

JUECES, LEGALIDAD E INTERPRETACIÓN

GIORGIO PINO

JUECES, LEGALIDAD
E INTERPRETACIÓN

Traducción de
Víctor García Yzaguirre
Carla Israel Guzmán

PALESTRA EUROPA
MADRID – LIMA – 2024

INTRODUCCIÓN

Los ensayos reunidos en este volumen, que por primera vez se presentan en español, abordan un mismo problema de fondo — aunque cada uno desde diferentes perspectivas—: la relación entre la legalidad, entendida como un valor jurídico fundamental, y la interpretación jurídica.

El ideal de la legalidad y el concepto de interpretación jurídica son, evidentemente, temas inagotables en las reflexiones teóricas y críticas sobre el derecho, así como en la práctica cotidiana de juristas y ciudadanos. Sin embargo, quienes abordan estos temas saben bien que alrededor de ellos se han construido, y aún hoy persisten, numerosas “mitologías”¹. Mucho, muchísimo se ha escrito sobre la legalidad y la interpretación jurídica, pero siempre queda la sensación de que aún hay mucho por decir y aclarar. Los ensayos que conforman este volumen buscan precisamente hacer eso: discutir y analizar algunas de las ideas (o mitologías) más profundamente arraigadas en torno a estos temas, y tratar de iluminar algunas persistentes zonas de sombra.

1 Retomo aquí la afortunada fórmula acuñada por Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità* (Giuffrè, 2007). Debo resaltar que, tanto en lo que respecta al problema de la legalidad como a la interpretación jurídica, mis posiciones teóricas están extremadamente alejadas de las de Grossi.

Para facilitar al lector, utilizaré estas páginas introductorias para destacar algunas claves de lectura que atraviesan todo el volumen: a veces de manera evidente, a veces de manera implícita.

En primer lugar², por “legalidad” se entiende el ideal que postula que ciertas relaciones sociales deben estar sometidas “a las leyes”. Este ideal, evidentemente, no se satisface simplemente con la existencia de una ley cualquiera, sino que exige que “las leyes” posean ciertas características formales extrínsecas, como la claridad, estabilidad, generalidad e irretroactividad, entre otras³. Desde esta perspectiva, el ideal de la legalidad *es algo más* que la simple “juridicidad”, es decir, que la mera existencia de una regulación jurídica en una determinada materia⁴. Al mismo tiempo, es algo menos que la exigencia de “buenas leyes”, es decir, leyes con un contenido moralmente valioso (por ejemplo, leyes que no establezcan la pena de muerte, que prohíban la tortura o la censura, etc.). La legalidad, por tanto, es un valor “formal” que se refiere más a las características extrínsecas de las leyes que a su contenido⁵.

Ahora bien, incluso cuando se define en estos términos esencialmente “formales”, la legalidad es frecuentemente vista, por un lado, como un valor en sí mismo y, por otro, como un ideal que puede realizarse (o violarse) bajo una modalidad de “todo o nada”: o está presente o no lo está, o se respeta o se infringe. Ambas ideas

2 Este es el tema del cap. I.

3 Aquí y en otros lugares empleo la palabra “ley” entre comillas porque (como aclaro en el cap. I) el ideal de la legalidad no está asociado necesariamente y exclusivamente a la presencia de leyes en sentido técnico (la ley ordinaria, de producción parlamentaria): la “ley” exigida por el ideal de la legalidad puede ser también una fuente de otro tipo, como por ejemplo una constitución.

4 Así es usada la expresión *legality*, por ejemplo, por Scott J. Shapiro, *Legality* (Harvard University Press, 2013).

5 En este sentido, la legalidad suele asociarse a la fórmula inglesa *rule of law*, aunque estos dos conceptos no pueden considerarse perfectamente equivalentes.

—a menudo no argumentadas ni explícitamente sostenidas, pero claramente percibidas en muchos discursos de juristas, comentaristas políticos o de la “gente común”— resultan simplistas y engañosas: son, precisamente, “mitologías”.

De hecho, en cuanto al “valor” de la legalidad —la idea de que la legalidad es algo positivo en sí misma— es necesario subrayar que esta puede ser ciertamente un valor positivo, ya que asegura un cierto grado de estabilidad y previsibilidad en las relaciones jurídicas, y de igualdad entre los destinatarios de las normas jurídicas. Sin embargo, como han mostrado autores como Joseph Raz y Bruno Celano, las prestaciones que ofrece la legalidad (tanto en términos de estabilidad/previsibilidad como en términos de igualdad) son en sí mismas moralmente limitadas si el *contenido* de las normas jurídicas no es, a su vez, moralmente aceptable. En otras palabras, la aplicación segura, previsible y uniforme de una norma injusta ciertamente satisface el ideal de la legalidad, pero difícilmente puede corregir la injusticia de la norma en cuestión. Desde este punto de vista, la legalidad no solo es un valor formal, sino también mínimo. La legalidad ciertamente puede desempeñar una función de garantía incluso en un ordenamiento injusto (o, en cualquier caso, frente a la aplicación de normas injustas), en términos de reducción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder por parte de los poderes públicos⁶. Sin embargo, el ideal de la legalidad adquiere un sentido profundo solo en el contexto de un ordenamiento que sea, en su conjunto, moralmente aceptable, y de hecho, contribuye de manera determinante a consolidar el valor moral de dicho ordenamiento.

La legalidad no es, por tanto, un valor “absoluto”, ya que tiene, principalmente, una relevancia “instrumental”: la legalidad posee

6 Sobre el papel de la legalidad en los sistemas jurídicos injustos, véase David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*, 2.^a ed. (Oxford University Press, 2010).

valor solo si el derecho subyacente también lo tiene. Pero, en realidad, la legalidad no es un valor absoluto también en otro sentido. Como he dicho antes, el ideal de la legalidad requiere que la “ley” cuente con una serie de características (generalidad y abstracción, estabilidad, claridad, etc.) que solo pueden alcanzarse de manera gradual. En consecuencia, la legalidad es necesariamente una cuestión de “más o menos” en lugar de una cuestión de “todo o nada”. La legalidad puede cumplirse o violarse en mayor o menor medida, y además depende de factores múltiples y heterogéneos (como los ya mencionados: generalidad y abstracción, estabilidad, claridad, etc.). Todo esto, evidentemente, hace más compleja y controvertida la evaluación del grado en que un determinado ordenamiento respete el valor de la legalidad.

Finalmente, la materialización del ideal de la legalidad debe ser, necesariamente, ponderada por consideraciones que van en dirección opuesta: la flexibilidad, la adaptabilidad a los casos concretos, la evolución de las circunstancias... Se trata, en otras palabras, de la eterna tensión entre “certeza” y “equidad” en el derecho. Una tensión que se vuelve particularmente evidente e incluso paroxística en el derecho de los Estados constitucionales contemporáneos, donde abundan normas con contenido de “principios” y de “cláusulas generales” —normas “flexibles”—, cuya aplicación interactúa estrechamente con las características del caso concreto, y que invitan a un cierto grado de discrecionalidad por parte de los aplicadores del derecho⁷.

El valor de la legalidad, entonces, aparenta ser un valor “fundamental”, “primario”, e incluso “absoluto” (*dura lex sed lex*), pero con una observación más atenta se revela como un valor “relativo” en al menos tres sentidos diferentes: porque tiene una importancia

⁷ De esos problemas me he ocupado más de cerca en: Giorgio Pino, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación* (Palestra Editores, 2013).

principalmente instrumental, en lugar de “final”; porque solo puede ser realizado de manera gradual; y porque necesariamente debe ser ponderado con otros valores, comenzando por el conjunto de consideraciones que pueden resumirse bajo la etiqueta de “equidad”⁸).

También la interpretación jurídica, a su vez, está rodeada de diversas mitologías: desde la idea de que la interpretación jurídica es (o al menos puede ser) simplemente un reflejo o una reproducción de algo preexistente, hasta la idea de que existe una distinción clara entre “interpretar” el derecho y “crear” derecho nuevo, pasando por la idea de que la interpretación es siempre creativa, y finalmente, la creencia de que el “verdadero” derecho es solo aquel creado por los intérpretes.

Ahora bien, lo interesante a este punto es ver como los dos temas mencionados hasta ahora (la legalidad y la interpretación jurídica) se entrelazan de manera sustancialmente inextricable.

Un primer aspecto de interés es el siguiente: algunas teorías de la interpretación jurídica hacen que la interpretación sea irrelevante respecto a la legalidad, mientras otras teorías de la interpretación jurídica convierten la legalidad en un ideal irrealizable y totalmente ilusorio. De hecho, si se reduce el papel de la interpretación jurídica a un simple reflejo o reproducción de una realidad jurídica preexistente, entonces la interpretación se vuelve prácticamente irrelevante en relación con la realización del ideal de la legalidad: todo el trabajo es realizado por quien produce las “leyes”. Esta manera de ver puede asociarse con algunas posiciones teóricas definibles como “objetivismo interpretativo” (o “formalismo interpretativo”, o “cognitivismo”). Me parece que es el enfoque ampliamente más

8 Basta incluso recordar que un ferviente defensor de la legalidad (especialmente en materia penal) como Luigi Ferrajoli subraya la importancia de la valoración equitativa de las circunstancias del delito por parte del juez penal: *cf.* Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Laterza, 1989), 135 y ss.

difundido entre los juristas que se ocupan de la legalidad: entre estos juristas, está extraordinariamente arraigada una falta de consideración por la interpretación jurídica, como si el proceso interpretativo fuera del todo transparente respecto a las “leyes” interpretadas, como si la legalidad fuera independiente de la interpretación, y como si la interpretación no llevara sobre sus hombros una parte no despreciable de la carga de realizar el ideal de la legalidad o, por el contrario, una parte no despreciable de la responsabilidad de sabotear la legalidad⁹. Por el contrario, las orientaciones que se enmarcan dentro del “escepticismo interpretativo” convierten la legalidad en un ideal irrealizable e ilusorio, ya que consideran que el proceso interpretativo es completamente libre respecto a las “leyes” interpretadas. Si el escepticismo interpretativo tiene razón, sería totalmente inútil aspirar a la redacción de “leyes” claras, generales, abstractas e irretroactivas, entre otras, porque nada de ello podría imponer restricciones a la libertad de acción de los intérpretes.

Personalmente, creo que estas posiciones están equivocadas (*teóricamente equivocadas*, erradas como teorías de la interpretación). Tanto el *objetivismo interpretativo*, al menos en sus versiones extremas, según el cual siempre existen respuestas justas a los problemas interpretativos, como el *escepticismo interpretativo*, en todas sus versiones, según el cual no hay nunca una respuesta correcta a los problemas interpretativos. Creo que en ciertas condiciones —condiciones que no son raras en el derecho— es posible determinar si una cierta tesis interpretativa es correcta o equivocada: en algunos casos (casos “fáciles” o “claros”), por tanto, es verdad que existen respuestas correctas a los problemas interpretativos, aunque esto no sea así para todos los problemas interpretativos (y, por tanto,

⁹ Esto es particularmente evidente en el caso específico de la legalidad en materia penal, como intento demostrar en el cap. II.

sigue abierta la posibilidad de casos “difíciles” u “oscuros”, en los cuales, el intérprete goza de discrecionalidad)¹⁰.

Además, creo que no es posible trazar una línea clara de distinción entre interpretación “propiamente dicha” y “creación de nuevo derecho”: la interpretación es un fenómeno de dos caras que siempre contiene tanto elementos de “conservación” como elementos de “innovación”. La interpretación, por tanto, es siempre creativa (en un sentido que sería oportuno precisar mejor), pero al mismo tiempo no es nunca completamente creativa. En la medida en que la interpretación jurídica contiene elementos creativos¹¹, surge el problema de la dimensión “política” de la labor del intérprete¹². De hecho, la interpretación jurídica, en lugar de limitarse a reflejar algo preexistente, exige que el intérprete tome múltiples decisiones, y como resultado de esas decisiones interpretativas el derecho se verá, en alguna medida, modificado, precisamente por la acción de la interpretación. Si todo esto es cierto, entonces la interpretación jurídica es también, en cierta medida, un ejercicio de poder: un “poder interpretativo”. Un poder “político” en sentido amplio (aunque no en el sentido de *party politics*), cuya *accountability* pasa esencialmente por las modalidades discursivas del deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Así llegamos a la conexión entre los dos temas principales de este volumen.

La legalidad es un valor, al menos en un ordenamiento jurídico que sea, en conjunto, aceptable desde un punto de vista moral. Y es un valor que puede realizarse en diferentes medidas (y de varias maneras), y que debe ponderarse con otros valores y consideraciones

10 He desarrollado estas ideas en Giorgio Pino, *La interpretación en el Derecho* (Marcial Pons, 2025), cap. III.

11 Reenvío nuevamente a Pino, *La interpretación en el Derecho*, caps. VII-VIII.

12 Este problema es tratado en el cap. III.

ampliamente “equitativas”. Ahora bien, como intento mostrar en los ensayos recogidos en este volumen, la realización de la legalidad pasa también, si no sobre todo, por la interpretación jurídica: los intérpretes juegan un papel esencial en la concreción del ideal de la legalidad. La realización —o, en su defecto, el debilitamiento— del ideal de la legalidad depende de las decisiones de los intérpretes, decisiones que no tienen una naturaleza simplemente técnico-jurídica, sino más bien ético-política, y que por ello requieren ser argumentadas de manera pública y transparente.

Agradezco de corazón al Prof. Pedro Grández Castro por haberme animado a la publicación de este volumen, y a Víctor García Yzaguirre y Carla Israel por su traducción inteligente y precisa de los textos originales.

FUENTES

Los capítulos contenidos en este volumen fueron originalmente publicados, en lengua italiana, en el siguiente orden:

“Legalità penale e Rule of Law”. En *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cargo de G. Pino y V. Villa, 177-233. Il Mulino, 2016.

“Poteri interpretativi e principio di legalità”. En *Enciclopedia del diritto, I tematici vol. V. Potere e costituzione*, a cargo de M. Cartabia y M. Ruotolo, 960-985. Giuffrè, 2023.

“Il paradosso del giudice (im)político”. *Questione giustizia* 1-2 (2024): 206-214 (doble número monográfico sobre *Magistrati: essere ed apparire imparziali*).