

La Justicia del Siglo XXI, es resultado de la avidez intelectual de prestigiosos juristas y académicos de Latinoamérica y Europa, que, apasionados por la justicia, y desde la crítica y la ciencia se adentran en la realidad y en los retos de la actividad judicial con miras a su transformación social.

La variedad de temas propuestos desde los enfoques teórico y práctico, matizados por las consideraciones personales de sus autores y sus culturas nacionales derivan en una obra de inigualable valor doctrinal y comparado, ilustrativa de la diversidad jurídica de sus diferentes naciones. A su vez, tan encomiable proyecto, se valoriza a partir de los sentimientos de hermandad y altruismo de quienes se articulan en un contexto, tan complejo como el actual, para desde sus realidades, contribuir al fortalecimiento de la confianza en el ejercicio de la judicatura, que, ciertamente, a través de la historia, se ha visto empañado por el desapego a los más elementales preceptos éticos y virtuosos.

Iustus de causis, "La Justicia en el Siglo XXI" persigue ofrecer al lector un material de estudio convenientemente actualizado, sistemático y comprensible. Como texto especializado de contenido jurídico ha sido pensado para el deguste de los profesionales del Derecho, en especial, para aquellos que se integran al denominado trídico de la justicia. Entre sus principales objetivos resaltan el de valorar y ofrecer soluciones a problemáticas de la administración de justicia que requieren de enmienda expedita en el Estado de Derecho, cuya erradicación no es una utopía sino *un deber*.

TRIBUNALES
EDICIONES

Lavalle 1282, 1º P - Of. 15/17 (C1048AAP) CABA, Argentina
Teléfonos: 54 (011) 4382-6853 - Celular: (011) 15-3231-7454
www.tribunalesediciones.com.ar - tribunalesediciones@gmail.com

GRAU PIREZ
SOSA
BATTELLI
SOLER DEL SOL

LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI
Perspectivas entre la controversia y el cauce de la utopía

TRIBUNALES
EDICIONES

María Eugenia Grau Pirez
Jordan C. Sosa
Ettore Battelli
Alfredo Soler del Sol

LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI

Perspectivas entre la controversia y el
cauce de la utopía

COORDINADOR

Yadermis Tejeda Elías

PRÓLOGO

Domingo García Belaunde

AUTORES

Jordan C. Sosa/ Luigi Di Santo/ Manuel Segura Ortega/ Carlo Vittorio Giabardo/ Jesús Ángel Cadena Alcalá/ Ignacio Noble/ Matheus Presotto/ Juan Carlos Rofrío/ Juan Francisco Martínez Castillo/ Fernando Calle Hayen/ Javier Sánchez/ José Luis Cusi Alanoca/ Reylor Rodríguez/ Gustavo Meirovich/ Jesús Mendoza Aguirre/ Alejandro Edgar González Flores/ Ettore Battelli/ Miguel Abel Souto/ Yadermis Tejeda Elías/ María Eugenia Grau Pirez/ María Soledad Racet Morcigo/ Alfredo Soler del Sol/ Juan Alberto Castañeda/ Joao Paulo Borges Bichão

TRIBUNALES
EDICIONES

COORDINADOR:

Jordan C. Sosa

Facultad de Derecho
Universidad de la Habana
(Cuba)

DIRECTORES:

Teodoro Yan

Guzman Hernández

Facultad de Derecho
Universidad de la Habana.
(Cuba)

Ettore Battelli

Facultad de Derecho
Universidad de Roma 3.
(Italia)

**Alejandro González
Monzón**

Facultad de Derecho
Universidad de la Habana.
(Cuba)

AUTORES

**Jordan C. Sosa/ Luigi Di Santo/ Carlo Vittorio Giabardo/ Manuel Segura Ortega/
Alejandro González Monzón/ Jesús Ángel Cadena Alcalá/ Matheus Presotto/
Ignacio Noble/ Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba/ Juan Francisco Martínez
Castillo/ Fernando Calle Hayen/ Majela Ferrari Yaunner/ Javier Sánchez Sánchez/
(Teodoro) Yan Guzman Hernández/ Karin Reiber/ Reyler Rodríguez Chávez/
José Luis Cusi Alanoca/ Gustavo D. Meirovich/ Alejandro Edgar González Flores/
Ettore Battelli/ Ricardo Álvarez/ Jesús Alejandro Mendoza Aguirre/ Juan Alberto
Castañeda Méndez/ João Paulo Borges Bichão/ Miguel Abel Souto**

PRÓLOGO

Domingo García Belaunde

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

**LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI:
Perspectivas entre la controversia y el cauce de la utopía**

“Esta obra ha sido realizada con la contribución del Centro de Excelencia del Departamento de Derecho de la Universidad de Roma Tre”



La Justicia del Siglo XXI: Perspectivas entre la controversia y el cauce de la utópica.

Jordan C. Sosa/ Luigi Di Santo/ Carlo Vittorio Giabardo/ Manuel Segura Ortega/
Alejandro González Monzón/ Jesús Ángel Cadena Alcalá/ Matheus Presotto/ Ignacio
Noble/ Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba/ Juan Francisco Martínez Castillo/ Fernando
Calle Hayen/ Majela Ferrari Yaunner/ Javier Sánchez Sánchez/ (Teodoro) Yan Guzman
Hernández/ Karin Reiber/ Reyler Rodríguez Chávez/ José Luis Cusi Alanoca/ Gustavo
D. Meirovich/ Alejandro Edgar González Flores/ Ettore Battelli/ Ricardo Álvarez/ Jesús
Alejandro Mendoza Aguirre/ Juan Alberto Castañeda Méndez/ João Paulo Borges Bichão/
Miguel Abel Souto/

1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Tribunales, 2021.

530 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3695-31-5

1. Justicia. 2. Derecho Comparado. 3. Derecho a la Justicia. CDD 340.114

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

QUEDA HECHO EL DEPÓSITO QUE ESTABLECE LA LEY 11.723.

No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso del editor, con la pena establecida por el art. 172 del Cód. Penal, al que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.



© Marzo 2021 Tribunales Ediciones

Lavalle 1282, 1° piso, of. 15/17 (C1048AAF) CABA, Argentina

Tel.: (011) 4382-6853 Cel: (011) 15-3231-7464

tribunalesediciones@gmail.com

www.tribunalesediciones.com.ar

INDICE

Presentación.....	15
Prólogo.....	17

CAPÍTULO I **LA JUSTICIA DEL SIGLO XXI** *Puntos controvertidos y realidades jurídicas*

EL JUEZ Y LA CREACIÓN DEL DERECHO:
Realidades, utopías y necesidades del universo de la justicia
Jordan C. Sosa
Facultad de Derecho
Universidad de la Habana
(Cuba)

I. Introducción.....	27
II. El concepto de Derecho y nuestro concepto de Derecho.....	27
III. El problema de las fuentes del Derecho desde su concepción general.....	31
IV. La creación del Derecho: tipologías y fuentes de autoridad creadoras.....	33
V. Nuestra concepción sobre la creación judicial del Derecho y la revolución de la justicia.....	39
VI. La creación del Derecho por medio de las resoluciones judiciales.....	41
VII. La innovación y actualización judicial del ordenamiento jurídico.....	44
VIII. El control judicial de la constitucionalidad.....	46
VI. Conclusiones.....	49
VII. Referencias Bibliográficas.....	51
Fuentes Doctrinales.....	51
Fuentes Legislativas y Documentales.....	52

VERDAD Y COGNICIÓN JURISDICCIONAL Luigi Di Santo *Profesor de Filosofía del Derecho* *Universidad del Cassino e del Lazio Meridionale* *(Italia)*

I. Certeza y verdad de la cosa juzgada.....	55
II. Los caminos torcidos a la verdad. la actividad creativa del juez.....	56
III. Los caminos torcidos a la verdad.....	57
El papel de la verdad y la constitucionalización de los derechos.....	57
IV. Otras formas.....	59
V. Verdad del derecho y nuevas tecnologías.....	60
VI. Judge In The Machine Or Ghost In The Machine?.....	61
VII. Referencias bibliográficas.....	63

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONTEMPORANEIDAD

Carlo Vittorio Giabardo

Investigador “Juan de la Cierva” en Filosofía del Derecho

Universidad de Girona

(España)

I. Introducción - El creciente papel de la jurisprudencia como “tendencia fundamental de nuestro tiempo”	67
II. Centralidad del juicio	68
III. Una mirada iusrealista sobre el derecho (¿un punto en común entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo?).....	69
IV. Algunos ejercicios del ars distinguendi	71
V. ¿Crear o interpretar? (Creación en sentido fuerte y sentido débil).....	71
VI. Sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico.....	73
VII. I. El juez frente al derecho injusto. Injusticia subjetiva.....	74
VII. II. E injusticia objetiva	76
VIII. ¿Crear o “inventar”? El juez como “boca de la ley” o como “oráculo del Derecho” ..	77
IX. La “jurisprudencia consolidada” como fuente de derecho.....	78
X. Conclusiones (Con una meditación de Piero Calamandrei)	80
XI. Referencias bibliográficas.....	81

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y LA CREACIÓN DEL DERECHO

Manuel Segura Ortega

Profesor de Filosofía del Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

(España)

I. Introducción	87
II. La interpretación judicial	88
II.I. Concepciones acerca de la interpretación	90
II.II. Los criterios interpretativos	93
II.III. La personalidad del juez.....	97
III. Argumentación y justificación	100
IV. La responsabilidad judicial.....	106
V. Conclusiones.....	107
VI. Referencias bibliográficas	108

CAPÍTULO II

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y CONSTITUCIÓN: *Perspectivas desde el constitucionalismo contemporáneo*

REFLEXIONES MÍNIMAS SOBRE EL ROL DEL JUEZ EN LA DINÁMICA DEMOCRÁTICA

Alejandro González Monzón

Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano

Universidad de la Habana

(Cuba)

I. Preliminares sobre la jurisdicción y su legitimidad desde el estado de derecho	113
II. Presupuesto epistémico: el juez autómatas y el juez creador a propósito del pensamiento de Ronald Dworkin	119

III. Los jueces como actores de la democracia	125
IV. Epílogo desde Cuba al tenor del Estado socialista de Derecho	133
V. Referencias bibliográficas.....	137

**LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS
A PARTIR DE LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL**

Jesús Ángel Cadena Alcalá
Profesor de Derecho de la UNAM
(México)

I. Introducción	145
II. La judicatura constitucional y la protección de los derechos fundamentales	145
III. Las pautas interpretativas de los derechos fundamentales en la judicatura constitucional.....	148
IV. La creación de nuevos derechos desde la judicatura constitucional.	150
V. Conclusiones.....	151
VI. Referencias bibliográficas	152
Fuentes doctrinales:	152
Normativas:	152
Páginas Web:	152

**NOTAS SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL
Y EL ELEMENTOS EXTRANJEROS EN LAS DECISIONES
DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.510**

Matheus Presotto e Silva
Abogado y asesor legal
(Brasil)

I. Introducción	155
II. El control de constitucionalidad en Brasil	155
III. Control judicial de constitucionalidad en Brasil	156
IV. El elemento extranjero en la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal.....	158
V. Conclusiones.....	161
VI. Referencias bibliográficas	161

**NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN**

El rol institucional del Poder Judicial en la construcción de sociedades pacíficas

Ignacio Noble
Profesor de Jurisprudencia y Control Constitucional
de la Universidad de Santo Tomas de Aquino
(Argentina)

I. Introducción	165
II. La tutela de los derechos de las personas	165
III. Acceso a justicia y acceso a la jurisdicción	169
III.I. Acceso a justicia como sinónimo de acceso a la jurisdicción	169
III.II. Diferentes vertientes del acceso a justicia	171
III.II.I. Aspecto normativo: el acceso formal a la resolución del conflicto	171
III.II.II. Aspecto fáctico: el acceso material a la resolución del conflicto	172
III.II.III. Condiciones y vías de acceso	172
III.II.IV. Promoción y difusión de los derechos y de las vías de acceso	173
IV. El rol institucional del poder judicial como garante de la paz social	174
V. Conclusiones.....	177

**EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
A LA SEGURIDAD JURÍDICA**

Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba

*Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de los Hemisferios
(Ecuador)*

*Profesor de Derechos Humanos en
Stranthmore University
(Kenia)*

Juan Francisco Martínez Castillo

*Juez del Tribunal Distrital
de lo Contencioso Tributario de Quito
(Ecuador)*

I. Noción de contenido esencial	183
I.I. Noción general de contenido esencial.....	183
I.II. La doctrina del contenido esencial en nuestra constitución.....	183
I.III. El contenido esencial de la seguridad jurídica	184
II. Noción general de seguridad jurídica.....	185
II.I. La seguridad jurídica como garantía del derecho subjetivo.....	186
II.II. La seguridad jurídica como certidumbre del derecho.....	186
II.III. La seguridad jurídica como estabilidad del Derecho.....	190
III. La seguridad jurídica como Derecho Constitucional	191
IV. La seguridad jurídica como un principio general del derecho.....	192
V. Alcance del derecho constitucional a la seguridad jurídica (algunos efectos prácticos)	195
VI. Alcance general del derecho a la seguridad jurídica.....	195
VII. Casos prácticos.....	196
VIII. Límites del derecho a la seguridad jurídica.....	201
VIII.I. Lo Injusto.....	201
VIII.II. Un bien particular mayor	203
VIII.III. El bien común.....	204
VIII.IV. La imposibilidad de cumplimiento	205
IX. Conclusiones.....	205
X. Referencias bibliográficas.....	205
Páginas web	207

**JURISDICCIÓN Y JURISPRUDENCIA AMBIENTAL
EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

Fernando Calle Hayen

*Ex Magistrado del Tribunal Constitucional
(Perú)*

I. El medio ambiente y la constitución	215
II. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado como límite a los derechos fundamentales.....	216
III. La constitución ecológica.....	217
IV. Desarrollo sostenible y generaciones futuras.....	218
V. Política Nacional del ambiente (STC N° 0053-2004-AI/TC)	219
VI. El bloque de constitucionalidad para una mejor tutela del derecho de un ambiente equilibrado	220
VII. Jurisprudencia constitucional.....	222

CAPÍTULO III

LA AXIOLOGÍA DE LA JUSTICIA:

Principios y valores del ejercicio de la función judicial

PONDERACIÓN Y AXIOLOGÍA EN EL CAMINO HACIA LA JUSTICIA

Majela Ferrari Yaunner

Profesora Titular de Filosofía del Derecho

Universidad de la Habana

Jueza del Tribunal Provincial de la Habana

(Cuba)

I. Reflexiones iniciales.....	229
II. Los principios del derecho y sus potencialidades como material normativo.....	230
III. Ponderación y axiología.....	232
IV. Conclusiones	236
V. Referencias bibliográficas.....	236

LOS VALORES SUPERIORES EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Javier Sánchez Sánchez

Profesor Asociado de Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

(España)

I. De la subsunción a la argumentación	241
II. La argumentación como razonamiento. Tipos de argumentación jurídica	243
III. La argumentación judicial	247
IV. Los valores superiores como norma jurídica.....	252
V. La presencia de los valores superiores en la decisión judicial.....	254
VI. Conclusiones	255
VII. Referencias bibliográficas	256

DIGNIDAD, ARTICULO 99 DE LA CONSTITUCIÓN Y JUEZ EN CUBA

(Teodoro) Yan Guzman Hernández

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de La Habana

(Cuba)

Karin Reiber

Eberhard-Karls-Universität

Tübingen

(Alemania)

I. Introducción	259
II. Precisiones mínimas sobre la dignidad humana y su tratamiento en el derecho internacional	261
III. La dignidad en la constitución alemana y su trascendencia para la actividad judicial	264
IV. La nueva perspectiva de la dignidad humana a partir de la constitución cubana de 2019.....	268
V. El juez cubano ante el redimensionamiento constitucional de la dignidad y el llamado del artículo 99	273

**VALORES FUNDAMENTALES DEL EJERCICIO
DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

Reyler Rodríguez Chávez
Juez Titular de Lima del Norte
Poder Judicial
(Perú)

I. Introducción	281
II. Los valores de la función judicial	281
III. Características de la función judicial	283
IV. El rol del juez a partir de la interpretación y aplicación de principios.....	284
V. Los valores de la justicia frente a las Tic	285
VI. El rol del juez en la justicia digital	286
VII. Conclusiones.....	286
VIII. Referencias bibliográficas.....	287

**LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL
COMO GARANTÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

José Luis Cusi Alanoca
Director de la Revista boliviana “Literatura Jurídica”
(Bolivia)

I. Introducción	291
II. John Locke el precursor.....	292
III. MONTESQUIEU: El primer pensador que ha acuñado de manera clara y segura la independencia del poder judicial.....	293
IV. Proclamación constitucional de la independencia del Poder Judicial.....	294
IV.I. Breve descripción histórico constitucional sobre la proclamación de la independencia del poder juncial en Bolivia	296
V. Estado de Derecho e independencia del Poder Judicial	299
VI. Estado constitucional de Derecho	301
VI.I. La Constitución rígida y garantista.....	303
VII. La soberanía: una aproximación desde el lenguaje del Estado constitucional de Derecho.....	306
VIII. La subdivisión de la soberanía como elemento de la independencia del Poder Judicial en el Estado constitucional de Derecho.....	313
IX. El principio de separación de poderes como garantía de la independencia del Poder Judicial en el Estado constitucional de Derecho	314
IX.I. Nombramiento a las máximas autoridades del Poder Judicial.....	318
IX.II. Otra visión	319
IX.III. El juez en el Estado constitucional de Derecho.....	320
X. Principios del Poder Judicial.....	324
X.I. Principio de legitimidad.....	324
X.II. Principio de legalidad	325
X.III. Principio de independencia e imparcialidad.....	325
X.III.I. Principio de independencia	325
X.III.II. Principio de imparcialidad	326
X.III.III. Desde la visión del sistema interamericana de Derechos Humanos	328
X.IV. Principio de potestad	330
X.IV.I. Poder de los jueces.....	331
X.V. Principio de función	332
X.VI. Principio de responsabilidad.....	333

X.VI.I Responsabilidad del estado por actos judiciales.....	333
X.VI.I.II. Concepto de responsabilidad judicial.....	334
X.VI.I.III. Definición de error judicial.....	334
X.VI.II. La responsabilidad del juez.....	336
X.VII. Principio de seguridad jurídica.....	339
XI. Principio de frenos y contra pesos: control mutuo de poderes como eficacia de la independencia del Poder Judicial.....	341
XII. Conclusiones.....	345
XIII. Referencias bibliográficas.....	346

LA ÉTICA JUDICIAL Y EL LLAMADO “IN PUT”

Gustavo D. Meirovich

*Juez Federal de Instrucción en lo Penal Económico
Vocal de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico
(Argentina)*

I. Primeras aproximaciones.....	353
II. Imparcialidad, independencia y motivación.....	356
III. La expectativa social y la función del juez.....	359
IV. El juez y su labor en el “in put”.....	364
V. Conclusiones.....	367
VI. Referencias bibliográficas.....	367

LA ÉTICA JUDICIAL Y EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Alejandro Edgar González Flores

*Catedrático de Derecho Procesal Constitucional
Universidad de Xalapa
(México)*

I. Introducción.....	371
II. Ética Judicial.....	371
III. El derecho humano de acceso a la justicia.....	374
IV. El acceso a la justicia, la agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible.....	375
V. Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia.....	377
VI. Principio Pro Actione.....	379
VII. Conclusiones.....	381
VIII. Referencias bibliográficas.....	383

CAPÍTULO IV

LA JUSTICIA Y EL PROCESALISMO CONTEMPORANEO:

Algunas cuestiones relevantes de la posmodernidad

JUSTICIA PREDICTIVA

Algoritmos, interpretación y papel del Juez

Ettore Battelli

Profesor de Derecho Privado

Facultad de Derecho

Universidad de Roma 3

(Italia)

I. Premisa metodológica y motivo de indagación.....	389
II. Primeras reflexiones y perspectivas de investigación.....	392

III. La aspiración a la objetividad y la despersonalización de la función jurisdiccional.....	395
IV. Datos, hechos y decisiones de la robot-justice.....	396
V. La justicia “predictiva”.....	399
VI. Experiencias y modelos probabilísticos en el marco de la justicia robótica	405
VII. Conclusiones	410
VIII. Referencias bibliográficas.....	413

PUBLICAR Y CASTIGAR

Medios y justicia en el siglo XXI

Ricardo Álvarez

Director de la Carrera de Derecho

Universidad Maimónides

(Argentina)

I. Consideraciones generales.....	421
II. La transformación de los estados nacionales en estados globalizados.....	424
III. El tránsito del ciudadano al consumidor.....	425
IV. La nueva hegemonía del cuarto poder	425
V. El abandono de la verdad.....	426
VI. Referencias bibliográficas	428

“LA SENTENCIA”

Su relevancia, al ser uno de los actos judiciales de mayor trascendencia en el proceso

Jesús Alejandro Mendoza Aguirre

Abogado postulante, académico e investigador

(México)

I. Definición y forma de la sentencia	431
II. Efectos y alcances de la sentencia.....	431
III. ¿Qué presupuestos procesales deben colmarse previo al dictado de la sentencia?	431
III.I. La competencia del tribunal.....	431
III.II. Legitimación procesal y ad causam	431
III.III. Caducidad de la instancia.....	432
III.IV. Emplazamiento.....	432
III.V. Legitimación ad-causam (en la causa).....	433
IV. Principios que regulan el dictado de la sentencia	434
IV.I. Principios constitucionales.....	434
IV.II. Principios procesales que deben cumplir las sentencias	434
IV.II.I. Jurisprudencia de congruencia de la sentencia.....	434
V. El problema de la motivación de la sentencia civil.....	435
V.I. Perfiles de análisis semiológico de la motivación.....	436
V.II. La motivación como fuente de indicios.....	436
V.III. La motivación como discurso justificativo	438
V.IV. Lógica del juicio y de la motivación	438
VI. Clasificación de las sentencias.....	439
VII. Requisitos formales de la sentencia.....	442
VIII. Contenido y redacción de las sentencias	442
IV. Efectos y alcances de la sentencia.....	443
X. La formación de una sentencia de primera instancia	443
X.I. El examen preliminar de la demanda.....	444
X.II. Declaración de la certeza de los hechos singulares trascendentales	444
X.III. Construcción y calificación jurídica del hecho específico concreto.....	444
X.IV. Aplicación del derecho al hecho	445
X.IV.I. La constatación de los hechos	445
X.IV.II. La calificación jurídica de los hechos concretos del caso.....	446

X.V. Determinacion del efecto juridico	448
X.V.I. La decisión	448
XI. Elementos para el dictado de una sentencia judicial.....	448
XI.I. Propositiones	448
XI.II. El elemento volitivo y logico en el acto de emitir una sentencia	449
XI.V. La estructura racional del juicio y de la motivacion	450
XI.VI. Definicion del silogismo	452
XI.VI.I. Los elementos del silogismo	452
XI.VI.II. El silogismo material y formalmente verdadero	452
XI.VI.III. La teoria del silogismo judicial.....	453
XI.VI.IV. El uso del silogismo por parte del juez	453
XI.VI.V. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística.....	454
XI.VI.VI. El paralogismo y el sofisma	455
XI.VI.VIII. Elsilogismo juridico es de carácter hipotetico	456
XII. Otros elementos a considerar para el dictado de la sentencia lo son entre otros:	456
XII.I. La retrospeccion y la ultraactividad de las leyes	456
XII.II. La inexistencia del fenomeno de la retroactividad en el caso de leyes procesales ...	457
XII.III. El momento que debe considerar el juzgador para determinar la vigencia de un precepto legal.....	457
XII.IV. La retroactividad de la jurisprudencia.....	458
XII.V. La aplicación de la jurisprudencia y su retroactividad.....	459
XIII. LA tecnica para detectar la antinomia en el dictado de la sentencia	460
XIII.I. Reglas para solucionar la antinomia	461
XIV.I. Elemento literal o filologico.....	470
XIV.II. Interpretacion semantica o filologica.....	470
XIV.III. Interpretacion sintactica	471
XV. Elemento sistematico de integracion de la norma a la sentencia.....	471
XVI.II. Integracion en funcion de la division formal del ordenamiento juridico.....	472
XVI.III. Integracion de la institucion por induccion	472
XVI.IV. El metodo de integracion de la norma juridica La analogia	472
XV.II. Requisitos para la aplicación del metodo de integracion analogica.....	473
XV.III. Aplicación del metodo de integracion analogica en materia civil.....	473
XVI. El proceso logico para la formacion de una sentencia de segunda instancia dictada por el tribunal de apelacion.	474
XVI.I. Explicacion previa	474
XVI.II. Orden en que deben estudiarse los agravios	474
XVI.III Examen de los agravios procesales.....	475
XVI.IV. Examen de las pruebas recibidas en la segunda instancia	475
XVI.V. Examen de los agravios en que se planteen infracciones formales	475
XVI.VI. Examen de los agravios.....	476
XVI.VII. Formulacion del juicio critico	476
XVII. Referencias bibliograficas	476

CRIATURAS DE LA CONVENCIONALIDAD

Una aproximación crítica para su perfeccionamiento en sede interna

Juan Alberto Castañeda Méndez

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Apex Iuris”

(Perú)

I. Introducción	479
I.I. Principio de subsidiariedad.....	479
I.II. Estándares interamericanos de cumplimiento interno.....	480
I.III. Asimilación constitucional de los estándares interamericanos.....	480
II. Intensidad del control de convencionalidad.....	480

II.I. Verificaciones.....	480
III. Expresiones del control	481
III.I. Control de convencionalidad – ex officio.....	481
III.II. Control de convencionalidad – in abstracto	482
IV. Expansión evolutiva del control	483
V. Concentrado y difuso de la aplicación del control	484
VI. El control difuso de la convencionalidad como obligación convencional del estado peruano.....	485
VII. Críticas al control de convencionalidad en sede interna	487
VII.I. No tiene basamento normativo explícito.....	487
VII.II. Desnaturaliza el orden subsidiario del sistema	487
VII.III. Fecunda una vinculación inconvencional	488
VII.IV. Promueve un tipo de razonamiento judicial anglosajón.....	488
VII.V. Inconsistencia discursiva del dialogo jurisprudencial	488
VII.VI. Incoherencia respecto al margen de apreciación.....	488
VII.VII. La falta de contextos democráticos en la interpretación.....	489
VIII. Conclusiones	489
IX. Referencias bibliográficas.....	489

LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA INSTRUCCIÓN PENAL EN PORTUGAL

Algunas consideraciones desde los escenarios de la politización de la justicia

João Paulo Borges Bichão

Magistrado del Ministerio Fiscal Portugués

(Portugal)

I. Introducción	493
II. La estructura acusatoria del proceso penal portugués	494
III. La actuación del ministerio fiscal en el proceso penal en general.....	495
IV. La actuación del ministerio fiscal en la investigación criminal en particular	496
V. La fragilidad de la autonomía del ministerio fiscal	496
VI. Conclusiones	499
VII. Referencias bibliográficas	500

REFORMAS ESPAÑOLAS RECIENTES SOBRE HECHOS PREVIOS DEL BLANQUEO DE DINERO

*Sus conductas típicas, la responsabilidad criminal
de las personas jurídicas y su recepción jurisprudencial*

Miguel Abel Souto

Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela

(España)

I. La expansión de los hechos previos.....	503
II. Las conductas típicas: consideraciones judiciales	508
III. Otras consideraciones en el marco de las reformas	515
IV. Conclusiones	522
V. Referencias bibliográficas.....	522

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONTEMPORANEIDAD

*Reflexiones sobre la frontera entre la Filosofía del Derecho, el Derecho Comparado y el Derecho Procesal Civil **

Carlo Vittorio Giabardo

Investigador “Juan de la Cierva” en Filosofía del Derecho
Universidad de Girona
(España)

Sumario:

I. Introducción. El creciente papel de la jurisprudencia como “tendencia fundamental de nuestro tiempo”. II. Centralidad del juicio. III. Una mirada iusrealista sobre el derecho (¿un punto en común entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo?) IV. Algunos ejercicios del ars distinguendi. V. ¿Crear o interpretar? (Creación en sentido fuerte y sentido débil). VI. Sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. VII. El juez frente al derecho injusto. Injusticia subjetiva... VII.I. E injusticia objetiva. VIII. ¿Crear o “inventar”? El juez como “boca de la ley” o como “oráculo del derecho”. IX. La “jurisprudencia consolidada” como fuente de derecho. X. Conclusiones (con una meditación de Piero Calamandrei).

* Este artículo apareció en una versión italiana con el título *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)* en *Giustizia Insieme*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/scienza-logica-diritto/1284-per-la-chiarezza-di-idee-in-tema-di-creazione-giudiziale>. Un agradecimiento muy especial a MARÍA MARÍN BUSTOS por la traducción y el trabajo de corrección lingüística.

I. Introducción

El creciente papel de la jurisprudencia como “tendencia fundamental de nuestro tiempo”

Hablar de la creación judicial del derecho y, de manera más general, del creciente *protagonismo* de la jurisprudencia en la era actual, significa plantear el problema fundamental de la relación entre el juez y el derecho. Un tema extremadamente amplio, que ha sido objeto de reacciones y valoraciones (normativas, político-ideológicas) muy diferentes.

En este campo están en juego los principios cardinales de nuestra vida jurídica, que se colocan a menudo en contraste, en conflicto, en oposición entre ellos. Por un lado, la exigencia de garantizar la plena efectividad de la protección de los derechos (lo que requiere una actitud *no formalista* del intérprete); por otro lado, la de respetar la separación de los poderes (pilar fundamental del estado de derecho en las democracias liberales) y el principio de legalidad¹⁷. Por una parte, la necesidad de juzgar, o sea de *ius dicere*, en un mundo que es plural y no homogéneo, lo que requiere entonces que se tengan en cuenta las infinitas facetas, las especificidades, las unicidades irrepitibles de los asuntos concretos; por otra parte, la necesidad de proteger la certeza del derecho, garantizar la igualdad de trato de situaciones iguales y eliminar, en última instancia, los peligros del albedrío.

Primero, comencemos desde la realidad.

Hoy es un hecho para todos que el juez juega un papel preponderante. Este es ante todo un hecho social indiscutible, incontrovertible, que no se puede negar. El «*formante jurisprudencial*» - para utilizar la categoría afortunada acuñada por Rodolfo Sacco - se sienta indiscutido en el trono, en detrimento tanto del «*formante legal*» (lo cual lleva un tiempo en una profunda y casi irreversible crisis) como - diría yo - también del «*formante doctrinal*», cada vez más sumiso, cada vez más obligado a “perseguir” las decisiones más importantes de los tribunales¹⁸. Muy simplemente: no hay sector del ordenamiento jurídico en el cual se pueda afirmar de conocer una materia específica, ni siquiera superficialmente, si no se conocen también las sentencias más significativas que caracterizan su evolución.

Por tanto, se dice que la preeminencia pertenece al *ius in fieri* (es decir, al derecho tal y como interpretado y aplicado, en el devenir, en su especificación y concretización material siempre diferente) y ya no al *ius positum* (es decir, al derecho en su aspecto de mandato estático y abstracto)¹⁹. Un contraste, sin embargo, que si se toma en el sentido literal, es engañoso, dado que incluso el derecho que promana de los jueces es un derecho plenamente positivo, siendo “puesto” (o más bien, “hecho”) por quienes tienen la autoridad de hacerlo.

¹⁷ Expresado, por ejemplo, en la fórmula del “*sometimiento del juez sólo a la ley*”, tal como lo establece el art. 101 de la Constitución italiana (“*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”). Para el énfasis sobre este aspecto, cf. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, en *Questione giustizia*, 4/2016, *Il giudice e la legge*, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/contro-la-giurisprudenza-creativa_395.php

¹⁸ Para la noción de “formante” (en italiano) cf. R. SACCO, “Formante”, en *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, vol. VIII, 439; en inglés, Id., *Legal Formants: A Dynamic Approach. To Comparative Law*, en 39, *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 1 (Parte I) y 343 (Parte II).

¹⁹ Sobre la dualidad entre *ius in fieri* e *ius positum*, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1133.

En cualquier caso, esta dualidad transmite bien la idea por la cual todo *converge* sobre la actividad dinámica de los intérpretes, y especialmente de los intérpretes *par excellence*, a saber, los tribunales.

Es la “tendencia fundamental” que caracteriza nuestro tiempo.

II. Centralidad del juicio

El gran procesalista italiano Nicola Picardi habló de la «vocación de nuestro tiempo para la jurisdicción» (*la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*) para indicar que la actividad de los jueces se coloca en el centro de nuestra experiencia²⁰. Y cómo estar en desacuerdo. El juicio está constantemente llamado a mediar entre términos de antinomias, de oposiciones: abstracto y concreto, universal y particular, justicia y certeza, derecho y justicia.

En la era actual, el juez se encuentra inmerso en una red. De hecho, la red - según la afortunada imagen del filósofo jurídico belga François Ost - es la metáfora más acreditada para describir ahora la estructura actual de las fuentes del derecho²¹. No como un modelo ordenado jerárquicamente sino una pluralidad de nodos. Aquí tenéis algunos de ellos, en una revisión muy rápida e insuficiente que, realmente, merecería una más amplia consideración. En primer lugar: los principios generales, supremos, implícitos, tácitos o positivizados en las convenciones supranacionales y en las constituciones, los que siempre han sido inmanentes al sistema y los nuevos, en todo caso «*múltiples, en conflicto, incommensurables, indeterminados*»²². Luego el derecho internacional, el Derecho Europeo, el derecho transnacional, con sus propias categorías, sus propias nociones, sus conceptos independientes de las elaboraciones nacionales. Y luego la ley, cada vez más incoherente, opaca, sectorial, temporal, dictada por las necesidades del momento²³. Luego las decisiones y la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales (en Europa: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), las de las cortes constitucionales, de las cortes supremas e incluso de ciertos tribunales de mérito, todas en “diálogo discordante” entre sí. Y más bien, las prácticas de los operadores económicos, la *lex mercatoria*, las costumbres específicas de determinados sectores. Finalmente, las consolidaciones de *soft law*, los esfuerzos más o menos oficiales de armonizar y uniformizar las reglas de determinados contextos. Y por último no hay que olvidar el peso de la doctrina, el *Juristenrecht*, la *auctoritas* de los profesores de derecho, capaces - a veces - de influir en el debate sobre pronunciamientos jurisprudenciales muy importantes²⁴.

²⁰ N. PICARDI, *La vocazione per il nostro tempo per la giurisdizione*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 41; también en *Studi in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, Vol. I, 179.

²¹ F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2010.

²² B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, en *Europa e diritto privato*, 2006, 1081.

²³ Había esbozado brevemente el carácter cada vez más efímero de la ley en C.V. GIABARDO, *Tempo e diritto: alcune considerazioni a proposito della tutela civile dei diritti nell'epoca della globalizzazione*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, 219 (espec. 227, párrafo titulado *La norma mercificata*).

²⁴ Este tema ha sido analizado en profundidad por dos grandes maestros del derecho de la Universidad de Turín, es decir SERGIO CHIARLONI, *La dottrina; fonte del diritto?* en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 439, y RODOLFO SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Vol. II, Milano, 1990, 456.

El presente panorama es realmente muy complejo. Ante tal desorden es fácil abandonarse al desconcierto y podríamos preguntarnos cómo es posible todavía juzgar. A los que juzgan se les pide, correctamente, que “mantengan todo junto”. Pero ¿cómo orientarse? ¿qué actitud es posible?

El filósofo del derecho italiano Giuseppe Zaccaria utilizó recientemente la expresión “*obediencia pensante*” (*denkender Gehorsam*) del juez²⁵. Esto, lejos de representar un oxímoron, indica de manera deliberadamente paradójica esa compenetración enriquecedora y mutua influencia, equilibrada y razonada, entre la fidelidad a la ley y a las fuentes del derecho (fidelidad que ciertamente no puede ser ciega, obstinada, obtusa, indiferente) y la sensibilidad humana para las consecuencias, el deseo de justicia, el apego a los valores del ordenamiento jurídico, la *razonabilidad consciente*, la conciencia de las consecuencias prácticas de las decisiones. Hay un fortalecimiento mutuo de los dos términos, que sólo así, en esta dialéctica circular, pueden dar *rienda suelta* a su fuerza *iuspoietica*: la obediencia sólo puede ser pensante y el pensamiento sólo puede ser obediente.

III. Una mirada iusrealista sobre el derecho (¿un punto en común entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo?)

En esta tendencia fundamental de la que he hablado quedan muy claros algunos rasgos de lo que se ha llamado “posmodernidad jurídica”²⁶.

Jean-François Lyotard, quien introdujo el concepto de “posmoderno”, describió a finales de los ‘70 el fin de los *grands récits*, de las grandes narrativas sociales: la Historia, el Progreso, la Verdad²⁷. El Posmoderno indicaba el rudo despertar de una dichosa ingenuidad, la fría desilusión y el desapego de una realidad que parecía llena de certezas, y que en cambio no lo era. Asimismo, la Posmodernidad Jurídica es aquella condición en la que se han disuelto los grandes *mitos* del derecho: la Omnipotencia de la Ley, (el “Legicentrismo”), la Estatalidad del derecho, el carácter sagrado de los Códigos, la figura del Juez *bouche de la loi*, el Silogismo Judicial, la Interpretación como actividad cognitiva, etc. Desmoronados, o mejor dicho, deconstruidos (en el sentido de desenmascarados, desmitificados) los pilares de ese paradigma, sólo quedaría ahora reconocerlo abiertamente y “aferrarse” a la función *unificadora* del juez y del juicio²⁸. Habiendo enterrado el derecho como pura lógica, solo queda mirarlo en términos de experiencia vivida, con su inagotable riqueza alérgica al formalismo. Nada nuevo, al parecer: este fue precisamente el mensaje del antiguo y muy actual lema que literalmente dio vida al movimiento del Realismo Jurídico Estadounidense: «*the life of the law has not been logic: it has been experience*»²⁹.

Ahora bien, no hay duda de que el posmodernismo jurídico está vinculado, ciertamente históricamente, al (neo)constitucionalismo. Independientemente de las opiniones, la proliferación de los principios ético-constitucionales y su papel omnipresente en el razonamiento de los jueces, tanto constitucionales como comunes,

²⁵ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 159 (recordando a PHILIPP HECK, exponente de la *Interessenjurisprudenz*).

²⁶ P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, Napoli, 2011.

²⁷ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, 1979.

²⁸ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ID., *A proposito de ‘il diritto giurisprudenziale’*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2020, 1.

²⁹ O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881, 1.

ha conllevado que los tribunales estuvieran llamados a ser, o percibirse a sí mismos como, los artífices de la promoción y del progreso de los derechos.

Pero el discurso que estoy tratando de hacer aquí es más amplio y, si quisiéramos, menos preciso. No quiere alinearse con una doctrina, con una visión del derecho, sino se refiere a una actitud más generalizada, a una forma de concebir y conocer el derecho, un *clima*, podríamos decir, compartido y actual en nuestro tiempo. Por eso no creo que me equivoque si afirmo, con la debida cautela y un mínimo de circunspección, que es posible ver un terreno común, un punto de convergencia entre el neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico (o más bien, algunas de sus corrientes actuales³⁰).

Este no es el lugar para entrar en el acalorado y controvertido debate. Estas dos visiones del mundo están de hecho en desacuerdo en muchos temas (concretamente: el cognitivismo de los valores); pero creo que comparten, en general, una visión realista del derecho. Con esta expresión me refiero, de manera genérica, a la afirmación (ontológica) por la cual el derecho es lo que sucede, en primer lugar en los tribunales (y también en las universidades) y la afirmación (epistemológica) en el que conocer el derecho significa conocer el conjunto de los significados que asume a través del trabajo de quienes lo interpretan (y nuevamente, no sólo los jueces, sino también la doctrina³¹).

Ambas partes, el positivismo y el neoconstitucionalismo, al menos en algunas de sus versiones, atribuyen centralidad al estudio y conocimiento del “derecho viviente”. La expresión “derecho viviente” lleva consigo la idea de que existe, en cambio, un derecho *inerte*, no vivo. Por tanto, tiene una indudable, aunque sutil, connotación de valor; un valor positivo oculto, pero todavía presente: es decir, que la vida del derecho se expresa en su continua interpretación, creación, o descubrimiento, por los jueces por supuesto, pero también de manera más general por la comunidad de los juristas en su conjunto.

En otras palabras: el derecho no es un *estado*, sino una obra en constante formación; es acción, es algo que se construye progresivamente, es diferente cada día, se forma y se transforma continuamente. Antes de las reglas están los hechos de la vida; y la *palabra* (es decir, el concepto que aprisiona, encierra, regula) es siempre un después, nunca un antes. De nuevo resuena otra fórmula famosa del Realismo Jurídico Americano: «*Before rules were facts; in the beginning was not a Word but a Doing*»³². Son los asuntos del hombre los que tienen prioridad, que producen el derecho, y es fundamental tenerlo en cuenta. En este horizonte compartido, el derecho es en sí mismo un hecho (o más bien, una creación); más bien, es un *artifecto*, es decir, no es ni un dato ni un *donum*, y sólo en esto se mide la diferencia real con las doctrinas del Derecho Natural propiamente dicho.

³⁰ Me refiero, por supuesto, a aquellas versiones del positivismo jurídico contemporáneo (como la de la “escuela genovesa”) que también son realistas (es decir, no normativistas, ni imperativistas, ni ético-ideológicas, etc.). Sobre este punto, R. GUASTINI, *Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico*, en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1989, 424.

³¹ R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, en *Revus (online)*, 2013, 97, <https://journals.openedition.org/revus/2400>

³² K. LLEWELLYN, *Some Realism About Realism. Responding to Dean Pound*, en 44, *Harvard Law Review*, 1931, 1222.

IV. Algunos ejercicios del *ars distinguendi*

No siempre está claro qué características precisas tiene esta tendencia fundamental; y de hecho hasta ahora he utilizado deliberadamente las expresiones generales y no técnicas de “mayor papel de los tribunales”, “supremacía del formante jurisprudencial”, “centralidad del juicio”, “importancia del derecho viviente” para agrupar bajo el mismo paraguas diferentes manifestaciones, las cuales ven la *primauté* del momento de la aplicación del derecho sobre su momento estático-litera.

Sin embargo, dado que la primera tarea, el único imperativo categórico del estudioso es intentar siempre “ver claramente”, será útil distinguir analíticamente diferentes fenomenologías. Más tarde, el análisis se llevará a cabo considerando tres pares de conceptos en contigüidad / oposición entre sí: (a) *creación e interpretación* (con los problemas relacionados de la construcción de las lagunas y la actitud del juez hacia el derecho injusto); (b) *creación e invención* (y las dos grandes imágenes del juez de la Tradición Jurídica Occidental, opuestas entre sí, como *bouche de la loi* o como *oracle of the law*); y (c) *creación y jurisprudencia* como verdadera fuente del derecho.

Dos especificaciones: la primera es que trataré el fenómeno con referencia exclusiva a los jueces comunes. De hecho, me parece fundamental distinguir entre la actividad creadora de las cortes constitucionales, o que también ejercen funciones constitucionales (como es el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos), y la de los jueces comunes, no solo pertenecientes a los tribunales superiores sino también, y cada vez con mayor peso y eficacia, a los de mérito. Aunque desde un punto de vista estrictamente conceptual las dos actividades en sí mismas no son tan diferentes - la interpretación es un fenómeno que puede y debe estudiarse en su unidad - lo son desde un punto de vista político-institucional. Para las cortes constitucionales, de hecho, crear el derecho parece, por así decirlo, *más fisiológico y natural*, dada su posición tan particular dentro de la arquitectura institucional, en un delicado equilibrio entre derecho y política. El Tribunal Constitucional, al menos en Italia, no pertenece al orden judicial, ni su actividad se califica como jurisdiccional en un sentido estricto. Para los tribunales comunes, sin embargo, la relación con la ley se plantea en términos radicalmente diferentes.

La segunda es que las siguientes breves consideraciones se refieren al derecho civil únicamente, teniendo en cuenta, sin embargo, que también se han dado trayectorias similares en el área del derecho penal, con efectos aún más revolucionarios³³.

V. ¿Crear o interpretar? (Creación en sentido fuerte y sentido débil)

En los debates de teoría general de la interpretación se afirma, rigurosamente, que el juez crea derecho siempre que el contenido de la norma (entendida tan rigurosamente como el producto final de la interpretación) que él aplica (a) no es idéntico al contenido de otra perteneciente al mismo ordenamiento y (b) ni es su consecuencia lógica³⁴. En definitiva, la norma es *nueva* cuando no reproduce el contenido, ni expresado ni implícito, de ninguna otra. El juez, si queremos, con otras palabras, crea una “*regla tácita*” cuando esta no es “razonablemente atribuible” a ningún significado

³³ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, en *Ars Interpretandi*, 2016, 23.

³⁴ E. BULYGIN, *Sentencia judicial y creación del derecho*, en C. ALCHOURRON - C. E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, 355.

de otro enunciado normativo³⁵. Estas definiciones, que básicamente coinciden, abren un sinfín de problemas definitorios. Qué se entiende por “consecuencia lógica”, o cuál puede ser el “contenido implícito” de una norma, o cuáles son los significados “razonablemente atribuibles” a un enunciado son cuestiones que quedan abiertas.

El juez puede crear una nueva norma a través de dos caminos diferentes. Puede hacerlos directamente, es decir introduciéndola *ex novo*, por ejemplo, por analogía u obteniéndola de uno o más principios (*creación en sentido fuerte*) o indirectamente, es decir interpretando o, podríamos decir, ampliando o reduciendo así tanto (los significados de) una disposición ya existente de modo que la norma final sea diferente de las que el texto inicial podría expresar³⁶. Es decir: al interpretar *demasiado*, el juez acaba creando (*creación en el sentido débil*). En ambos casos, sin embargo, decimos que esa norma, antes de la intervención del juez, no existía.

De hecho, muchos filósofos del derecho distinguen entre la creación de nuevo derecho y la mera interpretación (o “extensión”) de conceptos que ya están presentes en los enunciados normativos³⁷. Pero ¿dónde está la línea divisoria? ¿dónde el *ius dicere* se convierte en *ius facere*?³⁸ La advertencia es que la distinción es muy sutil y quizás sea sólo una cuestión de grado.

Esta ambigüedad ocurre por una razón muy simple; y es que las palabras del lenguaje jurídico se caracterizan por la vaguedad, noción muy estudiada entre los filósofos del derecho de dirección analítica, especialmente en el ámbito anglosajón³⁹. La vaguedad técnicamente significa que hay casos límites, es decir, no se sabe con precisión dónde termina un concepto. Y cabe señalar que esta es una característica del lenguaje natural (del cual el jurídico no es más que una subcategoría), y por tanto intrínsecamente inevitable, incluso si se quiere minimizar el uso de cláusulas generales (pero esto, probablemente, abriría otros debates).

No cito aquí el ejemplo ya conocido de HLA Hart, que apareció por primera vez en su ensayo *Positivism and the Separation of Law and Morals*, sobre la señal que prohíbe la entrada de “vehículos” al parque⁴⁰; y me pregunto: si un juez condenara a un conductor de automóvil por ingresar al parque, nadie dudaría de que el no creó derecho al hacerlo. Pero ¿y si condenara a cualquiera que ingresara con un patinete? ¿Podríamos simplemente decir que se ha ampliado el concepto de “vehículo” o más bien que se ha creado una nueva norma (¿ilegítimamente?) que antes no existía (y que prohíbe la entrada de patinetes al parque)?

³⁵ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 155.

³⁶ Para profundizar esta cuestión, véase V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, en M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (eds.), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006, 133.

³⁷ Por ejemplo, D. CANALE, *In difesa della distinzione tra interpretazione e creazione giuridica*, en P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G. B. RATTI (eds.), *L'arte della distinzione: scritti per Riccardo Guastini*. Vol. II, Parte II, Marcial Pons, 2019.

³⁸ Críticamente, C. CASTRONOVO, *Laporia tra ius dicere e ius facere*, en *Eur. e Dir. Priv.*, 2016, 981.

³⁹ *Ex multis*, T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2000; ID., *The Value of Vagueness*, en A. MARMOR, S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2011; A. MARMOR, *Varieties of Vagueness in the Law*, en ID., *The Language of Law*, Oxford, 2014, Cap. IV.

⁴⁰ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en 71 *Harvard Law Re-view*, 1958, 593, 606; v. también ID., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 125.

VI. Sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico

Apenas es necesario señalar que existe al menos un caso en el que la actividad creadora del derecho por parte del juez no solo es completamente legítima, sino que es lógicamente y conceptualmente necesaria, obligatoria: es decir, cuando el caso concreto que se ha llevado ante la autoridad del juez no se rija por ninguna norma, es decir, en caso de una laguna (normativa). Dado que en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos existe la prohibición del *non liquet*, o sea el deber del juez de decidir, él se verá obligado a crear (o inventar si lo prefiere, véase más abajo) la *regola iuris* general a aplicar, aunque con eficacia limitada al presente caso. Por supuesto- y hay que decirlo enérgicamente - el juez no es para nada libre en la creación de esta norma. Él nunca es libre (v. *Infra*): y por lo tanto no es libre ni siquiera en esta hipótesis (y, desde un punto de vista pragmático, cada sistema resuelve este problema de la forma que considere más adecuada⁴¹).

Pero ¿es tan sencillo decir que un caso no se rige por ninguna norma?

Kelsen, por ejemplo, negó que pudiera existir tal hipótesis, afirmando la exhaustividad de los sistemas normativos. Él postulaba la existencia de una regla general exclusiva, un “principio general de libertad” para el cual “todo lo que no está prohibido está permitido”. Al hacerlo, ningún caso de la vida habría escapado a “las redes” del derecho. El sistema siempre daría (al menos) una respuesta para cada caso: si un hecho no está regulado, significa que está permitido⁴².

Pero las cosas (al menos en el ámbito del derecho civil) no son para nada así: de hecho, la presión de los cuerpos sociales obliga al juez a ejercer cierta discrecionalidad para hacer justicia a través del derecho, si el legislador no se ha preocupado - por descuido, incapacidad, falta de voluntad u otra - de regular una determinada hipótesis que se percibe como relevante y, por tanto, jurídicamente significativa. Sólo para dar un ejemplo bien conocido en el debate italiano, pensemos en el asunto “Englaro” y en particular en la decisión de la Corte de Casación n. 21748 de 4 de octubre de 2007 sobre las condiciones para la suspensión de cuidados vitales, que intervino en una situación de silencio legislativo sobre el delicado punto, y que es considerada «*il paradigma di un modo di argomentare del giudice che guarda al diritto [...] e che riempie le lacune attraverso la centralizzazione dei principi*»⁴³.

En estos casos, el juicio sobre lo que es socialmente relevante y lo que no lo es, y por lo tanto sobre lo que merece ser regulado con precisión por una norma abstracta, es una cuestión adicional sobre la que se ejerce la discrecionalidad del juez, y la conclusión bien puede ser controvertida.

Esto nos lleva a comprender cómo la existencia de una laguna normativa es casi siempre (sin atreverme a decir “*siempre*”) también una cuestión de evaluación, y no simplemente descriptiva. A lo que me vengo a referir es que es muy infrecuente que el juez simplemente se encuentre con un vacío normativo y lo llene, sino que será él mismo quien, en primer lugar, lo integre, interpretando, valorando de cierta

⁴¹ Por ejemplo, en el sistema jurídico italiano, el art. 12 *Preleggi* del Código Civil establece que «*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico*».

⁴² H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, 1979, 29, según el cual una conducta está *negativamente regulada* cuando “esa conducta no está prohibida por el orden sin estar positivamente permitida por una norma”.

⁴³ G. R. CONTI, *Il ruolo del giudice visto dalla dottrina con un occhio alla giurisprudenza* (Cap. I), en *Scelte di vita o di morte? Il giudice è garante della dignità umana?*, Roma, 2009, 23.

manera las disposiciones que serían aplicables. Rara vez el juez dirá que un caso carece objetivamente de una solución abstracta, sino que el legislador no ha tenido en cuenta una distinción que, de haberlo considerado, lo hubiera llevado a legislar de otra manera⁴⁴. En definitiva: lo que falta no es una norma, sino una *norma justa*.

Seamos claros: no es que imaginemos que el juez lo haga por capricho o arbitrio o protagonismo gratuito, sino que su opción, a la hora de valorar, se fundamenta a la luz de consideraciones de valor más generales. Por eso se dice, en este caso, que la laguna es *axiológica*, porque se basa en opciones de valor, se entienda como se entienda⁴⁵.

Pensemos, sólo por poner un ejemplo, en las diversas, múltiples y proliferantes categorías de “abuso del derecho” (y ahora también de “abuso del proceso”) que no encuentran, o no encontraron, correspondencias legislativas precisas. Estas tienen sus raíces en un argumento de este tipo: las normas que prevén como lícito un determinado comportamiento “carecen” de la capacidad de regular su abuso; dado que esto se percibe como *jurídicamente relevante* por ser *axiológicamente negativo*, el juez debe integrarlas; él no puede aceptar pasivamente que se pueda abusar de un derecho⁴⁶.

Este ejercicio de creación judicial está muy lejos de ser algo negativo, así como creen quienes ven en esta práctica una *herida* al principio de legalidad *formalisticamente* entendido. Los valores, en efecto, no pueden considerarse ajenos a la actividad judicial, ni materia de competencia exclusiva del legislador sólo o de la Corte Constitucional. Los valores moldean todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también el trabajo del juez individual. No hay un monopolio de quién está llamado a cuidar los valores, si no todos los actores deben participar en su realización, aunque de diferentes formas.

VII. I. El juez frente al derecho injusto. Injusticia subjetiva...

Permanezcamos un momento en el nivel de las valoraciones, es decir, en el nivel no de lo que es, sino de lo que debería ser, y preguntémosnos: ¿esta última actividad de creación de una laguna es siempre, o nunca es, legítima? ¿Qué es lo que la mueve? Hemos dicho el pensamiento, la creencia, de que el derecho no es satisfactorio o justo en un caso específico. Pero ¿hasta qué punto está autorizado el juez para hacerse esta pregunta?

Esta pregunta nos lleva a reflexionar sobre cuál puede ser la actitud interpretativa del juez (común) frente al derecho injusto. Cuestión entre las más filosóficamente y éticamente problemáticas, y que, en su esencia, es de orden valorativo y por tanto, en última instancia, político.

Evidentemente, hay que entenderse sobre el adjetivo “injusto”.

La pregunta sigue siendo muy interesante incluso si se entiende injusto como “contrario a la propia conciencia” o “contrario al propio sentido de justicia”: sería demasiado simplista predicar su absoluta irrelevancia. Podemos afirmar que en este

⁴⁴ C. E. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, 158.

⁴⁵ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2001, 163.

⁴⁶ Sobre el tema del abuso del derecho, desde una perspectiva de la filosofía del derecho, G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 25; N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, en *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 193.

caso el juez, mientras permanezca dentro del recinto de la actividad interpretativa, sin incurrir en una “violación manifiesta” del texto, podría (legítimamente) interpretar la disposición de manera correctiva, de modo que la norma corresponda, una vez aplicada, al propio *desideratum*, es decir, al dictado de la propia conciencia. Pero ¿y si este tipo de interpretación no fuera posible?

Guido Calabresi, juez federal de Estados Unidos, en su libro *Il mestiere di giudice* se pregunta precisamente cómo reaccionaría si la ley lo obligara a condenar a muerte a un culpable, y no había forma de evitarlo⁴⁷. Tengan en cuenta que la pena capital es perfectamente constitucional en los Estados Unidos; no está en contraste con algún principio supremo, expresado o implícito, y de hecho incluso se contempla⁴⁸; es simplemente una práctica que no se alinea con la conciencia del juez Calabresi, con su propia sensibilidad moral personal. Este es el punto dramático de esta hipótesis: aquí la referencia a los “valores” del ordenamiento jurídico, al “contenido ético” de la Constitución, etc. no es de ninguna ayuda. Dirigir la mirada a la Constitución o a los valores inmanentes no ayuda, porque es la Constitución, son esos valores, que en hipótesis se consideran injustos.

En primer lugar, Guido Calabresi reconoce - *iusrealisticamente* - su responsabilidad personal como juez y como persona. No se puede esconderse detrás de la pantalla del texto: es la sentencia la que quita la vida, no la ley. Resuenan las palabras de Salvatore Satta, el procesalista que reflexionó más profundamente sobre el drama del juzgar: «*la legge è indubbiamente un dato che si impone al giudice, e del quale egli non può non tenere conto: ma non è più che un elemento [...]. La realtà è che chi uccide non è il legislatore ma il giudice, non è il provvedimento legislativo, ma il provvedimento giurisdizionale*»⁴⁹. Y, en otra parte, agrega: «*Oggi noi sappiamo che il giudice condanna ed assolve, non la legge*»⁵⁰. Si el juez es poderoso en nuestro mundo, y lo es, también significa que es responsable. El poder y la responsabilidad no se pueden separar. Guido Calabresi al final parece dejar abierta la cuestión; evalúa todas las opciones, incluida la de la dimisión, pero finalmente las excluye, ya que, si todos lo hicieran, no quedaría nadie “dentro del sistema” para alzar voces críticas⁵¹.

La opción del filósofo del derecho de Oxford John Gardner parece más drástica. Él, en el ensayo *The Virtue of Justice and the Character of the Law* contenido en ese libro que es una mina de ideas poderosas, *Law as a Leap of Faith*, afirma que en el caso de que la aplicación de la ley sea inmoral (“immoral”) o injusta (“unjust”), los tribunales en cuanto órganos de justicia no pueden rendirse (“surrender”). Deben o tratar de cambiar la norma, haciendo todo lo que esté a su alcance (a través de las

⁴⁷ G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014 (espec. tercera parte, *Il giudice e la giustizia: di fronte alla pena di morte*).

⁴⁸ La Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense (introducida en 1791) dice que “no person [...] shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law” asumiendo implícitamente que una persona puede ser privada de la vida después de un “debido proceso”.

⁴⁹ S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), en *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 17. Recientemente tuve la oportunidad de profundizar esta visión sattiaana: *si vis*, cf. C.V. GIABARDO, *Brevi riflessioni sul giudizio (variazioni sul tema a partire da Il mistero del processo di Salvatore Satta e oltre)*, en P. CHIARELLA (ed.), *Narrazioni del diritto*, Napoli, 2020, 149.

⁵⁰ S. SATTA, *La tutela del diritto nel processo*, en *Il mistero del processo*, cit., 69.

⁵¹ Sobre este inmenso problema, y también sobre el dilema planteado por Guido Calabresi, cf. la entrevista de ROBERTO CONTI a los profesores GAETANO SILVESTRI, VINCENZO MILITELLO y DAVIDE GALLIANI, titulada *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, en *Giustizia Insieme* (online), 2019, <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/669-il-giudice-disobbediente-nel-terzo-millennio> y también en R. CONTI (ed.), *Il mestiere di giudice*, Milano, 2020, 193.

conocidas técnicas del distinguishing o overruling) o, cuando esto no sea posible, deben abandonar este camino y decidir sin demora por una conclusión que sea adecuada para sus propios méritos (“*just on its raw unruly merits*”): ya sea recurriendo a la *Equity* o, como última hipótesis, incluso a la desobediencia civil⁵². Por tanto, el parece imaginar una actividad que no es ni dolorosamente “aceptable” (que es aceptar lo que la ley quiere y someterse a ello en nombre de su propia tarea) ni puramente negativa (que es la de la dimisión) sino más bien creativa, sustitutiva, reactiva. Con todos los problemas, por supuesto, que pueden surgir. En efecto, el admite que este último camino puede ir en contra de la “*judicial obligation of fidelity to law*”, es decir, la obligación de fidelidad al derecho; pero esto no debería sorprendernos si tenemos en cuenta que, para John Gardner, la tarea del juez es *to dispense justice according to law*, donde el énfasis está en la primera parte de la sentencia (*doing justice*) más que en la segunda (*according to law*)⁵³.

VII. II. E injusticia objetiva

Si, por el contrario, por “injusto” entendemos “contrarios a los principios ético - morales incorporados (positivizados, por tanto) a nivel constitucional o supranacional”, el problema parece menos dramático.

El juez - en Italia - debe preguntarse en primer lugar si la disposición puede dar lugar a una interpretación correcta, incluso si única, en el sentido de conforme al dictamen constitucional o supranacional. En breve: él tiene un deber inicial de ofrecer una interpretación “adecuadora”, deber a su vez creado por la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional (a modo de excepción o, mejor dicho, en adición a los criterios interpretativos a que se refiere el art. 12 de las disposiciones iniciales (“*preleggi*”) del código civil italiano)⁵⁴. Más bien, existen sentencias de la Corte Constitucional que declaran inadmisibles la cuestión de constitucionalidad por “insuficiente esfuerzo interpretativo” del tribunal *a quo*⁵⁵.

Sólo en caso contrario el juez deberá plantear la cuestión de la constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, este último dotado verdaderamente de un poder genuino e institucional para crear derecho, incluso expulsando del ordenamiento jurídico la disposición de la cual no es posible dar ni siquiera una interpretación constitucional. Destruir, si se observa atentamente, no es más que otra forma de crear.

Pero la pregunta esencial (¿insoluble?) permanece y vuelve: ¿hasta qué punto puede una interpretación constitucionalmente orientada del juez común desviarse del significado convencional de las palabras? ¿Hasta dónde debe llegar este “esfuerzo

⁵² J. GARDNER, *The Virtue of Justice and the Character of Law*, en ID., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 212, 258.

⁵³ J. GARDNER, *ult. loc. cit.*, en nota 28.

⁵⁴ A partir de la decisión de la Corte constitucional (de Italia) 22 octubre 1996, n. 356: «*In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni in-costituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*». Sobre esta evolución, V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) “fare da sé”*. *Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, en 4, *Diritto e società*, 2018, 633.

⁵⁵ V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, en *Giur. Cost.*, 2005, 785.

interpretativo”? ¿En qué medida la interpretación del juez debe, y por tanto, puede, manipular el texto?

VIII. ¿Crear o “inventar”? El juez como “boca de la ley” o como “oráculo del Derecho”

Ahora es necesario precisar que, la actividad creativa judicial es *sui generis*, en el sentido de que es completamente diferente a la creación del derecho por el legislador. Ambos crean derechos, pero lo hacen de una forma, y con resultados, totalmente diferentes.

Si bien de hecho es cierto, el legislador puede evaluar la oportunidad de la disposición que introduce desde cualquier punto de vista (político, moral, económico, etc.) y, más bien incluso es libre de no evaluarla en absoluto, el juez puede crear normas sólo y exclusivamente mediante razonamientos jurídicos o técnicas interpretativas, es decir siempre y únicamente a partir de otro derecho. En abstracto, el legislador no tiene que motivar sus elecciones, y cuando las motiva, la motivación no pasa a formar parte del texto de la ley. El motivo de la norma en este caso no tiene por sí mismo fuerza de ley. Por el contrario, el juez está siempre llamado a argumentar, a justificar su decisión, a darle una base jurídica y sólo, únicamente jurídica. La motivación es parte esencial de la sentencia. Más bien, en esta época de preeminencia del derecho jurisprudencial, vemos, al menos en Italia, la multiplicación del número de páginas dedicadas, en las motivaciones de las sentencias civiles, a los razonamientos sobre el derecho, especialmente en las decisiones más decisivas de la Corte de Casación, que asumen con mayor frecuencias cada vez las vestiduras casi de un tratado, de un largo ensayo de doctrina, precisamente para señalar su ambición de actuar como guía fidedigna y convincente al decir cuál sea realmente el derecho. Aquí podemos decir verdaderamente que el “formante jurisprudencial” no sólo ha pasado por alto el legislativo, sino también el doctrinal⁵⁶.

Si por tanto entendemos la palabra “crear” como “*crear ex nihilo*”, debemos concluir que el juez nunca puede crear derecho, nunca, ni siquiera en los sistemas de *common law*, donde el *judge-made law* es el rasgo distintivo. De hecho, allí más que en otros lugares se hace referencia a la metáfora, utilizada por ejemplo de Ronald Dworkin, según el cual el derecho (y el derecho civil, en particular) es como un libro, escrito página tras página por una multiplicidad de autores diferentes en el espacio y el tiempo, pero en continuidad unos con otros⁵⁷. Las páginas del libro, aunque provengan de distintas voces, deben hablar el mismo idioma, desarrollar la misma historia, ser coherentes con el mismo hilo narrativo; la página siguiente debe continuar con la página anterior, basarse en ella, fundarse en ella. Y así es el derecho: una innovación creativa siempre debe referirse al camino anterior, quizás incluso apartándose de él, quizás incluso colocándose en una fuerte ruptura con él, pero siempre argumentando, razonando con un vínculo hacia el pasado. Es precisamente el énfasis en esta característica lo que nos lleva a decir que el juez no crea, sino que “inventa” el derecho, en el sentido etimológico del verbo latino “*invenio*”, que significa “encontrar” a partir de material dado⁵⁸.

⁵⁶ G. M. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, en *Foro It.*, V, 2013, 181; R. PARDOLESI – B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, *ivi*, 2016, V, 299.

⁵⁷ R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, en 60, *Texas Law Journal*, 1982, 527.

⁵⁸ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari - Roma, 2017; ID., *La invenzione del diritto: a pro-posito della funzione dei giudici*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 869; ID., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma,

Pero ojo: la palabra “inventar” (siempre en el sentido de “encontrar”) tiene una fuerte connotación no decisionista y corre el riesgo de eclipsar, si no nos hace olvidar por completo, el papel, de hecho, muy fuerte, de la voluntad del juez. En este sentido, etimológicamente, la palabra “encontrar” se expresa en algo que ya estaba allí, y bastaba con observar mejor para verlo, sin ninguna participación, sin ninguna elección del sujeto en cuanto a qué encontrar. De hecho, en el lenguaje cotidiano, encontrar una bicicleta es diferente a crearla. Las dos acciones indican cosas muy distintas.

La imagen del juez que, mirando detenidamente, encuentra el derecho, no es nueva; disfrutó de una gran fortuna en el siglo XVIII en Inglaterra y fue respaldada por William Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England* para explicar el funcionamiento del *common law*⁵⁹. Es la *declaratory theory of the Common law*, la “teoría declaratoria del *common law*”, este es el nombre, según la cual el juez no crea el derecho en absoluto, sino que simplemente *va en busca* de un derecho que le es preexistente, es inmemorial, y lo declara. Donde debería haber buscado, es fácil decirlo: escudriñando la Razón, actividad que era de su exclusiva competencia, él sólo teniendo las habilidades y capacidades adecuadas para hacerlo, y luego traducirla y comunicarla al público formado por “no iniciados”.

Por eso el juez, en la cultura anglosajona, nunca ha sido descrito tradicionalmente, ni siquiera desde un punto de vista simbólico, como la boca de la ley, siguiendo a Montesquieu, sino como el *oracle of the law*, según la imagen diametralmente opuesta de Dawson⁶⁰; el juez es un profeta que puede dar las respuestas leyendo de donde otros no pueden recurrir.

Todo el mundo ve la debilidad de esta teoría, aunque aquí tan sencillamente descrita: ella no tenía otro propósito que legitimar políticamente al juez. El Realismo Jurídico desató luego un golpe mortal a esa visión (que ya ninguno, ni en Inglaterra, ni en los Estados Unidos, hoy toma en serio), convirtiéndola en una herramienta del pasado. Por tanto, mediando entre las dos palabras, que llevan consigo un poder evocador diferente, podemos decir de la siguiente manera: así como es necesario tener en cuenta que en cada creación de derecho también hay un hallazgo del derecho, del mismo modo se debe reconocer que en todo hallazgo, en el inventar el derecho, hay un fuerte elemento de elección, de decisión, de voluntad subjetiva del intérprete.

IX. La “jurisprudencia consolidada” como fuente de derecho

Si la creación del derecho no se convierte en práctica, en costumbre, ella permanece instantánea, fulmínea y agota sus efectos en el presente caso. Se creó derecho, así es, porque la sentencia regirá ese caso específico; tendrá la eficacia de la cosa juzgada y por tanto la fuerza para regular concretamente y eficazmente la relación entre las partes. Bien puede ser que el juez no tuviera la intención de hacer nada más; puede ser que él no aspirara a que su creación se convirtiera en fuente del derecho, sino sólo a que resolviera de una manera justa el caso que se le ha presentado. Él creó el

2015: «*Nessuna potestà al mondo è in grado di creare il diritto [...] Il diritto va – questo sì – inventato, nel senso del latino, invenire, ossia trovare; va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola troppo vecchia o troppo generica non si presta a ordinare i fatti [...]. Rechtsfindung insegnava una risalente dottrina tedesca [...]».*

⁵⁹ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, (1765 – 1790).

⁶⁰ J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.

derecho no para contribuir al desarrollo y a la evolución del ordenamiento jurídico, sino movido por la “*preeminencia del caso*”, por *las razones de lo concreto*⁶¹. *El caso habla* y el juez no puede dejar de responder. La creación, diremos en este caso, sirvió sólo como justificación de una determinada decisión, basada en la necesidad de hacer justicia en el asunto ante el magistrado.

A veces, sin embargo, la actividad conjunta de los jueces hace que una determinada decisión (sea puramente interpretativa o genuinamente creativa) sea una verdadera fuente de derecho. Sin embargo, para que una sentencia se califique como tal, debe aplicarse de manera estable, debe ser seguida constantemente, ya sea por su propia fuerza o por su capacidad de persuasión, a lo largo del tiempo, por otros jueces. La suya debe ser una fuerza “unificadora”; debe *universalizarse*. En este caso, sólo una lectura extremadamente formalista de la realidad nos impediría afirmar que esa determinada interpretación o creación se ha convertido en una parte estable y “oficial” del ordenamiento jurídico: en este caso hablaremos de “derecho jurisprudencial” en sentido propio⁶².

En los sistemas de *common law*, la diferencia que acabamos de mencionar se expresa con mayor precisión. John Gardner, lúcidamente, vincula esta oposición a dos tipos diferentes de derecho que a menudo tienden a confundirse: por un lado el *case law* y por otro el *common law* propiamente dicho. El *case law* es ese derecho que crean los jueces sin que haya convergencia en el comportamiento oficial de los operadores (“*no convergence of official behaviour*”), y por tanto sin que esto se traduzca en ser parte verdadera del derecho. En el *common law*, en cambio, se ha formado una costumbre judicial (“*judicial customary law*”) a partir de decisiones individuales que han sido reconocidas y utilizadas a lo largo del tiempo (“*reception and use of case law*”)⁶³ ¿Dónde termina uno y comienza el otro? Nuevamente es una cuestión de grado.

Con algunas adaptaciones, este contraste también puede servir para describir la realidad de nuestros sistemas, y del italiano en particular, demostrando que la diferencia en la eficacia del precedente en el derecho comparado es más matizada de lo que pensamos: en el *common law* el precedente es menos vinculante de lo que uno quisiera creer, mientras que aquí lo es más⁶⁴.

Las orientaciones consolidadas, estables y seguidas en el tiempo, son por tanto fuentes de derecho (¿y por qué no debería de ser así?). Pensemos en los grandes *leading cases*, en los *gran arrêt* en materia de responsabilidad civil en Italia: desde el resarcimiento de los daños en relación a derechos derivantes de contratos (el “caso Meroni”⁶⁵) al resarcimiento de los intereses legítimos⁶⁶, a la ampliación de los límites del resarcimiento por daños biológicos⁶⁷, etc. La historia del derecho de la responsabilidad civil, en Italia y en muchos otros países, es, en esencia, una *historia de sentencias*.

⁶¹ G. ZACCARIA, *Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, en *Ars Inter-pretandi*, 2019, 7, en continuidad con el debate abierto por N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 41.

⁶² S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2002, 5.

⁶³ J. GARDNER, *Some Types of Law*, en *Id.*, *Law as a Leap of Faith*, cit., 74.

⁶⁴ S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 614.

⁶⁵ Cass. Sec. Un., 26 enero 1971, n. 174.

⁶⁶ Cass. Sec. Un., 22 julio 1999, n. 500.

⁶⁷ Cass., 31 mayo 2003, n. 8828 y n. 8827.

X. Conclusiones

(Con una meditación de Piero Calamandrei)

Para concluir, quisiera resumir unas palabras de Piero Calamandrei, tan profundas como actuales, sobre los “valores humanos” del juicio, remedio para la obediencia ciega, al principio de legalidad *formalisticamente* entendido y a la dictadura de la lógica del silogismo: temas recurrentes en las meditaciones del estudioso florentino, y que siento muy cercano a mí.

Después de haber descrito con precisión un caso de injusticia debido a una aplicación formal de la ley, él argumenta lo siguiente:

«La logica giuridica, quando sia adoprata con discrezione, è uno strumento prezioso per vedere gli aspetti giuridici della realtà sociale; assomiglia a quello strumento [...] con cui gli antichi ritrattisti [...] si aiutavano per essere più fedeli al modello: una intelaiatura di legno, sulla quale era fissata una rete di fili di seta incrociati ad angolo retto [...]. A questo serve il sillogizzare dei giuristi: ma guai se si aumentano oltre misura i fili della rete, restringendo sempre di più le dimensioni delle aperture attraverso le quali si dovrebbe vedere la giustizia! A un certo momento, quando la rete è diventata troppo fitta, la giustizia, sotto l'intrico della giurisprudenza, non si riesce a vederla più.

Eppure, anche nel sistema della legalità, la stessa legge offre al giudice i mezzi per non perderla mai di vista, per mantenersi sempre in contatto con essa [...]: l'interpretazione evolutiva, l'analogia, i principi generali, finestre aperte sul mondo, delle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova»⁶⁸.

La metáfora de la apertura al mundo, de la ventana que ilumina una habitación cerrada, me parece la más adecuada para evocar el sentido, el fundamento y al mismo tiempo también la “función social” del poder creativo del juez (que es por cierto, la misma bella imagen también utilizada por Paolo Grossi, refiriéndose, en un ensayo reciente, a la obra de Santi Romano: «è il pullulare che nel 1909, centodieci anni fa [...] Santi Romano osservava dalle finestre del suo studio ben aperte sulla vivace quotidianità cittadina. Os-servava e registrava, attentissimo al contesto sociale e nemico di mitizzazioni formalismi dogmatismi; e identificava in esso con ammirevole lucidità la causa prima del palese declino del borghese Stato di diritto, delle sue chiusure e sordità sociali, dei suoi forzosi riduzionismi»⁶⁹).

⁶⁸ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 252 y ahora también en ID., *Opere giuridiche*, Vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma Tre Press, 2019, 598, 610 (trad.: “La lógica jurídica, cuando se utiliza con discreción, es una herramienta valiosa para ver los aspectos jurídicos de la realidad social; se asemeja a ese instrumento [...] con el que los retratistas antiguos [...] se ayudaban mutuamente a ser más fieles al modelo: un marco de madera, sobre el que se fijaba una red de hilos de seda cruzados en ángulo recto [...]. Este es el propósito de la *silogización* de los juristas: pero ¡ay de si los hilos de la red se incrementan sin medida, restringiendo cada vez más las dimensiones de las aberturas a través de las cuales se debe ver la justicia! En un momento determinado, cuando la red se ha vuelto demasiado densa, la justicia, bajo la maraña de la jurisprudencia, ya no se puede ver. Sin embargo, incluso en el sistema de legalidad, la misma ley ofrece al juez los medios para no perderla nunca de vista, para estar siempre en contacto con ella [...]: la interpretación evolutiva, la analogía, los principios generales, ventanas abiertas sobre el mundo, de las cuales, si el juez sabe mirar a tiempo, puede entrar el aire oxigenado de una sociedad renovadora”.

⁶⁹ P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., 4 (trad.: “Es el enjambre que en 1909, hace ciento diez años [...] Santi Romano observaba desde las ventanas de su estudio, bien abiertas en

La ventana abierta como guía, como advertencia perenne de que siempre hay un *más allá* de la ley.

XI. Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÓN C.E., - BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974.
- BERRUTI, G.M., *La dottrina delle corti*, *Foro It.*, V, 2013, 181.
- BULYGIN, E., *Sentencia judicial y creación del derecho*, en C. ALCHOURRÓN - C. E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 355.
- CALABRESI, G., *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014.
- CALAMANDREI, P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 252 y ahora también en ID., *Opere giuridiche*, Vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma Tre Press, 2019, 598.
- CANALE, D., *In difesa della distinzione tra interpretazione e creazione giuridica*, en P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G. B. RATTI (eds.), *L'arte della distinzione: scritti per Riccardo Guastini*. Vol. II, Parte II, Marcial Pons, 2019, 239.
- CASTRONOVO, C., *Laporia tra ius dicere e ius facere*, *Eur. e Dir. Priv.*, 2016, 981.
- CELANO, B., *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, Illeciti atipici*, *Eur. e Dir. Priv.*, 2006, 1061.
- CHIARLONI, S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2002, 1.
- CHIARLONI, S., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giudiziale*, *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 614.
- CHIARLONI, S., *La dottrina; fonte del diritto?*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 439.
- CONTI R.G., (ed.), *Il mestiere di giudice*, Milano, 2020.
- CONTI, R.G., *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, *Giustizia Insieme (online)*, 2019, <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/669-il-giudice-disobbediente-nel-terzo-millennio> (entrevista a los profesores Gaetano Silvestri, Vincenzo Militello Y Davide Galliani).
- CONTI, R.G., *Scelte di vita o di morte? Il giudice è garante della dignità umana?*, Roma, 2009.
- DAWSON, J.P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.
- DWORKIN, R., *Law as Interpretation*, 60, *Texas Law Journal*, 1982, 527.
- ENDICOTT, T., *The Value of Vagueness*, en A. MARMOR, S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2011, 14.
- ENDICOTT, T., *Vagueness in Law*, Oxford, 2000.

la viva vida cotidiana de la ciudad. Observaba y registraba, muy atento al contexto social y enemigo de mitizaciones, formalismos, dogmatismos; e identificaba en él con admirable lucidez la causa primaria del evidente declive del Estado de derecho burgués, de sus cierres y sorderas sociales, de sus reduccionismos forzados”).

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, *Questione Giustizia*, 4/2016, Il giudice e la legge, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/contro-la-giurisprudenza-creativa_395.php.

FERRAJOLI, L., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, *Ars Interpretandi*, 2016, 23.

GARDNER, J., *The Virtue of Justice and the Character of Law*, en ID., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 212, 238.

GARDNER, J., *Some Types of Law*, en ID., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2012, 54.

GIABARDO, C.V., *Brevi riflessioni sul giudizio (variazioni sul tema a partire da Il mistero del processo di Salvatore Satta e oltre)*, en P. CHIARELLA (ed.), *Narrazioni del diritto*, Napoli, 2020, 149.

GIABARDO, C.V., *Tempo e diritto: alcune considerazioni a proposito della tutela civile dei diritti nell'epoca della globalizzazione*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, 219.

GROSSI, P., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2020, 1.

GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, Bari - Roma, 2017.

GROSSI, P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 831.

GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015.

GROSSI, P., *Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, Napoli, 2011.

GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GUASTINI, R., *Il realismo giuridico ridefinito*, *Revus (online)*, 2013, <https://journals.openedition.org/revus/2400>

GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2001.

GUASTINI, R., *Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico*, *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1989, 424.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

HART, H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harvard Law Review*, 1958, 593.

HOLMES, O.W., *The Common Law*, Boston, 1881.

IRTI, N., *La crisi della fattispecie*, *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 36.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1979.

LIPARI, N., *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, en ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 193.

LIPARI, N., *I civilisti e la certezza del diritto*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 1133.

LLEWELLYN, K., *Some Realism About Realism. Responding to Dean Pound*, en 44, *Harvard Law Review*, 1931, 1222.

LYOTARD, J.-F., *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, 1979.

MARCENÒ, V., *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, 4, *Diritto e società*, 2018, 633.

MARCENÒ, V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, *Giur. Cost.*, 2005, 785.

MARMOR, A., *Varieties of Vagueness in the Law*, en ID., *The Language of Law*, Oxford, 2014, Cap. IV.

OST F., - VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2010.

PARDOLESI, R. – SASSANI, B., *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, *Foro It.*, 2016, V, 299.

PICARDI, N., *La vocazione per il nostro tempo per la giurisdizione*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 41 (también en *Studi in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, Vol. I, 179).

PINO, G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 25.

SACCO, R., “Formante”, *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, vol. VIII, 439.

SACCO, R., *Legal Formants: A Dynamic Approach. To Comparative Law*, 39, *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 1 (Parte I) y 343 (Parte II).

SACCO, R., *La dottrina, fonte del diritto*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Vol. II, Milano, 1990, 456.

SATTA, S., *Il mistero del processo* (1949), en *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 1.

SATTA, S., *La tutela del diritto nel processo*, en *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 61.

VELLUZZI, V., *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, en M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (eds.), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006, 133.

ZACCARIA, G., *Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, en *Ars Interpretandi*, 2019, 7.

ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.