

CAPÍTULO XXXVII

LA APLICACIÓN DEL DERECHO

I. «APLICACIÓN»

La expresión «aplicación del derecho» denota genéricamente el uso de materiales jurídicos —esto es, disposiciones, normas expresas, normas no expresas— para argumentar o justificar una decisión jurídica (jurisdiccional, administrativa, etc.)¹. Sin embargo, usando la expresión de esta manera, nos estamos refiriendo a operaciones intelectuales muy diferentes entre las que es necesario distinguir.

Para aclarar este punto, es necesario recordar tres distinciones introducidas anteriormente.

a) En primer lugar, y sobre todo, la distinción entre disposiciones y normas (las disposiciones son enunciados del discurso de las fuentes, mientras que las normas son los significados atribuidos a aquellas mediante la interpretación).

b) Además, la distinción entre normas expresas y normas implícitas (o no-expresas) (las normas expresas son aquellas que encuentran su formulación en una específica disposición, mientras que las normas implícitas son fruto de la construcción jurídica de los intérpretes).

c) Finalmente, la distinción entre dos tipos de normas (más allá de que sean expresas o no expresas): reglas y principios (las reglas son normas rela-

¹ Son «órganos de aplicación» todos los órganos que, precisamente, aplican el derecho: los supremos órganos constitucionales (el parlamento, el gobierno, el jefe del Estado, la corte constitucional), la administración pública, los jueces. No obstante, el siguiente discurso estará circunscrito por simplicidad a la aplicación judicial, con particular referencia a los jueces de mérito.

tivamente precisas, con antecedente cerrado y no sujetas a excepciones; los principios son normas con antecedentes abiertos y/o genéricas y/o defectibles).

Pues bien, conviene distinguir entre la aplicación de disposiciones, la aplicación de reglas, y la aplicación de principios².

1) *Aplicación de disposiciones.* Aplicar una disposición —o usarla— quiere decir interpretarla, atribuirle significado, obteniendo así una norma³: «El enunciado normativo E significa S», o bien «La disposición D expresa la norma N».

2) *Aplicación de reglas.* Aplicar una regla quiere decir usarla como premisa en un razonamiento deductivo cuya conclusión es un precepto individual y concreto: «Los contratos deben ser cumplidos. Esto es un contrato. Por tanto, esto debe ser cumplido», «Los asesinos deben ser castigados. Tizio es un asesino. Por tanto, Tizio debe ser castigado», etcétera.

3) *Aplicación de principios.* Aplicar un principio quiere decir concretizarlo, esto es, usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es (la formulación de) una regla implícita, que constituye su «actuación» o «especificación», y que es susceptible a su vez de aplicación en el sentido precedente. Por ejemplo: «La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento [principio]. El interrogatorio del imputado constituye parte del procedimiento. No hay defensa sin presencia del defensor. Por tanto, el defensor debe estar presente en el interrogatorio del imputado [regla implícita]. Este es el interrogatorio del imputado Tizio. Por tanto, el defensor de Tizio debe estar presente [precepto individual y concreto]»; «La salud es un derecho inviolable [principio]. El daño a la salud constituye daño injusto. Los daños injustos deben ser resarcidos. Por tanto, el daño a la salud debe ser resarcido [regla implícita]», etcétera.

Dicho esto, circunscribamos el discurso a la aplicación *jurisdiccional* del derecho.

2. JURISDICCIÓN, LEGALIDAD, MOTIVACIÓN

Hablando en términos generales, y simplificando mucho las cosas, el contenido de una decisión jurisdiccional es una prescripción individual y concreta como «Tizio debe ser castigado con reclusión de un determinado tipo», «Cayo debe pagar a Sempronio tal suma de dinero», etcétera.

Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos modernos, la actividad jurisdiccional se caracteriza por dos características esenciales: la sujeción del

² G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 15 y ss.

³ Quiero decir: dada una determinada norma y no otra. Se está hablando, obviamente, de interpretación *decisoria* en abstracto.

juez a la ley (*i. e.* la obligación de aplicar el derecho, corolario del principio de legalidad)⁴ y la obligación de motivación de las decisiones⁵.

Ello quiere decir que las decisiones jurisdiccionales deben estar:

- i) motivadas —argumentadas, justificadas— y precisamente
- ii) motivadas sobre la base de normas jurídicas preexistentes (la «ley» en sentido material o genérico).

Una sentencia consta, por tanto, de dos partes constitutivas: el dispositivo y la motivación. El dispositivo constituye la decisión en sentido estricto. La motivación constituye el conjunto de los argumentos adoptados en favor de la decisión.

Ahora bien, en la cultura jurídica moderna, una decisión jurisdiccional se considera fundada o justificada si, y solo si, ha sido lógicamente inferida (esto es, deducida) de una norma general, en conjunción con una proposición fáctica que describe las circunstancias del caso (debidamente probadas)⁶.

No estaría justificada una decisión carente de motivación, ni estaría justificada una decisión simplemente fundada —en lugar de sobre una norma— en el capricho del juez, sobre sus sentimientos de justicia, sobre algún objetivo de política social el (?) que pretende perseguir, etcétera.

3. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

En el razonamiento del juez⁷ se pueden distinguir dos niveles que se suelen llamar «justificación interna» (o de primer nivel) y «justificación externa» (o de segundo nivel)⁸.

⁴ La obligación de aplicar el derecho —esto es, decidir en conformidad con normas preexistentes— es un corolario del principio de legalidad (cap. XIV, segunda parte), ya que tiende a garantizar: a) certeza del derecho, esto es, previsibilidad de las decisiones judiciales, y b) igualdad, esto es, igual tratamiento de supuestos de hecho iguales.

⁵ Véanse, en el ordenamiento vigente, los arts. 101.2 y 111.6, Const. it. Recuérdese que la «motivación» de una decisión jurisdiccional no es, pese al nombre, una exposición de los *motivos* (psicológicos) que han inducido al juez a tomar aquella decisión. Por el contrario, es la exposición de las *razones* que sostienen la decisión en cuestión.

⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV (trad. esp. *De los delitos y las penas*, Madrid, Trotta, 2011).

⁷ La literatura sobre el argumento es amplísima. Entre los trabajos más significativos, cabe destacar: A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston, 1987 (trad. esp. *Lo racional como razonable*, Madrid, CEPC, 1991); A. AARNIO y N. MACCORMICK (eds.), *Legal Reasoning*, 2 vols., Aldershot, 1992; R. ALEXI, *Teoría dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998 (trad. esp. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2008); M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*. A

(Véase nota 8 en la página siguiente)

1) *Justificación interna*. La justificación interna es un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla. El razonamiento está estructurado del siguiente modo:

i) Una primera premisa es la regla —fruto, dependiendo del caso, de una interpretación decisoria en abstracto o de una construcción jurídica— a la que se da aplicación («Los asesinos deben ser castigados»).

ii) Una segunda premisa es una proposición fáctica, empírica, que describe los hechos del caso [«Tizio ha llevado a cabo el acto x (le ha cortado el cuello a Cayo)»].

iii) Una tercera premisa es un enunciado subsuntivo (interpretación en concreto: «El acto x constituye asesinato»).

iv) La conclusión es un precepto singular y concreto («Tizio debe ser castigado»).

2) *Justificación externa*. La justificación externa es el conjunto de los razonamientos —más o menos persuasivos, pero normalmente *no* deductivos— mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna. Está, como se ha dicho, incluye dos premisas normativas [la i) y la iii)] y una premisa fáctica [la ii)].

En cuanto a la justificación de las premisas normativas, en la justificación externa podemos encontrar elementos de lo más variados como, por ejemplo, los siguientes.

i) Los argumentos («interpretativos») que justifican la interpretación elegida —en abstracto y en concreto— de una o varias disposiciones, que es la que finalmente es aplicada [«La disposición D expresa la norma N (no la norma Z), porque...», «La norma N se aplica al supuesto de hecho F, porque...»]⁹.

ii) Los argumentos («constructivos») que justifican uno u otro tipo de construcción jurídica como, por ejemplo:

- a) la existencia de una laguna axiológica¹⁰;
- b) la formulación de normas no expresas, usadas para colmar una laguna y/o concretizar un principio, el cual recibe así aplicación¹¹;
- c) la solución de una antinomia¹², incluidas a veces también
- d) la ponderación de principios constitucionales en conflicto¹³ y, en general,
- e) la creación de jerarquías axiológicas entre normas¹⁴.

No pasará desapercibido que la justificación interna constituye, de por sí, la aplicación de una regla. La aplicación de disposiciones y de principios, por el contrario, pertenece a la justificación externa.

En cuanto a la justificación de la premisa fáctica¹⁵, en esta sede es suficiente con decir lo siguiente:

En principio, la verdad de una proposición fáctica (del tipo: «Tizio le ha cortado el cuello a Cayo») no puede ser argumentada si no aduciendo observaciones empíricas (además de conjeturas sobre nexos de causalidad entre eventos). A este respecto se debe, sin embargo, hacer dos observaciones.

Los procedimientos empleados por el juez para determinar los hechos no son —a diferencia de aquellos empleados por un científico empírico (un físico, un biólogo, etc.)— enteramente «libres». Antes bien, son condicionados de diferentes maneras por normas jurídicas; en concreto, por normas que disciplinan la obtención, el uso, y la valoración de las pruebas. Por ejemplo, las reglas sobre la carga de la prueba, las presunciones legales (y, entre estas, la presunción de no culpabilidad), el principio del «libre convencimiento» del juez (vigente en muchos ordenamientos), etcétera.

Además, los «hechos» que el juez determina directamente son solamente las *pruebas* (por ejemplo, los testimonios), pero no *los hechos probados*. A aquellos, el juez —de manera no diferente a un historiador— no tiene acceso directo.

Una prueba —por ejemplo, un testimonio— es un hecho (directamente observado), que induce a considerar como sucedido otro hecho. Sin embargo, este último no es observado directamente por el juez, sino que es inferido a partir de las pruebas. Una prueba autoriza al juez a considerar verdadera una

Theory of Legal Reasoning, Oxford, 2005; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston, 1989; J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, pp. 195 y ss.; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, parte II; P. COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, 1999; E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; P. COMANDUCCI, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, 2010, pp. 159 y ss.

⁹ Se trata de dos niveles de lenguaje dado que la justificación externa, como enseguida veremos, tiene por objeto precisamente (las premisas de) la justificación interna. Cfr. J. WRÓBLEWSKI, «Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche», en L. GIANFORMAGGIO y E. LECALDANO (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986.

¹⁰ Hemos visto algún ejemplo más atrás (cap. XVI, parte tercera). Véase a este propósito Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, 1976; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980 (trad. esp. *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013); P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007 (trad. esp. *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011).

¹⁰ *Supra*, cap. XXXIV.

¹¹ *Supra*, cap. XXXV.

¹² *Supra*, cap. XXIV, cuarta parte.

¹³ *Supra*, cap. XXIV, cuarta parte.

¹⁴ *Supra*, cap. XXIV, cuarta parte.

¹⁵ El tema del razonamiento probatorio, aquí solo superficialmente analizado, es muy complejo y sobre él existe una riquísima literatura. Véase, por ejemplo, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992 (trad. esp. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002); M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, Madrid, 1999; J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2002; J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

determinada proposición sobre el presente, y a inferir a partir de esta otra proposición sobre el pasado. Esta inferencia no tiene carácter deductivo: entre las dos proposiciones no se da un nexo de implicación lógica sino una más débil «congruencia narrativa» (así se la ha llamado)¹⁶.

Tómese, por ejemplo, el siguiente razonamiento: «Las siete mujeres del señor Barbazul murieron en la bañera mientras el señor Barbazul estaba en casa. El día anterior a la muerte de la primera mujer, el señor Barbazul se informó mediante un abogado sobre la posibilidad de heredar de su mujer. Lo mismo pasó con la segunda, la tercera... con todas sus mujeres. Se debe concluir que el señor Barbazul ha matado a sus siete mujeres en la bañera». En un razonamiento como este las premisas parecen suficientes para justificar la conclusión. Tal conclusión no es solo coherente (es decir, no contradictoria) con las premisas, sino que es además «congruente» con aquellas: parece más persuasiva que cualquier otra conclusión (como, por ejemplo: «Todas las mujeres del señor Barbazul han muerto accidentalmente»). No obstante, es evidente que la conclusión no está lógicamente implicada en las premisas y, pese a todo, podría ser falsa.

CAPÍTULO XXXVIII JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN

1. LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

En el pensamiento jurídico moderno, la jurisdicción se caracteriza por contraposición a la legislación.

La distinción entre legislación y jurisdicción tiene que ver con el problema más amplio de la clasificación de las funciones estatales¹. Una función, como vimos en su momento, no es otra cosa que una actividad, esto es, una clase de actos. Distinguir entre legislación y jurisdicción no es algo diferente de distinguir entre actos legislativos (leyes) y actos jurisdiccionales (sentencias).

Ahora bien, hay dos formas diferentes de trazar la distinción entre actos legislativos y actos jurisdiccionales:

- a) En primer lugar, se pueden caracterizar los actos legislativos y los actos jurisdiccionales desde un punto de vista «material» o «sustancial», esto es, mirando a su diferente *contenido*.
- b) En segundo lugar, se pueden caracterizar los actos legislativos y los actos jurisdiccionales desde un punto de vista puramente «formal», esto es, *prescindiendo* de su *contenido*.

¹⁶ N. MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», en A. PECZENICK *et al.* (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984; N. MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», en W. KRAWIETZ *et al.* (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984.

¹ *Supra*, cap. XXVII, quinta parte.

2. LA DISTINCIÓN «MATERIAL» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

Desde el punto de vista «material», los actos legislativos y los actos jurisdiccionales parecen distinguirse desde cuatro perspectivas:

- 1) En primer lugar, la ley tiene típicamente un contenido «normativo», es decir, general y abstracto; la sentencia (más en concreto, el dispositivo de la sentencia), por el contrario, tiene necesariamente un contenido individual y concreto.
- 2) En segundo lugar, la ley es el resultado de un acto de voluntad; la sentencia —al menos eso se supone— es el fruto de un doble acto de conocimiento: por un lado, el conocimiento (vía interpretación) de la ley; por el otro, el conocimiento de los hechos (del concreto supuesto de hecho sometido al juez).
- 3) En tercer lugar, la legislación es una actividad «libre en el fin», esto es, no dirigida a perseguir fines predeterminados (es por esta razón que la ley es, normalmente, un acto carente de motivación); la jurisdicción, por el contrario, es una actividad necesariamente dirigida a «aplicar la ley» (y, por esta razón, la motivación, basada en la ley, es parte constitutiva de la sentencia).
- 4) En cuarto lugar, y en consecuencia, mientras que la legislación es una actividad «originaria», «primaria», independiente de cualquier otra², la jurisdicción, por el contrario, es una actividad estructuralmente «subordinada» a la ley, siendo lógicamente dependiente de la legislación (dado que la jurisdicción es aplicación de la ley, no habiendo jurisdicción sin ley que aplicar). Se podría añadir que, hablando en términos generales, la violación de la ley (o, al menos, una presunta violación de la ley) constituye el presupuesto normal del ejercicio de la función jurisdiccional.

En síntesis: la legislación es creación de nuevas normas, mientras que la jurisdicción es conocimiento y aplicación de normas preexistentes.

Esta forma de distinguir entre legislación y jurisdicción no es más que la combinación de dos definiciones: una definición de «legislación» y una definición de «jurisdicción», ambas condicionadas en diferentes formas por doctrinas políticas sobre aquello que, respectivamente, deberían hacer los órganos jurisdiccionales y legislativos.

Ahora bien, como ya sabemos, las definiciones no son enunciados empíricos que describen hechos. Se trata de enunciados que versan sobre las palabras, atribuyendo a aquellas un significado (uno, a preferencia de otros igualmente posibles). En cuanto tales, las definiciones no son ni verdaderas ni falsas sino que únicamente pueden ser juzgadas como oportunas o inoportunas en relación a un fin (cognitivo o práctico) prefijado. De este modo, a partir

de este par de definiciones no se puede, no se debe, derivar consecuencias sobre que, *de hecho*, los órganos legislativos hagan siempre y solo «legislación», ni tampoco que los órganos jurisdiccionales hagan solo y siempre «jurisdicción».

En verdad, esta pareja de definiciones parece discutible por al menos cuatro razones.

a) En primer lugar, se suele decir que la legislación es creación de normas generales y abstractas. Esta forma de pensar, de ascendencia ilustrada, está condicionada por la concepción de la ley como expresión de la voluntad general y, aún en mayor medida, por una doctrina política igualitaria. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, se encuentran numerosos actos que se presentan como actos legislativos (proviene del órgano legislativo, llevan el nombre de «ley», tienen el régimen jurídico de la ley, etc.), pero que no tienen en absoluto un contenido general y abstracto sino que, por el contrario, tienen un contenido singular y concreto. Se alude, obviamente, a las así llamadas «*leggi-provvedimento*»^{*} o leyes meramente «formales». Por tanto, si aceptamos la definición «material» de legislación, debemos precisar a continuación que los órganos titulares de la función legislativa no se limitan a ejercer tal función sino que, aunque sea bajo el nombre de «legislación», ejercen ocasionalmente también una función que, desde el punto de vista «material», es completamente diferente (*i. e.* sustancialmente administrativa).

b) En segundo lugar, se suele decir que la legislación es una actividad puramente creativa de nuevas normas, y no es nunca aplicación de normas preexistentes. Esta forma de pensar, que nace en ordenamientos con constitución flexible, está estrechamente conectada con la doctrina de la «supremacía» de la ley y de la «omnipotencia» del legislador. No obstante, en la literatura del pasado siglo hay al menos una teoría —me refiero a la «teoría pura del derecho»³— que, por el contrario, presenta la legislación también como aplicación de normas preexistentes y, en concreto, de normas constitucionales⁴. Según esta forma de pensar, la distinción entre legislación y jurisdicción tiende a difuminarse: así como la jurisdicción es aplicación de la ley, igualmente la legislación es aplicación de la constitución; así como la jurisdicción presupone conocimiento de la ley, igualmente la legislación presupone conocimiento de la constitución. La diferencia entre legislación y jurisdicción —especialmente en los regímenes con constitución rígida— es solo una diferencia contingente y cuantitativa: normalmente (pero no necesariamente) las constituciones dejan

* *N. del T.*: leyes no abstractas, con el contenido típico de un acto administrativo.

³ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, parte quinta (trad. esp. *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2005).

⁴ Más en concreto, KELSEN configura la legislación como creación de normas generales en aplicación de la constitución, y la jurisdicción como creación de normas individuales en aplicación de la ley.

² *Supra*, cap. XIV, segunda parte.

al legislador márgenes de discrecionalidad mucho más amplios de aquellos que la ley deja a los jueces.

c) En tercer lugar, la idea de que la jurisdicción es aplicación de normas preexistentes presupone que la interpretación de la ley es una actividad de puro conocimiento o de descubrimiento de normas. Sin embargo, hemos visto que no es así⁵. Si mantenemos clara la distinción entre disposición y norma —esto es, si por «norma» entendemos el contenido de significado de la disposición— entonces debemos decir que la actividad interpretativa se ejerce no ya sobre normas sino sobre disposiciones, y que las normas no son el objeto, sino el resultado (el *producto*) de la interpretación. Antes de la interpretación no hay «normas» (en este sentido de la palabra), sino solo formulaciones lingüísticas, cuyo significado aún no se ha decidido. Además, las disposiciones normativas son susceptibles —la mayoría de las veces (o tal vez siempre)— de múltiples interpretaciones. De este modo, la interpretación —al menos la interpretación judicial— no es una actividad meramente cognitiva, sino valorativa y decisoria.

d) En cuarto lugar, la idea de que la jurisdicción sea aplicación de normas preexistentes (normas que los jueces encuentran ya hechas de mano del legislador) ha estado históricamente conectada con la idea de que todo ordenamiento jurídico es completo, de modo que los jueces siempre pueden encontrar una, y solo una, solución a toda controversia que se les presente. Sin embargo, el dogma de la necesaria plenitud de todo ordenamiento jurídico es una idea ampliamente desacreditada⁶. Sobre todo, es preciso recordar que las lagunas no preexisten a la interpretación sino que dependen de ella: son uno de sus posibles resultados. Y en presencia de lagunas —más aún si son producidas por el propio intérprete— no se puede afirmar que los jueces se limiten a dar aplicación a normas preexistentes: una laguna puede ser colmada solo mediante la producción de una norma nueva.

3. LA DISTINCIÓN «FORMAL» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

Desde el punto de vista formal, los actos legislativos y los actos jurisdiccionales se distinguen desde cuatro perspectivas: el tipo de órgano del que provienen, el procedimiento de formación, la estructura del documento que las expresa, y su régimen jurídico.

1) En lo relativo a la configuración de los órganos:

a) Normalmente, la ley proviene de un órgano colegial de tipo representativo, cuyos componentes son seleccionados mediante elecciones, y sobre la base de programas políticos contrapuestos.

⁵ *Supra*, cap. XXXII.

⁶ *Supra*, cap. XXXIV.

b) La sentencia, por el contrario, proviene normalmente de un órgano (bien colegiado, bien monocrático) de tipo «burocrático», en el sentido de que los jueces son habitualmente seleccionados mediante concurso, sobre la base de un examen dirigido a establecer sus competencias técnicas, y no las inclinaciones u orientaciones políticas de los candidatos.

2) En lo relativo al procedimiento de formación de los actos:

a) Comúnmente, la ley es el resultado de un peculiar procedimiento de deliberación, autónomamente iniciado por el propio órgano legislativo, y caracterizado (entre otras cosas) por la regla de la mayoría y de la publicidad de las sesiones.

b) La sentencia, por el contrario, es normalmente el resultado de un proceso contencioso, iniciado no ya de oficio por el propio órgano jurisdiccional, sino por los destinatarios de la decisión, y es deliberada en secreto en la cámara del tribunal.

3) En lo relativo a la estructura de los documentos:

a) La ley es un acto exclusivamente normativo, carente (normalmente) de cualquier parte «narrativa» o «de motivación».

b) Por el contrario, la sentencia es un acto motivado, siendo la motivación incluso parte integrante de la sentencia.

4) En lo relativo al régimen jurídico de los actos:

a) La ley tiene eficacia «general», *erga omnes* (y como tal es oponible a terceros).

b) Por el contrario, la sentencia tiene normalmente una eficacia circunscrita exclusivamente a la controversia decidida, produciendo efectos solo *inter partes* (y, como tal, no es oponible a terceros).

4. LA «SEPARACIÓN» ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

Una cosa es distinguir la legislación de la jurisdicción, y otra es atribuir las dos funciones a diferentes órganos. Una cosa es una simple distinción conceptual. Otra distinta es una «separación» o «división» organizativa⁷.

En abstracto, la separación de las funciones legislativa y jurisdiccional puede ser entendida como la combinación de dos distintas *reservas de competencia*:

a) A un determinado «poder» —entendido como órgano o conjunto de órganos— le es reservada la función legislativa, de modo que la función legis-

⁷ *Supra*, cap. XXVIII, quinta parte.

lativa *no* puede ser ejercida por órganos diferentes (en particular, por órganos jurisdiccionales).

b) A otro «poder» —órgano o conjunto de órganos— le es reservada la función jurisdiccional, de forma que la función jurisdiccional *no* puede ser ejercida por órganos diferentes (en particular, por el órgano legislativo).

1) *Reserva de legislación.* Frente al poder jurisdiccional, la reserva de legislación comporta que a los jueces les está prohibido «hacer leyes». ¿En qué sentido?

i) En primer lugar, los jueces son competentes exclusivamente para formular preceptos singulares y concretos. Ello significa no tanto que los jueces tengan prohibido formular normas generales y abstractas, sino más bien

- a) que las decisiones jurisdiccionales son eficaces solo *inter partes*; y
- b) que las decisiones jurisdiccionales no tienen valor de precedente vinculante.

ii) En segundo lugar, a los jueces les está prohibido pronunciar sentencias «arbitrarias», esto es, no fundadas en normas de ley preexistentes (y, por tanto, no motivadas). Una decisión jurisdiccional no basada en normas previas (no motivada) sería una suerte de decisión «legislativa».

iii) En tercer lugar, a los jueces les está prohibido formular («crear») normas nuevas, no reconducibles a leyes preexistentes.

iv) En cuarto lugar, a los jueces les está prohibido rechazar la aplicación de leyes inconstitucionales. Por tanto, los jueces no son competentes para ejercer ningún tipo de control sobre la constitucionalidad de las leyes.

Obsérvese que raramente estas reglas están expresamente formuladas en las constituciones (ni en las leyes) de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Probablemente, ello se debe a que para quienes aceptan la noción «material» de jurisdicción como conocimiento y aplicación de normas preexistentes es sencillamente obvio que los jueces tienen prohibido «hacer leyes»: por definición, un juez «legislador» no llevaría a cabo una actividad jurisdiccional sino, precisamente, una actividad legislativa y, por tanto, dejaría *ipso facto* de comportarse como juez.

La regla según la cual las decisiones jurisdiccionales no tienen valor de precedente vinculante no es, por lo demás, una regla «universal». No es ni siquiera una regla común en todos los Estados de derecho occidentales. Hablando en términos generales, aquella es propia de los ordenamientos jurídicos —así llamados— de «civil law» (en particular, de los ordenamientos de Europa continental). Pero los ordenamientos de «common law» contienen, precisamente, la regla opuesta.

La regla según la cual los jueces no están autorizados para crear nuevas normas (no reconducibles a leyes preexistentes) está implícita en todos aquellos ordenamientos en los que está positivamente establecido el principio de legalidad de la jurisdicción (cfr. art. 101.2, Const. it.). No obstante, se trata de una norma destinada, al menos en parte, a su inobservancia en todos aquellos ordenamientos en los que, pese a contener lagunas (como fatalmente ocurre: recuérdese la tesis del «espacio vacío de derecho»⁸, al mismo tiempo, se obliga a los jueces a decidir toda controversia únicamente sobre la base del derecho existente.

En lo relativo a la regla que prohíbe a los jueces rechazar la aplicación de leyes inconstitucionales, es necesario distinguir al menos cuatro tipos de ordenamientos constitucionales.

a) Ordenamientos con constitución flexible (como el Reino Unido). En estos ordenamientos la regla está plenamente vigente.

b) Ordenamientos con constitución rígida, en los que el control de constitucionalidad de las leyes es ejercido de forma preventiva (*a priori*) por un órgano político o eminentemente político. También en estos ordenamientos la regla está vigente.

c) Ordenamientos con constitución rígida, en los que el control de constitucionalidad de las leyes se ejerce de manera difusa por parte de todos los jueces (como sucede en Estados Unidos). En estos ordenamientos la regla no está, de ningún modo, vigente. Antes bien, en tales ordenamientos está vigente la regla opuesta, según la cual cualquier juez, en principio, está autorizado a rechazar la aplicación de una ley inconstitucional.

d) Ordenamientos con constitución rígida, en los que el control de constitucionalidad es ejercido de forma concentrada, por un específico juez constitucional (como sucede en Italia, en España, en Alemania, etc.). En estos ordenamientos, la regla no está vigente por dos razones. En primer lugar, los tribunales constitucionales son, en general, órganos de tipo jurisdiccional, de modo que el control de constitucionalidad sobre las leyes es un control jurisdiccional. Además, y sobre todo, el control de la constitucionalidad se desarrolla (normalmente) de forma sucesiva (*a posteriori*) y, lo más importante, *en vía incidental*. Ello significa que las cuestiones de constitucionalidad deben nacer en el curso de un «ordinario» proceso civil, penal, o administrativo, y deben ser sometidas al tribunal constitucional por parte de los jueces «ordinarios». De esta forma, todo juez ejerce, al menos, una función de «filtro» frente al tribunal constitucional.

2) *Reserva de jurisdicción.* Frente al poder legislativo, la reserva de jurisdicción implica que el legislador tiene prohibido «interferir» en la función jurisdiccional. ¿En qué sentido? Intuitivamente, el legislador puede interferir en la función jurisdiccional esencialmente de dos formas:

⁸ *Supra*, cap. XXVIII, quinta parte.

i) Promulgando leyes «singulares», esto es, leyes de contenido (no ya «normativo», sino más bien) individual y concreto; leyes, por tanto, idóneas para regular supuestos de hecho concretos, o bien para resolver específicas controversias. La prohibición de leyes singulares está conectada con el principio de igualdad (aunque no coincide con aquel).

ii) Sobre todo, promulgando leyes idóneas para incidir en controversias ya iniciadas o, incluso, ya decididas en sede jurisdiccional. Una ley que incide sobre controversias ya iniciadas es una ley retroactiva y, por tanto, constituye violación del principio de irretroactividad. Una ley que incide sobre controversias ya resueltas viola, además, el principio de estabilidad de las relaciones finalizadas (es decir, el principio de *res judicata*).

Ahora bien, la regla según la cual el legislador tiene prohibido promulgar leyes «singulares» probablemente no existe en ningún ordenamiento constitucional. Normalmente, las modernas constituciones —incluida la Constitución italiana vigente— configuran la función legislativa de forma exclusivamente formal. Por tanto, la ley se caracteriza exclusivamente por el órgano del que proviene, por su procedimiento de formación, y por su «fuerza», pero no por su contenido. De esta forma, los órganos legislativos no tienen ninguna obligación constitucional de aprobar leyes de contenido «materialmente» normativo (esto es, general y abstracto). En resumen, en los modernos ordenamientos constitucionales, la función legislativa no consiste exclusivamente en la producción de normas jurídicas generales y abstractas, sino que también puede consistir en la producción de normas de *leggi-provvedimento*.

Es verdad que, en casi todos los ordenamientos constitucionales europeos, el poder legislativo encuentra un límite en el principio de igualdad, en virtud del cual «todos los ciudadanos [...] son iguales frente a la ley» (art. 3.1 de la Constitución italiana). Sin embargo, normalmente este principio no es entendido como una prohibición absoluta de leyes singulares y concretas. Por ejemplo, la Corte constitucional italiana considera que el principio de igualdad prohíbe las leyes «irrazonables», arbitrarias, esto es, leyes que: a) discriminan «sin razón» entre ciudadanos que se encuentran en situaciones iguales o similares; o bien b) omitan «sin razón» distinguir entre ciudadanos que se encuentran en situaciones diversas.

El principio de cosa juzgada, aunque positivizado en todos (o casi todos) los ordenamientos occidentales, raramente asume rango constitucional.

La regla según la cual el legislador tiene prohibido promulgar normas retroactivas, en muchos ordenamientos constitucionales —incluido el italiano— rige solo para el derecho penal (art. 25.2, Const. it.), pero no para el derecho administrativo ni para el derecho tributario.

Es oportuno subrayar que, pese a la opinión contraria muy frecuentemente difundida entre la clase judicial, la aprobación de leyes interpretativas o de

«interpretación auténtica» no constituye de por sí una interferencia en la función jurisdiccional. En general, aunque el ejercicio de la función jurisdiccional presupone la interpretación, no obstante, la interpretación en cuanto tal no constituye ejercicio de la función jurisdiccional. Y, por otro lado, el fenómeno de la interpretación auténtica (de la ley) no constituye de por sí ejercicio de la función jurisdiccional dado que constituye, más bien, ejercicio de la función legislativa⁹.

⁹ Véase, no obstante, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.