encuentra reservado al juez constitucional.

<sup>165</sup> Era precisamente ésta, en Italia, la orientación de la Corte de casación entre 1948 (año de entrada en vigor de la Constitución) y 1956 (año de inicio de la actividad de la Corte constitucional).

Es apenas necesario dar a notar que ninguna de estas cuatro posibles soluciones depende de la “interpretación” de la Constitución; por hipótesis, no existe disposición constitucional alguna a ser sometida a la interpretación. Como es usual, el problema en discusión no es estrictamente interpretativo, sino dogmático.

## V. INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN EN EL JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

### 1. *El objeto de las decisiones constitucionales: ¿disposiciones o normas?*<sup>2</sup>

¿Cuál es el objeto de las declaraciones de ilegitimidad constitucional\* pronunciadas por los tribunales constitucionales? ¿Tratan éstas de las “disposiciones” de la ley, es decir, de enunciados normativos, o en cambio de las “normas”, es decir, del contenido de sentido de enunciados normativos?

En una ocasión, la Corte constitucional italiana declaró: la Corte “juzga sobre normas, pero se pronuncia sobre disposiciones”.<sup>166</sup> Por decirlo así, parece que la Corte entiende que: (a) la Corte juzga sobre normas – entendidas no como texto, sino como significados– dado que la ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] de una disposición no puede ser apreciada sin una decisión previa, mediante interpretación, en torno a su significado, es decir, en torno a la norma que ésta expresa; pero (b) la corte se pronuncia sobre disposiciones, dado que no existen normas (significados) sin disposiciones (enunciados) que la expresen o a las cuales sean, no obstante, re conducibles.<sup>167</sup>

\**N. de T.* También puede ser traducido como “declaraciones de inconstitucionalidad”, es decir, las declaraciones a través del cuál se determina si una norma legislativa o administrativa está acorde con los mandatos constitucionales. De nuevo, para mantener la integridad del texto original y algunas figuras utilizadas por el autor, se dejó la traducción más literal.

<sup>166</sup> “En general la disposición..., constituye el necesario vehículo de acceso de la norma al juicio de la Corte, que se desarrolla sobre la norma cual objeto de comparación con el contenido preceptivo del parámetro constitucional” (Corte const. 84/1996).

<sup>167</sup> Cierto es que, en el ordenamiento italiano, no se puede denunciar ante la Corte constitucional una norma sin indicar la disposición (o el conjunto de disposiciones) de la cual ésta trata: art. 23, fracción 1, letra a, ley 87/1953. Préstese atención al hecho de que la Corte no tiene jurisdicción sobre las normas consuetudinarias.

No obstante, ante un análisis preciso, las cosas resultan un tanto más complejas. Pueden de hecho darse casos, aunque sean marginales, en los cuales los tribunales constitucionales *no* juzguen sobre normas y/o *no* se pronuncien sobre disposiciones.

Circunscribiendo el discurso a las sentencias de ilegitimidad constitucional (ignorando aquellas sentencias que rechazan la cuestión de ilegitimidad constitucional), se deben hacer tres observaciones.

En primer lugar, el juez constitucional juzga no necesariamente sobre normas, sino más bien sobre “actos” normativos –ya sea en el sentido de los documentos, ya sea en el sentido de los procedimientos– toda vez que se encuentre en discusión la invalidez formal del total del texto denunciado.

En segundo lugar, el juez constitucional se pronuncia, en sentido estricto, sobre normas, y no sobre disposiciones, toda vez que lo que se encuentra en discusión la invalidez material de una norma meramente implícita, inexpresada en ninguna disposición (o al menos por alguna disposición tomada aisladamente).

En tercer lugar, más en general, el juez constitucional se pronuncia, en rigor de términos, no sobre disposiciones, sino sobre normas, toda vez que formula una decisión interpretativa y/o manipulativa.

## 2. *Invalidez de actos, disposiciones, y normas*

Para ilustrar analíticamente el objeto de las declaraciones de ilegitimidad constitucional, conviene sobre todo subrayar la distinción entre invalidez formal e invalidez material o sustancial.<sup>168</sup>

Una norma, disposición, o fuente:

(i) se dice *formalmente válida* cuando ha sido producida en concordancia con las normas “sobre la producción jurídica”<sup>169</sup> –estructuralmente supraordinadas– que regulan la creación; en suma, cuando ha sido producida de modo formalmente correcto, esto es, creada (a) por el órgano competente (b) según el procedimiento prescrito, y

(ii) se dice materialmente válida cuando no es incompatible con las normas –materialmente supraordinadas– que limitan o predeterminan el posible contenido.

Es por ello que observa específicamente a la ley, la invalidez formal, en sentido estricto, no ataca a la “ley” como tal, es decir, el texto o documento

<sup>168</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, cap. XXIV.

<sup>169</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto, op. cit.*, cap. IV.

normativo aprobado por el órgano legislativo; la invalidez formal observa al procedimiento de formación de la ley, no a su texto. Incluso si, naturalmente, la invalidez del procedimiento implica también la invalidez del texto normativo producido (en su totalidad).

Por lo tanto, dado que la cuestión de la legitimidad constitucional respecta a la invalidez formal, la decisión de la Corte vierte directamente sobre el procedimiento de formación de la ley, y por lo tanto (pero sólo indirectamente) sobre la totalidad del texto normativo. En estos casos, una sentencia de aceptación [constitucionalidad] –es decir, una declaración de legitimidad constitucional– abruma el texto de la ley en su totalidad y del todo independientemente del contenido normativo.<sup>170</sup>

Pero, por lo que se refiere a la invalidez material, las cosas son diferentes. La invalidez material ataca no el procedimiento de formación del acto, sino sólo la norma “viciada”. Viciada, según los casos, por el objeto que regula (vicio material o sustancial).

Una ley obviamente contiene (expresa) una gran cantidad de normas, no se dice (de hecho es algo excepcional) que todas se encuentren (directa o indirectamente) en contradicción con normas constitucionales, o que todas excedan (en positivo o en negativo) la competencia material de la ley. Puesto que la ley en cuestión esté afectada por vicios de otra naturaleza (formales), ésta es inválida no ya en su totalidad, sino sólo limitadamente ante aquellas normas que sean incompatibles con normas constitucionales o que regulen objetos reservados a una fuente distinta. De modo que la identificación del vicio presupone la interpretación de las leyes en cuestión.

Parecería tener que concluirse que las declaraciones de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad], en presencia de dudas respecto a la validez material de la ley, vierten siempre sobre normas. El juez constitucional, desde este punto de vista, no podría hacer otra cosa que declarar la ilegitimidad constitucional de la norma.

En un sentido, esto es exacto. Pero hay que preguntarse, ¿es posible anular una cierta norma sin atacar también a la disposición o disposiciones de las cuales esa norma constituye el significado?

<sup>170</sup> Por decirlo así (“independientemente de su contenido normativo”), más bien simplifica las cosas. En realidad, la interpretación del texto no siempre es superflua. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, para decidir si una cierta ley es formalmente inválida porque no es aprobada según el procedimiento exigido por el art. 72, fracción 4, const. –en cuanto tienen por objeto, digamos, la materia electoral– es necesario comprobar previamente el contenido (específicamente, el objeto que regula), lo que supone una operación interpretativa.

La respuesta es: Depende. Las posibilidades más interesantes son las siguientes.<sup>171</sup>

(a) Una disposición D es ambigua, y puede por lo tanto ser entendida en dos sentidos *alternativos*. Entendida en el primer modo, ésta expresa la norma N1; entendida en el segundo, ésta expresa la norma diferente N2. Por hipótesis, la norma N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, mientras N2 es compatible con la Constitución. En tal caso, la declaración de ilegitimidad constitucional atacará la norma N1, dejando intacta la disposición D, dado que D puede siempre ser entendida en el segundo modo (interpretación adecuada), de modo que no se manifieste ninguna antinomia.

(b) Una disposición D tiene un contenido de significado complejo; ésta expresa dos normas *conjuntamente*, N1 y N2. De nuevo, por hipótesis, la norma N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, mientras que N2 es compatible con la Constitución. Incluso en este caso la declaración de ilegitimidad constitucional atacará a la norma N1, dejando intacta la disposición D, dado que de ésta permanece aún la posibilidad de obtener la norma N2, sin que ello provoque una antinomia.

(c) Una disposición D expresa dos normas, N1 y N2, no importa si alternativamente o conjuntamente. Supongamos que sendas normas se encuentran en contradicción con la Constitución. Y bien, en tal caso, la declaración de ilegitimidad constitucional, al atacar las normas, fatalmente atacará también las disposiciones en cuanto tal, dado que ésta, aún interpretada, resulta inconstitucional, y por lo tanto no es susceptible de alguna interpretación conforme a la Constitución.

De hecho, algunas declaraciones de ilegitimidad constitucional vierten sobre textos (disposiciones legislativas), mientras que otras vierten no directamente sobre textos, pero sólo sobre interpretación de textos, es decir, sobre normas *stricto sensu*, normas propiamente dichas.

### *3. Anulación de disposiciones y anulación de normas*

Dejando de lado el caso (del todo marginal en la práctica) de la invalidez formal de actos normativos, la declaración de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] puede por lo tanto atacar, según los casos, disposiciones o normas.

<sup>171</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, “Processo costituzionale”, *op. cit.*, p. 642 s.; R. Guastini, “Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali”, en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990.

### A. *Ilegitimidad constitucional de disposiciones*

Las sentencias de anulación que vierten sobre disposiciones pueden ser de dos tipos, entre las cuales conviene distinguir ulteriormente. Aquéllas del primer tipo pueden llamarse sentencias (no interpretativas) de anulación sin ulterior especificación; las del segundo, sentencias (no interpretativas) de anulación parcial.

(i) En primer lugar, se encuentran sentencias que declaran la ilegitimidad constitucional de una disposición en su totalidad; la disposición resulta “enteramente” anulada. La invalidez, por lo tanto, ataca al texto en cuanto tal; dado que, se supone, éste no admite ninguna interpretación conforme a la Constitución; todas las normas que de este texto se pueden obtener se encuentran en contradicción con la Constitución. La disposición inválida no es más susceptible de interpretación alguna, y por lo tanto no puede seguir siendo adoptada en motivaciones de actos jurisdiccionales y administrativos.

(ii) En segundo lugar, se encuentran sentencias (así llamadas “reductivas”) que atacan una disposición, anulándola, pero sólo parcialmente, limitadamente con otras palabras.<sup>172</sup> La disposición no pierde validez sobre su totalidad, pero resulta alterada o mutilada. En práctica, la decisión del juez constitucional impide a los órganos de la aplicación el tener en cuenta ciertas palabras al interpretar esa disposición.<sup>173</sup> De tal modo, el contenido normativo de la disposición es reducido, limitado, no se permite más extraer de esa disposición normativa la norma que corresponde a esas palabras en específico.

Para comprender el punto, hay que tener en cuenta que a menudo una sola disposición puede ser, digámoslo así, descompuesta en dos (o más) fragmentos sintácticamente autónomos, cada uno de los cuales expresa una norma independiente. Imagínese una disposición D que tenga la siguiente estructura: “Si A o B, entonces Z”. Tal disposición puede ser descompuesta y reconstruida en los dos fragmentos siguientes: (D1) “Si A, entonces Z”; (D2) “Si B, entonces Z”. Ahora bien, puede suceder, por ejemplo, que sólo la norma expresada por D1 se encuentre en contradicción con la Constitución, y que una norma expresada por D2 en cambio

<sup>172</sup> Un ejemplo en Corte cont. 202/1987

<sup>173</sup> El resultado (hecha la debida abrogación y anulación) es análogo a aquel de una disposición legislativa (de abrogación expresa) que abrogara un toda una disposición, sino sólo un fragmento de disposición.

se encuentre de conformidad con la Constitución. Entonces aquí, en tal circunstancia, la Corte pronunciará una sentencia (no interpretativa) de anulación parcial, anulando únicamente una parte de la disposición; la parte correspondiente a D2, es decir, concretamente las palabras correspondientes a la fórmula B.<sup>174</sup>

### B. *Ilegitimidad constitucional de normas*

También las sentencias que vierten sobre normas, es decir, sobre interpretación, dejando inalteradas las disposiciones, pueden ser de diversos tipos.

(i) En primer lugar, se encuentran sentencias interpretativas de anulación en sentido estricto. Se trata de sentencias que anulan ya no el texto (ya sea parcialmente o totalmente), sino tan sólo una de sus posibles interpretaciones *alternativas*.<sup>175</sup> La disposición conserva su validez. La anulación ataca sólo una de las normas *separadamente* expresadas por la disposición. Y así impide una de las posibles interpretaciones de la disposición. Pero la disposición puede aún ser adoptada en motivación de medios jurisdiccionales o administrativos, en tanto no sea interpretada expresando la norma declarada ilegítima por la Corte.

(ii) En segundo lugar, se encuentran sentencias interpretativas de anulación parcial. Se trata de sentencias que anulan una de las normas *conjuntamente* expresadas por una disposición; una norma que, no obstante, no es referible a un conjunto específico de palabras sintácticamente autónomo.<sup>176</sup> También en este caso, el contenido normativo de la disposición es reducido, sin que no obstante la disposición resulte alterada en su tenor literal.

(iii) En tercer lugar, se encuentran sentencias que anulan una norma meramente implícita, inexpresa;<sup>177</sup> una norma que no puede ser adscrita a algún texto legislativo determinado, pero puede sólo ser extraída, “*cons-truida*”, de la combinación de una pluralidad de disposiciones. También en este caso, evidentemente, no existe disposición alguna que sea declarada inválida, pero se excluye la posibilidad de manipular las disposiciones existentes de modo que extraigan la norma inexpresada en cuestión. Aun sin tocar los textos de las fuentes del derecho, estas sentencias sustraen una norma (inexpresada) del ordenamiento.

<sup>174</sup> Un buen ejemplo puede verse en Corte const. 139/1989.

<sup>175</sup> Un ejemplo en Corte const. 26/1961.

<sup>176</sup> De forma diferente, estaremos en el caso examinado en el punto (ii) de la clasificación precedente (sentencias “*reductivas*”). Un ejemplo en Corte const. 63/1966.

<sup>177</sup> Cf. por ejemplo Corte const. 300/1983. Pero, como diremos, según algunos también las sentencias aditivas pueden ser reconducidas a esta categoría.

#### 4. *Las sentencias manipulativas*

En el ámbito de la declaración de ilegitimidad constitucional que vierten sobre normas –dejando intactas las disposiciones– requieren una explicación de las sentencias llamadas “manipulativas” o –como dicen algunos– “normativas”.<sup>178</sup> Las sentencias en cuestión ameritan aquí una atención particular, dado que muestran cómo el control de legitimidad constitucional sobre leyes no siempre es posible –como quería Kelsen– a en la forma de “legislación negativa”, sino que en ocasiones, en verdad, se convierte en “legislación positiva”.

Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipulativas;<sup>179</sup> las sentencias “aditivas” y las sentencias “sustitutivas”.<sup>180</sup>

##### A. *Sentencias aditivas*

Se les llama “aditivas” a aquellas sentencias en parte resolutiva declara constitucionalmente ilegítima una disposición “en las partes en las que no prevé” una cierta cosa que debería prever para ser conforme a la Constitución.

Supongamos por ejemplo que una norma N1 confiera un derecho (o cualquier otra situación jurídica subjetiva) a una clase dada de sujetos S1 (“Si S1, entonces D”), y que omita conferir el mismo derecho a una clase diferente de sujetos S2. Supongamos además que, según la opinión de la Corte, las dos clases de sujetos, S1y S2, sean iguales y ameriten por ello el mismo trato. Aquí por lo tanto, que la norma N1 es inconstitucional por

<sup>178</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, pp. 402 y ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, pp. 63 ss; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 669 y ss.; G. Zagrebelsky, “Processo costituzionale”, *op. cit.*, pp. 651 y ss.; G. Silvestri, “Le sentenze normative della Corte costituzionale”, *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, pp. 755 y ss.; A. Vignudelli, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia “normativa” delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, 1988. Véase también T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprélatives” en France et en Italie*, Paris, 1997.

<sup>179</sup> A decir verdad, esta tipología no es exhaustiva ya que, en el seno de las sentencias aditivas, las sentencias “de parte resolutiva genérica”, o “aditivas de principio” ocupan un puesto por sí mismo que ameritaría una explicación independiente. Véase al respecto G. Parodi, “Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale”, en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

<sup>180</sup> Retomo en análisis que sigue de R. Guastini, “Analysing Legislation”, *op. cit.*, p. 224 y ss.

violación del principio de igualdad (art. 3, fracción 1, en la Constitución italiana). Por lo tanto, N1 debería de ser declarada constitucionalmente ilegítima.

En casos de este tipo, sin embargo, el juez constitucional –fíjese bien– no declara inconstitucional la norma ante él presentada. Hace una cosa diferente, estatuye que N1 es constitucionalmente ilegítima en la parte *en que no* extiende el derecho en cuestión también a la clase de sujetos S2.<sup>181</sup>

Como se puede comprender, ésta no es propiamente, una declaración de ilegitimidad constitucional. En el sentido en que la disposición de la que se trata *no* es de hecho anulada;<sup>182</sup> los sujetos pertenecientes a la clase S1 conservan el derecho conferido por N1 (no sería así si N1 fuese declarada inconstitucional).<sup>183</sup> De hecho, estas sentencias no tocan en modo alguno las normas que incluso, aparentemente, declaran ilegítima, dado que se refieren no a la norma existente, sino más bien, paradójicamente, a una norma (o a una parte de disposición) “ausente”, una norma absolutamente inexpresa (si no imaginaria).

Lo que hace el juez constitucional es agregar al ordenamiento vigente una norma apócrifa N2, la cual adscribe el derecho del que se trata a la clase de sujetos S2. La ley sustantiva: (N1) “Si S1, entonces D”; la Corte agrega: (N2) “Si S2, entonces D”.

N2 es una norma de rango legislativo, creada intersticialmente por el juez mismo, que la obtiene de la interpretación de la Constitución: una norma que “debe” ser válida de acuerdo con la Constitución, y que por lo mismo es concebida sin más como válida, aun si no es expresada.<sup>184</sup> Se trata de una norma inexpresa, construida combinando una norma constitucional (el principio de igualdad) con la norma legislativa presentada el juicio.

A decir verdad, las sentencias de este tipo se presentan también en una reconstrucción diferente. Hay quien sostiene de hecho que el juez constitucional no “agrega” una nueva norma al ordenamiento, sino que se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de una norma preexistente, sin em-

<sup>181</sup> Por así decirlo, el juez constitucional colma una laguna axiológica.

<sup>182</sup> Una pista en G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, p. 68.

<sup>183</sup> En suma, sentencias similares, de hecho, no declaran la ilegitimidad de ninguna norma, ni sustraen ninguna norma del ordenamiento. Dado que parece que no tuviera mucho sentido distinguir, como se suele hacerse, en el seno de las parte resolutivas aditivos, una parte “ablatoria” y una parte “aditiva” (para después sostener que sólo la parte ablatoria produce efectos jurídicos): bien vista, la parte “ablatoria” simplemente no subsiste. Pero véase lo que se dirá en la nota sucesiva.

<sup>184</sup> Dos ejemplos entre miles: Corte const. 190/1970, y, 364/1988.

bargo inexpresa, y precisamente una norma obtenida (“construida”) *diferente* de aquella en discusión. En otras palabras, el juez no “agrega” al ordenamiento la norma “Si S2, entonces D”, sino que declara constitucionalmente ilegítima la norma –implícita– “Si S2, entonces no-D”. En todo caso, sigue vigente el hecho de que declarar constitucionalmente ilegítima la norma “Si S2, entonces no-D” no tiene otro efecto diferente de introducir en el ordenamiento la norma –igual y contraria, por así decirlo– “Si S2, entonces D”.<sup>185</sup>

### B. *Sentencias sustitutivas*

Se dicen “sustitutivas” aquellas sentencias en cuya parte resolutiva se declara constitucionalmente ilegítima una disposición en cuanto prevé, o en la parte en que prevé, una cierta cosa “en lugar de” prever otra, que ésta debería prever para encontrarse conforme a la Constitución.

Supongamos, por ejemplo, que N1 confiera un poder a un cierto órgano del Estado, O1 (“Si O1, entonces P”). Supongamos además que, según la Constitución, como es interpretada por la Corte, el poder en cuestión debe ser conferido no al órgano O1, sino a un órgano diferente O2. En consecuencia, N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, y debería ser declarada constitucionalmente ilegítima.

No obstante, en caso de este tipo, esta solución resulta insatisfactoria para el juez constitucional, el cual sólo se limita a anular N1,<sup>186</sup> pero que establece que N1 es inconstitucional “en la parte en que” confiere el poder en cuestión a O1 *en lugar de* a O2.

Trabajando así el juez cumple una doble función. Por un lado, anula N1 (“Si O1, entonces P”).<sup>187</sup> Por el otro lado, y contextualmente, introduce en el ordenamiento –en lugar de N1– una norma diferente. N2, en virtud de la cual el poder en cuestión es adscrito a O2 (“Si O2, entonces P”). N1 es por lo tanto sustituida por N2.

Naturalmente, la norma N2 –norma implícita, de rango legislativo, obtenida de la interpretación de la Constitución– es fruto de creación intersticial del derecho por obra del juez constitucional.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Sobre esto ampliamente G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *op. cit.*, spec. p. 123 y ss.

<sup>186</sup> Aqueello que crearía una “laguna” (de cualquier tipo) en el ordenamiento.

<sup>187</sup> En esto, las sentencias sustitutivas se diferencian radicalmente de aquellas aditivas, las cuales, como se ha visto, no anulan de hecho la norma (expresa) puesta a juicio por la Corte.

<sup>188</sup> Dos ejemplos en Corte const. 15/1969, 86-71977.

Es importante notar que, en el caso de las sentencias manipulativas, no se trata de la “normal” derivación, en sede interpretativa, de normas constitucionales o legislativas inexpressas a partir de normas, igualmente constitucionales o legislativas, expresas. En estos casos, el juez constitucional construye, a partir de normas *constitucionales* expresas (o inexpressas),<sup>189</sup> normas *legislativas* inexpressas. Si se tratase también de una derivación lógicamente restringente (pero nunca es el caso),<sup>190</sup> sería difícil comprender cómo pueda la Constitución (aunque sea eventualmente combinada con normas de ley) implicar lógicamente normas de rango legislativo.

### 5. *La máquina de las lagunas*

La gran parte de las constituciones contemporáneas incluyen el (alguna formulación) principio de IGUALDAD. No obstante la variedad de formulaciones que se encuentran en las diversas constituciones, tal principio es generalmente interpretado por los tribunales constitucionales en el sentido (aristotélico) que “los casos iguales deben ser regulados en el mismo modo, los casos diferentes deben ser regulados de formas diferentes”.

Y bien, así interpretado, el principio de igualdad es una potente máquina para la producción de *lagunas axiológicas* en la legislación.<sup>191</sup> Y las sentencias aditivas son a menudo fruto de la aplicación del principio de igualdad entendido de este modo.

Una laguna axiológica es la falta de una norma *justa*. Dicho de forma más precisa, en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cada vez que una clase de caso *sí es* –nótese bien– *regulada* por una norma, pero la regulación existente es juzgada como *insatisfactoria* por el intérprete.<sup>192</sup> Lo que falta, por lo tanto, es no una norma sin especificaciones ulteriores (dado que la norma *existe*), sino para más precisión una norma que regule el caso de modo “satisfactorio”; en este sentido, una norma “*justa*”.

<sup>189</sup> A veces (no siempre) en combinación con normas de ley.

<sup>190</sup> En la doctrina generalmente es aceptada la tesis de V. Crisafulli (véase por ejemplo *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, pp. 407 s.), según el cual la Corte constitucional italiana no crearía normas nuevas, sino que se limitaría (a lo mucho) a desarrollar –“en rimas”, como dice Crisafulli– las implicaciones de normas preexistentes. Esta tesis tiende a acrediatar la idea de que la Corte cumple con razonamientos lógicamente restringentes. Pero, desde el punto de vista lógico, es una tesis que carece de fundamento.

<sup>191</sup> G. Parodi, “Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale”, *op. cit.*

<sup>192</sup> C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971.

Ahora bien, el principio de igualdad permite al juez constitucional crear una gran cantidad de lagunas axiológicas en el siguiente modo.

(a) El legislador, al regular una clase de caso (por ejemplo, las “grandes empresas”), ha omitido regular en el mismo modo otro tipo de caso (por ejemplo, “las pequeñas empresas”) que, según el juez constitucional, es “sustancialmente” igual al tipo de caso regulado.

(b) El legislador, al regular una clase de casos (por ejemplo, las “empresas”), ha omitido distinguir, en el seno de tal clase, dos subclases (por ejemplo, las “grandes” y las “pequeñas” empresas) que, según el juez constitucional, son “sustancialmente” diferentes y que ameritan por lo tanto regulaciones distintas.

En el primer caso, aquello que falta, según el juez constitucional, es una norma “igualitaria”. En el segundo caso, lo que falta es, al contrario, una norma “diferenciadora”. En ambos casos, la ley es juzgada inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene.

Es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intérpretes con el fin de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justicia, escondido en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia “sustancial” entre clases de casos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AZZARITI, G. (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

BOGNETTI, G., “Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica”, en Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

BRUNET, P., “Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle”, en C. Grawe, O. Jouanjan, É. Maulin, P. Wachsmann (eds.), *La notion de ‘justice constitutionnelle’*, Paris, 2005.

DOGLIANI, M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

FERRER MAC-GREGOR, E. (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1985.

- GIANFORMAGGIO, L., “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.
- GOLDSWORTHY, J. y CAMPBELL T. (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002.
- GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducciones Marina Gascón y Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003 [1999].
- \_\_\_\_\_, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2002 [2001].
- \_\_\_\_\_, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducciones Marina Gascón, Miguel Carbonell, y Ricardo Guibourg, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- \_\_\_\_\_, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004
- \_\_\_\_\_, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, vol. 26, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali”, en P. Comanducci y Guastini, Riccardo (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Teoría e ideología de la Interpretación constitucional*, Trotta-UNAM, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Remarques sur la constitutionnalisation de l’ordre juridique. Le cas italien”, en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, 14ème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.
- LAPORTA, F.J. (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid, 2007.
- MÉLIN-SOUCRAMANIER, F. (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005.
- MENDONÇA, D., *Como hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999.
- MENDONÇA, D. y GUIBOURG, R.A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, 2004.
- MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa*, núm. 23, 2000.

- MODUGNO, F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.
- NAVARRO, P.E.; BOUZAT, A. *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999
- PACE, A., “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, en *Quaderni costituzionali*, 2001
- PINO, G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.
- RESCIGNO, G.U., “Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico”, en *Diritto pubblico*, 2005, núm. 1.
- RUGGERI, A., “Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale”, en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002.
- VIGNUDELLI, A., *Interpretazione e costituzione. Miti, modi, e luoghi del pensiero giuridico*, Torino, 2011.
- WRÓBLEWSKI, J., *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodzienensis, Folia Juridica, 32, 1987.
- ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bologna, 1988.