

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO (UNA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TEÓRICA)

Giuseppe Zaccaria

Università degli Studi di Padova
Traducción de Manuel Lanusse Alcover

1. Hace justo cuarenta años, en un memorable ensayo que conjugaba admirablemente sutiles conocimientos técnicos esparcidos por el entero espectro del derecho —del civil al constitucional, del administrativo al penal— con una rara capacidad para pensar el tema del fundamento de los sistemas jurídicos de *civil law*, Josef Esser afrontaba la espinosa cuestión de la naturaleza y el papel del derecho jurisprudencial¹. En el título del ensayo, recogido en el volumen misceláneo aparecido con ocasión del septuagésimo cumpleaños de Fritz von Hippel, Esser colocaba el *Richterrecht* junto al *Gerichtsgebrauch* y el *Gewohnheitsrecht*. No casualmente, ya que el planteamiento de Esser puede considerarse representativo, al máximo nivel, del intento de utilizar a fondo las posibilidades evolutivas abiertas por los conceptos procedentes de la dogmática jurídica tradicional, que en aquel momento reconocía como fuentes de derecho, en los sistemas de *civil law*, tan sólo al derecho legal, por un lado, y al derecho consuetudinario, por otro²; y ello, precisamente, con el objetivo de asignar nuevas

tareas y responsabilidades en la comprensión del renovarse cotidiano del derecho.

Hoy, inevitablemente, a cuarenta años de distancia de aquel ensayo fundamental, el tema de la jurisprudencia como fuente del derecho se plantea en unos términos y con unos enfoques completamente distintos: nuestro discurso de hoy pretende ante todo dar cuenta del relevante itinerario que, en paralelo a las transformaciones reales del derecho, ha recorrido la teoría jurídica contemporánea en el tema de la doctrina de fuentes.

Entre finales de los años cincuenta y los primeros años sesenta del siglo pasado, en un contexto en el que el iuspositivismo todavía mantiene una posición muy influyente, aunque acosado por el prepotente emerger de las corrientes antilogicistas de la argumentación jurídica —de Toulmin pasando por Viehweg a Perelman— y por la rehabilitación de la «razón práctica» y las propuestas de la hermenéutica jurídica, el derecho jurisprudencial era visto exclusivamente como fuente material, pero

no como fuente formal del derecho. De esta manera, la única vía a través de la cual, en el área cultural germánica, se consigue llegar a justificar el dificultoso paso de una serie de normas *particulares* de origen jurisprudencial e individuales a otras normas de carácter y alcance *general*, dotadas de fuerza vinculante en los sucesivos juicios sobre casos análogos, es la del *derecho consuetudinario*³. Esta ampliación de la categoría de la costumbre judicial permite, en suma, reconocer a la jurisprudencia la dignidad de fuente del derecho. Savigny fue el primero en considerar los precedentes judiciales como derecho consuetudinario y como un momento del derecho científico. Así, entre los siglos diecinueve y veinte, en el seno de la cultura jurídica alemana juegan un papel muy importante el influjo de la Escuela Histórica del Derecho y la idea de que el derecho entra a formar parte y se afirma en la vida de la comunidad esencialmente por medio de la actividad práctica de los juristas. Una idea que, sin embargo, en aquella cultura no se desvincula nunca de la conciencia sobre cuán importante es, en el marco del Estado de Derecho, la responsabilidad del juez en el cumplimiento de su misión institucional. En otras palabras, se confía a la jurisdicción un proceso institucionalizador de las novedades jurídicas introducidas por vía jurisprudencial; proceso que se lleva a cabo a través de las dos vías del *uso judicial* y del *derecho consuetudinario judicial*, donde el uso judicial representa un momento inferior, por cuanto menos arraigado y evolucionado, al del derecho consuetudinario. En definitiva, en el referido caso del *usus fori*, es decir, cuando la jurisprudencia alcanza unas condiciones de duración y de estabilidad tales que conducen al uso generalizado, constante y uniforme de una determinada opinión, ésta se transforma en derecho consuetudinario judicial y, en cuanto tal, tiene que aplicarse como solución vinculante a partir del presupuesto de su juridicidad y de su obligatoriedad.

Ésta era, pues, la tesis dominante en la doctrina jurídica alemana de los años sesenta del siglo XX⁴, respecto de la cual el agudo análisis de Esser objetaba justamente que la autoridad

del derecho de origen judicial no puede hacerse depender de un fundamento de naturaleza consuetudinaria, sino más bien de su efectiva justeza y de la capacidad de ser conforme al «vivo convencimiento jurídico»⁵. Aun identificándola plenamente con la mejor doctrina y la más avezada dogmática jurídica, Esser capta perfectamente cómo la vía del derecho consuetudinario no es más que un enmascaramiento ideológico —basado en una idea ampliamente difundida en la cultura jurídica alemana, y no por casualidad, a partir de la Escuela Histórica del Derecho— para ocultar una conclusión que en aquel momento histórico aún no podía reconocerse explícitamente, a saber: la naturaleza de fuente de derecho *tout court* del *Richterrecht*.

No sólo eso: el mismo Esser capta perfectamente cómo, en la tesis del derecho judicial como derecho consuetudinario, la cristalización del derecho y de la jurisprudencia que esta tesis comporta —nótese que la formación de precedentes a través de la vía del derecho consuetudinario exige un largo periodo de tiempo— representa un inconveniente serio y no secundario, y cómo consiguientemente queda vedada o, de algún modo, se desaconseja cualquier innovación que, sin embargo, es funcionalmente consustancial a la estructura de fondo del derecho, a su credibilidad y autoridad⁶. Cuando nos movemos en el terreno de la interpretación judicial, aun cuando debe subrayarse la importancia de la continuidad y la permanencia del derecho en el tiempo para su consolidación y certeza —signo de una tradición jurisprudencial clave para la solidez de la organización jurídica—⁷, es esencial reafirmar al mismo tiempo la libertad y la autorresponsabilidad del juez en la comprensión del derecho y en el cumplimiento de su misión institucional. Salvo prueba en contrario, en los sistemas de *civil law* los tribunales son plenamente libres para interpretar cada enunciado jurídico y cada caso análogo de un modo distinto, y una jurisprudencia que modifique la opinión hasta ese momento dominante debe admitirse siempre⁸. El derecho del juez, en cada decisión suya, se realiza *in action*, en un

devenir continuo que soporta mal ser «congelado» en los largos tiempos de incubación que son necesarios para la producción del derecho consuetudinario.

2. Otra vía distinta, en el mismo período que estamos considerando y que en Italia coincide con la solitaria reflexión de Gino Gorla en torno al valor del precedente judicial⁹, pasaba por reconocer sustancialmente a la jurisprudencia la naturaleza de fuente del derecho. Una vía que apuntaba, en cambio, a la fuerza institucionalizante de la jurisdicción, esencial en un sistema jurídico desarrollado y basada fundamentalmente en el vínculo al precedente.

El principal protagonista de este ulterior giro teórico es Martin Kriele, quien en 1967 publicaba un ensayo denso e innovador: *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*¹⁰. En el corazón del ensayo está el poner de relieve que, también en los sistemas de *civil law*, la influencia de hecho de los precedentes para orientar la interpretación y la decisión judicial es ya tal que tranquilamente puede hablarse de una «vinculabilidad presuntiva» propia de éstos¹¹.

En efecto, es fácil constatar cómo en la realidad efectiva de la praxis jurídica, esto es, en el momento de interpretar y aplicar el derecho, se parte de los precedentes, y que sólo nos apartamos de éstos cuando existen buenas razones para hacerlo. Con una sugestiva imagen, en su prefacio a *El imperio de la justicia*, Ronald Dworkin ha hablado a este propósito de una «fuerza gravitacional de las decisiones precedentes»¹². Es ésta una condición no contingente, sino estructural y permanente de la praxis judicial; y por eso no preterir esta característica duradera de la práctica del derecho, gracias a la cual el derecho de hoy se justifica refiriéndose a soluciones del pasado, es el cometido específico de una metodología del derecho que pretenda comprender correctamente de qué modo funciona la interpretación judicial de la ley.

De hecho, aun no siendo ésta una regla escrita de la praxis jurídica, el jurista que no la

respete correrá el riesgo, como tal jurista, de quedar en fuera de juego. Si un abogado no tiene en cuenta la orientación jurisprudencial precedente, muy difícilmente tendrá éxito y responderá por ello ante sus clientes. Las decisiones de un juez o de un tribunal que ignoren precedentes esenciales emitidos por tribunales de superior jerarquía podrán ser objeto de impugnación y revisión, mientras que un funcionario público que no tome en consideración precedentes relevantes puede ser responsable por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

Se puede reconocer en definitiva que también allí donde no se atribuye una relevancia formal a los precedentes, a las directrices jurisprudenciales consolidadas, estas últimas ejercen de hecho una considerable influencia en las decisiones judiciales, en la actividad legislativa, en el actuar mismo de los miembros del conjunto social. No en vano, las decisiones de los jueces, en particular de los jueces de rango superior, se invocan como pronunciamientos autoritativos tanto en los escritos de los abogados como en los fundamentos de las sentencias, y son tenidas en cuenta por la doctrina.

Mas, ¿cómo funciona concretamente, en el análisis de Kriele, esta presunción de vinculabilidad a favor del precedente? Si la cuestión sometida al juez encaja en uno de los casos típicos en vista de los cuales se ha formado la construcción de la *ratio decidendi* desarrollada en sede judicial, aquél podrá sin más servirse de esta última, sin la carga de razonar la justeza del resultado en ese caso específico, y en cualquier caso será para él la garantía de llegar así a un resultado incontestable. Valiéndose de una solución experimentada, la presunción a favor del precedente libera de tal modo al juez de la carga de renovar en cada nuevo caso la verificación sobre la «consistencia» de la *ratio decidendi* que dicha presunción asume en este contexto la tradicional función de la norma general y abstracta. En efecto, se presupone que dicha conclusión ha sido expuesta a la crítica, debatida y, al cabo, considerada como buena. Sólo cuando se presentan al juez argumentos de una fuerza tal que hacen cesar la presunción a favor

del precedente, deberá volver a considerar las cuestiones ya resueltas con anterioridad y, por consiguiente, someterá de nuevo a examen el contexto efectivo del caso específico¹³. Lo cual mueve a observar en sede crítica que el derecho tampoco se encuentra preconstituido en el «depósito» de los precedentes, sino que cada vez debe ser nuevamente hallado y realizado a la luz de la novedad del caso concreto, y, por tanto, a partir de una relación siempre nueva y renovada entre la norma y el hecho.

Al constatar a nivel teórico que ya en la realidad jurídica europea continental los precedentes adquirían una importancia semejante a la del ámbito angloamericano, el planteamiento de Kriele, mientras registraba la innegable evolución de los sistemas jurídicos de *civil law*¹⁴, minimizaba, en nombre de una más estrecha adhesión a la realidad de la praxis jurídica, las diferencias respecto a los de sistemas de *common law*, certificando así el fin de la tesis metodológica precedentemente dominante representativa de un modo jerárquico de entender el proceso de hallazgo del derecho, según el cual el derecho judicial no podía más que tener una naturaleza apendicular y secundaria respecto al derecho de origen legislativo. Por otra parte, a esta importante «ruptura» teórica de la tradición doctrinal dominante en el tema de las fuentes¹⁵, gracias a la cual era posible orientarse hacia una más realista colaboración y «subdivisión del trabajo» de producir derecho entre poder legislativo y poder decisorio del juez, le correspondía en el terreno de los hechos una convergencia cada vez más intensa y un acercamiento cada vez más evidente entre los dos sistemas jurídicos, en nombre precisamente de la *vinculabilidad presuntiva* de los precedentes, lo que los llevaba a no ser absolutamente vinculantes como en otro tiempo en los sistemas de *common law* y de hecho cada vez más influyentes en los sistemas de *civil law*. Una convergencia y un acercamiento gracias a los cuales, por un lado, los actos aplicativos del derecho codificado adquieren una valencia creativa de derecho; mientras que, por otro lado, la adhesión al precedente derecho de creación judicial no excluye el desarrollo ulter-

rior. El hecho es —y con ello se apunta al corazón de esta convergencia de sistemas— que el juicio comparativo entre los dos casos que el juez somete a examen, el precedente y el que él debe resolver, implica siempre aspectos de comparación, de ponderación valorativa que sopesa las semejanzas y la especificidad de las decisiones y de las soluciones. La comparación asume, para ser más precisos, la coincidencia del punto de vista que, sucesivamente, se ha tenido como esencial¹⁶. Esta actividad se sitúa en el centro mismo del papel del intérprete, considerado mediador insustituible entre los modelos ordenadores representados por las reglas y su interpretación-aplicación a situaciones concretas de conflicto que precisan ser ordenadas¹⁷. Sólo después de una atenta comparación con los precedentes, acompañada de una convincente motivación contraria a seguirlos en el caso de considerarlos no pertinentes, es posible apartarse de ellos por medio de lo que la jurisprudencia anglosajona denomina *overruling*, dando lugar, con una novedosa y diferente decisión, a una nueva cadena de precedentes.

Más allá de las apariencias que confieren a la tesis de Kriele un halo de ruptura revolucionaria en el tema de fuentes, la innovación teórica por él propuesta aparece entonces como un intento de volver a adecuar la teoría a la praxis jurídica, pero que, no obstante, se mantiene fiel a una característica estructural del derecho, que parte del caso concreto pero que debe ir más allá del caso concreto, que debe garantizar igualdad de trato, certeza, continuidad y predictibilidad de las decisiones. Al resolver el caso concreto sobre la base de los precedentes, y por consiguiente desde el pasado, el intérprete sabe que su decisión se proyecta hacia el futuro y que, a su vez, podrá ser utilizada como nuevo precedente. Es una determinación del presente sobre la base del pasado, y por consiguiente fiel a la comunidad jurídica heredada por la tradición, pero cuyo sentido aspira a proyectarse hacia el futuro. La particular máxima de decisión deviene kantianamente máxima general¹⁸, y por eso la responsabilidad del intérprete aumenta al cargar con el peso del efecto

de su decisión. Desde ese momento la norma vale con el significado y la forma enriquecida que ha recibido de la jurisprudencia.

3. El acortamiento de las distancias entre los ordenamientos de *civil law* y *commom law*¹⁹ suscita algunos problemas específicos en un campo delicadísimo, que también ha experimentado un profundo cambio durante los últimos decenios, especialmente por lo que respecta a las relaciones entre legislación y aplicación judicial del derecho: el campo del derecho penal²⁰.

El hecho de que la jurisprudencia participe en el proceso genésico de nuevos supuestos incriminatorios, si bien no suscita problemas en los ordenamientos penales de *common law* en los que no rige el principio de reserva de ley entendido éste a la manera continental²¹, se considera, en cambio, tradicionalmente inadmisible en los ordenamientos de *civil law*.

En efecto, en los sistemas continentales se estima incompatible con los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley una contribución «creadora» de supuestos incriminatorios por parte de la jurisprudencia²², ya que de este modo se menoscabaría el monopolio del legislador en la materia y no se garantizaría al ciudadano una tutela suficiente contra los abusos siempre posibles en materia penal.

Esta tesis tradicional, aparentemente irremediable en su rigor conceptual, aunque de nuevo excesivamente rígida y esquemática al hacer hincapié en la contraposición entre sistemas de *civil law* y *commom law*, es objeto de una interesante revisión en el análisis de algunos de los sectores más sensibles de la penalística contemporánea, especialmente en algunos ensayos de Giovanni Fiandaca²³ y, en particular, en su conferencia impartida en Perugia: *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*.

Conviene subrayar, ante todo, cómo la realidad de los ordenamientos de *civil law* no se manifiesta en absoluto homogénea, ni siquiera con referencia al derecho penal. En efecto, existen ordenamientos como el italiano en cuya parte general sobrepasan las defini-

ciones legislativas —dolo, culpa, causalidad, etc.—, mientras que otros ordenamientos como el alemán han querido intencionada y explícitamente conferir a la jurisprudencia, pero también a la doctrina, una tarea elaboradora de instituciones generales, y por tanto verdaderamente creadora respecto al derecho de origen legislativo, con el propósito de conseguir un desarrollo evolutivo y una adecuación continua y progresiva de las categorías normativas a las situaciones de hecho.

En realidad, en uno y otro tipo de ordenamientos, la incidencia de la elaboración jurisprudencial es bastante elevada, asumiendo no sólo una función despenalizadora sino también la producción de nuevos supuestos penales, de nuevas instancias de tutela; determinando, en suma, los límites y los presupuestos de la responsabilidad penal. Esto acontece —mírese bien— relativamente al margen del grado de precisión y de taxatividad con que se delinea la disciplina normativa de los enunciados y los institutos que entran cada vez en juego; y, sin embargo, es claro que el modo en el que se formula la ley penal está destinado a simplificar —o a complicar— la interpretación. Todos los intentos que se han ensayado con la intención de formalizar los supuestos penales, los procesos lógicos y los argumentos que presiden la interpretación penal inevitablemente han quedado condenados al fracaso. En la misma naturaleza práctica del derecho se da estructuralmente una relación de tensión entre la abstracción y la rigidez de los supuestos teóricos y la riqueza y la imprevisibilidad de los casos que la vida plantea al intérprete.

Ámbitos completos de la penalística —de las reglas del procedimiento al examen de las pretensiones de las partes, de la valoración de la declaración de los testigos a la selección de datos relevantes en el plano de la reconstrucción probatoria, incluso la determinación misma de la pena— sobrepasan, en efecto, un simple calcular, deducir con exactitud y concluir; e implican por ello una mayor amplitud de comprensión y de valoración, una participación activa del intérprete, que siempre se encuentra inserto en un contexto condicionante

formado por factores extratextuales no deducibles directamente de los tipos penales considerados en sí mismos.

En síntesis, usando palabras del propio Fiandaca, es posible confirmar los tres puntos siguientes: «i) también el juez disfruta de un espacio hermenéutico, más o menos amplio dependiendo de los casos; ii) la aplicación judicial del derecho está influenciada por el contexto, no sólo institucional y normativo, sino incluso también de la realidad criminal subyacente a la norma; iii) en el proceso de aplicación del derecho intervienen factores prejudiciales, armonizables con la categoría —si se quiere polivalente y ambigua— de la precomprensión»²⁴.

En otras palabras: no es en absoluto fácil «embridar» la actividad concreta de la jurisprudencia, incluso en el campo penal. Una realidad ésta que preocupa a quien, temiendo la elusión del principio de legalidad en el plano de la aplicación jurisprudencial del derecho, ha hablado en tono polémico de «descodificación jurisprudencial»²⁵. Mas la contradicción se da justamente en el hecho de que este «embridar» no es estructuralmente posible. La interpretación y la aplicación de las leyes penales se configuran como un proceso en el cual «la norma escrita cada vez menos aparece como la única y principal categoría ordenadora de la experiencia jurídico-penal». Son los propios supuestos penales, las propias figuras típicas criminales las que poseen —como de manera inmejorable ha mostrado Winfried Hassemer en su *Tatbestand und Typus*²⁶ (hace poco meritoriamente traducido por Gaetano Carlizzi)²⁷— una dimensión hermenéutica estructural²⁸.

Precisamente porque tratan de la realidad y del modo en que ésta debe ser valorada y regulada, la legislación penal y sus significados se encuentran inevitablemente sujetos a cambios que van a la par de las transformaciones de la realidad social, de la opinión común y del desarrollo del lenguaje corriente. Ilimitado es el número de variables, que tienen por objeto a individuos, cosas, propiedades, relaciones. Por el hecho de tener que captar la realidad y, a la vez, por tener que mencionar circunstan-

cias reales, la norma penal es estructuralmente abierta. De manera que el pronunciamiento del juez no es unívocamente legible a partir del dato legislativo y no puede limitarse, ciertamente, a constituir una prolongación transparente del supuesto penal en el hecho, sin la adición de ulteriores contenidos. El intérprete penal es un buscador de la relevancia del hecho en su referencia funcional al supuesto penal.

Sometidos a la prueba de los hechos y considerados, en suma, en su dimensión concreta y efectiva, los principios de origen ilustrado-liberal (legalidad, taxatividad, prohibición de la analogía²⁹, vinculación del juez a la ley)³⁰ que vertebran los ordenamientos jurídicos continentales exigen, pues, ser profundamente —y no sólo ocasionalmente— repensados.

Si la falta de univocidad de las leyes y la necesidad de asociar los supuestos de hecho a la realidad fuerzan al juez en el momento de la comprensión aplicativa a efectuar una elección entre interpretaciones varias, todas ellas legítimamente sostenibles; si la falta de plenitud de las leyes lo enfrenta a situaciones para las que la legislación no contiene precepto alguno; si los términos legales y las representaciones de la realidad que en ellos se contienen (desde «ser humano» a «daño», desde «intencionalmente» a «peligroso») cambian incesantemente en sus significados y de ninguna manera se dejan formular unívocamente, sino que señalan al intérprete una dirección y un horizonte; entonces la vinculación del juez a la ley sobre la que reposan los Estados de Derecho, con todo y eso inevitablemente mediatizada por interpretaciones condicionadas por el contexto, deberá acoger la realidad de un juez que decide, ya que la simple deducción formal o el sueño de convertirse en mera «boca de la ley» condenaría sin remedio al intérprete a la parálisis decisional y al Estado a la ineffectividad del derecho y de la administración de justicia³¹.

4. Con este último análisis referente a la revisión penalística del dogma de origen liberal que somete al intérprete a un rígido respeto al principio de legalidad, caminamos ya firmemente sobre un terreno que, con un sano realismo, da cuenta orgánicamente del papel

institucional cada vez más amplio e influyente de la jurisprudencia. Un papel que evidentemente supone la inequívoca centralidad del momento interpretativo. Se trata del fenómeno de la llamada «constitucionalización» del ordenamiento jurídico.

Si por «constitucionalización» del ordenamiento jurídico entendemos, con Ricardo Guastini³², el proceso de progresiva penetración de la Constitución en todos los niveles normativos inferiores, con una acción expansiva capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, es fácil notar cómo tal proceso es sinérgico con el uso generalizado de la interpretación extensiva (en este caso de las normas constitucionales), pero también con la difusión de la interpretación ajustada de la ley ordinaria (operación que implica inevitablemente una suerte de recurso aplicativo a la Constitución por parte del juez ordinario). Lo que está en juego en las decisiones de los jueces constitucionales no es tanto la Constitución como sus interpretaciones³³, pues no se trata simplemente de «aplicar» la Constitución a situaciones concretas, sino de dirimir conflictos que atañen siempre a contenidos e interpretaciones de las normas constitucionales³⁴.

Por un lado, la historia constitucional del siglo XX ha dado indudablemente la razón a Kelsen, a su idea de confiar a un órgano judicial la tarea de purgar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, ya que la difusión generalizada de tribunales constitucionales ha hecho del siglo XX el siglo de la justicia constitucional. Pero esta justicia —y aquí la teoría pura del derecho, que veía la Constitución como un texto breve y esencial, formado en la práctica por meras normas sobre la producción de normas, y que poseía, por tanto, una idea *wertfrei*, mínima y procedimental de la Constitución³⁵, no puede sino quedar desmentida en su pretensión de pureza— penetra y se ubica firmemente y orgánicamente en el seno de la política, entendida como actividad encaminada a procurar y garantizar la convivencia civil³⁶. Contrariamente a lo que postulan las tesis kelsenianas, en el momento en que el Tribunal Constitucional declara la nulidad

de la norma por inconstitucional lo hace basando su pronunciamiento en un argumento indefectiblemente axiológico. En efecto, en la argumentación de los tribunales constitucionales se hace presente inevitablemente una dimensión de principio, que liga estructuralmente el derecho positivo a un ámbito que tiene que mucho que ver con la ética y la política. En la aplicación de la Constitución, la regla general la constituye la razonabilidad, entendida como una técnica ordenada a la realización de los valores y los principios positivados en el texto constitucional³⁷ y, a su vez, al control de los juicios de valor expresados por los poderes públicos, incluidos los tribunales de justicia.

No sólo eso: en la jurisprudencia «viva» de los tribunales constitucionales cada decisión está fuertemente condicionada por los precedentes, pero se prepara gradualmente, a través de interpretaciones y continuos ajustes con los precedentes³⁸, poniendo la atención tanto en la racionalidad y la coherencia de la solución normativa como en la razonabilidad con la que el caso examinado ha sido tratado, de modo que se crea un vínculo estrechísimo entre el derecho y el contexto social que lo envuelve³⁹. Tanto es así que el prestigioso constitucionalista alemán Peter Häberle, en su ensayo *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*⁴⁰, ha hablado, apuntando precisamente a la estrechísima conexión entre Constitución y cultura, de una «comunidad abierta de intérpretes constitucionales»⁴¹, mientras que Adrian Vermeule, refutando las teorías abstractas en el ámbito del constitucionalismo, ha caracterizado la interpretación constitucional como «an exercise in decisionmaking under severe empirical uncertainty»⁴².

5. Hasta aquí nos hemos movido en el plano de la dinámica abierta por las normas constitucionales y del uso que de las mismas se viene haciendo en sede jurisprudencial dentro del perímetro delimitado por el ordenamiento interno del Estado constitucional. Un escenario éste que, en resumidas cuentas, ha acabado contradiciendo la premisa iuspositivista de la rígida separación entre derecho y hecho.

Pero la centralidad de la jurisprudencia es un fenómeno de tal amplitud y profundidad que ya desde hace tiempo rebasa los cada vez más estrechos confines institucionales de los ordenamientos nacionales involucrando, por medio de una red de relaciones recíprocas por lo general aún informales, las distintas ramas del ordenamiento, del derecho interno al derecho comunitario, del derecho internacional al transnacional.

El papel central que juega la jurisprudencia en el derecho internacional condiciona de un modo cada vez más evidente la evolución misma del ordenamiento internacional, anticipando por lo general la afirmación de principios que luego son objeto de codificación.

Este razonamiento concierne, si bien con distinto grado de generalidad, al papel de la Corte Internacional de Justicia (CIG), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tribunales penales internacionales *ad hoc*, así como a los tribunales arbitrales internacionales.

Precisamente en referencia al alto grado de especialización que cada vez más se pide al juez y que demanda la misma complejidad y omnipresencia que caracteriza al actual derecho internacional, Baldassare Pastore, inspirándose en las conocidas tesis de Luigi Lombardi Vallauri⁴³, ha podido hablar de un «momento jurisprudencial del derecho internacional»⁴⁴, mientras que Maria Rosaria Ferrarese ve el origen de este papel cada vez más activo que desempeñan los tribunales nacionales, internacionales y supranacionales en la movilidad de contenidos constitucionales que marca las actuales tendencias generadas por el proceso de constitucionalización del derecho⁴⁵.

En realidad, el «terremoto» que ha supuesto el desbordante fenómeno de la internacionalización y globalización del derecho, que se añade a la erosión de la soberanía de los Estados y a la menor relevancia de las fronteras territoriales, afecta y modifica en su núcleo profundo los paradigmas tradicionales del derecho moderno, basados todos en la dicotomía interno/externo heredada del llamado «modelo Westfalia».

Cuando se permanece anclado y, por así decir, «arraigado» a una visión rígidamente ilustrada de la separación de poderes, el dato constituido por la progresiva expansión del papel de la jurisprudencia, además de difícilmente descifrable desde la óptica analítica, no puede sino merecer una valoración resueltamente negativa. El derecho jurisprudencial que producen tanto los tribunales internacionales como los supranacionales se ve como una forma jurídica profundamente sinérgica con las tendencias de la globalización. Por lo demás, como ha mostrado agudamente Maria Rosaria Ferrarese, la actividad jurisdiccional responde bien a las exigencias de «fluidez» de la globalización, por su misma naturaleza esencialmente policéntrica, y sintoniza perfectamente con la tendencia de esta última a desarrollar sus propias dinámicas alejada de ámbitos institucionales demasiado concentrados y unitarios. Esta actividad se revela muy apropiada para realizar una unión sintética de intereses privados y acciones públicas, particulares y generales, locales y globales; y, en fin, crea preferiblemente derecho a partir de las respectivas aportaciones.

Obviamente, en esta lectura la importancia clave de la jurisdicción se relaciona principalmente con el fenómeno —sin duda real, pero no unívoco ni irreversible— del «eclipse» del Estado, de manera que, ante los desafíos de la globalización, la jurisdicción demostraría una mayor agilidad y flexibilidad institucional en relación con las más «rígidas» instituciones de carácter representativo.

Cuando además, en lugar de ceder a la nostalgia de la antigua solidez del Estado y de la cohesión y simplicidad de la fisonomía del derecho moderno, el carácter expansivo de la jurisdicción es objeto de una valoración positiva, se está poniendo el acento, en cambio, en la potencialidad racionalizadora del juicio y en su integración en la jurisprudencia, lo que representa un punto firme, sobre todo, ante la ineficiencia y la impotencia de buena parte de las instituciones internacionales.

En el contexto de la profunda transformación del derecho internacional, de la fragmentación jurídica que se constata dentro del

espacio globalizado, el momento jurisprudencial puede representar aún un correctivo a la tentación dominadora propia de los sujetos fuertes en la arena del mercado. La interpretación deviene entonces expresión emblemática de la función ordenadora del derecho, de su estructural tendencia a sustraer las vicisitudes humanas de la inestabilidad y la inseguridad.

Si quiere usarse una fórmula sintética para resumir la estructural interdependencia que se ha generado entre ordenamientos nacionales, ordenamiento comunitario y ordenamiento internacional⁴⁶ en la búsqueda de un nuevo orden público —cada vez más europeo o internacional— basado en la tutela de los derechos humanos, puede recurrirse a la afortunada expresión de Ingolf Pernice: «Multilevel Constitutionalism»⁴⁷. Las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción comunitaria⁴⁸ se han transformado dando lugar a un único tejido, estructurado en diversos niveles, en cuyo centro se halla el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «en disposición de tomar prestado de las tradiciones constitucionales de los países miembros cualquier principio idóneo para la tutela de los derechos, a fin de reelaborarlo y después restituirlo a los legisladores, a los jueces y a los tribunales constitucionales como criterio prevalente en materias de interés comunitario e incluso como auxilio interpretativo de diversos ámbitos del derecho interno»⁴⁹.

6. Considerando la complejidad y el dinamismo del papel que juega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en orden incluso a la profundización del proceso de integración jurídica europea —papel a propósito del cual se ha hablado de «constitucionalización del derecho comunitario»⁵⁰, nos limitaremos a llamar la atención sobre un par de fenómenos específicos de la actual actividad jurisdiccional.

El primero, ligado en primer lugar a la tutela de los derechos fundamentales y como tal capaz de influir en el proceso de «fluidificación» de las fronteras entre ordenamientos jurídicos, es el de la comunicación instaurada entre los tribunales. Se trata de una suerte de «diálogo» entre tribunales que se entabla tanto

en sentido vertical (entre tribunales de distinto rango) como horizontal (entre tribunales de países distintos y de igual rango) y que acaba potenciando esa interdependencia entre distintos ordenamientos jurídicos en muchos aspectos caracterizadora de la tutela de los derechos fundamentales.

En el nivel supranacional, es un fenómeno que caracteriza las relaciones entre el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y los tribunales internos de los Estados miembros; entre el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y los tribunales nacionales adheridos al sistema de protección regional del Consejo de Europa; entre el TJCE y el TEDH⁵¹.

El desenvolvimiento de este «diálogo» entre tribunales, encuadrable a su vez en el marco general de la intensificación de los intercambios entre jueces a nivel mundial⁵², no puede reconducirse, de forma simplista, a una genérica cesión/pérdida/erosión de la soberanía estatal, sino que puede resultar más comprensible si se lo conecta con algunas nociones y principios en los que se va incardinando el actual sistema de protección de los derechos humanos, tales como la noción de *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros* (en lo tocante al derecho comunitario), el principio del *margen de apreciación*, el principio de *la mejor tutela*. Nociones, todas ellas, que llevan a confrontar estructuralmente los diversos ordenamientos implicados; es más, las líneas jurisprudenciales desarrolladas en relación con tales ordenamientos. Una confrontación en la que se podría desde luego insistir a fin de mitigar el riesgo del «doble estándar»⁵³; y que podría asimismo estructurar el diálogo en un sentido biunívoco, de modo que no sólo el TJCE se fije en la jurisprudencia del TEDH sino que esta última tome en consideración el derecho comunitario y sus exigencias específicas.

Lo que el teórico general del derecho puede observar, más allá incluso de estos decisivos aspectos técnicos de «ingeniería interconstitucional», es la tendencia en las actuales técnicas de decisión judicial a considerar los ordenamientos como espacios abiertos y comunican-

tes; la tendencia a mirar más allá de los límites constitutivos de cada ordenamiento para hallar principios argumentativos o para resolver los *impasse* de la argumentación. Y el espacio europeo constituye un ejemplo del modo variado e intenso en que va manifestándose dicha tendencia.

Las lecturas que desde el campo jurídico-teórico se han ofrecido del diálogo jurisdiccional entre tribunales son de distinto signo. Entre éstas cabe señalar la que —cifrando en esto uno de los principales logros de la nueva dimensión adquirida por el problema de la legitimación del derecho— encuentra en este diálogo elementos que permiten sustraer la legitimación del terreno exclusivo de la política y proyectarla a un plano en el cual rivalizan aspectos políticos, económicos y jurídicos⁵⁴. Desde esta perspectiva, el juego de la «interactividad» permite a las instituciones judiciales ampliar y delimitar a la vez un ámbito específico de comunicación jurídica; ensancharlo sin excesivas rémoras de carácter formal, extendiéndolo potencialmente por el entero circuito de los tribunales; resguardarlo de los poderes legislativos⁵⁵. En este escenario de rivalidad, el diálogo entre tribunales, unido a la relevancia de la actividad jurisdiccional, termina por evidenciar cada vez con mayor claridad la difícil relación con la democracia⁵⁶ y la declarada «quiebra de la política», que se muestra incapaz de hacer frente a la problemática de los derechos por cuanto ésta se plantea en el contexto de la globalización en la que los derechos tienden a ser apátridas, esto es, a imponerse más allá de las fronteras territoriales, a afirmarse y estructurarse como lenguaje universal y transnacional.

Se hace evidente la dependencia de esta lectura de una específica visión de la actividad jurisdiccional y de sus relaciones con el poder legislativo y el poder político. Obviamente subsisten las dudas en cuanto al riesgo de incoherencia o de violación de los principios de legalidad y de certeza del derecho; dudas que sólo podrían despejarse resolviendo algunos problemas neurálgicos de las relaciones entre tribunales internos y tribunales supra o internacionales.

Pero lo que de ninguna manera puede infravalorarse por su importancia es la constitución misma de una «comunidad interpretativa»⁵⁷, integrada por esa particular especie de juristas que son los jueces; y que en parte está vinculada a mecanismos institucionales, en parte es fruto de una notoria exigencia de regulación jurídica y, otras veces, se basa en la autoridad de la argumentación judicial. Aunque obedece a diversas instancias autoritativas y no se halla en disposición de poner término definitivo a las controversias, esta comunidad desarrolla una importante función de orientación, crítica y sostén de las opiniones de la jurisprudencia, asumiendo un papel en muchos aspectos análogo al que juega la opinión pública en el ámbito político⁵⁸.

7. El segundo fenómeno específico del que es oportuno ocuparse, sobre todo por sus aspectos de novedad pero también de ambigüedad, es el representado por la difusión creciente de cuasi-jurisdicciones.

En el derecho global, en el marco de este grandioso fenómeno contemporáneo de migración de elementos jurídicos⁵⁹ tanto a nivel horizontal (entre distintas culturas jurídicas) como a nivel vertical (desde el plano doméstico al universal), el monopolio exclusivo de los Estados en la producción del derecho se ve reducido, ya que las normas que se generan desde el plano global penetran directamente en el interior de los ordenamientos domésticos. Aumenta el papel activo de los sujetos privados: lo que se está consolidando es un gigantesco proceso de privatización del derecho. Mas, ¿cómo la dinamicidad que resulta de la energía intrínseca a la *lex mercatoria*, en otro tiempo reprimida bajo el yugo de la exclusividad de la ley, puede ser catalizada por los procedimientos que rigen el derecho público? Ésta es la contradicción de fondo que hiera al declinante Estado nacional.

El amplio y diverso panorama que dibuja el orden administrativo global, aún hoy en fuerte desarrollo y expansión, sobre el que ha llamado la atención repetidamente Sabino Cassese⁶⁰, ve convivir y superponerse —a resultados también de la ruptura del nexo tradicional en-

tre funciones públicas y nacionalidad y, más ampliamente, de aquel ligamen entre pueblo, territorio y soberanía sobre el que reposa el derecho moderno— organizaciones internacionales con sujetos híbridos, que, aunque fundadas sobre estructuras privadas y rigiéndose por cuerpos normativos de carácter sectorial, asumen funciones reguladoras que adquieren una indudable relevancia pública. Aquí nos interesan de un modo particular aquellas instancias globales que disponen de instrumentos judiciales de solución de conflictos y que, a pesar de su acentuado carácter sectorial y fragmentario, han dado lugar a tribunales globales y, consiguientemente, a procedimientos cuasi-jurisidiccionales. La casuística es bastante amplia y abarca desde la experiencia compleja y ya fuertemente estructurada de la Organización Mundial del Comercio⁶¹ (dotada de un sistema obligatorio de verificación judicial pero no de instrumentos sancionadores en condiciones de imponerse desde arriba y, por eso, abocada a recurrir a compensaciones y retorsiones practicadas por los Estados bajo el control de los jueces) hasta la de otros sujetos híbridos, en parte privados en parte públicos, con unas obligaciones y una responsabilidad que no siempre son fáciles de definir. Tal es el caso, por ejemplo, del ICANN, organismo privado que, sin embargo, administra a nivel global el sistema para asignar las direcciones de internet con el concurso de representantes de numerosos Estados.

El fenómeno de la proliferación de estos ordenamientos paralelos e incluso alternativos al Estado-nación⁶², aun cuando no se configure como la asunción de vestiduras privatísticas por parte del derecho, da lugar a una serie de intrincados problemas no sólo de carácter práctico sino también de naturaleza teórica. En la globalización se consume la ruptura del monopolio y del rígido control estatal sobre el derecho⁶³, puesto que se da ya una pluralidad de sujetos productores; y plurales son las fuentes del derecho. Tratándose, entonces, de figuras y de «acciones» jurídicas ciertamente inconexas entre sí, además de irreducibles al esquema vertical y tendencialmente unitario

del Estado-nación que ha sido el cauce del derecho moderno y de la positivización del derecho, ¿podemos aún hablar, al referirnos a ellas, de derecho y de ordenamiento jurídico?⁶⁴.

Si por ordenamiento jurídico se entiende un instrumento que no se limita a mantener unida a una multiplicidad de sujetos sino que los organiza en una unidad coherente, la respuesta al interrogante ahora mismo planteado sólo puede ser negativa. Cuerpos normativos y praxis regulativas como los mencionados anteriormente son expresión de una normatividad débil, decantada hacia la efectividad, a menudo desprovista de aparatos ejecutivos y que a veces se confía contradictoriamente a la intervención protectora de los mismos Estados a los que trata de sujetar⁶⁵. Un *soft law*⁶⁶ que, basándose en el autoobligarse de los participantes, valora la negociación e insiste en preservar la amenaza que supondría prescindir de los beneficios de la cooperación; que puede, no obstante, revelarse débil en numerosos casos, incapaz de producir transacciones reales, problemático. Puede, desde luego, reducir la anarquía y la tendencia al caos del orden global, pero no resuelve problemas basilares de competencia entre distintos sistemas jurisdiccionales.

8. Nuestro viaje dando cuenta de las transformaciones sufridas por la jurisprudencia como fuente del derecho se ha desarrollado en un tiempo histórico más bien breve —comenzó, como recordaréis, apenas hace unos cuarenta años—, pero ha sido testigo de novedades y cambios muy profundos.

Durante este periodo, el derecho ha vivido sometido a fuertes tensiones a causa de un gigantesco proceso de adaptación y de cambio, que no acontece solamente en el nivel de cada concreto sistema jurídico sino que más bien hay que referirlo al ordenamiento jurídico global. Un proceso que ha afectado a todos los sectores del derecho —del privado al constitucional, del penal al internacional, no comunicados entre sí, como hace un tiempo— y que ha dado lugar a un entrelazamiento cada vez más complejo entre derecho nacional, supranacional y derecho global; entre lo particular

y lo universal; entre diferencias y unidad. En este espacio no jerárquico y policéntrico, similar al *réseau* descrito por Ost y Van de Kerchove⁶⁷, las relaciones entre ordenamientos, que también en ámbitos regionales se constituyen en términos de competencia⁶⁸, se estructuran conforme a lógicas cada vez menos jerárquicas y tendentes a una mayor codeterminación⁶⁹; la regla jurídica entrecruza diversos niveles normativos, con distintos grados de vinculabilidad, y por tanto deja de estar asociada en exclusiva a la vinculabilidad y a la coercibilidad; diversas fuentes interactúan entre sí⁷⁰, poniendo en tela de juicio delimitaciones antiguas e históricas organizaciones.

Uno de los principales problemas del derecho contemporáneo reside entonces en determinar la fuente de la que extraer el enunciado a interpretar⁷¹. Aumentan las responsabilidades del intérprete dentro de un marco que refleja no sólo una pluralidad de fuentes normativas jurisprudenciales sino también la coexistencia forzada con un juez supranacional cuyo precedente tiene de hecho fuerza vinculante y puede llegar a entrar en conflicto con la legislación nacional⁷².

Los profundos cambios en el derecho internacional y la apertura de las jurisdicciones internacionales no sólo a los Estados sino también a los individuos⁷³ han ensanchado enormemente el espacio judicial⁷⁴ hasta el punto de que ha podido hablarse unas veces de «ubicuidad judicial» entre los diferentes tribunales⁷⁵, otras veces de una «emergente jurisprudencia global»⁷⁶ y otras de una «mundialización de la justicia»⁷⁷. Se ha convertido también en objeto de análisis la potente fuerza atractiva de los tribunales americanos en el contexto internacional, que se explica no sólo por las ventajosas relaciones económicas y de poder sino en parte también por la privilegiada posición que reconoce al actor el procedimiento civil estadounidense⁷⁸.

Lo que importa es no limitarse a la constatación de la progresiva multiplicidad de jurisdicciones en el plano internacional —conforme a una dialogicidad de tipo más o menos conflictual⁷⁹ o parcialmente cooperativa⁸⁰—

sino saber ver lo que en ello hay de positivo y sus límites, los nuevos problemas y las contradicciones que se plantean. Si entre los aspectos más positivos del creciente peso de las jurisdicciones está la mayor dificultad de escapar al control de los tribunales internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos o de lucha contra el terrorismo, no puede dejar de constatarse el carácter fuertemente asimétrico y a menudo caótico de este entrecruzamiento de jurisdicciones⁸¹. El problema de las lagunas del derecho había angustiado a la teoría del derecho de inspiración iuspositivista, nacida en el horizonte limitado del Estado-nación. Ahora, en el nuevo horizonte de la globalización jurídica, se consume el renovado triunfo de las lagunas del derecho, que sólo queda parcialmente compensado por el más amplio papel asumido por los árbitros privados. Aunque su papel y sus competencias han crecido de un modo exponencial, la institución judicial no agota en sí misma, ciertamente, la entera realidad jurídica.

Superada toda distinción entre fuentes formales y materiales del derecho y resultando a menudo inservible el recurso a los usuales criterios ordenadores de la jerarquía y la competencia, el uso mismo de las fuentes se torna un problema exquisitamente hermenéutico. Dentro de este marco se evidencia una fuerte potenciación del papel de la interpretación, de la elección entre distintos niveles de normatividad y de vinculabilidad.

Tampoco pueden minimizarse la relevancia y el interés del diálogo y de la comunicación transjudicial, por cuanto realizan una nueva transculturalidad, una dialéctica —obviamente no exenta de competencia y de tensión— entre valores y culturas distintos, suscitando la atención por diversas tradiciones y por diversas culturas jurídicas en el plano, ciertamente un tanto vago en lo teórico pero real, de un constitucionalismo global de generación jurisprudencial⁸², que inevitablemente relativiza las constituciones nacionales. La territorialidad de la jurisdicción⁸³, su validez dentro de unos límites que vinculan a los ciudadanos con el poder político-jurídico, su dependencia en

exclusiva del propio sistema jurídico de referencia, el valor de la interpretación como mera exégesis de textos, adquieren una dimensión completamente nueva. Incluso uno de los ejes de la historia del derecho moderno, la separación del poder judicial de la esfera del poder político, y por tanto la idea de fondo de que el verdadero poder es sólo el poder político, se ha puesto radicalmente en discusión al considerarlo desde esta nueva perspectiva. Más que la concepción jacobino-rousseauiana, conforme a la cual tiene la última palabra quien está legitimado políticamente para expresar la voluntad general —un camino que anula la interpretación e identifica, sin más, el derecho con la objetividad de la ley—, en cierto modo vuelve a ser actual la concepción lockeana de la división de poderes, según la cual éstos son realmente plurales, están ubicados en instancias diversas y no dependen los unos de los otros.

Confirmando un aspecto estructural y sustancial del derecho —el de propiciar la comunicación y la interacción entre culturas diversas—⁸⁴, instituciones, principios y conceptos jurídicos (del *rule of law* al derecho a la defensa

y a ser oído antes de la decisión) migran y se propagan en contextos muy diversos entre sí. De este modo el derecho renueva su vocación universal de encauzar la convivencia entre distintos y extraños, de armonizar lo que es diferente.

Pero esta comunicación transcultural, tanto más interesante y significativa por cuanto su fundamentación lleva incorporada la ética y la idea de una institucionalización de los derechos humanos⁸⁵, se mueve dentro de un amplio horizonte en el que las transformaciones del derecho ya no dependen en exclusiva del quehacer oficial de sus sujetos canónicos, de los «señores del derecho»⁸⁶, de los lugares y espacios de autoridad, ninguno de los cuales es completamente autosuficiente o resolutorio, sino de un proceso de producción dialógica —que obviamente no excluye el conflicto— entre juristas, políticos, hombres de cultura y ciudadanos comunes⁸⁷, coautores y protagonistas de esa empresa común que es la praxis jurídica. La «cosa» de la que habla el derecho vive en la praxis del comprender y del interpretar.

NOTAS

1. J. ESSER, «Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht», en *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, edición a cargo de J. ESSER y H. THIEME, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 95 y ss.
2. Sobre este punto, véase G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 87. Entre las más recientes contribuciones al tema del *Richterrecht*, de entre la vasta literatura al respecto, véanse R. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Beck, München, 1996; R. RICHARDI, «Richterrecht als Rechtsquelle», en *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Heymanns, Köln, 1998, pp. 935-948; F. BYDLINSKI, «Richterrecht über Richterrecht», en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, edición a cargo de C. W. CANARIS [et al.], vol. 1, Beck, München, 2000; R. SCHULZE y U. SEIF (eds.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
3. R. LARENZ y C. W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio, 1995, pp. 176 y ss.
4. Véase, por ejemplo, B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Mohr, Tübingen, 1968, pp. 464 y ss.; véase, asimismo, R. WANK, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1978, p. 37.
5. *Richterrecht, Gerichtsgebrauch*, cit., p. 129. Crítico respecto a la teoría que identifica los precedentes con la fuente «derecho consuetudinario» se muestra M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, traducción italiana de G. Zaccaria, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova, 1988, pp. 527-528.
6. Sobre este punto, véase asimismo R. BIN, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995, p. 119.

7. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 154 y ss.
8. Téngase en cuenta, sin embargo, que la Corte de Casación italiana, en una sentencia de 1996, ha sostenido que la regla del *stare decisis* representa «un valor o una directriz, imanente a nuestro ordenamiento, en virtud de la cual no nos es posible, sin que medie una razón justificativa, separarnos de una interpretación consolidada por el juez de legitimidad, investido institucionalmente de la función de nomofilaquia» (Corte de Casación, Sección 3ª, sentencia núm. 1999, de 23 de febrero de 1996).
9. Muchos de los ensayos de Gorla, que aparecen relacionados en la nota bibliográfica de su voz *Precedente giudiziale* redactada para la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 13 y ss., han vuelto a publicarse en G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.
10. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker und Humblot, Berlín, 1967. Otro representante de la metodología jurídica contemporánea que considera que los precedentes son vinculantes es W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. IV, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 241-249.
11. Véase, a este respecto, el capítulo noveno del volumen de M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, cit., pp. 243 y ss; y del mismo autor, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1979, pp. 91-110; *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Lit, Münster-Hamburg-London, 2003, pp. 37-39 y 55-57.
12. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, traducción italiana de L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 4. En una línea análoga, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 373; y J. WROBLEWSKI, *Dibattito introduttivo*, en *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, edición a cargo de G. VISINTINI, Cedam, Padova, 1988, pp. 30 y ss.
13. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, cit., p. 262.
14. En un contexto más amplio, la tesis de la creciente convergencia entre sistemas de *civil law* y *common law* fue enunciada brillantemente por J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1990.
15. Teoría tradicional que en Alemania tiene como representante a LARENZ, *Methodenlehre*, cit.
16. M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continente e anglosamericano*, cit., p. 522.
17. Sobre este punto, véase J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel proceso di individuazione del diritto*, traducción italiana de S. Patti y G. Zaccaria, Esi, Napoli, 1983, pp. 113 y ss. y 121.
18. M. KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico*, cit., p. 521.
19. Sobre este aspecto, véase U. VINCENTI, «Argomenti e decisioni argomentate correttamente», en *Retorica, processo, verità*, edición a cargo de F. CAVALLA, Cedam, Padova, 2005, p. 101 y ss.
20. Véanse, a este propósito, *Diritto penale in trasformazione*, edición a cargo de G. MARINUCCI y E. DOLCINI, Giuffrè, Milano, 1985; *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, edición a cargo de G. COCCO, Cedam, Padova, 2005.
21. Sobre este punto, véase E. GRANDE, «Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia», en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, edición a cargo de G. FIANDACA, Cedam, Padova, 1997, p. 129 y ss.
22. Al respecto, véase R. RAMPIONI, «In nome della legge (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)», en *Cassazione Penale*, 2004, p. 310 y ss.; N. MAZZACUVA, «A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?», en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, edición a cargo de E. DOLCINI y C.E. PALIERO, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 437-453.

23. Véanse, sobre todo, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, cit.; *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, que incluye la conferencia de Perugia citada en el texto, concretamente en las pp. 33-64; «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione», en *Cassazione Penale*, 2005, p. 1722 y ss.; «Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica», en *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, edición a cargo de G. INSOLERA, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 41-52.
24. *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 59.
25. M. MELONI, «Il ruolo del precedente in Cassazione», en *Interpretazione e precedente giudiziale*, cit., pp. 188-189.
26. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967.
27. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2007. (Nota del traductor).
28. Sobre este punto, además de G. FIANDACA (*Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., p. 39), véanse asimismo M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 111 y ss.; y B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 114 y ss.
29. Al respecto, véase nuestro trabajo «Sul fondamento del procedimento analogico», en G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 175 y ss.; y, asimismo, A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), traducción italiana de G. CARLIZZI, Vivarium, Napoli, 2003; W. HASSEMER, «Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale», traducción italiana de D. CANALE, en *Ars interpretandi*, 1997, pp. 171-195.
30. Véase, a este propósito, nuestro trabajo «La libertad del intérprete: creación y vínculo en la praxis jurídica», en G. ZACCARIA, *Razón jurídica e interpretación*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 125-143.
31. Sobre este punto, W. HASSEMER, «Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform», en *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, edición a cargo de A. KAUFMANN, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, pp. 27 y ss.; y, del mismo autor, «Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz», en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, edición a cargo de A. KAUFMAN, W. HASSEMER y U. NEUMANN, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 251 y ss.
32. «La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano», en *Ragion Pratica*, 1998, núm. 11, pp. 185 y ss.
33. Sobre los diversos aspectos de la interpretación constitucional, véase últimamente *L'interpretazione costituzionale*, edición a cargo de G. AZZARITI, Giappichelli, Torino, 2006.
34. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 30-31.
35. Véanse, sobre todo, los ensayos *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-1931), ahora publicados en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, traducción italiana de G. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981.
36. G. ZAGREBELSKY, «La Corte in-politica», en *Quaderni costituzionali*, 2 (2005), pp. 273 y ss.
37. A. RUGGERI, «Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale», en *Diritto e società*, 2000, 4, pp. 569 y ss.; F. VIOLA, «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», en *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 36 y ss.
38. Resulta paradigmática, desde este punto de vista, la «política» de precedentes del Tribunal Supremo estadounidense. Véase T. G. HANSFORD y J. F. SPRIGGS II, *The Politics of precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2006.
39. Al respecto, véase G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, tercera edición, 1992, cap. 2.
40. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker und Humblot, Berlín, segunda edición, 1998.

41. Sobre este punto, véase asimismo G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 13 y ss.
42. A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 2006.
43. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.
44. Tomo la cita de B. PASTORE, «Il diritto giurisprudenziale in un mondo in trasformazione», en *Ars interpretandi*, 6 (2001), p. 160. Sobre la diferente fisonomía que poco a poco ha ido adquiriendo el derecho internacional, véanse asimismo P. SCHIFF BERMAN, «From International Law to Law of Globalisation», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, pp. 100 y ss.; O. A. HATHAWAI, «Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law», en *University of Chicago Law Review*, 72, 2005, pp. 469 y ss.
45. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 79.
46. Sobre la interdependencia entre ordenamientos, véase F. RIGAUX, *La legge dei giudici*, traducción italiana de L. Masera, Vivarium, Napoli, 2001, pp. 21 y ss.
47. I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», en *Common Market Law Review*, 36 (1999), pp. 703-750; «Multilevel Constitutionalism in the Europe Union», en *European Law Review*, 27, 5 (2002), pp. 511-523; sobre este tema, véanse asimismo E. SCODITTI, «Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, pp. 189 y ss.; *Le «nuove» fonti comunitarie*, edición a cargo de P. BIANCHI, E. CATELANI y E. ROSSI, Cedam, Padova, 2005.
48. Sobre la aplicación e interpretación del derecho comunitario en relación con el juez nacional, véase E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, segunda edición, Giappichelli, Torino, 2004.
49. G. F. FERRARI, «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, edición a cargo de G. F. FERRARI, Giuffrè, Milano, 2001, p. 6.
50. J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 64 y ss.; «The Transformation of Europe», en *Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 2403-2483; *The Constitution of Europe*, Cambridge U. P., 1999. También sobre este tema, más recientemente, cfr. G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.
51. Sobre este punto, véase M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 226 y ss.; asimismo, S. P. PANUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, edición a cargo de S. P. PANUZIO, Jovene, Napoli, 2005, pp. 5 y ss.; G. REPETTO, «I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU», en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, edición a cargo de S. P. PANUZIO, cit., pp. 289 y ss.
52. Sobre este fenómeno, véanse M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Seuil, París, 2004; A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton U. P., Princeton, 2004; J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des Idées-Seuil, París, 2005.
53. Sobre este punto, cfr. S. P. PANUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», cit., pp. 43 y ss.; G. REPETTO, «I rapporti tra le Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU», cit.
54. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 213-214.
55. M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 228 y ss.; 232 y ss.
56. Sobre el tema crucial de las relaciones entre jurisdicción y democracia, véanse M. BARBERIS, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», en *Analisi e diritto*, 2004, pp. 1 y ss.; nuestro trabajo «Il giudice e l'interpretazione», en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, núm. 3, pp. 461 y ss.; asimismo, A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton U. P., Princeton, 2005.

57. Sobre la comunidad interpretativa, además de R. DWORKIN (*L'impero del diritto*, cit., pp. 49 y ss.), cfr. F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 65 y ss.; G. ZACCARIA, «Il giudice e l'interpretazione», cit., pp. 469 y ss.
58. F. RIGAUX, *La legge dei giudici*, cit., p. 314.
59. Sobre este «infiltrarse» el derecho de una esfera nacional a otra, cfr. J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, cit.
60. *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
61. A este aspecto, cfr. P. PICONE y A. LINGUSTRO, *Diritto de l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Cedam, Padova, 2002.
62. G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006, p. 79.
63. P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 287.
64. El interrogante ha sido suscitado con acierto por A. CATANIA, «Transformazioni del diritto in un mondo globale», en *Ars interpretandi*, 11, 2006, p. 79. Sobre el nexó semántico entre ámbito de acción de los Estados y positivización, cfr. también de A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000.
65. N. IRTI, «Le categorie giuridiche della globalizzazione», en *Rivista di diritto civile*, XLVIII, 2002, núm. 5, p. 634.
66. B. PASTORE, «Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti», en *Lavoro e diritto*, 1/2003, pp. 12 y ss.
67. F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Fusl, Bruxelles, 2002.
68. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, edición a cargo de A. ZOPPINI, Laterza, Roma-Bari, 2004.
69. A. FISCHER-LESCANO y G. TEUBNER, «Regime-collision: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», en *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004), pp. 999-1046.
70. Sobre este particular, cfr. E. BETTI, «Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto», en *Rivista di diritto privato*, núm. 3/2003, pp. 5-21; asimismo, nuestro trabajo «Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi», en *Ragion pratica*, 22, 2004, pp. 93-120.
71. N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, pp. 91 y ss.
72. U. BRECCIA, «Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto», en *Politica del diritto*, XXXVII, 2006, p. 380.
73. La importancia de esta novedad fue advertida tempranamente por N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; pero, sobre este punto, véase asimismo U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino, 2002.
74. M. R. FERRARESE, «Il successo dell'istituzione giudiziaria», en *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, edición a cargo de U. VINCENTI, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 79 y ss.
75. M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 117 y ss.
76. A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., 2004, pp. 75 y ss.
77. J. ALLARD y A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, cit.

78. Sobre este particular, cfr. U. MATTEI, «Il diritto giurisprudenziale globalizzato ed il progetto imperiale. Qualche spunto», en *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, edición a cargo de U. VINCENTI, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 95 y ss.; R. B. SCHLESINGER [et al.], *Comparative Law*, Foundation Press, New York, 1998.
79. Y. SHANY, *The competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford U. P., Oxford, 2003.
80. Resulta paradigmático el caso reciente de la orden de arresto europea, que ha hecho posible que sean ejecutivas en un amplio espacio regional decisiones judiciales de jueces nacionales.
81. A. RHEINISCH, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge U. P., Cambridge, 2000.
82. Sobre este punto, desde perspectivas diversas, cfr. R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan, London, 1998; A. STONE SWETT, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford U.P., Oxford, 2000; *The Judicial Construction of Europe*, Oxford U.P., Oxford, 2004; D. Z. CASS, «The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development», en *European Journal of International Law*, 12, 2001, núm. 1, pp. 39 y ss.
83. M. WALTERS, *Globalisation*, Routledge, London, 2001; K. RAUSTIALA, «The Geography of Justice», en *Fordham Law Review*, 73, 2004/2005, pp. 2501 y ss.
84. F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996; cfr. también nuestro trabajo «Tradurre e interpretare», en *Ars interpretandi*, 11 (2006), pp. 197-206.
85. Sobre este particular, cfr. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti unmani*, Giappichelli, Torino, 2000.
86. R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.
87. En este sentido, F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit.; pero véase también A. RUGGERI, «Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Corte internazionali dei diritti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», en *Ragion pratica*, X (2002), núm. 18, pp. 63 y ss.