

DE NUEVO SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS *

On Interpretation and Principles Again

Giuseppe ZACCARIA

Università degli Studi di Padova (Italia)

RESUMEN

Los cambios en los procesos de producción del derecho y la modificación estructural del sistema de fuentes ponen en tela de juicio el modelo de derecho diseñado por el positivismo jurídico del XIX, basado en el monopolio legislativo en la creación del derecho y en la consideración de proceso de aplicación del derecho como un procedimiento de subsunción formal. En ese nuevo escenario, el momento aplicativo y hermenéutico del derecho adquieren un protagonismo central. En las nuevas y complejas funciones que asume el intérprete del derecho para tratar de recomponer la unidad y la coherencia de los ordenamientos jurídicos complejos, faltos de plenitud y fragmentados, la recuperación del rol normativo autónomo de los principios jurídicos se convierte en una exigencia imprescindible. El autor ilustra ese renovado papel de los principios con ejemplos del derecho constitucional, el derecho tributario y el derecho procesal civil.

Palabras clave: policentrismo normativo, crisis del positivismo jurídico, interpretación jurídica, principios jurídicos.

ABSTRACT

Changes in production processes of law and the structural modification of the source system put in question the model of law designed by the 19th century legal positivism, based on the legislative monopoly in the creation of law and in consideration of process of application of law as a process of formal subsumption. In this new scenario, the time of application and hermeneutics of law acquire a central role. In the complex new functions assumed by the interpreter of law to try to rebuild the unity and coherence of the complex legal systems, now fragmented and incomplete, the recovery of the self-regulatory role of the legal principles becomes an essential requirement. The author illustrates the renewed role of the principles with examples of constitutional law, tax law and civil procedural law.

Key words: normative polycentrism, crisis of legal positivism, legal interpretation, legal principles

* Traducción de Pedro Mercado Pacheco.

Si hoy nos proponemos volver a reflexionar sobre el tema de la interpretación, considerada en la fase más reciente de la experiencia del derecho, no podemos dejar de constatar cómo las transformaciones ocurridas en los últimos decenios están haciendo excesivamente tambaleante y cada vez más inseguro el edificio jurídico construido sobre las líneas simples y regulares de un conjunto normativo basado en la ley¹.

El escenario que tenemos ante nosotros, caracterizado por cambios profundos en los procesos de producción del derecho y por una modificación estructural del sistema de fuentes², pone en tela de juicio cualquier visión verticalista del derecho, centrada únicamente en la voluntad del creador de la norma y en su acto de producción, y que se corresponde con una supremacía indiscutida de la misma ley, entendida como la fuente primaria por excelencia del derecho³.

Entra así definitivamente en crisis el modelo del positivismo del siglo XIX ligado al código, aquel modelo que, al asumir una perspectiva “objetivista” que representaba el derecho como algo ya dado y completo, sostenía en el plano de la teoría de las fuentes el monopolio legislativo en la creación del derecho. Correlativamente, al presuponer la racionalidad y coherencia del legislador, en el plano de la interpretación del derecho identificaba la norma jurídica con la disposición en la que es formulada, reduciendo la aplicación a un procedimiento formal de subsunción ejemplificado por el silogismo judicial.

Hoy, sin embargo, el Estado no es ya la fuente exclusiva de la soberanía⁴, sino que ésta se despliega en varios niveles en relación a los poderes públicos (infraestatales, estatales y supraestatales) y se redistribuye también entre poderes privados. Al mismo tiempo, la voluntad del legislador no es ya asumida como un dogma, se multiplican las delegaciones del poder normativo y se rediseña el panorama del ordenamiento⁵; aumenta —no sin contradicciones⁶— el papel creativo y dinámico de la jurisprudencia que, ante las nuevas exigencias de tutela y ante el

1. Para una visión paradigmática, vid. el volumen colectivo *Fine del diritto*, a cura di P. ROSSI, Il Mulino, Bologna, 2009, en el que se habla de “eclipse o renacimiento del derecho” o de “fin o metamorfosis” del derecho. De metamorfosis del derecho habla también A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione o norma nell’età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

2. Sobre este punto, vid. mis trabajos “Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi”, en *Ragione Pratica*, 22, 1994, pp. 93-120 y *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, versión en español con el título “La Jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica”, en *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2010, n. 32, pp. 93-117.

3. Véase sobre el tema el análisis de F. MODUGNO - A. CELOTTO - M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge. Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 373 ss.

4. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002 e Id. *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

5. A propósito vid. mi trabajo “I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica”, en *Persona y Derecho*, 61, 2009, pp. 103-113.

6. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

carácter estructuralmente caótico y la imperfección cualitativa de las leyes, está inevitablemente llamada a colmar los márgenes de discrecionalidad dejados abiertos por la legislación y a integrar los supuestos indeterminados. En este marco, la justicia, concebida de forma cada vez más clara como una obra por hacerse, se entiende más en términos de ponderación de intereses y de valores, diversos y variables⁷; y, por último, emergen nuevos sujetos⁸ y “objetos” jurídicos.

En definitiva, desde hace mucho tiempo la desestructuración del sistema de fuentes, el policentrismo normativo, la interconexión y la ósmosis entre ordenamientos⁹ (nacional, supranacional, internacional) impiden cualquier lectura del fenómeno jurídico según cómodos esquemas jerárquicos y objetivistas.

El derecho ya no es expresión de un fluir normativo uniforme que provenga de un único centro de autoridad. El fenómeno jurídico se convierte en un *corpus* móvil de procesos regulativos y de *standards* normativos procedentes de puntos diversos, caracterizado en su conjunto por la fluidez y la variabilidad.

Dicho escenario, que por simple comodidad llamaremos “posmoderno”, configura un espacio renovado y más amplio para la interpretación.

En la búsqueda del significado de cualquier cosa, el fenómeno interpretativo juega siempre un papel relevante. Representa la precondition de cualquier praxis y de cualquier juicio individual y social. La práctica interpretativa específica que tiene lugar en el ámbito jurídico es plenamente partícipe de esta condición general de relevancia de la interpretación. Pero además, la interpretación es todavía más crucial si cabe en el ámbito jurídico porque constituye el presupuesto necesario de toda decisión y de toda aplicación jurídica y, desde este punto de vista, forma parte constitutivamente de esa “cosa” que llamamos derecho.

Podríamos entonces reconocer que el derecho se caracteriza como una red de flujos interpretativos y decisionales que requiere de una obra de tejido de los materiales jurídicos que sea capaz de individualizar sus relaciones significativas. El eje que sostiene el ordenamiento se inclina cada vez más claramente desde el momento potestativo y autoritario del mandato al momento hermenéutico y cognoscitivo de su concreción. Por ello el valor autoritativo de la regla deriva en definitiva del significado que le atribuye la comunidad de los interpretes, de la misma forma que el predicado de la normatividad pertenece no ya al texto sino a su sentido, que solo puede ser comprendido en relación con el caso a decidir, y en última instancia, en el marco de una serie de vínculos de naturaleza institucional y discursiva. Si se razona desde una perspectiva que no se quede solamente en el

7. A. STONE SWEET y J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, en “Columbia Journal of Transnational Law”, 47, 2008, pp.73 ss.

8. S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008.

9. M. ROSENFELD, “Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism”, en *International Journal of Constitutional Law*, VI, n. 3-4, 2008, pp. 442 ss.; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, en G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. I. Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 257-267.

nivel de la validez formal y procedimental del derecho, al final es la aceptación del ciudadano con su participación en la práctica jurídica la que debe representar la justificación última de la normatividad positiva.

La positivación jurídica —el proceso inagotable en el que consiste y en el que se desarrolla la concreción del derecho— es el resultado de una pluralidad de sujetos que se ocupan de adaptar los textos jurídicos a la particularidad de los distintos contextos aplicativos¹⁰. Tal proceso se realiza ciertamente a partir de lugares autoritativos, pero ninguno de ellos puede decirse que sea tan autosuficiente o concluyente como para prescindir de la actividad interpretativa, y ninguno de ellos se destaca aisladamente en la óptica general de la práctica jurídica. La propia interpretación de los principios se configura como el resultado de una obra común, como el trabajo articulado de una pluralidad de sujetos.

Una vez más, la interpretación, cuyo papel se potencia también al especificar y articular el discurso sobre las fuentes del derecho, se confirma pues como dimensión estructural y profunda de la juridicidad y como momento indispensable de su operar en concreto.

También en el ámbito europeo, a la hora de establecer reglas, el juez a menudo confía menos en las normas explícitas y más en los principios generales extraídos del ordenamiento europeo y de los ordenamientos nacionales. En un contexto fracturado, fragmentado —pensemos solo por caso en el derecho internacional¹¹— y caótico, como es el del derecho de nuestro tiempo, el intérprete, en consecuencia, está llamado a una tarea dirigida a lograr unidad y coherencia que, lejos de configurarse como condiciones “obvias” y “naturales” del derecho, representan hoy exigencias que implican una actividad interpretativa y que solo son realizables en el momento aplicativo.

Al propio intérprete —como mediador insustituible entre los modelos regulativos y su concreción en las situaciones de conflicto a disciplinar— en la constante tensión entre la abstracción y la imprevisibilidad de los casos de la vida y en su constante y progresiva adaptación, se le exige un esfuerzo permanente, y no fácil, de coordinación y “recomposición” del sistema, a través de una obra interesante de reinterpretación y re-concreción de los principios ante el cambio de los contextos concretos.

Ante este cuadro de fragmentación, de falta de plenitud y de caos del dato jurídico y, en general, ante la crisis de la idea del derecho como conjunto de actos de voluntad perdurables en el tiempo dictados por un legislador que dispone del poder de mando¹², la recuperación del rol normativo autónomo de los principios

10. Para una eficaz reconstrucción teórica G. PINO, “Principi e argomentazione giuridica”, en *Ars interpretandi*, XIV, 2009, pp. 131-159 y, del mismo autor, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 51 ss.

11. T. TREVES, “Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective”, en *Comunicazioni e studi*, XXIII, 2007, pp. 821 ss.

12. Sobre este punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 86 ss.

se convierte en una exigencia imprescindible¹³. La afirmación del papel de los principios en el debate teórico-jurídico en los últimos decenios no es algo casual, sino que por el contrario se explica bien por el hecho de que se trata de una categoría más eficaz para comprender y dar cuenta apropiadamente de algunas de las características de fondo del derecho contemporáneo. Que el derecho sea hoy definido como un “derecho por principios”¹⁴ no depende solo del hecho de que las constituciones del siglo XX incluyan en su inicio un catálogo de principios fundamentales, sino también de la circunstancia de que la categoría de los principios otorga al intérprete un grado notable de flexibilidad en la fase crucial de concreción del derecho que, al mismo tiempo, depende estrechamente de operaciones interpretativas y que produce el efecto, en sede argumentativa, de reorientar la interpretación. En la teoría del derecho del siglo XX el inicio del amplio debate sobre los principios se remonta a los años cincuenta con la obra anticipadora de Josef Esser¹⁵. Después es relanzado con fuerza por la centralidad que los principios asumen en el cuadro teórico de autores como Ronald Dworkin¹⁶, Robert Alexy¹⁷ y Jules Coleman¹⁸, y podemos legítimamente constatar que el problema más debatido en la teoría del derecho de los últimos treinta años ha sido precisamente el de la distinción entre reglas y principios¹⁹. Hoy, sin embargo, es la misma estructuración del derecho contemporáneo la que favorece su creciente afirmación en la cultura jurídica, tanto en la del *civil law* como en la del *common law*.

En efecto, también en los ordenamientos como el italiano, de tipo codificado y ligados al “derecho escrito”, resulta cada vez más claro que la capacidad del derecho para mirar eficazmente la complejidad y la velocísima evolución de las cosas en el interior de sociedades pluralistas en las que se manifiestan derechos, intereses, valores y aspiraciones diversas, debe necesariamente confiarse no solo al cumplimiento de la ley sino también a la capacidad del juez para recurrir a los principios y para ponerlos en práctica. En un contexto de “crisis” y en el escenario, para algunos, de “fin” del derecho, los principios contribuyen a reabrir un

13. In generale, sul principio giuridico, v. la voce di F. VIOLA, “Principio giuridico”, en *Enciclopedia filosofica*, vol. IX, Bompiani, Milano, 2006, pp. 8955-8956.

14. R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004; G. ZAGREBELSKY, “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, pp. 865-897.

15. J. ESSER *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956, y mi trabajo, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 22.

16. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977. Para comparación entre las perspectivas de Esser e Dworkin, cfr. G. ZACCARIA “Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin”, en *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 135-152.

17. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997; y del mismo autor “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris*, 13, 3, 2000, pp. 294-304.

18. J. COLEMAN, *The Practice of Principle: in defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2001, trad. it. di G. Pino, Il Mulino, Bologna, 2006.

19. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 140.

espacio no solo para una reducción o atenuación de la presencia del derecho en la sociedad, sino también para la recuperación de su papel, aunque sea en formas profundamente diferentes a las del pasado. Repensados bajo una nueva luz, los principios son entendidos no ya en su papel meramente auxiliar o subsidiario respecto a las normas (por ejemplo, su papel interpretativo de las normas pre-existentes, programático respecto a las normas futuras o integrador en la fase de su aplicación²⁰), sino también provistos de un rol normativo autónomo. Respecto a las reglas, los principios poseen una lógica propia de tipo ponderativo²¹ desde el momento en que su aplicación se vincula a valoraciones “de peso” en la argumentación jurídica que han de ser referidas al caso concreto²². Así, en el caso de los principios la “virtualidad indefinida”²³ e indeterminada de la norma exige ser especificada y determinada en sede aplicativa teniendo en cuenta las circunstancias relevantes en el contexto de aplicación²⁴, y que orientan al intérprete para tomar unas determinadas elecciones interpretativas frente a otras. Por tanto, la idea de la centralidad del momento aplicativo está estrecha y estructuralmente ligada a los principios de la ley²⁵. Es interesante en este punto resaltar el “incremento” de la presencia de los principios que ha tenido lugar en los últimos años no solo en el ámbito de la reflexión filosófica y teórico-jurídica, sino también en el interior de la praxis efectiva de áreas sustantivas y procesales del derecho, que merecen por ello ser atentamente consideradas.

Este incremento es sobre todo claro y evidente en el ámbito del derecho constitucional. En el seno de la teoría del derecho nadie niega hoy que las constituciones por medio de los principios, o sea, valores ético-políticos directamente introducidos en el tejido del derecho constitucional, que a veces se asemejan más a las valoraciones y otras veces se asemejan más a las prescripciones, establecen vínculos a los poderes del Estado y a las leyes no solo de carácter procedimental, sino también de carácter ético sustancial²⁶. Los fines de la ley ya no pueden considerarse completamente libres sino que deben estar sometidos a aquellos

20. Cfr. F. VIOLA, voz “*Principi giuridici*”, cit., p. 8956.

21. F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 366-375; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 163-176.

22. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* cit.; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 183 ss.

23. Así definía los principios en mi trabajo “Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin”, cit.

24. Sobre este punto, G. ZAGREBELSKY *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi Torino, 1992, p. 149 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 35 ss.

25. Cfr. G. ZAGREBELSKY *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit., pp. 156 ss.; L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale, e Id., Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115-140.

26. Sobre las relaciones entre derechos y moral, vid. últimamente R. DWORKIN, *Justice in Robes*, The Belknap Press, Cambridge, Mass- London, 2006, trad. it. Di S. F. Magni, Laterza, Roma-Bari, 2010.

principios de la constitución que caracterizan la especificidad constitucional de un ordenamiento.

En la óptica del iuspositivismo más tradicional los principios —incluidos los principios constitucionales— poseían una connotación de tipo extrajurídico. Hoy, por el contrario, es ya una afirmación común de las diferentes orientaciones teóricas, incluso de las versiones más conspicuas del propio iuspositivismo, que los principios en cuanto traducción jurídica de los valores fundamentales se constituyen en criterios guía y en parámetros normativo-ideales para la producción y la aplicación del derecho y, aunque no sean por sí mismos suficientes para determinar las decisiones judiciales, deben considerarse como verdaderas y auténticas normas jurídicas, dotadas de carácter prescriptivo y de superioridad normativa²⁷. Todo ello a pesar de tratarse de normas de estructura peculiar —ya que en ellas está ausente el supuesto de hecho normativo— y que, al presentar una formulación abierta, se caracterizan por una indeterminación semántica: los principios exigen en consecuencia formas de interpretación y de argumentación específicas y en parte diferentes de las técnicas de interpretación propias de la ley.

En la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ocurre frecuentemente que un principio no solo es utilizado —sobre todo en las llamadas sentencias interpretativas de rechazo— como razón para elegir entre dos o tres interpretaciones posibles de una misma disposición, sino que las propias normas constitucionales formuladas como reglas son redefinidas y consideradas como principios que, en caso de conflicto en relación con un caso concreto, es preciso poner en una relación de ponderación, desde el momento en que son considerados como un conjunto integrado y complejo que ha de someterse a interpretación. Pero no solo eso: la misma ley exige ser constantemente interpretada y aplicada sobre la base de los principios constitucionales, lo que implica realizar consideraciones de conexión, de ponderación, de jerarquización y de razonabilidad²⁸, porque son los propios principios los que prescriben que su específico contenido encuentre realización en la medida de lo posible²⁹. Aunque se determine en relación con un caso y con una finalidad limitada, la afirmación y la interpretación de un principio constitucional se realiza de un modo suficientemente amplio como para justificar también conclusiones respecto de otros casos diferentes de los inmediatamente considerados.

De esta forma, el reconocimiento de los principios parece dar cuenta de forma efectiva de la realidad de lo que significa juzgar hoy en día y de las transformaciones provocadas por la creciente presencia de los valores ético-políticos en el derecho,

27. A propósito, cfr. G. ZAGREBELSKY *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., pp. 877 ss.; J. J. MORESO, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en J. BETEGÓN, J. DE PARAMO, L. PRIETO SANCHÍS (dir.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 473 ss.

28. R. ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, 10, 1, 1979, pp. 59 ss.

29. Sobre el juicio de razonabilidad, cfr. de forma crítica, R. GUASTINI, “La Costituzione come limite alla legislazione”, en *Analisi e diritto*, 1998, pp. 111 ss. y A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

que multiplican de forma exponencial tanto las posibilidades de resolución de los casos como la eventualidad de los conflictos interpretativos. Valores y conceptos, como por ejemplo la libertad y la igualdad, que cumplen una función central en el interior de los principios constitucionales, son en realidad conceptos interpretativos, en el sentido de que su significado depende estrechamente de la fuerza valorativa que se le atribuya en el razonamiento jurídico. Y dicha fuerza —como es evidente— no está basada en criterios compartidos³⁰, sino que, por el contrario, por sí misma es, en su identidad, en su carácter y en su peso, controvertida.

Consideraciones no demasiados diferentes respecto a las realizadas para el derecho constitucional se pueden avanzar —algo que hasta hace unos años no se daba por descontado— también en el ámbito del derecho tributario y en el derecho procesal civil.

Si miramos el derecho tributario, observamos —sobre todo en perspectiva europea— que se hace más insistente y frecuente el recurso a los principios comunes³¹. No se trata solamente de subrayar una vez más que en el ámbito de la Constitución italiana el concepto de “capacidad contributiva” previsto en el art. 53 contiene como principio de valor implícito una llamada evidente al deber ético de contribuir a los gastos públicos en razón de “criterios de progresividad”³², o sea, de lo que cada uno esté en condiciones de dar (y en este sentido, en tanto que la tasación tiene un impacto evidente en la libertad de los individuos, que el principio de libertad del contribuyente no puede ser entendido como si fuese independiente del principio de responsabilidad, implícito en la idea de imposición fiscal progresiva). Se trata también de poner en evidencia en este campo el cada vez más marcado carácter “creativo” de la labor jurisprudencial, tanto del juez estatal como del Tribunal de Justicia europeo. Un testimonio elocuente del primer caso es el representado por una serie de recientes sentencias de la sección tributaria de la Corte de Casación italiana que en lugar de basarse en disposiciones específicas de la ley recurren de forma cada vez más frecuente y expresa a “principios generales”, como la tutela de la confianza y de la buena fe del contribuyente en su relación con el fisco. Además la misma Corte de casación reconoce al Tribunal de Justicia europeo —y

30. A los conceptos interpretativos está dedicado el capítulo sexto de R. DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., trad. it. cit., p. 153 ss.

31. Sobre la relación entre principios comunitarios y derecho interno, véase F. GALLO, “Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari”, en *Rassegna tributaria*, 2006, fasc. 2, pp. 407-422, Id., “Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari”, en *Diritto e pratica tributaria*, 2006, fasc. 6 pp. 1137-1154; F. AMATUCCI, “L’impatto dei principi comunitari sulla nuova fiscalità locale”, en *La Finanza locale*, 2008 fasc.3 pp.11-23; I. ARCURI, “L’adesione del giudice tributario italiano ai principi espressi dalla Corte di Giustizia della Comunità”, en *Rivista dei dottori commercialisti*, 2008, fasc. 6 pp. 1316-1324; F. MOSCHETTI, “I principi di giustizia fiscale della Costituzione Italiana per l’ordinamento giuridico in cammino dell’Unione europea”, en *Scritti per il settantesimo compleanno di Joachim Lang*. Cfr. También G. MELIS, *L’interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, Padova, 2003, pp. 323-370.

32. Vid. al respecto R. SCHIAVOLIN, “Il principio di progressività del sistema tributari”, en L. PERRONE y C. BERLIRI (dir.) *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 151 ss.

sobre todo a los principios por él elaborados— el rango de una fuente del derecho supraordenada, de una especie de *ius superveniens* destinado a prevalecer sobre las normas internas cuando se opongan a éste³³.

Por otro lado, la propensión del Tribunal de Justicia a “crear” la norma, graduando la prevalencia de un principio general sobre otro, se ha venido realizando en los últimos años de forma cada vez más clara, aunque no siempre encontrando puntos de equilibrio correctos y convincentes. Así, por ejemplo, en el caso de los fraudes del IVA en las exportaciones, el Tribunal de Justicia acordó que prevaleciera sobre el principio de certeza del derecho un principio que sanciona el deber de colaboración de los agentes económicos con la administración financiera, no previsto por ninguna norma específica. Un mecanismo que se utiliza más cuanto más nos encontramos con situaciones de falta de actuación del legislador nacional ante la urgencia de los problemas a afrontar, como por ejemplo el tema de lucha contra el fraude o la competencia igual en un mercado único³⁴. Con el consiguiente efecto de una creciente tecnificación de los principios y de su inserción en decisiones procedimentalizadas.

Por tanto, el recurso a los principios revela en un caso la voluntad de establecer límites —inspirados en valores— a la plena discrecionalidad del legislador tributario, mientras que en el otro caso se cualifican como puntos de referencia imprescindibles que también en ausencia de normas expresas informan el sistema europeo. Hemos elegido deliberadamente el derecho tributario precisamente porque es un ámbito emblemático en el que la división de tareas entre legislador y jueces aparece especialmente delicada. Y la frontera entre valores contrapuestos (como en cada uno de los casos reales y concretos de aplicación de la lucha contra la evasión fiscal y de las garantías del contribuyente), se hace sutil y a veces frágil y no es determinable correctamente prescindiendo de los valores fundamentales y del elemento estabilizador representado por el ordenamiento en su conjunto.

Todo ello merece ser afirmado y subrayado como temática que se impone visiblemente a la atención del observador, también a la luz de esta creciente ósmosis entre ordenamientos nacionales y ordenamiento de la Unión, que no puede

33. Sobre este punto cfr. A. VOZZA, “La sezione tributaria della Corte di Cassazione e il “diritto vivente”, en *Il fisco*, 6, 2010, pp. 850-857.

34. En general, sobre la relación entre derecho comunitario y ordenamiento tributario, vid. C. MONACO, “I principi fondamentali dell’ordinamento tributario tra diritto costituzionale, diritto comunitario e diritto pubblico: indicazioni sistematiche sulla genesi e sul ruolo ad essi attribuibile nel diritto tributario in una recente pronuncia della cassazione, (Nota a Cass. Sez. tribut. 12 febbraio 2002, n. 17576)”, en *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2003, fasc. 2 pp. 51-67; M. MISCALI, “Principi costituzionali, principi di ripetizione dell’indebito e diritto di restituzione del tributo dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, Nota a CGCE sez. III 11 maggio 2006 (causa C-197/03)”, en *Rivista di diritto tributario*, 2006, fasc. 7-8, pp. 181-187; F. STRADINI, “L’imponibilità ai fini dell’imposta sul valore aggiunto dei proventi illeciti: tra norme interne e principi comunitari (Nota a Cass. Sez. tribut 25 settembre 2006, n. 24471)”, en *Rassegna tributaria*, 2007, fasc. 4, pp. 1197-1218.

dejar de alcanzar a los principios y valores comunes previstos en el Preámbulo de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

Salta a la vista en el lenguaje del Repertorio jurisprudencial de la Corte Suprema de Casación, el reconocimiento de un aumento de la creación de “derecho vivo”, que se ha producido en los últimos años en la jurisprudencia de la propia Corte mediante el recurso a los principios generales más que a través de disposiciones legales específicas, con el objetivo de alcanzar soluciones decididamente innovadoras. En este sentido no se puede dejar de subrayar el interés por la recuperación actual de un concepto, el del derecho vivo, al que ya Ehrlich hace justo cien años le había confiado la tarea de desarrollar de forma propositiva su desafío al modelo kelseniano de derecho³⁵. Si en la metodología de Ehrlich el intento era el de redimensionar el papel del derecho de elaboración jurisprudencial frente al derecho legislado, hoy el riesgo opuesto es el de sobrevalorar la sentencia y el papel del juez en la orientación, no sin oscilaciones y replanteamientos, del derecho positivo en el interior del cuadro a veces complejo del “neopluralismo jurídico” basado en criterios de decisión mixtos que caracteriza a los sistemas jurídicos contemporáneos. El peligro, en una situación de incertidumbre estructural, es el del aumento de la imprevisibilidad del derecho, que hace recaer sobre el juez la carga de asumir decisiones arriesgadas que encubren, bajo la locución “principios”, elecciones discrecionales influenciadas ideológicamente³⁶ y que transfiere al nivel de los destinatarios de las sentencias las críticas provocadas por la insuficiencia de la intervención del legislador³⁷.

También el derecho procesal civil tiende hacia un uso cada vez más amplio de los principios. Por ejemplo, la cláusula del “justo proceso”³⁸ ha llevado a crear soluciones normativas no contempladas legislativamente; y en la ley 69/2009, intentando reorganizar y simplificar la variedad de los ritos procesales, se reconocen explícitamente las carencias de una legislación que, creando siempre nuevos ritos, de hecho ha incrementado la complejidad de la práctica jurídica tanto para el operador como para el ciudadano³⁹.

35. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), trad. it. de A. Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1976, y también del mismo autor *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen, 1925. Sobre dicho concepto de Ehrlich vid. M. HERTOIGH (ed.), *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart, Oxford, 2009.

36. Es la crítica que A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 139, dirige a la perspectiva de Ronald Dworkin.

37. Sobre el llamado “derecho vivo” en la Corte di Cassazione, cfr. R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2005.

38. Sobre el principio del justo proceso, cfr. R. CAPONI, “Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione) (Nota a Cass. sez. un. Civ. 9 ottobre 2008, n. 24883; Cass. Sez. un. Civ. 18 dicembre 2008, n. 29523)”, en *Corriere giuridico*, 2009 fasc. 3 pag. 381-384; F. CUOMO ULLOA, “Il principio di ragionevole durata e l’art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito) (Nota a Cass. Sez. un. civ. 9 ottobre 2008, n. 24883)”, en *Corriere giuridico*, 2009, fasc. 3, pp. 386-398.

39. Sulla L. 69/2009, cfr. A. BRIGUGLIO, “Le novità sul processo ordinario di cognizione nell’ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile”, en *Giustizia civile*, 2009, fasc. 6 pp.

El hecho fundamental que hemos de considerar a la luz de estas señales emergentes en los desarrollos más recientes de los distintos sectores del derecho contemporáneo, es que el principio, aun constituyendo una categoría heterogénea⁴⁰, tiene una naturaleza práctica, es una razón que induce a la acción y que exige realizarse en la acción y en la decisión a través de una actividad consecucionalmente orientada⁴¹.

En suma, el aumento notable del papel de los principios es una prueba, por un lado, de su papel ordenador y unificador —es decir, asumen una función constitutiva de la unidad dinámica del ordenamiento— pero, por otro lado, ese papel se desarrolla en un contexto normativo fuertemente desorganizado, que no puede ser totalmente “armonizado” y “recompuesto” por la intervención de los principios.

El sostenimiento del edificio jurídico comporta entonces la necesidad de puntos de coordinación, de “piedras angulares” que lo mantengan unido. Los principios, derivados de la Constitución, del derecho comunitario, de los distintos sectores del ordenamiento o de una valoración de conjunto del sistema, pueden constituir de forma creíble puntos de anclaje, elementos de conexión de las diversas partes que componen el conjunto normativo.

Pueden ser equiparados a las columnas que sostienen las bóvedas de una estructura y que “ajustan las fuerzas y contrafuerzas del sistema”, pero también pueden ser considerados las brújulas indispensables para navegar y orientarse en el intricadísimo archipiélago que hoy es el derecho. Desde este punto de vista, se presentan como un instrumento irrenunciable para enfrentarnos y gobernar la complejidad jurídica contemporánea. No existe ya ninguna posibilidad de retorno a una jurisprudencia exclusivamente “por reglas”.

Los principios, en efecto, toman cuerpo y adquieren significado en relación con concretas situaciones fácticas y, en referencia a ellas, despliegan toda su potencialidad innovadora.

En esta dinámica de concreción y actualización, que reenvía a una actividad —puesta en marcha por los interpretes— de racionalización y reconstrucción de la experiencia jurídica, y de comprensión y explicitación de la líneas básicas y de las relaciones del ordenamiento, los principios suministran especificaciones normativas, integran el derecho, permiten interpretarlo y concretarlo ofreciendo razones para resolver los casos particulares.

Ciertamente, la jurisprudencia se convierte en el lugar privilegiado de manifestación de los principios, temperando aunque no eliminando la incoherencia

259-272. C. CONSOLO, “La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura”, en *Corriere giuridico*, 2009, fasc. 7, pp. 877-890; A. PROTO PISANI, “La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)”, en *Il Foro italiano*, 2009, fasc. 6, pp. 221-227.

40. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 38. Sobre el carácter no simple de los principios, cfr. N. BOBBIO, “Principi generali del diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Utet, Torino, 1966, p. 893.

41. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 93.

estructural producida por el creciente pluralismo de las fuentes del derecho. Pero en esta nueva función del juez no se puede dejar de lado el rol activo del científico del derecho al asumir una función descriptiva y justificativa de los elementos de la acción: el jurista opera como un sujeto que participa activamente en la vida cultural de la sociedad en la que actúa. En el proceso de positivización de los principios no puede faltar, para garantizar unicidad y sistematicidad y para integrarlos más eficazmente en el lenguaje jurídico, la aportación de la ciencia jurídica como factor de organización y de sistematización del material normativo.

Los principios, por tanto, al contribuir a la recuperación de la dimensión unitaria de la empresa jurídica y al esfuerzo más general dirigido a orientar el comportamiento humano⁴², cumplen la función de mantener el sentido y la posibilidad de desarrollo, también en un contexto de fragmentación y falta de homogeneidad jurídica, de esa “cosa” que llamamos derecho y de la “actividad cooperativa compartida”⁴³. No significan el “fin” de la juridicidad, sino una época de juridicidad nueva.

42. F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., pp. 366 ss.

43. Nos referimos a la noción elaborada por J. COLEMAN, *La pratica dei principi*, cit. Sobre esta noción vid. D. CANALE, “Vizi e virtù del pragmatismo concettuale”, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (dir.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 19-47 y A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Ets, Pisa, 2010, pp. 164 ss.