

# LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO: UNA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA

---

Giuseppe Zaccaria\*\*

## Resumen

El ensayo ofrece una breve reconstrucción de la evolución acaecida en las últimas décadas en la doctrina alemana acerca de la jurisprudencia como fuente del derecho, desde las teorías tradicionales que le negaban carácter de fuente formal del derecho y la doctrina alemana de los años sesenta del siglo xx (J. Esser) que amplía la categoría de costumbre judicial hasta las doctrinas que reconocen claramente (M. Kriele) que el precedente judicial tiene de hecho un carácter vinculante, de manera similar a la que se le atribuyen en los sistemas de *common law*.

Estos cambios en la doctrina jurídica están, naturalmente, acompañados de un amplio proceso de transformación del derecho en todos los niveles y en todos los sectores. Es decir, ante múltiples fuentes de derecho, el papel de la interpretación y la responsabilidad del intérprete se fortalecen y se dilata considerablemente el tamaño y el peso de los tribunales, a la vez que el derecho permite la comunicación transcultural y la convivencia entre extraños. Pero la jurisdicción no puede resumir en sí misma toda la realidad jurídica: la evolución del derecho hoy no es sólo obra de los actores “oficiales”.

*Palabras Clave:* teoría del Derecho, fuentes del Derecho, jurisprudencia, *common law*, *soft law*.

## Abstract

The paper addresses the way some contemporary German legal theories account for the sources of legal doctrine, namely, with reference to the character and the role of judicial law. By moving from the traditional view, according to which judicial law is not a formal legal source, part of the German doctrine in the 1960s (J. Esser) highlights the fidelity to precedents in civil law systems and clearly acknowledges (M. Kriele) that as a matter of fact judicial precedents have a binding force, very similar to the role they have within *common law* systems.

\* Agradezco a Hernán Bouvier, Antonella Cancellier, Pablo Cardozo, Mariana Carniel y Ana Messuti su colaboración en la lectura y la traducción de este ensayo.

\*\* Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Padua, Italia.

Those changes in legal doctrine naturally produce a strong change in law at all levels, with a new wave among domestic, supranational and global law. In the face of legal pluralism, the interpreter's role and responsibilities increase. Meanwhile, the dimension and the relevance of judicial decisions become weaker. Law makes transcultural communication and coexistence among foreigners possible. Nevertheless, one should not forget that judicial law cannot contain the whole legal reality. Nowadays change in the law is shaped by more than its "official" actors.

*Keywords: theory of law, sources of law, jurisprudence, common law, soft law*

**P**recisamente hace cuarenta años Josef Esser, uno de los principales metodólogos del derecho del siglo XX, en un memorable ensayo afrontaba la espinosa cuestión de la naturaleza y el rol del derecho jurisprudencial, vinculando a partir del título mismo el *Richterrecht* con el *Gerichtsgebrauch* y con el *Gewohnheitsrecht*<sup>1</sup>.

En aquel momento, la dogmática jurídica tradicional, de la cual Esser pretendía utilizar al máximo las posibilidades evolutivas, reconocía como fuentes de derecho, en el sistema de *civil law*, solamente el derecho legal de un lado y el derecho consuetudinario del otro<sup>2</sup>.

Inevitablemente hoy, a cuarenta años de distancia de aquel ensayo fundamental, el tema de la jurisprudencia como fuente de derecho se plantea de modos (y desde enfoques) completamente diferentes. Nuestro discurso de hoy apunta, antes que nada, a dar cuenta del relevante camino que, en paralelo a las transformaciones reales del derecho, ha sido recorrido en la doctrina de las fuentes de la teoría jurídica contemporánea.

Entre finales del cincuenta y principios del sesenta, en un contexto en el cual el iuspositivismo mantiene aún una posición muy influyente,

<sup>1</sup> J. Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, en *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, al cuidado de J. Esser y H. Thieme, Mohr, Tübingen 1967, p. 95 ss.

<sup>2</sup> Sobre el punto, véase G. Orrù, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano 1988, p. 87. Entre las más recientes contribuciones sobre el tema de *Richterrecht* véase, en la amplia literatura: K. Langenbuecher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Beck, München 1996; R. Richardi, *Richterrecht als Rechtsquelle*, en *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Heymanns, Köln 1998, pp. 935–948; F. Bydinski, *Richterrecht über Richterrecht*, en *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, al cuidado de C.W. Canaris y otros, Beck, München 2000; R. Schulze –U. Seif (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.

aún cuando se encuentra en dificultad por el potente surgir de las corrientes anti-logísticas de la argumentación jurídica –de Toulmin a Viehweg, a Perelman– de la rehabilitación de la “razón práctica” y de las propuestas de la hermenéutica jurídica, el derecho jurisprudencial es visto exclusivamente como fuente material, pero no como fuente formal del derecho. En el área cultural alemana la única vía a través de la cual se logra justificar el difícil pasaje de una serie de normas de origen judicial *individuales* a normas de carácter y alcance *general*, dotadas de fuerza vinculante para sucesivos juicios sobre casos análogos, es en consecuencia la del *derecho consuetudinario*<sup>3</sup>. Esta extensión de la categoría de normas judiciales consiente sustancialmente reconocer a la jurisprudencia la dignidad de fuente del derecho. Había sido Savigny el primero en considerar los precedentes como derecho consuetudinario y como momento del derecho científico. En este sentido, en la cultura jurídica alemana juegan un rol muy importante, durante el siglo XIX y XX, bajo la influencia de la Escuela histórica del derecho, al menos dos ideas de fondo: por una parte la tesis según la cual el derecho entra a formar parte y se afirma en la vida de la comunidad esencialmente a través de la práctica de los juristas, y por la otra, la conciencia de cuán importante es la responsabilidad del juez en el cumplimiento, en el marco del Estado de derecho, de su deber institucional. En otras palabras, a la jurisdicción es confiado un proceso institucionalizador de las novedades jurídicas introducidas por vía jurisprudencial; proceso que se realiza a través de las dos vías, del *uso judicial* y del *derecho consuetudinario judicial*.

Entonces en el así llamado caso de *usus fori*, es decir cuando la jurisprudencia llega a poseer requisitos de duración y de estabilidad tales como para conducir a un uso generalizado, constante y uniforme sobre una determinada opinión suya, ella se trasmuta en derecho consuetudinario judicial, y como tal debe ser aplicada como solución vinculante, a partir del presupuesto de su juridicidad y de su obligatoriedad.

Esta es, por lo tanto, la tesis prevaleciente en la doctrina jurídica alemana de los años sesenta<sup>4</sup>, a la cual el agudo análisis de Esser jus-

<sup>3</sup> K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1995, pp.176 ss.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Mohr, Tübingen 1968, p. 464 ss., y además R. Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Duncker und Humblot, Berlin 1978, p. 37.

tamente objetaba que la autoridad del derecho de origen judicial no se puede hacer derivar de un fundamento de naturaleza consuetudinaria, sino más bien desde su efectiva justeza y de la capacidad de ser conforme al “convencimiento jurídico viviente”<sup>5</sup>.

Esser capta entonces perfectamente cómo la vía del derecho consuetudinario no sea otra cosa que un enmascaramiento ideológico con la función de ocultar una conclusión que en aquel momento histórico no se puede aún explícitamente reconocer, es decir, la naturaleza de fuente de derecho *tout court* del *Richterrecht*.

No sólo: el mismo Esser entendía perfectamente cómo, en aquella tesis del derecho judicial como derecho consuetudinario, un inconveniente no banal y no secundario estaba representado por la cristalización del derecho y de la jurisprudencia que tal tesis llevaba consigo inevitablemente –la formación de precedentes a través de la vía del derecho consuetudinario requiere un período largo de tiempo– y cómo venía siendo en consecuencia impedida, o de todas formas desaconsejada, aquella innovación que es por el contrario funcionalmente esencial a la misma estructura de fondo del derecho, a su credibilidad y autoridad<sup>6</sup>. Sobre el terreno de la interpretación del juez, incluso si se subraya la relevancia, para la consolidación y la certeza del derecho, de la continuidad y de la permanencia de este último en el tiempo<sup>7</sup>, es esencial reafirmar al mismo tiempo la libertad y la auto responsabilidad del juez en la comprensión del derecho y en el cumplimiento de su deber institucional. Hasta prueba en contrario en los sistemas de *civil law* los tribunales son libres plenamente para interpretar cada enunciado jurídico y cada caso análogo en modo diverso, y una jurisprudencia que modifique la opinión dominante hasta aquel momento debe ser admitida en cualquier momento<sup>8</sup>. El derecho del juez está siempre, en

<sup>5</sup> *Richterrecht, Gerichtsgebrauch*, cit., p. 129. Crítico en relación a la teoría que reconduce los precedentes a la fuente “derecho consuetudinario” es M. Kriele, “Il precedente nell’ambito giuridico europeo–continentale e angloamericano”, trad. it. de G. Zaccaria, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova 1988, pp. 527-528.

<sup>6</sup> Sobre el punto, véase también R. Bin, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Cedam, Padova 1995, p. 119.

<sup>7</sup> Pastore, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 154 ss.

<sup>8</sup> Considérese, sin embargo, cómo la Casación italiana en una sentencia de 1996 había sostenido que la regla del *stare decisis* representa “un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forma della quale non ci si deve discostare da un’interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa” [“un valor o una direttiva de tendencia, immanente en nuestro

cada decisión suya, *in action*, en un devenir continuo que soporta mal ser “congelado” en los largos tiempos de incubación necesarios para producir derecho consuetudinario.

Pero otra vía diferente, en el mismo período que estamos considerando y que en Italia veía la solitaria reflexión de Gino Gorla acerca del valor del precedente judicial<sup>9</sup>, se estaba recorriendo para reconocer sustancialmente a la jurisprudencia la naturaleza de fuente del derecho. Una vía que apostaba, en cambio, a la fuerza institucionalizante de la jurisdicción, esencial en un sistema jurídico desarrollado, y fundamentalmente basada sobre el vínculo al precedente.

El principal protagonista de este ulterior viraje teórico es Martin Kriele, autor en los mismos años de *Teorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*<sup>10</sup>. El corazón de este ensayo compacto e innovador está en la constatación de que ya, también en los sistemas de *civil law*, es tal la influencia de hecho de los precedentes en la orientación de la interpretación y la decisión judicial, que se puede tranquilamente hablar de “vinculación presuntiva”<sup>11</sup>.

En efecto, es fácil constatar cómo en la realidad efectiva de la praxis jurídica, o sea en el momento de la interpretación y de la aplicación del derecho, se parte de los precedentes, y de ellos se aleja sólo si subsisten buenas razones para hacerlo. Como imagen sugestiva en su prefacio de *Law's Empire* Ronald Dworkin ha hablado a este propósito de una “fuerza gravitacional de las decisiones precedentes”<sup>12</sup>. Esta no es una condición contingente, sino estructural y permanente de la praxis judi-

ordenamiento, en virtud de la cual no está permitido apartarse, sin una razón justificativa, de una interpretación consolidada por el juez de legitimidad, investido institucionalmente, de la función de nomofilaquia.”] (Casac. Secc. 3, sent. n.1999 del 23.02.1996).

<sup>9</sup> Muchos de los ensayos de Gorla, elencados en la bibliografía en su voz “Precedente giudiziale”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII, Roma 1990, p. 13 ss. han sido publicados nuevamente en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981.

<sup>10</sup> Duncker und Humblot, Berlin 1967. Otro exponente de la metodología jurídica contemporánea que considera a los precedentes como vinculantes es Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. IV, Mohr, Tübingen 1977, pp. 241-249.

<sup>11</sup> Véase al respecto el capítulo noveno del volumen de Kriele, pp. 243 ss.; Id. *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1979, pp. 91-110; *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Lit, Münster-Hamburg-London 2003, pp. 37-39; 55-57.

<sup>12</sup> R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad. it. de L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 4. En una corriente análoga G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 373 e J. Wroblewski, *Dibattito introduttivo*, en *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, editado por G. Visintini, Cedam, Padova 1988, p. 30 ss.

cial; por consiguiente una tarea imprescindible para una metodología del derecho que pretenda comprender correctamente de qué modo funciona la interpretación judicial de la ley es no omitir esta característica duradera de la práctica del derecho.

En efecto el jurista que no respete tal regla, aunque sea no escrita, de la praxis jurídica, correrá el riesgo como tal de ser puesto fuera de juego: si un abogado no tiene en cuenta la orientación precedente de la jurisprudencia, muy difícilmente podrá tener éxito y de cualquier modo responderá ante sus clientes; las decisiones de un juez o de un tribunal que no consideren antecedentes esenciales de cortes superiores podrán ser objeto de impugnación y de revisión, mientras que un funcionario público que no considere importantes los precedentes puede ser responsable por violación a los deberes de estado.

Se puede en definitiva reconocer que incluso cuando no se atribuye una relevancia formal a los precedentes, a las orientaciones jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercitan de hecho una considerable influencia sobre las decisiones judiciales, sobre la actividad legislativa, sobre la actividad misma de los actores sociales involucrados en su conjunto. No por nada las decisiones de los jueces, en particular de los jueces de rango superior, son invocadas como elementos autorizados tanto en los actos de los abogados como en las motivaciones de las sentencias, y son tenidas en cuenta por la doctrina.

Pero, ¿cómo funciona concretamente, en el análisis de Kriele, esta presunción de vinculación a favor del precedente? Si la cuestión sometida al juez se enmarca en uno de los casos típicos en vista de los cuales ha sido creada la construcción de la *ratio decidendi* desarrollada en sede judicial, el juez podrá sin dudas servirse de esta última, sin la obligación de razonar sobre la corrección del resultado en aquel caso específico, y de todos modos le será así garantizado el logro de un resultado indiscutible. Valiéndose de una solución experimentada, la presunción a favor del precedente alivia de este modo al juez del deber de renovar en cada nuevo caso la comprobación acerca de la "cabida" de la *ratio decidendi*, que viene a asumir en este contexto la tradicional función de la norma general y abstracta. Se presupone, en efecto, que aquella conclusión ha sido expuesta a la crítica, debatida y al final dada por válida. Sólo cuando se le imponen argumentos de fuerza tales de hacer cesar la presunción a favor del precedente, el juez deberá ponderar nuevamente las cuestiones ya decididas con anterioridad y retomar enton-

ces el examen del contexto efectivo del caso específico<sup>13</sup>. En sede crítica y en perspectiva hermenéutica podemos observar que el derecho no se encuentra preconstituido ni tampoco en el "depósito" de los precedentes, pero debe ser cada vez nuevamente localizado y ejecutado a la luz de las novedades del caso individual, por lo tanto, con una relación siempre nueva y renovada entre la norma y el hecho. En efecto, cada comprensión hermenéutica no es meramente reproductiva, pero tiene un aspecto productivo que nadie puede controlar totalmente. Su naturaleza de evento histórico y práctico, en cuanto a experiencia de aplicación, la hace totalmente disponible a ulteriores actualizaciones.

Tomando nota a nivel teórico de que ya en la realidad jurídico-europea continental los precedentes tenían una importancia casi similar a la del ámbito angloamericano, la impostación de Kriele, mientras registraba la innegable evolución de los sistemas jurídicos de *civil law*<sup>14</sup>, minimizaba, en nombre de una más puntual adhesión a la realidad de la praxis jurídica, las diferencias respecto a la evolución registrada en el *common law* y así decretaba el fin de la tesis metodológica, anteriormente dominante, de un modo jerárquico de entender el proceso de localización del derecho, según el cual el derecho judicial no podía sino tener naturaleza secundaria respecto al derecho de origen legislativo. Por otra parte, a ésta importante "ruptura" teórica de la tradición doctrinal dominante en temas de fuentes<sup>15</sup>, gracias a la cual se nos orientaba hacia una más realista colaboración y "subdivisión del trabajo" de producir derecho entre poder legislativo y poder decisorio del juez, se confrontaba en los hechos una convergencia cada vez más marcada y una aproximación cada vez más evidente entre los dos sistemas jurídicos, en nombre precisamente de aquella *vinculación presuntiva* de los precedentes que los llevaba a ser ya no más absolutamente vinculantes como en un tiempo en los sistemas de *common law*, y de hecho, cada vez más influyentes en los sistemas de *civil law*. Una convergencia y un acercamiento gracias a los cuales en un aspecto los actos aplicativos del derecho codificado adquieren una valencia creativa de derecho, mientras en otro aspecto la adhesión al precedente derecho de creación

<sup>13</sup> Kriele, op. cit., p. 262.

<sup>14</sup> En un plano más amplio la tesis de la convergencia creciente entre sistemas de *civil law* y de *common law* había sido brillantemente enunciada por J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen 1990<sup>4</sup>.

<sup>15</sup> Teoría tradicional representada en Alemania por Larenz, *Methodenlehre*, cit.

judicial no obstaculiza el desarrollo ulterior. El hecho es –y aquí se va al corazón de esta convergencia de sistemas– que el juicio comparativo entre los dos casos que el juez toma en examen, el precedente y aquel que él tiene que resolver, implica siempre aspectos de comparación, de ponderación que sopesa analogías y especificidades de las decisiones y de las soluciones<sup>16</sup>. Los textos jurídicos, a menos que no sean considerados como meros enunciados lingüísticos, son ellos mismos fruto de interpretación<sup>17</sup>.

Más allá de las apariencias que confieren a la tesis de Kriele un halo de ruptura revolucionaria en temas de fuentes, la innovación teórica propuesta por él se muestra ahora como un intento de readecuar la teoría de la praxis jurídica, pero manteniéndose fieles a una característica estructural del derecho, que parte del caso individual pero debe ir más allá del caso individual, que debe garantizar igualdad de trato, certeza de derecho, continuidad y previsibilidad de las decisiones. Al decidir el caso individual sobre la base de los precedentes, y por lo tanto del pasado, el intérprete sabe que su decisión se proyecta en el futuro y podrá ser a su vez utilizada como nuevo precedente. La máxima individual de decisión se transforma “kantianamente” en máxima general<sup>18</sup>, y por lo tanto la responsabilidad del intérprete aumenta, haciéndose cargo del efecto de su decisión. Desde aquel momento la norma vale en el significado y en la forma enriquecida recibida de la jurisprudencia.

El acortamiento de las distancias entre los ordenamientos de *civil law* y los de *common law*<sup>19</sup> hace que nazcan algunos problemas específicos en un campo delicadísimo (también en el fuerte movimiento de los últimos decenios, en lo referido a las relaciones entre legislación y aplicación judicial): el campo del derecho penal<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> M. Kriele, “Il precedente nell’ambito giuridico europeo–continentale e angloamericano”, cit., p. 522.

<sup>17</sup> Sobre el punto véase J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. de S. Patti y G. Zaccaria, Esi, Napoli 1983, pp. 113 ss. y 121.

<sup>18</sup> Kriele, “Il precedente nell’ambito giuridico”, cit., p. 521.

<sup>19</sup> Sobre el cual ver U. Vincenti, “Argomenti e decisioni argomentate correttamente”, en F. Cavalla (ed.), *Retorica, processo, verità*, Cedam, Padova 2005, p. 101 ss.

<sup>20</sup> Ver a propósito G. Marinucci –E. Dolcini (al cuidado de), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1985; *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli 1991; A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999; *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, al cuidado de G. Cocco, Cedam, Padova 2005.



El hecho de que la jurisprudencia tome parte del proceso genético de nuevos tipos delictivos, si no crea problemas en los ordenamientos penales del *common law*, en los cuales no está presente el principio de reserva de ley entendido en el modo continental, viene en cambio tradicionalmente considerado inadmisibles en los ordenamientos de *civil law*<sup>21</sup>.

En los sistemas continentales se considera en efecto incompatible con los principios de legalidad, taxatividad y de reserva de ley, una contribución "creativa" de tipos delictivos acusadores de parte de la jurisprudencia<sup>22</sup>, ya que de este modo sería menoscabado el monopolio del legislador en la materia y no estaría garantizada al ciudadano una tutela suficiente contra los abusos siempre posibles en materia penal.

Esta tesis tradicional se convierte en objeto de una interesante revisión en el análisis de algunos de los sectores más sensibles de la dogmática penal italiana contemporánea, específicamente en algunos ensayos de Giovanni Fiandaca<sup>23</sup>.

Es necesario antes que nada subrayar cómo la realidad de los ordenamientos de *civil law* no aparece, ni siquiera en relación al derecho penal, en absoluto homogénea. En efecto, existen ordenamientos como el italiano que en su parte general sobreabundan en definiciones legislativas –del dolo a la culpa, a la causalidad, etc.– mientras otros ordenamientos como el alemán han conferido en forma voluntaria y explícita a la jurisprudencia, pero también a la doctrina, en el intento de un desarrollo y de una adecuación continuos y progresivos de las categorías normativas a las situaciones de hecho, un rol elaborador de institu-

<sup>21</sup> Sobre el punto véase E. Grande, "Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia", en *Sistema penale in transizione*, cit, p. 129 ss.

<sup>22</sup> Sobre el asunto ver Roberto Rampioni, "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa), en *Casac. pen.*, 2004, p. 310 ss.; N. Mazzacuvva, "A proposito della 'interpretazione creativa' in materia penale: nuova 'garanzia' o rinnovata violazione di principi fondamentali?", en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, al cuidado de E. Dolcini y C.E. Paliero, I, Giuffrè, Milano 2006, pp. 437-453.

<sup>23</sup> Véase sobre todo *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, al cuidado de G. Fiandaca, Cedam, Padova 1997, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, en el cual la ponencia de Perugia, citada en el texto, está en las pp. 33-64; "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", en *Casac. pen.*, 2005, p. 1722 ss.; "Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica, en Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo de la scienza penale", al cuidado de G. Insolera, Monduzzi, Bologna 2005, pp. 41-52.

ciones generales y por lo tanto efectivamente creativo respecto al derecho de origen legislativo.

En realidad en ambos tipos de ordenamiento está muy elevado el rol de la elaboración jurisprudencial, no sólo en el rol de despenalización, sino también como elemento productor de nuevos tipos delictivos, de nuevas instancias de tutela; en resumen, de determinación de los presupuestos y de los límites de la responsabilidad penal. Todos los intentos que han tratado por todos los medios de formalizar los tipos penales, los procesos lógicos y los argumentos que preceden a la interpretación penal han resultado inevitablemente condenados al fracaso.

Ámbitos enteros de la materia penal, desde las reglas de procedimientos al examen de las instancias de las partes, a los juicios sobre las deposiciones de los testigos, a la selección de los datos relevantes en el plano de la reconstrucción probatoria, a la misma conmensuración de la pena, exceden en efecto los límites de un simple calcular, deducir exactamente y concluir; e implican por esto una amplitud mayor de comprensión y de evaluación, una participación activa de parte del intérprete, que está siempre inserto en un contexto condicionante, constituido por factores extra textuales no directamente deducible de los tipos penales mismos.

En síntesis, también el juez penal usufructúa de un espacio hermenéutico, más o menos amplio según los casos. Además la aplicación judicial está influenciada por el contexto, no sólo institucional y normativo, sino comprensivo también de la realidad criminal que contiene la norma; todavía, en el proceso aplicativo operan pre-juicios, reconducibles a la categoría –si queremos polivalente– de la “pre-comprensión”<sup>24</sup>. También en la interpretación jurídica –como toda otra interpretación– tiene sus comprensiones de sentido, sus presupuestos y sus anticipaciones de significado. Los sistemas jurídicos contemporáneos se desarrollan continuamente en su interior y el intérprete debe sin descanso poner orden en la selva de las normas y de los actos normativos<sup>25</sup>. En particular en contextos multiculturales, que corresponden a formas de vida diferentes, la interpretación se articula dentro de una pre-comprensión orientada a fundir diferentes horizontes culturales y no un único y determinado mundo cultural.

<sup>24</sup> *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 59.

<sup>25</sup> M. Meloni, “Il ruolo del precedente in Cassazione”, en *Interpretazione e precedente giudiziale*, cit., pp. 188–189.

En otras palabras, también en campo penal, no es para nada simple “tener las riendas” de la actividad de concretar que lleva adelante la jurisprudencia. La interpretación y la aplicación de las leyes penales se configuran como un proceso en el cual “la norma escrita aparece cada vez menos como la única y principal categoría ordenadora de la experiencia jurídico-penal”. Es el tipo penal mismo el que posee –como ha insuperablemente mostrado Winfried Hassemer en su *Tatbestand und Typus*<sup>26</sup>– una estructural dimensión hermenéutica<sup>27</sup>. Una realidad, ésta, que preocupa a cuantos temen una retracción del principio de legalidad sobre el plano de la aplicación jurisprudencial.

Justamente porque tratan de la realidad y del modo con el cual ella debe ser evaluada y regulada, la legislación penal y sus significados se encuentran inevitablemente sujetos a cambios que proceden al ritmo de la mutación de la realidad social, de la opinión común y del desarrollarse del lenguaje corriente. Ilimitado es el número de las variables, que se refieren a individuos, cosas, propiedad, relaciones. Es decir, la norma penal es estructuralmente abierta.

De manera que el pronunciamiento del juez no es unívocamente legible a partir del lado legislativo y no puede por cierto limitarse a constituir la transparente prolongación del tipo penal en el hecho, sin el agregado de ulteriores contenidos.

Puestos a la prueba de los hechos, considerados por lo tanto en su dimensión concreta y realizable, los principios de origen ilustrado-liberales (de legalidad, de taxatividad, de prohibición de analogía)<sup>28</sup>, que inspiran los ordenamientos jurídicos continentales, exigen pues ser profundamente y no ocasionalmente repensados.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1967.

<sup>27</sup> Sobre el punto, además de Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 39, ver también M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano 1991, p. 111 ss. y B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 1996, p. 114 ss.

<sup>28</sup> Sobre el cual, nuestro “Sul fondamento del procedimento analogico”, en G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 1990, p. 175 ss.; y además A. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), trad. it. de G. Carlizzi, Vivarium, Napoli 2003; W. Hassemer, “Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale”, trad. it. de D. Canale, en *Ars Interpretandi*, 1997, pp. 171-195.

<sup>29</sup> Sobre el asunto, nuestro “La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica”, en G. Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación*, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 125-143.

Si tenemos en mente que la no univocidad de las leyes y la necesidad de asociar los tipos a la realidad obligan al juez en el momento de la comprensión "aplicadora" a efectuar una elección entre varias interpretaciones, todas legítimamente sostenibles; si agregamos luego que la fallida exhaustividad de las leyes lo pone de frente a situaciones en las cuales en la legislación no encuentra contenido ningún precepto; si es verdad al fin que los términos legales y las representaciones de la realidad en ellos contenidas (de "ser humano" a "daño", de "intencionalmente" a "peligroso") cambian incesantemente en sus significados, aunque indican al intérprete una dirección y un horizonte, entonces el vínculo del juez con la ley sobre el cual reposan los Estados de Derecho, deberá incluir en su interior la realidad de un juez que decida. Esto es así, ya que el simple deducir formal o el sueño de convertirse en mera "boca de la ley" condenarían sin remedio al intérprete a la parálisis decisoria y al Estado a la no efectividad del derecho y de la administración de justicia<sup>30</sup>.

Estamos, ahora ya, encaminados establemente, con este último análisis relativo a la revisión penalista del dogma de origen liberal, que vincula al intérprete a un rígido respeto del principio de legalidad, sobre un terreno que con sano realismo registra orgánicamente un rol institucional cada vez más amplio e influyente de la jurisprudencia, rol que evidentemente implica una declarada centralidad del momento interpretativo. Se trata del fenómeno de la así llamada "constitucionalización" del ordenamiento jurídico.

Por "constitucionalización" del ordenamiento jurídico entendemos, con Riccardo Guastini<sup>31</sup>, el proceso de progresiva penetración de la Constitución en el interior de todos los niveles normativos inferiores, con una acción invasora capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Tal proceso resulta sinérgico a la dilatación generalizada de la interpretación extensiva, pero también la difusión de la interpretación que adecua a la ley ordinaria. Lo que está en juego en las

<sup>30</sup> Sobre el punto, W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, en A. Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 27 ss. Id., *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, en A. Kaufmann-W. Hassemer-U. Neumann (al cuidado de), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg 2006<sup>1</sup>, p. 251 ss.

<sup>31</sup> "La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano", en *Ragion Pratica*, 1998, n. 11, p. 185 ss.

decisiones de los jueces constitucionales no es tanto la Constitución, como sus interpretaciones<sup>32</sup>, tratándose no simplemente de “aplicar” la Constitución a situaciones concretas, sino de dirimir contrastes concernientes siempre a contenidos e interpretaciones de las normas constitucionales<sup>33</sup>.

La historia constitucional del siglo XX por un lado ha dado indudablemente razón a la idea de Kelsen, ya que la difusión generalizada de los tribunales constitucionales ha hecho de éste el siglo de la justicia constitucional<sup>34</sup>. Pero tal justicia –y aquí la doctrina pura del derecho no puede más que ser desmentida en su pretensión de pureza– penetra y se sitúa estable y orgánicamente dentro de la política, entendida como actividad encaminada a producir y mantener la convivencia civil. Se presenta como una paradoja respecto a las bien diferentes tesis Kelsenianas, ya que precisamente en el momento en el cual el Tribunal constitucional sanciona la nulidad de la norma por anticonstitucional, lo hace basando su pronunciamiento en un argumento inevitablemente axiológico. En las argumentaciones de los Tribunales constitucionales está en efecto inevitablemente presente una dimensión de principio, que estructuralmente liga al derecho positivo con un ámbito que tiene que ver de modo estrecho con la ética y la política<sup>35</sup>. En la aplicación de la Constitución la regla general está representada por la razonabilidad, entendida como técnica para la satisfacción de los valores y de los principios positivizados en el texto constitucional y al mismo tiempo para gobernar los juicios de valor expresados por los poderes públicos, incluidas las Cortes judiciales<sup>36</sup>.

Es más, en la jurisprudencia “viviente” de las Cortes constitucionales cada decisión está sensiblemente condicionada por los preceden-

<sup>32</sup> Sobre los diferentes aspectos de la interpretación constitucional véase por último *L'interpretazione costituzionale*, al cuidado de G. Azzariti, Giappichelli, Torino 2006.

<sup>33</sup> G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino 2005, pp. 30-31.

<sup>34</sup> Véanse sobre todo los ensayos *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-1931), ahora en Kelsen, *La giustizia costituzionale*, trad. it. al editado por G. Geraci, Giuffrè, Milano 1981.

<sup>35</sup> G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, en “Quaderni costituzionali”, 2 (2005), p. 273 ss.

<sup>36</sup> A. Ruggeri, “Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale”, en *Diritto e società*, 2000, 4, p. 569 ss.; F. Viola, “Costituzione e ragione pubblica: il principio de ragionevolezza tra diritto e politica”, en *Persona y Derecho*, 46, 2002, p. 36 ss.

tes<sup>37</sup>, pero se desarrolla gradualmente, por medio de interpretaciones y continuos ajustes de los precedentes, con una atención que invierte tanto la racionalidad y la coherencia de la solución normativa, como el racionalismo con el cual el caso en examen es tratado, y con un estrechísimo ligamen entre el derecho y el contexto social que lo circunda<sup>38</sup>; al punto que el autorizado constitucionalista alemán Peter Häberle en su ensayo *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*<sup>39</sup> ha podido hablar, justamente en referencia a la estrechísima conexión entre Constitución y cultura, de “comunidad abierta de los intérpretes constitucionales”<sup>40</sup>.

Hasta aquí nos movemos en un plano –evidente en definitiva, pero que ha terminado por desquiciar la premisa iuspositivista de una rígida separación entre derecho y hecho– de la dinámica abierta de las normas constitucionales y del uso que de ellas se hace en sede jurisprudencial en el perímetro delimitado por el ordenamiento interno del Estado constitucional.

Pero la centralidad de la jurisprudencia es fenómeno de tal amplitud y profundidad que franquea desde hace tiempo los confines institucionalizados cada vez más estrechos de los ordenamientos nacionales<sup>41</sup>, para invadir, dentro de una red de relaciones recíprocas por lo general aún informales, varios ámbitos del ordenamiento, del derecho interno al derecho de la Comunidad Europea, al derecho internacional, al transnacional.

El rol central jugado por la jurisprudencia involucra en modo cada vez más evidente a la evolución misma del ordenamiento internacional, por lo general anticipando la afirmación de principios posteriormente objeto de codificación.

El discurso concierne, con un diferente grado de generalidad, al rol de la Corte internacional de justicia (CIG), de la Corte europea de los

<sup>37</sup> Paradigmática, desde este punto de vista, la “política” de los precedentes de la Corte Suprema americana: ver T. G. Hansford, J.F. Spriggs II, *The Politics of precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton U.P., Princeton and Oxford 2006.

<sup>38</sup> Sobre esto, véase G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1992<sup>3</sup>, cap. 2.

<sup>39</sup> Duncker und Humblot, Berlin 1998<sup>2</sup>.

<sup>40</sup> Sobre este punto, véase también G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006, p. 13 ss.

<sup>41</sup> A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard U.P., Cambridge (Mas.), 2006.

derechos humanos, los tribunales penales internacionales ad hoc, como también los tribunales internacionales.

En referencia a la complejidad y a la invasividad que connotan al actual derecho internacional, se ha hablado<sup>42</sup>, en analogía a un conocido volumen, de un "momento jurisprudencial del derecho internacional", pero también se ha reconocido en la actual movilidad de los contenidos constitucionales el origen de este rol cada vez más activo de las cortes nacionales, internacionales y supranacionales<sup>43</sup>.

En realidad el "terremoto" representado por el consistente fenómeno de la internacionalización y de la globalización del derecho<sup>44</sup>, que se acompaña con la erosión de la soberanía estatal y con el disminuido relieve de los confines territoriales, desconcierta y modifica profundamente a los paradigmas tradicionales del derecho moderno, basados todos en la dicotomía relativamente simple interno/externo, heredados del así llamado "modelo Westfalia". En la tradición jurídica occidental –ha observado Harold Berman –el derecho es concebido, desde el siglo XII y XIII, con los canonistas y luego con los romanistas que enseñaban el derecho justiniano en las universidades europeas, como un *corpus* unitario y orgánico, hecho de normas, de principios, de conceptos elaborados por los juristas, de interpretaciones y decisiones de los jueces. Hoy, en el lugar de este *corpus iuris* unitario, hay un espacio jurídico regional y transnacional en el cual fluctúan en modo desordenado normas venidas no se sabe de dónde, aplicadas no se sabe cómo ni por quién.

En caso de quedar anclados y por así decirlo "aferrados" a una visión rígidamente iluminista de la separación de los poderes, el dato constituido por la progresiva expansión del rol de la jurisdicción, además de ser difícilmente descifrable en modo analítico, no puede no ser objeto de una evaluación decididamente negativa. El derecho jurisprudencial producido sea en las Cortes internacionales como en las supranaciona-

<sup>42</sup> L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967.

<sup>43</sup> De B. Pastore, "Il diritto giurisprudenziale in un mondo in trasformazione", en *Ars interpretandi*, 6 (2001), p. 160. Pero sobre la diferente fisonomía paulatinamente asumida por el derecho internacional, ver también P. Schiff Berman, "From International Law to Law of Globalisation", en *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, p. 100 ss., O. A. Hathaway, "Between Power and Principle. An Integrated Theory of International Law", en *Univ. of Chicago Law Review*, 72, 2005, p. 469 ss.

<sup>44</sup> M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 79.

les está visto como forma jurídica profundamente sinérgica con las tendencias de la globalización. Por lo demás, la actividad jurisdiccional responde bien a las exigencias de “fluidez” de la globalización, por su naturaleza esencialmente policéntrica y se sintoniza perfectamente con la tendencia de esta última a no confiar sus propias dinámicas a sedes institucionales muy concentradas y unitarias. Se revela muy apta a conectar sintéticamente intereses privados y respuestas públicas, particulares y generales, locales y globales; y produce por fin preferiblemente derecho por vía incremental.

Puesta frente a los desafíos de la globalización y al fenómeno real, pero no irreversible, del “eclipse” del estado, la jurisdicción mostraría una mayor agilidad y flexibilidad institucional respecto a las más “pesadas” instituciones de carácter representativo.

Otros autores ponen en cambio el acento sobre las potencialidades pensantes del juicio y de su consolidarse en la jurisprudencia, que ofrecen un punto fijo frente a la ineficiencia y a la impotencia de buena parte de las instituciones internacionales.

En la transformación profunda del derecho internacional, en la fragmentación jurídica que se verifica dentro del espacio globalizado, el momento jurisprudencial puede constituir aún un corrector respecto a la déspota tentación propia de los sujetos fuertes en la arena del mercado. La interpretación se hace entonces expresión emblemática de la actitud ordenante del derecho, de su estructural intento de sustraer los acontecimientos humanos a la inestabilidad y a la inseguridad.

Al querer encerrar en una fórmula sintética la estructural interdependencia que se ha llegado a crear entre ordenamientos nacionales, ordenamiento europeo y ordenamiento internacional<sup>45</sup> en la búsqueda de un nuevo orden público –según los casos europeo o internacional– fundado sobre la tutela de los derechos humanos, se puede recurrir a la afortunada expresión de J. Pernice “Multilevel Constitutionalism”<sup>46</sup>. Las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción europea

<sup>45</sup> Sobre la interdependencia entre ordenamientos hay que ver F. Rigaux, *La legge dei giudici*, trad. it. de L. Masera, Vivarium, Napoli 2001, p. 21 ss.

<sup>46</sup> J. Pernice, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?”, en *Common Market Law Review*, 36 (1999), pp. 703-750; Id. “Multilevel Constitutionalism in the Europe Union”, en *European Law Review*, 27, 5 (2002), pp. 511-529; pero sobre el tema ver también E. Scoditti, “Articolare le costituzioni. L’Europa come ordinamento giuridico integrato”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, p. 189 ss.



se transforman en un único tejido, estructurado en varios niveles, en el centro del cual está la Corte de justicia de las Comunidades Europeas<sup>47</sup>, "en condiciones de extrapolar de las tradiciones constitucionales de cada país miembro cualquier principio idóneo para la tutela de los derechos, de reelaborarlo, de restituirlo a los legisladores, a los jueces y a las Cortes constitucionales como criterio prevaleciente en las materias de interés comunitario y como auxilio interpretativo también en ámbitos diferentes de derecho interior"<sup>48</sup>.

Dada la complejidad del rol jugado por el dinamismo de la jurisprudencia de las Cortes superiores y la relevancia de la intensificación de las comunicaciones entre jueces y de la importancia otorgada a decisiones extranjeras<sup>49</sup>, nos limitaremos a llamar la atención sobre un par de fenómenos específicos de la actual actividad jurisdiccional.

El primero, vinculado en primer lugar a la tutela de los derechos fundamentales, y que hace posible que la actividad jurisdiccional influya sobre el proceso de "fluidificación" de los confines entre los ordenamientos jurídicos, y aquel de la comunicación instaurada entre las Cortes. Se trata de una suerte de "diálogo" entre las cortes sea en sentido vertical (entre Cortes de diferente nivel), sea en sentido horizontal (entre Cortes de Países diferentes y de iguales niveles), que potencia aquella interdependencia entre diferentes ordenamientos jurídicos que en muchos aspectos connota la tutela de los derechos fundamentales.

A nivel supranacional, el fenómeno concierne a las relaciones entre la CJCE (Corte de Justicia de las Comunidades Europeas) y las cortes internas de los Estados miembros, entre la Corte EDH (Corte Europea de los Derechos del Hombre) y las Cortes nacionales adherentes al sistema de protección regional del Consejo de Europa, entre la CJCE y la Corte EDH<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Sobre la aplicación y la interpretación del derecho comunitario en sus relaciones con el juez nacional, ver E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino 2004<sup>2</sup>, p. 67 ss.

<sup>48</sup> G.F. Ferrari, "I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali", en Id. (al cuidado de), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano 2001, p. 6.

<sup>49</sup> J. H. H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna 1985, p. 64 ss.; Id., "The Transformation of Europe", en *Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 2403-2483; Id., *The Constitution of Europe*, Cambridge U. P. 1999. Sobre el tema véase ahora G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino 2006.

<sup>50</sup> Sobre el punto ver M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 226 ss., y además S. P. Panunzio, "I diritti fondamentali e le Corti in Europa", en S.P. Panunzio (al cuidado de), *I diritti*

El desarrollo de tal "diálogo" entre Cortes no se reconduce de manera simplista a una genérica cesión/pérdida/erosión de la soberanía estatal<sup>51</sup>, pero puede resultar más comprensible si se lo reconecta a algunas nociones y principios sobre los cuales va fundamentándose el actual sistema de protección de los derechos humanos, como la noción de *tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros*, el principio del *margen de apreciación*, el principio de la *mejor tutela*. Nociones, todas éstas, que implican estructuralmente una comparación entre los diferentes ordenamientos implicados<sup>52</sup>, es decir, entre las líneas jurisprudenciales desarrolladas en relación a tales ordenamientos.

Lo que el teórico general del derecho puede relevar es la tendencia de las actuales técnicas de decisión judicial a considerar a los ordenamientos como espacios abiertos y comunicantes, la tendencia a mirar mas allá de los confines del orden para localizar principios argumentativos o para resolver el *impasse* de la argumentación. Y el espacio europeo constituye un ejemplo en el cual esta tendencia a un "derecho migrante" va manifestándose de modo variado e intenso.

Las lecturas que se ofrecen del fenómeno del diálogo jurisdiccional entre las cortes, sobre el terreno teórico-jurídico, son de diferentes signos. Entre éstas se señala aquella que –individualizando en él uno de los resultados principales de la nueva configuración asumida por el problema de la legitimación del derecho– reencuentra elementos capaces de sustraer la legitimación del exclusivo terreno político y de proyectarla sobre un plano en el cual elementos políticos, económicos y jurídicos se hallan en competencia<sup>53</sup>. En esta perspectiva, 'el juego de la "interactividad" permite a las instituciones judiciales ampliar y al mismo tiempo delimitar un propio campo de comunicación jurídica: de ampliarlo sin excesivos frenos de carácter formal, extendiéndolo potencialmente al entero circuito de las cortes; de ponerle recinto res-

*fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005; G. Repetto, "I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU", en S. P. Panunzio (al cuidado de), "I diritti fondamentali e le Corti in Europa", cit., p. 289 ss.

<sup>51</sup> Sobre este fenómeno ver M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris 2004; A. M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton U.P., Princeton 2004; J. Allard, –A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des Idées –Seuil, Paris 2005.

<sup>52</sup> Sobre el punto, ver S. P. Panunzio, "I diritti fondamentali e le Corti in Europa", cit., p. 43 ss.; G. Repetto, "I rapporti tra le Corti europee e le prospettive", cit.

<sup>53</sup> M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., pp. 213–214.

pecto a los poderes legislativos.<sup>54</sup> En el ámbito de tal competencia, el diálogo entre las cortes, unido a la centralidad de la actividad jurisdiccional, termina por evidenciar en modo cada vez más claro las dificultades de relación con la democracia<sup>55</sup> y con la declaración de un "fracaso de la política" que no se demuestra capaz de tomarse a su cargo la cuestión de los derechos por cómo se ubica en el contexto de la globalización, donde los derechos tienden a ser apátridas, a imponerse más allá de los confines territoriales, a afirmarse y estructurarse como lenguaje universal y transnacional.

Es evidente, en tal lectura, la dependencia de una visión específica de la actividad jurisdiccional y de sus relaciones con el poder legislativo y con el poder político. Permanecen obviamente dudas acerca del riesgo de incoherencia o de violación del principio de legalidad y de certeza del derecho, dudas que podrían ser disipadas sólo resolviendo algunos problemas neurálgicos entre cortes *supra* o internacionales.

Aquello sobre lo cual de todas formas no podemos de ningún modo subestimar su importancia es la constitución de una "comunidad interpretativa"<sup>56</sup>, compuesta de ese tipo particular de juristas que son los jueces, y que en parte se liga a mecanismos institucionales, en parte es fruto de una exigencia evidente de regulación jurídica, en parte se basa en la autoridad de la argumentación judicial. Aún así obedeciendo a diferentes instancias de autoridad y no estando en condiciones de poner un término definitivo a las discusiones, esa comunidad desarrolla una función importante de orientación, de crítica y de sostén de las opiniones de la jurisprudencia, con un rol en algunos aspectos análogo al jugado en el ámbito político por la opinión pública<sup>57</sup>.

El segundo fenómeno específico al cual es oportuno hacer referencia, sobre todo por los aspectos novedosos, pero también ambiguos que presenta, está representado por la creciente difusión de cuasi-jurisdicciones.

<sup>54</sup> M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 228 ss., p. 232 ss.

<sup>55</sup> Sobre el tema crucial de las relaciones entre jurisdicción y democracia ver M. Barberis, "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", en *Analisi e diritto*, 2004, p. 1 ss.; nuestro "Il giudice e l'interpretazione", en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, n. 3, p. 461 ss.; y además A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton U.P., Princeton 2005.

<sup>56</sup> Sobre la comunidad interpretativa, además de R. Dworkin, *L'impero del diritto*, cit., p. 49 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002<sup>4</sup>, p. 65 ss.; G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, cit., p. 469 ss.

<sup>57</sup> F. Rigaux, *La legge dei giudici*, cit., p. 314.

En el derecho global, en el grandioso fenómeno contemporáneo de migración de elementos<sup>58</sup>, sea a nivel horizontal entre diferentes culturas jurídicas, sea a nivel vertical del plano doméstico a aquel universal, se reduce el monopolio exclusivo de los Estados en la producción de derecho, ya que las normas generales del plano global se imponen directamente en el interior de los ordenamientos domésticos. A su vez crece el rol activo de sujetos privados y lo que se está afirmando es un gigantesco proceso de privatización del derecho. Pero ¿cómo puede la dinámica de la energía que se expresa en la *lex mercatoria* ser sostenida por los procedimientos que rigen el derecho público? Esta es la contradicción de fondo que golpea al declinante Estado nacional. El amplio y diferenciado panorama del orden administrativo global, aún hoy en fuerte desarrollo<sup>59</sup>, ve convivir y sobreponerse a organizaciones internacionales con sujetos híbridos, que aun basándose sobre estructuras privatistas y disponiendo de cuerpos normativos de carácter sectorial, cumplen funciones reguladoras que tienen indudablemente relevancia pública. Aquí nos interesan en modo particular aquellas disciplinas globales que disponen de instrumentos de soluciones judiciales de los conflictos y que, aún caracterizadas por una acentuada tendencia sectorial y fragmentaria, dan lugar a Cortes globales y por lo tanto a procedimientos cuasi-jurisdiccionales. La casuística está muy diferenciada, y oscila entre la experiencia compleja y ahora ya fuertemente estructurada de la Organización mundial del comercio<sup>60</sup>, y aquella de sujetos híbridos, en parte privados en parte públicos, de los cuales no es siempre fácil definir obligaciones y responsabilidades. Este es el caso del Ican, organismo privado pero que con la confluencia de representantes de numerosos Estados gobierna a nivel global el sistema para asignar las direcciones Internet.

El fenómeno de la proliferación de estos ordenamientos paralelos o directamente alternativos al Estado-nación<sup>61</sup>, incluso cuando no se configure como asunción de un carácter privado por parte del derecho,

<sup>58</sup> Sobre la infiltración del derecho de una esfera nacional en otra, ver J. Allard – A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, cit.

<sup>59</sup> S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003.; Id., *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2005.; Id., *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli 2006.

<sup>60</sup> Sobre el cual ver P. Picone, A. Lingustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Cedam, Padova 2002.

<sup>61</sup> G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano 2006, p. 79.

hace nacer una serie de enredados problemas no sólo de carácter concreto sino también de naturaleza teórica. En la globalización se consuma la ruptura del monopolio y del rígido control estatal sobre el derecho<sup>62</sup>, dado que los sujetos productores son ya plurales; y plurales también son las fuentes del derecho. Ahora, tratándose de figuras y de "acciones" jurídicas ciertamente interconectadas entre sí, pero también irreducibles al esquema vertical y tendencialmente unitario del Estado nacional, que ha representado el lecho del derecho moderno, ¿podemos todavía hablar, refiriéndonos a ellas, de derecho y de ordenamiento jurídico?<sup>63</sup>

Si por ordenamiento jurídico se entiende un instrumento que no se limita a sostener juntos a una multiplicidad de sujetos, sino que los organiza en una unidad coherente, la respuesta a este interrogante no puede más que ser negativa. El derecho como ordenamiento ya no es un dato, como era en el siglo XIX, sino que se ha transformado en un problema. Cuerpos normativos y praxis reguladoras como las antes señaladas expresan una normativa débil, desequilibrada hacia la efectividad, frecuentemente privada de aparatos de ejecución<sup>64</sup>. Un *soft law*<sup>65</sup> que, basándose en las auto obligaciones de los participantes, valoriza las negociaciones y hace hincapié sobre la amenaza de excluir de los beneficios de la cooperación; pero que puede en numerosos casos revelarse débil, incapaz de transacciones reales, problemático. Puede sin dudas reducir la anarquía y el caos del orden global, pero no resuelve problemas esenciales de competencia entre diferentes sistemas jurisdiccionales. Nuestro viaje al interior de las transformaciones sufridas por la jurisprudencia como fuente de derecho se ha desarrollado por lo tanto en un tiempo históricamente más bien breve –ha iniciado como recordarán sólo unos cuarenta años atrás– pero ha debido registrar novedades y mutaciones profundísimas.

<sup>62</sup> P. Grossi, "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", en Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 287.

<sup>63</sup> La interrogación está planteada con eficacia por A. Catania, "Trasformazioni del diritto in un mondo globale", en *Ars interpretandi*, 11, 2006, p. 79. Sobre el nexo semántico entre ámbito de acción de los Estados y positivización, ver, de A. Catania también *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino 2000.

<sup>64</sup> N. Irti, "Le categorie giuridiche della globalizzazione", en *Rivista di diritto civile*, XLVIII, 2002, n. 5, p. 634.

<sup>65</sup> B. Pastore, "Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti", en *Lavoro e diritto*, 1/2003, p. 12 ss.

En este período el derecho ha sido sometido a fuertes torsiones de un gigantesco proceso de adaptación y de cambios, no ya referidos solamente al nivel del sistema individual jurídico, sino al ordenamiento jurídico global: un proceso que ha involucrado a todos los sectores del derecho, del privado al constitucional, del penal al internacional, ya no como antes, separados entre ellos, y que ha dado lugar a un entrecruce cada vez más complejo entre derecho nacional, supranacional y derecho global<sup>66</sup>, entre particular y universal, entre diferencias y unidad. La regla de derecho entrecruza varios niveles normativos, con diferentes grados de vinculación, y por lo tanto ya no se refiere exclusivamente a la vinculación y a la coerción; varias fuentes interactúan entre sí<sup>67</sup>, poniendo en discusión antiguos confines y presupuestos históricos<sup>68</sup>.

Uno de los problemas principales del derecho contemporáneo reside ahora en la determinación de la fuente de la cual extraer el enunciado a interpretar<sup>69</sup>. En este sentido crecen las responsabilidades del intérprete en un marco en el cual están presentes no solamente una pluralidad de fuentes normativas jurisprudenciales, sino también una forzada coexistencia con un juez supranacional cuyo precedente ha dado fuerza vinculante y puede abrir problemas de conflicto con la legislación nacional<sup>70</sup>.

Los profundos cambios del derecho internacional y la apertura de las jurisdicciones internacionales no solamente a los Estados, sino también a los individuos<sup>71</sup>, encuentran así enormemente dilatada la dimensión judicial<sup>72</sup>, al punto que se ha podido hablar ya de una "ubicuidad judi-

<sup>66</sup> A. Zoppini (ed.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari 2004.

<sup>67</sup> G. Berti, "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", en *Rivista di diritto privato*, n.3/2003, pp. 5-21, y además nuestros "Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi", en *Ragion pratica*, 22, 2004, pp. 93-120; *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.

<sup>68</sup> F. Ost-M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?*, Fustl, Bruxelles 2002; A. Fischer-Lescano-G. Teubner, "Regime-collision: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004), pp. 999-1046.

<sup>69</sup> N. Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma 2004, p. 91 ss.

<sup>70</sup> U. Breccia, "Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto", en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, p. 380.

<sup>71</sup> La importancia de esta novedad ha sido tempestivamente acogida por N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990; pero sobre este punto véase también U. Leanza, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino 2002.

<sup>72</sup> M.R. Ferrarese, "Il successo dell'istituzione giudiziaria", en *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, al cuidado de U. Vincenti, Giappichelli, Torino 2005, p. 79 ss.

cial" entre las diferentes cortes<sup>73</sup>, ya de una "emergente jurisprudencia global"<sup>74</sup>. La "mundialización" de las prácticas judiciales globales favorece según algunos la extensión de los principios de la *common law* y en un último análisis, a la fuerza económica y política de los Estados Unidos de América<sup>75</sup>. Pero lo que cuenta no es limitarse a tomar nota de la multiplicación de las jurisdicciones en el plano internacional, según un diálogo de tipo a veces conflictivo, a veces parcialmente cooperativo<sup>76</sup>; sino también examinar lo positivo y los límites, los nuevos problemas y las contradicciones que se abren. Entre los aspectos más positivos de este creciente peso de las jurisdicciones se encuentra la mayor dificultad de huir de las jurisdicciones internacionales, sobre todo en el tema de los derechos humanos. Así, no se puede renunciar a constatar el carácter fuertemente asimétrico y frecuentemente caótico del entrecruce de jurisdicciones<sup>77</sup>. El problema de las lagunas del derecho había atosigado a la teoría del derecho de inspiración iuspositivista, nacida en el horizonte limitado del Estado nación. Aquí, en el nuevo horizonte de la globalización jurídica, se consuma el renovado triunfo de las lagunas del derecho, sólo parcialmente compensado por el más amplio rol asumido por los arbitrajes privatistas.

Al interno de un marco en el cual, superada cada distinción entre fuentes formales y materiales del derecho y frecuentemente vuelto inutilizable el recurso a los usuales criterios ordenantes de la jerarquía y de la competencia, el uso mismo de las fuentes se transforma en un problema estructuralmente hermenéutico, se evidencia un fuerte potencial del rol de la interpretación, del elemento de la elección entre niveles diferentes de normatividad y de vinculación. Ningún texto jurídico está en condiciones de aferrar y encerrar en sí mismo todo el sentido del derecho, siendo cada uno de ellos sólo una parcial manifestación.

<sup>73</sup> M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 117 ss.

<sup>74</sup> A. M. Slaughter, *A New World Order*, cit., p. 75 ss.

<sup>75</sup> Sobre esto ver U. Mattei, "Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto", en *Inchiesta sulla legge in Occidente*, editado por U. Vincenti, Giappichelli, Torino 2005, p. 95 ss.; R. B. Schlesinger y otros, *Comparative Law*, Foundation Press, New York 1998.

<sup>76</sup> Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford U. P., Oxford 2003.

<sup>77</sup> A. Rheinisch, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge U. P., Cambridge 2000.

Ni se pueden disminuir la relevancia y el interés del diálogo y de la comunicación trans-judiciales, que generan una nueva trans-culturalización, una dialéctica entre valores y culturas diferentes, una atención hacia diferentes tradiciones y hacia diversas culturas jurídicas sobre el plano, en verdad teóricamente un poco vago pero real, de un constitucionalismo global<sup>78</sup> que inevitablemente relativiza las Constituciones nacionales singulares. Hoy el modelo de referencia es aquel del "Estado constitucional de derecho", que pone en el centro el valor de la persona humana y su dignidad.

De aquí resultan netamente redimensionados el ligamen territorial de la jurisdicción, su validez dentro de los confines que incluyen a los ciudadanos en torno al poder político-jurídico, su único remitirse al sistema jurídico propio de referencia, el peso de la interpretación como mera exégesis de textos. Incluso uno de los fundamentos de la historia del derecho moderno, la separación del poder judicial de la titularidad del poder político, y por lo tanto la idea de fondo de que el único verdadero poder es el poder político, es puesto en radical discusión si se lo considera desde esta perspectiva.

Más que la concepción jacobino-rousseana según la cual debe tener la última palabra quien está legitimado a expresar en el ámbito político la voluntad general –una vía que cancela la interpretación e identifica enteramente el derecho con la objetividad de la ley– vuelve quizás con actualidad la concepción lockiana de la división de poderes, por la cual los poderes son de verdad plurales, colocados en ámbitos diferentes y uno no depende del otro.

Queda así confirmado un aspecto estructural y de fondo del derecho –aquel de hacer comunicar e interactuar entre ellas a culturas diferentes<sup>79</sup>– institutos, principios y conceptos jurídicos de vocación universal, (de la *rule of law* al derecho de defensa y de ser escuchados antes de la decisión) transmigran y se propagan en contextos entre sí muy diferentes. El sentido del derecho es siempre prominente respecto a mo-

<sup>78</sup> Sobre este punto, desde diferentes ángulos visuales, R. Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, Macmillan, London 1998; A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford U. P., Oxford 2000; Id., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford U. P., Oxford 2004; D. Z. Cass, "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development", en *European Journal of International Law*, 12, 2001, n.1, p. 39 ss.

<sup>79</sup> F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino 1996; y también nuestro "Tradurre e interpretare", en *Ars interpretandi*, 11 (2006), pp. 197-206.



delos o a órdenes sociales determinadas. El derecho renueva así su vocación universal de permitir la convivencia entre diversos y extraños, de armonizar lo que es diferente. El problema verdadero y propio de la hermenéutica es el de permitir la comprensión de lo que es extraño, y esto es posible sólo en cuanto se encuentra entre las diferencias, una comunidad de sentido. La interpretación jurídica se mueve dentro de una pre-comprensión ya no encerrada dentro de un contexto cultural específico, sino orientada a la fusión de horizontes culturales diferentes. El comprender puede ser "gadamerianamente" considerado como el encuentro entre horizontes diferentes, que resultan modificados en sus puntos de partida.

Pero esta comunicación trans-cultural, mucho más interesante y significativa por el hecho de tener en su base, como factor de agregación, la ética y la idea de una institucionalización de los derechos humanos<sup>80</sup>, se mueve en el interior de un amplio horizonte en el cual las mutaciones del derecho ya no son confiadas solamente a la obra oficial de sus sujetos canónicos<sup>81</sup>, sólo a lugares y a elementos autoritarios, ninguno de los cuales es ya autosuficiente o resolutivo, sino también a la elaboración dialoguista –que por supuesto no excluye el conflicto– entre juristas, políticos, hombres de cultura y ciudadanos comunes, coautores y protagonistas de esa empresa común que es la práctica jurídica<sup>82</sup>.

La "cosa" de la cual habla el derecho vive en la práctica del comprender y del interpretar.

Recepción: 09/07/2008

Aceptación: 05/06/2009

<sup>80</sup> Sobre el cual ver F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000.

<sup>81</sup> R. C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano 1991.

<sup>82</sup> En ese sentido F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*. cit.; pero también véase A. Ruggeri, "Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione", en *Ragion pratica*, X (2002), n. 18, p. 63 ss.