

DERECHOS E INTERPRETACIÓN: LA ARGUMENTACIÓN AMBIGUA DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS” EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA Y LA CUESTIÓN DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL

RIGHTS AND INTERPRETATION: THE AMBIGUOUS
“NATURE OF THINGS” ARGUMENT IN THE ITALIAN
CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE AND THE SUBJECT
OF THE LEGAL RECOGNITION OF HOMOSEXUAL UNIONS

ILENIA MASSA PINTO
Università degli Studi di Torino

Fecha de recepción: 20-2-13

Fecha de aceptación: 15-4-13

Resumen: *Partiendo de la constatación que, en el actual discurso público, se denota un empleo indiscriminado, incluso por parte de los juristas, de las expresiones “derechos”, “derechos del hombre” y “derechos fundamentales”, la autora pretende explicar este dato como un síntoma que evoca trazas de la argumentación de la “naturaleza de las cosas” en los ordenamientos jurídicos actuales. Ya se trate del derecho a la orientación sexual, o del derecho a la procreación medicamente asistida sin límites, o del derecho a una muerte digna – tanto para nombrar algunos de los temas más debatidos últimamente en muchos ordenamientos – el lenguaje empleado esconde siempre una ambigüedad de fondo, ya que confunde los derechos con los simples deseos subjetivos, que se demuestran, en cambio, como impulso de una legítima lucha política por el reconocimiento de una normativa que los tenga en cuenta como derechos. En efecto, las controvertidas argumentaciones difundidas, tanto a nivel científico como político, sobre los temas caracterizados por una fuerte connotación ética, implican una concepción específica (del fundamento) de los derechos evocados, que no siempre se explicita. En este ensayo, la autora pretende hacer emerger dichas concepciones con el objetivo principal de indicar cómo el rechazo difundido de la doctrina pura del derecho – por la necesidad de satisfacer las*

pretensiones de justicia material, incluso contra los ordenamientos jurídicos positivos– llevará inevitablemente a la revalorización de la argumentación ambigua de la “naturaleza de las cosas”, aunque dicha revalorización se lleve a cabo de forma oculta, ya que no conviene nombrarla explícitamente en los ordenamientos modernos.

La autora afronta dichos temas partiendo del ferviente debate que se está llevando a cabo sobre el tema del reconocimiento jurídico de la unión homosexual.

Abstract: *The author observes that in public speech the use of expressions such as “rights”, “human rights”, “fundamental rights”, is not always so precise: this fact could be read as a symptom of the circulation of the “nature of things” argument in modern legal orders. When we talk about the right to the sexual identity, or the right to generate without limits, or the right to a “sweet death”, the language employed always hides an ambiguity in the background, because it mistakes rights for subjective wishes, which have to be considered as impulse of a legitimate political struggle for the recognition of a rule which states them as rights. In this essay the author intends to stand out the different conceptions (of the foundation) of the rights evoked, with the purpose to show how the refusal of the pure doctrine of law leads to a reevaluation of the ambiguous argument of the “nature of things”, although this reevaluation often happens in secret, because this argument is unacceptable in modern legal orders. The author faces this subject through the analysis of the Italian constitutional jurisprudence which concerns the legal recognition of homosexual unions.*

Palabras clave: derechos, interpretación, jurisprudencia constitucional italiana, unión homosexual

Keywords: rights, interpretation, Italian constitutional jurisprudence, homosexual union

1. PREMISAS: EL EMPLEO POCO CONTROLADO DE LA EXPRESIÓN DERECHOS Y LA ARGUMENTACIÓN DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS”

En los discursos públicos, actualmente, observamos un empleo indiscriminado, incluso por parte de los juristas, de las expresiones *derechos, derechos del hombre, derechos fundamentales*: este dato se podría considerar como un síntoma que evoca algunas trazas de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” en los actuales ordenamientos jurídicos¹.

¹ Como se explica más adelante, “naturaleza de las cosas” es una expresión muy ambigua, y más bien sugestiva. Que normalmente se evoca o invoca, y casi nunca se define, para indicar una pluralidad de objetos. Toda la labor de A. TARANTINO, *La problematica odierna*

De hecho, la palabra *derechos* se emplea tanto para designar situaciones previstas y reguladas por el derecho positivo, como para designar situaciones no previstas por el derecho pero que lo deberían ser. En este segundo caso, recurrimos a la palabra *derecho* para hacer, en realidad, *política del derecho*. Su uso impreciso es debido al hecho de que esta palabra «si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa, sino a costituire uno strumento retorico di notevole efficacia (...). Chi si batte per i diritti, insomma, fa con il linguaggio una politica del diritto, adoprandosi ad influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti»².

Ya se trate del *derecho* a la orientación sexual, o del *derecho* a la procreación medicamente asistida sin límites, o del *derecho* a la muerte digna –por nombrar algunos de los temas más debatidos últimamente en muchos ordenamientos– el lenguaje empleado esconde siempre una ambigüedad de fondo, ya que confunde los derechos con los simples deseos subjetivos, que se demuestran, en cambio, como impulso de una legítima lucha política por el reconocimiento de una normativa que los tenga en cuenta como derechos.

Todo ello nos permite sostener que las controvertidas argumentaciones difundidas, tanto a nivel científico como político, sobre los temas caracterizados por una fuerte connotación ética, implican una concepción específica (del fundamento) de los *derechos* evocados, que no siempre se explicita. Más adelante, trataré dichas concepciones, con el objetivo principal de indicar cómo el rechazo difundido de la doctrina pura del derecho – por la necesidad de satisfacer las pretensiones de justicia material, incluso contra los ordenamientos jurídicos positivos³ – llevará inevitablemente a la revalorización de la argumentación ambigua de la “naturaleza de las cosas”, aunque dicha re-

della natura delle cose, Edizioni Milella, Lecce, 1980, por ejemplo, está focalizada en demostrar la multiplicidad y la ambigüedad de los empleos de la expresión “naturaleza de las cosas” ya que también son múltiples y ambiguos los empleos de las palabras “naturaleza” y “cosas”. Para una historia del concepto de naturaleza véase H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943; R. LENOBLE, *Esquisse d’une histoire de l’idée de nature*, Albin Michel, Paris, 1968; P. COATES, *Nature. Western Attitudes since Ancient Times*, Polity Press, Cambridge, 1998; P. HADOT, *Le voile d’Isis. Essai sur l’histoire de l’idée de nature*, Gallimard, Paris, 2004; L. DASTON, F. VIDAL, *The Moral Authority of Nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 2004; O. FRANCESCHELLI, *La natura dopo Darwin. Evoluzione e umana saggezza*, Donzelli, Roma, 2007.

² U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI, *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, pp. 40-41.

³ Como sabemos, en este sentido, a menudo se habla de “neoconstitucionalismo” (véase M. DOGLIANI, “(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale? Alla

valorización se lleve a cabo de forma oculta, ya que no conviene nombrarla explícitamente en los ordenamientos modernos.

2. LA ARGUMENTACIÓN AMBIGUA DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS”

Siguiendo la clasificación realizada por Bobbio, podemos destacar al menos tres empleos distintos del término “naturaleza de las cosas”, según el objeto al que nos referimos: se emplea para indicar una concepción general del derecho (y entonces es sinónimo de *anti-voluntarismo*, ya que su objetivo es criticar la concepción según la cual las reglas son sólo el producto de la voluntad del legislador); para indicar una fuente del derecho (y entonces es sinónimo de *anti-legalismo*, ya que su objetivo es criticar la doctrina que ensalza la ley como suprema fuente del derecho); y por último, para indicar un medio de interpretación (y entonces es sinónimo de *anti-conceptualismo*, porque su objetivo polémico es el carácter dogmático de la jurisprudencia)⁴.

En todos los empleos indicados, el significado de la expresión “naturaleza de las cosas” tiene un fuerte valor *polémico*, y, como podemos ver, al final, ha conseguido difundirse en el pensamiento jurídico, poco a poco, aleándose con los instrumentos puestos a disposición para contrarrestar el positivismo jurídico. De hecho, como concepción general del derecho, la expresión se entrelaza con el resurgimiento del derecho natural; como fuente del derecho, muestra una relación muy estrecha con los éxitos de la sociología jurídica; como instrumento interpretativo, la “naturaleza de las cosas” goza de una pluralidad de aliados que podemos englobar bajo el nombre genérico de realismo jurídico. En cualquier caso, la “naturaleza de las cosas” es expresión evocada siempre con intención *polémica*, como “*un aspetto dell’odierna lotta contro il formalismo giuridico*”⁵.

Sin embargo, es más bien inusual que en los ordenamientos modernos alguien se atreva a cualificarse a sí mismo, explícitamente, como iusnaturalista,

ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico”, en *www.costituzionalismo.it*, núm. 2, 2010). La bibliografía sobre este tema es muy amplia.

⁴ N. BOBBIO, “Über den Begriff der Natur der Sache”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XLIV, 1958, pp. 305 ss., sucesivamente publicada con el título “La natura delle cose”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 198 ss., del que se han extraído las citas.

⁵ *Ibidem*, p. 199.

o que admita el uso del tema de “la naturaleza de las cosas” para otorgar un significado a un texto normativo a interpretar o, incluso, para crear una norma parámetro con la cual juzgar la validez de otras normas. Es mucho más probable, en cambio, encontrar juicios en los que se acusa al adversario de ser un iusnaturalista o de recurrir a la argumentación de “la naturaleza de las cosas” para otorgar un significado a un texto normativo a interpretar, o incluso, para crear una norma parámetro con la cual juzgar la validez de otras normas. Sin lugar a dudas, la argumentación de “la naturaleza de las cosas” no se considera digna de ser apreciada en los ordenamientos modernos, a pesar de que, como veremos, existan indicios significativos de su empleo.

La simple evocación de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” suscita, en efecto, una cierta vergüenza en los ordenamientos modernos, ya que éstos se declaran hostiles, por lo menos desde el punto de vista teórico, ante cualquier discurso que pueda recordar a retorno del derecho natural⁶. Pero una cosa es la teoría y otra la práctica.

⁶ Por ejemplo, destaca de forma crítica, el recurso a temas que se apelan a la naturaleza humana “*come essenza ontologica sottratta a discussione*” entre las reacciones ante la falta de las certidumbres más elementales de las actuales sociedades, especialmente a causa de fenómenos como la convivencia multiétnica y el empleo de la ciencia médica a la biotecnológica, C. PINELLI, “Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale”, *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2008, pp. 703-718.

Destacan, también de forma crítica, cómo la noción actual de “naturaleza de las cosas” está asumiendo, una vez más, un valor explicativo fundamental en la descripción de la relación entre derecho y sociedad M. DOGLIANI, “Interpretazione costituzionale e politica costituzionale”, en *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002*, Cedam, Padova, 2004, spec. p. 209, y L. PATRUNO, “La “Natura delle cose””, en *www.dircost.unito.it*, según el cual, hay que buscar las razones de una actual renovación de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” en su capacidad de dar un sentido conceptualmente unitario a un derecho que actualmente resulta fragmentario, particularista y descentrado y, sobre todo, en su capacidad de satisfacer “*un bisogno di fondamento oggettivo del diritto, nel senso che tenta di sostituire a una rappresentazione del diritto che escluda la necessità di fondarlo (o lo fondi in maniera ipotetica, presupponendo un equilibrio tra idee egemoni della società) una rappresentazione del diritto determinata invece dalle necessità intrinseche allo svolgersi effettivo della vita sociale*” (p. 5).

En sentido crítico véase también S. POLLO, *La morale della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2008, esp. pp. 122 ss.

En la historia del pensamiento filosófico-jurídico, el concepto de “naturaleza de las cosas” ha existido siempre, desde la idea griega de *phusei díkaion*, transferida por los juristas romanos a su concepto de *rerum natura*. Sobre este tema véase I. TAMMELO, “La natura dei fatti come «tòpos» giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. XI, 1963, pp. 658 ss., según el cual “*anche ammesso che [en las doctrinas sobre la “naturaleza de las cosas”] non vi sia altro che errori, equivoci e confusione, il fatto che questi siano dilagati nel pensiero giuridico postbellico è in se stesso un evento di rilievo nella storia delle idee, e varrebbe la pena mettere in luce il suo occulto lavoro*” (p. 658).

El desconcierto no se muestra tanto en aquellos usos de la argumentación de la “naturaleza de las cosas” que se basan en la necesidad, por parte del legislador e intérpretes, de tener en cuenta las fuentes procedentes de disciplinas científicas, o extra-jurídicas, en la actividad de producción y de interpretación de las reglas⁷, respectivamente: en el fondo, nadie se escandalizaría si una ley que fija un límite de edad demasiado elevado para recurrir a la procreación medicamente asistida –y, por lo tanto, para el empleo de ingentes recursos de toda la colectividad– fuese declarada anticonstitucional porque no corresponde a los datos que emergen de fuentes científicas y tecnológicas en la materia, que demuestran que el porcentaje de éxitos en estas prácticas disminuyen de forma inversamente proporcional a la edad de la mujer⁸.

Y, por otro lado, nos hemos escandalizado ante la decisión de un juez que ha ordenado, como medida de precaución, para una niña gravemente enferma, la prosecución de un tratamiento con células madre adultas que la “Agencia Italiana del Fármaco” considera que no cumplen requisitos de seguridad y eficacia para ser usadas incluso en fase de experimentación⁹.

No es un caso, por otro lado, que las argumentaciones que se refieren a datos científicos se empleen sobre todo en el campo de la tutela de la salud y del medio ambiente¹⁰. El tema ya ha sido tratado en profundidad, también en referencia a las denominadas normas técnicas¹¹.

⁷ Sobre los límites que las fuentes científicas y experimentales ponen a la discrecionalidad legislativa, véase, en la jurisprudencia constitucional italiana, entre otros muchos, CORTE COSTITUZIONALE, S.n. 151 del 2009, 338 del 2003, 282 del 2002.

⁸ Por ello suscitan perplejidad, a título de ejemplo, algunas reglas regionales italianas que en los últimos años han intervenido, en silencio, sobre este punto concreto, de una disciplina nacional que prescriba criterios rigurosos al respecto, para fijar límites de edad más bien elevados para el recurso a la procreación medicamente asistida (por ejemplo, la Región Véneta fijó, con Resolución de la Junta Regional n. 822 del 14 de junio de 2011 un límite de 50 años para las mujeres y de 65 años para los hombres, para prestaciones de procreación medicamente asistida, en todo el territorio, con gastos a cargo del servicio sanitario regional).

⁹ Trib. Venecia, secc. lav., 31 de agosto de 2012, que confirmó la anterior medida cautelar, sobre la que podemos ver los juicios muy críticos por parte de expertos en materia, entre los cuales E. CATTANEO, G. CORBELLINI, “E’ cura solo se vi sono prove”, *Il Sole 24 Ore*, 26 agosto 2012.

¹⁰ Sobre los que podemos ver, respectivamente, los ensayos publicados en A. D’ALIOIA (editado por), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, en L. CHIEFFI (editado por), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino, 2003, y en S. GRASSI, M. CECCHETTI (eds.), *Governo dell’ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹¹ Sobre las cuales, véase F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001; A. IANNUZZI, “Caratterizzazioni della formazione tecnica nell’ordinamento italiano. Il campo

En cambio, el desconcierto crece hasta llegar a transformarse en descrédito y en juicio de no cientificidad del tema en cuestión, cuando la (presunta) “naturaleza de las cosas” se emplea para camuflar las preferencias éticas de aquellos que la invocan: “*questo è particolarmente ricorrente quando il fenomeno osservato non è valutabile nei termini di una indagine puramente scientifico-naturalistica, ma si tratta invece di fenomeni sociali e culturali, o di fenomeni naturali dotati di particolare rilevanza etica*”¹².

La crítica contra la argumentación de la “naturaleza de las cosas”, obviamente, está relacionada con la consideración de que no existe una naturaleza *objetiva*, ya que cada uno de nosotros podría reivindicar una naturaleza *propia*. Esto quedaría demostrado con el hecho de que a la argumentación de la “naturaleza de las cosas” podrían recurrir, indistintamente, el parlamentario conservador que se opone a la ampliación de la institución del matrimonio a las parejas no heterosexuales, el militante *antiglobalización* que protesta contra la difusión de los organismos genéticamente modificados y el gay que defiende la legitimidad de su orientación sexual. Con toda probabilidad, los tres argumentan la validez de sus ideas y de sus elecciones recurriendo a alguna noción de “naturaleza”. Y, de hecho el político conservador apela a la idea de que existe una sola “familia natural” y que sólo ésta, por el hecho de ser natural, es la única moralmente admisible y capaz de construir el núcleo fundamental de una sociedad bien estructurada. El activista *antiglobalización*, por su lado, probablemente afirmará que existe un orden de la naturaleza que hay que respetar y que una agricultura “no natural” podría causar daños graves e irreversibles a los seres humanos y al medio ambiente. El gay puede defender sus gustos y orientación, sosteniendo que residen en “su naturaleza”. Los protagonistas de estos ejemplos, que no son producto de la imaginación, son muy distintos ellos, por sus convicciones políticas y morales. Y, sin embargo, todos coinciden en la idea de que existe un orden natural como referencia para saber lo que es moralmente bueno¹³.

Los que critican que se recurra a la argumentación de la “naturaleza de las cosas” no sostienen, en su mayoría, que la argumentación ético-normativa no deba tener un espacio en el derecho, y que el derecho no pueda o no

di analisi e di verifica della materia ambientale”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, pp. 137-180.

¹² G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 70.

¹³ S. POLLO, *La morale della natura*, cit., pp. 3-4.

deba encargarse de instancias de tipo ético: es más, en estos casos, “*ciò di cui c'è bisogno è proprio un'argomentazione etica sostanziale, che dovrebbe essere presentata e difesa come tale, senza farsi scudo di una supposta e non dimostrata realtà "naturale" oggettivamente valida e immutabile*”¹⁴.

Por lo tanto, como podemos intuir fácilmente, la expresión “naturaleza de las cosas” es muy ambigua y, como tal, posible fuente de equívocos. En cuanto a las distintas concepciones (del fundamento) de los *derechos*, cabe destacar, entre las múltiples reflexiones que el tema podría suscitar¹⁵, que dicha expresión no se utiliza sólo, como se podría pensar *prima facie*, en relación con el tema que implica “*l'esistenza certa di una natura umana stabile e permanente*”, sino, en sentido pascaliano, con el tema que implica la existencia de una “naturaleza” entendida como “*costume*”, como *habitus*¹⁶.

Por lo que propongo indicar los dos significados, respectivamente, con la expresión “naturaleza pura” y “naturaleza no pura”, y sostengo que si la

¹⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 70.

Según S. POLLO, *La morale della natura*, cit., p. 5, no hay sólo una presencia masiva de la idea de naturaleza en la tradición ética occidental, sino también su “*autorevolezza*”: “*In genere l'appello alla natura tende ad avere la funzione della carta vincente. Sostenere qualcosa come "giusto perché naturale" ha una presa immediata sull'uditorio. L'idea di natura esercita una profonda attrazione e funziona egregiamente come strumento per convincere, in virtù dell'autorevolezza morale che sembra caratterizzarla. Tale idea ha grande influenza sul modo in cui le questioni morali vengono affrontate nella vita privata degli individui e nello spazio pubblico. La natura rappresenta una "tentazione" ricorrente per l'efficacia e l'autorevolezza che sembra in grado di attribuire agli argomenti morali*”.

Sin embargo, esta observación, se refiere sólo a sociedades muy cohesionadas y homogéneas, en las que se pueden compartir valores comunes. En las actuales sociedades, la apelación a la naturaleza no tiene mucha autoridad, es más, está camuflada, porque la objeción más inmediata se refiere a la imposibilidad de compartir una misma concepción de “naturaleza”.

En cualquier caso, parece ser cierta la afirmación de que las apelaciones a la naturaleza tienen mucha autoridad en el tema moral/privado, pero poca en el tema jurídico/público, cuando la apelación a la naturaleza se invoca como fuente de normativa válida para todos.

¹⁵ Y respecto a las cuales véase I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla 'natura delle cose'*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁶ Las palabras entre comillas indicadas en el texto son, respectivamente de BENEDICTO XVI, “*L'Europa rischia il congedo dalla storia*”, *Avvenire*, 25 marzo 2007, p. 3, y de B. PASCAL, *Pensées*, Guillaume Desprez, Paris, 1669, trad. it., *Pensieri*, Einaudi, Torino, 1962, 116, y han sido utilizadas por F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 11 y 12, como referencias paradigmáticas para oponer dos modelos de pensamiento *pro*- y *contra*- natura.

doctrina de la “naturaleza *pura* de las cosas”, de una naturaleza ontológica, metafísica, que pretende obtener prescripciones generales y abstractas para toda la colectividad a partir de presuntos “hechos” puros, no puede encontrar espacio en los ordenamientos modernos, sencillamente porque estos “hechos” no están regidos por leyes naturales parecidas a las que rigen el movimiento de los cuerpos celestes, merece, en cambio, una consideración distinta la argumentación de la “naturaleza *no pura* de las cosas”, por el que un dato social, un dato histórico, una institución, es un dato normativo objetivo, propiamente y plenamente positivo, al cual los intérpretes –especialmente las Cortes que interpretan disposiciones constitucionales de principio, de tipo “abierta”– deben enfrentarse. Si la descalificación de la “naturaleza *pura* de las cosas”, como fuente de normatividad ya ha sido teorizada mediante la distinción fundamental kelseniana entre *relación de causalidad* –con la que las ciencias naturales describen el propio objeto– y *principio de imputación* – con el que, en cambio, la ciencia del derecho describe el propio objeto –¹⁷, la cuestión de la “naturaleza *no pura* de las cosas” parece poder ofrecer instrumentos útiles, para el intérprete de las disposiciones constitucionales de principio, al objeto de evitar caer en la arbitrariedad.

Actualmente recoge un amplio consenso la afirmación según la cual el fundamento del derecho constitucional de nuestros días, un derecho constitucional “abierto”, “*doverebbe essere ricercato in qualche regione pre-positiva del diritto, nella quale molti elementi materiali possono confluire a formare una cultura della Costituzione essenziale, che condiziona la legittimità delle costituzioni scritte e delle loro interpretazioni*”¹⁸.

Las críticas que sufrieron muchos documentos normativos constitucionales tras la segunda guerra mundial, a causa de la indeterminación en sus enunciados¹⁹, se transformarían, en este horizonte cultural, en su misma fuerza: si “*la critica alle norme costituzionali indeterminate protegge l'integrità del diritto, in quanto diritto esclusivamente positivo, da “ingressi” di sostanza eterogenea e indesiderata*”²⁰, y si el “*«positivismo della Costituzione» rifiuta come contraddittoria l'idea che la Costituzione possa essere vincolata a qualcosa di diverso da*

¹⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 207-211.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 398.

¹⁹ Para la Constitución italiana, especialmente véase M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, spec. cap. 1.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 387.

sé e di superiore"²¹, el constitucionalismo moderno, por el contrario, busca "ciò che è davvero fondamentale" no en lo que está "posto", sino en lo que está "pre-supposto", ya que "i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altre simili espressioni di "diritto positivo" con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai li hanno trovato la loro soluzione. I giuristi sanno bene che la radice delle loro comuni credenze e certezze, come anche dei loro dubbi e dei loro contrasti, è sempre altrove. Per chiarire ciò che davvero li unisce e li divide, occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, salire più in alto, in ciò che non è espresso"²².

Sin embargo, tendríamos que aclarar la definición «*altrove*», de esta «*regione pre-positiva*».

Como se ha mencionado, en el lenguaje estipulativo de la cultura jurídica, la argumentación de la "naturaleza de las cosas" no se refiere sólo, en sentido metafísico, a los contenidos que durante siglos han pertenecido al derecho natural, sino que se refiere también a significados sedimentados en los contextos histórico-sociales concretos. El mismo Zagrebelsky, cuando intenta enumerar los contenidos de "*questo strato di diritto costituzionale posto al di là della sovranità statale*", que nos lleva a la noción de "*supra-costituzionalità*", sostiene que dicha noción, "*controversa, eterogenea*", sería el resultado "*da principi di ius gentium (il diritto internazionale non pattizio), da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni soprannazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto "diritto umanitario", da motivi di giustizia iscritti nel diritto naturale etc.*"²³. Y además: "*le Costituzioni rispecchiano l' "ordine naturale" storico-concreto delle società politiche secolarizzate e pluralistiche, nelle quali non si potrebbe riproporre un diritto naturale a fondamento né teologico né razionalista*"²⁴.

²¹ *Ibidem*, pp. 398-399.

²² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 3.

²³ *ID.*, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 398.

²⁴ *ID.*, *Il diritto mite*, cit., p. 156. Y también: "*la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la manifestazione più alta di diritto positivo. Tuttavia, (...) il rapporto tra legge (compresa la legge costituzionale) e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale. Lo stile, il modo di argomentare "in diritto costituzionale" assomiglia infatti allo stile, al modo di argomentare "in diritto naturale", come sa chiunque abbia qualche dimestichezza con le grandi decisioni dei Tribunali costituzionali (...), poiché i suoi procedimenti, per quanto collegati al diritto vigente, non possono muoversi nell'universo chiuso delle regole giuridiche. Negli Stati costituzionali moderni, i principî morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo. Le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così "aperte" nei confronti di discorsi metagiuridici, tanto più in quanto si dia valore ai principî della Costituzione*" (p. 157). Y además: "*In presenza di principî, la realtà esprime*

Estas afirmaciones, y el análisis que sigue, demuestran cómo, a menudo, los dos empleos de la expresión –la “naturaleza pura” y la “naturaleza no pura” de las cosas– se mezclan y se confunden. Podríamos seguir discutiendo hasta el infinito sobre la definición exacta de “en otra parte” y “área pre-positiva”. Si bien la fórmula “naturaleza de las cosas” sigue siendo una fórmula muy ambigua, porque su empleo en el discurso científico oscila a menudo entre dos posibles significados –el ontológico y el histórico/sociológico/cultural– es necesario que aquellos que introduzcan en el discurso científico temas formulados de manera que podrían relacionarse con una “naturaleza de las cosas” tienen que “traducir” las razones de su propia doctrina comprensiva en razones políticas – y por lo tanto no razones dadas exclusivamente por doctrinas comprensivas – que sostengan lo que se quiere decir basándose en doctrinas comprensivas de referencia²⁵. De no ser así entraríamos en un proceso sobre intenciones.

Todo ello, se refiere, lógicamente, al discurso científico. En cambio, por lo que se refiere al discurso en el foro público – sin contar el experimento de una “conversión” – el principio pluralista obliga a los “ciudadanos seculares” a no considerar las expresiones religiosas como tomas de posición prejuicialmente irracionales²⁶.

3. LAS TRES CONCEPCIONES (DEL FUNDAMENTO) DE LOS DERECHOS

Por lo que se refiere a los temas con relevancia ética, por otro lado, cabe destacar una curiosa paradoja: aquellos que emplean la expresión *derechos* para calificar pretensiones subjetivas que actualmente no están reconocidas en un cierto ordenamiento jurídico – el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Italia,

valori e il diritto vale come se vigesse un diritto naturale” (p. 162). Sobre la necesidad de sustituir el concepto de “naturaleza” por el de “giustizia” o “rifiuto dell’ingiustizia”, véase también G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 49.

²⁵ J. RAWLS, “Un riesame dell’idea di ragion pubblica” (1997), en ID., *The laws of peoples with The idea of public reason revisited*. Sobre la “reserva de traducción” de las razones religiosas en razones seculares, véase también J. HABERMAS, “Contro il disfattismo della ragione moderna. Per un nuovo patto tra fede e ragione”, trad. it. de L. Ceppa, *Teoria Politica*, vol. XXIII, núm. 1, 2007, pp. 5-10.

En tema M. PIRAS, “Il ruolo pubblico della religione: spazi e limiti”, *Teoria Politica*, vol. XXIII, núm. 2, 2007, pp. 47-63.

²⁶ J. HABERMAS, “Contro il disfattismo della ragione moderna. Per un nuovo patto tra fede e ragione”, cit., p. 10.

por ejemplo – acusan el recurso a temas iusnaturalistas contra aquellos que se oponen a dicho reconocimiento. Sin embargo, a falta de una norma que tenga en cuenta y discipline dicha petición, es evidente que el fundamento de validez se encuentra en una presunta cualidad metafísica, ontológica, que el ser humano posee como tal. Los detractores de la apelación a la “naturaleza” como argumento para sostener convicciones éticas, al final, parece que no saben/ pueden fundar sobre otra cosa que no sea la “naturaleza”, es decir, el fundamento de (presuntos) *derechos* (especialmente civiles). En Italia, ejemplo de ello es la apelación a la necesidad de reconocer el matrimonio para gay y lesbianas: si la tesis sostenida, por un lado, es que «*richiamarsi alla natura, in questo caso, non è rilevante*», ya que «*nel contesto liberale, ciò che è meritevole di protezione e tutela sono gli interessi e le scelte degli individui*», por otro lado, nos preguntamos, cuál es el fundamento de la pretensión de calificar dichos intereses como «derechos» – a falta de una norma que los trate y discipline explícitamente –, sino presuntas cualidades metafísicas de los sujetos que los invocan. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico tiene que garantizar todos los instrumentos necesarios para que estas “pretensiones de hecho” sean reconocidas, en una legítima y pacífica lucha política, ¿sobre qué podemos fundar la pretensión de cada uno de que se nos reconozcan “*quei diritti [che] corrispondono agli interessi e al benessere concreto di individui che meritano di essere trattati con eguale considerazione e rispetto*”²⁷? ¿Cómo distinguir, en base a este razonamiento, la pretensión de gay y lesbianas de poder casarse, de la petición de aquellos que desean celebrar un matrimonio polígamo (lógicamente con el consentimiento de todos los interesados)? ¿No deberían gozar también estos del mismo mérito?²⁸ Pero, en base a esta argumentación, cualquier pretensión debería ser reconocida *ipso facto* como *derecho*.

Estas breves consideraciones denotan sólo un síntoma de la gran “mutación” que la reflexión psicoanalítica, iniciada por Jacques Lacan y seguida especialmente por la *Association Lacanienne Internationale*, ha sacado a la luz en relación con las sociedades actuales: sosteniendo la hipótesis que en los últimos treinta años, en todas las sociedades occidentales, ha tenido lugar una mutación

²⁷ S. POLLO, *La morale della natura*, cit., p. 132. Véase también C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.

²⁸ ...y a esto llega, de hecho, la propuesta de la filósofa E. BRAKE, *Minimizing Marriage. Marriage, Morality, and the Law*, Oxford U. P., Oxford, 2012, es decir “minimizar el matrimonio”, incluso desde el punto de vista legal, al objeto de incluir en el correspondiente concepto/instituto (y ampliar la correspondiente disciplina), las más dispares especies de relaciones: todas aquellas que podrían incluirse en una definición general de tipo: relación entre dos o más personas para una mutua asistencia.

en la economía psíquica de los sujetos tan profunda que ha comportado una discontinuidad con el *humus* humano representado en la historia de nuestra civilización. Según esta reflexión, por la cual, siguiendo la doctrina freudiana, no existe solución de continuidad entre psicología individual y psicología social, la «nueva economía psíquica», típica de la época *hiper moderna*, estaría caracterizada por el paso de una cultura fundada en la eliminación de los deseos, en las neurosis, a otra que aconseja, al contrario, su libre e ilimitada expresión, hasta promover aquello que en el lenguaje del psicoanálisis se denomina *perversión*. Sobre ello, se ha escrito que *"la grande filosofia morale di oggi consiste nel fatto che ogni essere umano dovrebbe trovare nel suo ambiente ciò di cui soddisfarsi, pienamente. E, se così non succede, è uno scandalo, un deficit, un dolo, un danno. Così, dal momento in cui qualcuno esprime una qualsiasi rivendicazione, ha il legittimo diritto – e la legislazione, se è in difetto, viene rapidamente modificata – di veder soddisfatta la sua rivendicazione (...). E questo lo si nota in tutti i campi (...). Perché, del resto, non dovremmo avere il diritto di trovare nel nostro ambiente ciò che può soddisfarci, quali che siano i costumi? Se una coppia omosessuale desidera sposarsi, a che titolo opporsi? Se un transessuale chiede di cambiare identità, a quale autorità fare riferimento per rifiutarlo? O se una sessantenne vuole avere un bambino, in nome di cosa respingerla? Nella situazione attuale, non appena c'è un'aspettativa di questo genere essa diviene legittima, e diviene legittimo che trovi soddisfazione"*²⁹. En otras palabras, ante nuevas posibilidades de goce, impera la pregunta: ¿por qué no?

Para intentar ordenar las distintas maneras de argumentar, en el ámbito de (fundamento de) los derechos, hay que clasificar los tres modelos con los cuales se sostiene la validez de un *derecho* en el discurso público.

El primero, y el más riguroso, pero también el menos apreciado actualmente en los debates, tanto a nivel científico como político, es el que concibe los derechos fundamentales como el reflejo de un orden del estado, y que, por lo tanto, reconoce como derechos sólo las pretensiones positivamente fundadas.

²⁹ C. MELMAN, *L'Homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Éditions Denoël, 2002, trad. it., *L'uomo senza gravità. Conversazioni con Jean-Pierre Lebrun*, Bruno Mondadori, Milano, 2010, p. 24; del mismo A. v. *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, érès, Toulouse, 2009. En el mismo sentido véase M. FIUMANÒ, *L'inconscio è il sociale. Desiderio e godimento nella contemporaneità*, Bruno Mondadori, Milano, 2010; M. RECALCATI, *L'uomo senza inconscio. Figure della nuova clinica psicoanalitica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2010; ID., *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2011.

En relación con el tema M. DOGLIANI, "Introduzione" a T. MANN, *La legge*, Baldini&Castoldi, Milano, 1997; ID., "Cittadino: un modello culturale superato?", *Questione Giustizia*, núm. 3-4, 2011, pp. 19-27.

Sólo al objeto de relacionar este esquema general con algunas líneas de pensamiento, incluso lejanas en el tiempo, podríamos decir, de forma sintética, que este primer modelo encuentra sus raíces en Pufendorf, en la filosofía política de autores jacobinos, en Bentham, en Jellinek, hasta llegar, naturalmente, a la doctrina pura del derecho de Kelsen.

El motivo principal que explicaría el descrédito ante este tipo de modelo reside en la opinión según la cual el constitucionalismo por principios- o por valores- sería incompatible con el positivismo jurídico.

La concepción del derecho según la cual el fundamento de validez de una norma puede ser sólo otra norma, y no un hecho, ni un valor, ni un contenido material, actualmente está sometida a fuertes críticas, pero sus puntos de fuerza son innegables y, hasta ahora, inmejorables, especialmente en las sociedades tan divididas como en las que vivimos.

Los puntos de fuerza de esta tradición son la separación entre derecho y religiones y la separación entre derecho y morales.

Hay que aclarar esta afirmación básica: esta no significa que la elaboración del derecho no está influida por las fes religiosas, por las concepciones morales, por las ideologías políticas, etc.: de hecho, ¿de dónde podrían derivar los contenidos materiales de las reglas que se adoptan a través de las normas en la producción del derecho? ¿De dónde podría sacar su propia esencia, su propia alma el derecho? Dicha afirmación, en cambio, significa que - y este es el punto central - la forma de legitimación fundamental del derecho en las sociedades pluralistas y, como tales, conflictivas (divididas en muchas fes, concepciones morales, ideologías, etc.) es -desde el punto de vista sociológico- la legitimación legal-racional, y -desde el punto de vista jurídico- la legitimación formal.

La legitimación legal-racional del derecho es aquella por la que los ciudadanos creen que el derecho tiene que ser respetado porque consiste en un conjunto de reglas públicas ciertas que rigen el empleo de la fuerza, y que, por lo tanto (al ser conocidas) permiten a los ciudadanos controlar sus propios comportamientos sabiendo cuáles de ellos son prohibidos y cuales, al contrario, son libres. El derecho, al vincular los actos de ejercicio del poder a las reglas (es decir, haciéndolos legales) los hace al mismo tiempo previsibles (es decir, calculables mediante la razón).

La legitimación legal-racional existe todavía, incluso en el estado constitucional (regido por los "valores de la constitución") porque permite que la legitimación del derecho (y por lo tanto de la Constitución) no dependa de la conformidad del derecho a cualquier religión o a cualquier moral.

Las posiciones críticas prevalentes, en las cuales se desarrolla la crítica antipositivista se encuentran en cualquier rama del derecho, pero adquieren una fuerza y significado peculiares en el derecho constitucional, por la naturaleza de su objeto: desde el principio, el derecho constitucional se presenta como incompatible con las categorías del formalismo jurídico, por las características de las disposiciones constitucionales, que en su mayoría se expresan con fórmulas léxicas muy subdeterminadas: *"in ogni prospettiva non positivistica, l'indeterminatezza delle formule e dei concetti non è un difetto ma una necessità (...). La pretesa di "trattare" positivisticamente il materiale costituzionale rappresentato dai suoi principî di giustizia (tra i quali i diritti fondamentali) è insostenibile e comporta veri e propri abusi concettuali, come quello compiuto da chi pensa che i principî costituzionali siano facilmente riducibili a norma della stessa natura delle regole positivistiche. Ma ciò non è possibile, non solo per la loro diversa struttura espressiva (norme senza fattispecie), ma anche per la diversa natura del loro contenuto, spesso semplice allusione a grandi concezioni della vita collettiva che trova la propria sostanza nell'esperienza storica e nel riconoscimento attuale del suo valore. Non si è riflettuto a sufficienza (...) sulle trasformazioni categoriali del diritto che la presenza dei principî costituzionali ha comportato. Non si è colto appieno il significato del "diritto per principî" (invece che per regole) che domina il nostro tempo. Si è rimosso il tema. Forse, sulla base di un presupposto nesso inscindibile tra positivismo giuridico e democrazia, si è temuto un ambiguo ritorno a tematiche giusnaturalistiche. L'inclusione nel diritto dei contenuti di giustizia per il tramite delle norme costituzionali di principio valorizza certamente il ruolo della giurisprudenza. Si potrà vedere in questa rimozione una manifestazione dell'antica avversione per il ruolo creativo della giurisprudenza: un'avversione, invero, per la quale è facile trovare mille e fondati argomenti. Si può temere un "pensiero elitario" che trama per insidiare i meccanismi della rappresentanza politica che producono la legge e per sostituire a essi commissioni di tecnici irresponsabili, i giudici. Ma non si può non vedere che la crisi della legge è nelle cose di ogni giorno e che il principio elettorale-rappresentativo non riesce a sostenere l'immenso peso del reggimento normativo della vita sociale e anche, soprattutto, a impersonare integralmente le pretese di legittimità delle società attuali, che sono pretese di giustizia costituzionale materiale"*³⁰.

³⁰ Ver G. ZAGREBELSKY, "Introduzione", en R. ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber GmbH, Freiburg im Breisgau, München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. XIII y pp. XX-XXI.

Como se sabe, la reconstrucción de las normas constitucionales de principio como normas de circunstancias objetivas abiertas o, incluso, como normas sin circunstancias objetivas, en contraposición con las reglas, ha sido difundida en la doctrina por R. DWORKIN, *Taking*

Sin embargo, si nos negamos a reconocer que el fundamento de la validez de una norma puede ser sólo otra norma, nos queda sólo una posibilidad para argumentar dicho fundamento de validez: si la validez de una norma no está fundada en otra norma, se tiene que fundar en un hecho, en un contenido material, en una pretensión de justicia natural. La existencia de esta pretensión, a su vez, se puede argumentar sólo de dos maneras, *tertium non datur*: con la anteriormente denominada “naturaleza pura”, o bien con la denominada “naturaleza no pura”.

Como hemos visto, el primero es, en el fondo, el modelo más difundido actualmente, aunque aquellos que lo emplean no admitirían nunca ser iusnaturalistas: esto se resuelve fundando los derechos como cualidades metafísicas del sujeto que las posee, como sus potencialidades humanas, independientemente de reconocimientos normativos positivos. Según este modelo, los derechos del hombre consisten en pretensiones que competen a cada uno como ser humano, independientemente del hecho que forme parte de una sociedad histórico-concreta y de un ordenamiento jurídico positivo. En otras palabras, este modelo lo emplean aquellos que establecen el fundamento de validez de los derechos (especialmente civiles) en el derecho implícito, natural, a la autodeterminación, que permite –mediante recurso a las cortes, actualmente sobre todo aquellas supranacionales– demoler las listas de reconocimientos positivos, al objeto de otorgar a las pretensiones de hecho (incluso legítimas) de algunas categorías de sujetos un aspecto jurídico de derechos fundamentales, independientemente de cualquier apoyo a enunciados normativos³¹.

Aunque parezca ser el modelo más difundido actualmente para argumentar el fundamento de los derechos, a partir de una legitimación de tipo “sustancialista”, no es el único. El segundo modelo es el que se refiere a una “naturaleza no pura” de las cosas: lo emplean aquellos que consideran normativos los datos histórico/sociales/culturales, y que, revalorizando el principio de *tradición*, además de los presupuestos del derecho escrito, conciben los derechos fundamentales como el reflejo de un orden histórico y socio-político concreto.

Rights Seriously, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. pp. 90 ss. Sobre la distinción entre reglas y principios, la biografía es muy amplia y resulta difícil establecer referencias.

³¹ M. DOGLIANI, “I diritti fondamentali”, en M. FIORAVANTI (editado por), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 41 ss.

También en este caso, sólo para identificar este esquema general con algunas líneas de pensamiento, podemos citar Burke, Stuart Mill, Laski, Heller y los autores neoinstitucionalistas.

Estos dos modelos, que podríamos denominar "sustancialistas", instauran una relación opuesta con el principio de *tradición*. Pero hay que especificar, para tomar en serio, desde el punto de vista del derecho constitucional, los temas a los cuales recurren las distintas reconstrucciones, y para no caer en posiciones ideológicas, que la *tradición* a la que nos referimos no es una fe religiosa concreta, sino que se podría definir, de forma laica, desde el punto de vista del modelo al que recurrimos, como orden no planificado racionalmente por el individuo, pero que es el resultado del entrelazamiento complejo de sus comportamientos heredados, sedimentados, según una evolución espontánea, a lo largo de las generaciones.

Si para aquellos que fundamentan los derechos en cualidades metafísicas del sujeto, la tradición es algo negativo, oprimente, de lo que hay que librarse mediante el reconocimiento de los *derechos*, para aquellos que conciben los derechos fundamentales como el reflejo de un orden histórico y socio-político concreto, la tradición es, en cambio, un sinónimo de seguridad contra la complejidad infinita de la condición humana y de la convivencia social. Utilizando palabras de Burke, la tradición es sinónimo de seguridad contra la "*profonda impressione dell'ignoranza e della fallibilità umana*"³². Por lo tanto, según este modelo, hay que apegarse a la tradición, como un náufrago lo haría a una balsa en pleno temporal, de la complejidad infinita en la que el hombre vive. La adaptación molecular, lenta, prudente, preventiva, es la respuesta de este modelo a las nuevas exigencias que se van presentando a los hombres y a su vida en común.

Por el contrario, para aquellos que fundamentan los derechos en las cualidades metafísicas del sujeto, la tradición es la causa de discriminaciones acumuladas con el pasar del tiempo, fruto de prejuicios de los que hay que librarse. El derecho es el instrumento que elimina artificialmente los tabúes acumulados por una tradición oprimente y discriminatoria. Al igual que para los ilustrados, según los cuales las condiciones, fruto de la fe, del tiempo y de las costumbres, en las cuales vivían los hombres, eran *innaturales* y había que sustituirlas por ideales uniformes expresamente diseñados, hay que correr

³² E. BURKE, "Riflessioni sulla rivoluzione francese" (1790), trad. it., en ID., *Scritti politici*, UTET, Torino, 1963, p. 442.

un velo ante la ignorancia impuesta por la tradición para librar finalmente a los hombres y llevarlos a su condición *natural*.

En este modelo, los derechos del hombre en cuestión se fundan directamente en la ley natural: ésta, sin embargo, no se limita a poner las bases para su propia superación en un ordenamiento civil (como ocurre en el modelo hobbesiano y sucesivamente en la interpretación que el jacobinismo hizo de este, en el cual la ley natural no se aplica a sí misma, sino que establece las condiciones para que la ley positiva sustituya la libertad natural del hombre por la libertad civil), sino que pretende perpetuarse también contra el ordenamiento civil.

Esta posición se basa en la intención de hacer valer, incluso contra el ordenamiento positivo, las pretensiones subjetivas de aquellos que invocan la ley natural como si, además del ordenamiento positivo, existiera otro ordenamiento natural que las normas positivas tienen que limitarse a reflejar. Pero, desde este punto de vista, cualquier pretensión de hecho invocada se convierte, automáticamente, en derecho subjetivo fundamental, sin que se pueda comprobar empíricamente la existencia de una presunta ley natural que la fundamente.

El recurso a la naturaleza como *habitus* es, por lo tanto, el instrumento con el cual argumentan todos aquellos que, respondiendo a una necesidad de seguridad, la hacen derivar en un deber de prudencia, sobre todo a la hora de tratar las cosas “últimas”, de la vida y de la muerte. Estos recurren al principio de “precaución”, empleado originalmente en el ámbito de las ciencias naturales por los movimientos ambientalistas y ecologistas³³, y sucesivamente extendido al ámbito de las ciencias sociales, con el paso de la sociedad industrial a la sociedad del riesgo³⁴, confiando en una sabiduría intrínseca del orden natural/social en el que los hombres viven, y que hay que respetar para evitar el riesgo de daños y catástrofes para la humanidad: “*esistono, in natura, limiti oltre i quali solo l'uomo osa avventurarsi. La nozione di transgene illustra questa trasgressione finanche sul piano etimologico. Infatti, al di là delle leggi*

³³ A partir de la primera conferencia mundial de los jefes de estado, sobre el medio ambiente, que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992 (véase principio 15 de la Convención cuadro de las Naciones Unidas sobre el cambio climático: “*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*”).

³⁴ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

immemorabili della natura, al di là di ogni prudenza, al di là – come oggi si dice – di ogni “precauzione”, l’ideologia della mescolanza senza limiti va contro tutta la tradizione occidentale. Che si tratti dell’ardire di Prometeo nella mitologia greca o della cacciata dal paradiso terrestre descrita nel libro della Genesi, il monito è sempre lo stesso: non oltrepassare il confine, altrimenti rischierete di pentirvene. Prometeo si è visto condannare ad avere il fegato divorato da un’aquila, mentre la coppia originaria della Bibbia ha dovuto adattarsi ai rovi e alle spine. Mai, ne converrete, la lezione dei grandi miti fondatori è stata più attuale. Mai monito è stato più ardente, più pressante. Ma chi medita ancora sulla saggezza degli antichi? Il senso profundo dei loro insegnamenti non figura nei programmi delle nostre scuole, e neanche nelle nostre università, anzi, li abbiamo del tutto dimenticati!”³⁵.

El tema de la prudencia empleado por los ambientalistas se justifica con la argumentación de que el proceso de la selección natural produce beneficios. Esta idea, la expresó muy bien Barry Commoner, que, enunciando su “tercera ley de la ecología”, afirmó que la naturaleza es la única que sabe lo que hace: cualquier ser vivo posee, tras de sí, de dos a tres mil millones de años de investigación y desarrollo. Durante este período han nacido un número increíble de seres vivos y todos han ofrecido la posibilidad de experimentar la conveniencia de algunos cambios genéticos casuales. Si la mutación daña o altera la posibilidad de supervivencia física del organismo, probablemente lo matará antes de que el cambio se pueda transmitir a las generaciones futuras. De esta forma, los seres vivos acumulan una compleja organización de partes compatibles; las que no resultan compatibles con las necesidades globales del organismo se eliminan a lo largo de la evolución. Por lo que, puede ser que la estructura de un ser vivo y la organización de un ecosistema natural sean, hoy en día, “los mejores”, en el sentido que son el producto de una rigurosa selección a cargo de las combinaciones perjudiciales, y que, por lo tanto, cualquier “solución” nueva resulte peor que la ya existente³⁶.

Estas premisas las podemos relacionar con la teorización, por parte de Hans Jonas, de una “heurística del miedo”, que conduciría a la elaboración de una ética de la responsabilidad que identifica en la existencia de la humanidad el deber principal a llevar a cabo: el hombre no puede conocer todo

³⁵ J. M. PELT, *Plantes et aliments transgéniques*, Fayard, Paris, 1998, trad. it., *L’orto di Frankenstein. Cibi e piante transgenici*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 33-34. Véase además J. TURNEY, *Frankenstein’s Footsteps. Science, Genetics and Popular Culture*, Yale U. P., New Haven, 1998.

³⁶ B. COMMONER, *The Closing Circle. Nature, Man and Technology*, Knopf, New York, 1971.

sobre sí mismo; la ignorancia en relación con las cosas “últimas” es, sin embargo, positiva, y no hay que interpretarla como una carencia de inteligencia humana, sino más bien como una obligación a no entrometerse en el profundo misterio que representa el hombre. La vida encierra en sí misma la propia sacralidad, que requiere el máximo respeto. Los beneficios intencionales inmediatos no se pueden separar de los imprevisibles efectos dañosos sucesivos e involuntarios³⁷.

Los beneficios que obtienen los hombres gracias a su capacidad de acumular conocimientos a través del reconocimiento y la memoria de regularidad que la experiencia pone ante ellos, son enormes, ya que evitan que tengan que aprender siempre de la experiencia, y así poder anticipar el comportamiento de los demás seres humanos, mediante una «psicología ingenua»³⁸, o de los objetos físicos, mediante una «física ingenua»³⁹.

La idea básica es que hay, por lo tanto, una sabia selección, no sólo de las cosas naturales, sino también de las cosas sociales.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el significado histórico de la “naturaleza *no pura* de las cosas” al que me refiero atribuye un valor normativo a los datos histórico/ sociales/ culturales sedimentados desde tiempo remoto, que nos recuerdan a los “principios éticos del derecho” descritos por Herman Heller: *“I princìpi etici del diritto legittimati dalla società, e spesso non autorizzati per nulla dallo Stato legislatore, talvolta perfino esplicitamente rigettati, hanno invece importanza fondamentale per l'esistenza della costituzione statale, in parte con funzione costitutiva, in parte solo con funzione ausiliaria. Caratterizzati da un'insufficiente concretizzazione, non possono trovare applicazione come norme giurisdizionali dirette di decisione: essi sono tuttavia indispensabili nella costituzione giuridica dello Stato come norme sociali strutturali e regole interpretative per la decisione giudiziaria. La loro validità è in parte aprioristica e generale e in gran parte, invece, storicamente mutevole e condizionata dai differenti climi culturali. Il legislatore, solitamente, ne riconosce la centralità per la costituzione indicandone due forme: una materiale, che formula il contenuto dei princìpi giuridici, e una formale. La seconda parte della costituzione weimariana, al pari dei cataloghi dei diritti fondamentali della maggior parte delle costituzioni scritte, contiene ad esempio un gran*

³⁷ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979; ID., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis der Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1985.

³⁸ C. MEINI, *Psicologia ingenua. Una teoria evolutiva*, McGraw-Hill, Milano, 2001.

³⁹ P. BOZZI, *Fisica ingenua. Studi di psicologia della percezione*, Garzanti, Milano, 1990.

numero di rinvii materiali a princìpi etici del diritto”. Y el ejemplo que Heller propone se refiere, en concreto, a la familia: “Quando ad esempio gli artt. 119 e 120 della costituzione weimariana formulano il principio del matrimonio monogamico e quello dell’educazione familiare della prole, non si è ottenuta con ciò una norma giuridica positiva che possa essere utilizzata dal giudice come base per una decisione: questa formulazione contiene qualcosa di più e di diverso dalla semplice astrazione da norme giuridiche valide ed è più che una semplice direttiva per il legislatore futuro. In realtà i princìpi giuridici formulati qui sono anche le sole norme conosciute dalla stragrande maggioranza dei soggetti giuridici e le uniche ad essere vive nella loro immaginazione, mentre le numerose decisioni giurisprudenziali sul matrimonio e la famiglia, concretizzate nel diritto di famiglia del codice civile sono loro ignote e, per quanto li riguarda, possono restare inapplicate, fin quando essi non si trovano dinanzi al giudice. Concretamente, dunque, non sono queste norme giuridiche positive, ma i princìpi giuridici generali quelli che contribuiscono ad assicurare le coordinate della realtà sociale (...). Se non si impiegano princìpi giuridici anche lì dove il legislatore non rinvia espressamente ad essi non può venire compresa né interpretata, né applicata la maggior parte delle norme costituzionali positive. Il diritto nella sua interezza non è mai racchiuso nel testo delle norme giuridiche positive. Come struttura di senso meramente normativa, senza riguardo alla normalità sociale valutata con criteri positivi, la costituzione dice sempre troppo poco. La maggior parte delle sue norme giuridiche, e soprattutto le più importanti, diventano fruibili solo in connessione con i princìpi giuridici che fondano concettualmente la struttura sociale”⁴⁰.

Este modelo “sustancialista” nos parece muy fructífero: de hecho, si no queremos que en un ordenamiento jurídico pluralista y conflictual la obediencia a sus dictámenes dependa (sólo) de la puesta en común de determinados contenidos materiales, llegamos a la conclusión, según Pascal, que “*chi obbedisce [a las leyes] perché le crede giuste, obbedisce alla giustizia che egli si immagina, non all’essenza della legge: essa è tutta raccolta in se medesima; è legge, e nient’altro. Chi voglia esaminarne il fondamento, scoprirà che esso è talmente debole e futile che, se non è avvezzo a contemplare i prodigi dell’umana immaginazione, stupirà che il tempo abbia potuto procurargli tanto lustro e rispetto. L’arte di far la fronda, di sovvertire gli Stati, sta nello scuotere le consuetudini vigenti, scandagliandole sin nella loro fonte, per mostrare che mancano di autorità e di giustizia (...). Bisogna che il popolo non si avveda della verità dell’usurpazione: è stata compiuta in passato*

⁴⁰ H. HELLER, *Staatslehre* (1934), trad. it., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 394-395.

senza ragione, è diventata ragionevole. Bisogna che sia considerata autentica, eterna, e ne resti celata l'origine, se non voglia che abbia fine"⁴¹. De ahí la necesidad de reevaluar el papel de la historia, de la sedimentación de las costumbres, del proceso acumulativo que se llevó a cabo en el pasado.

4. ARCHIVIO DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALI: UNA REVISTA QUE INVITA A RECONOCER LAS CIENCIAS DEL DERECHO COMO CIENCIAS VINCULADAS A TEXTOS

Como podemos intuir fácilmente, los discursos llevados a cabo hasta ahora, se basan sobre un tema que constituye un punto clásico en el estudio del derecho constitucional: se trata de la relación entre *derecho político* y *derecho jurisprudencial* en la tutela de los derechos constitucionales.

Para poner a prueba los complejos problemas anteriormente mencionados, se ha activado recientemente un proyecto de investigación que se está desarrollando en el ámbito de una revista telemática, dirigida por Mario Dogliani y por Mario G. Losano: *l'Archivio di diritto e storia costituzionali*⁴².

El proyecto está compuesto de varias partes, que corresponden a varias secciones de la revista: todas ellas tienen como denominador común el objetivo de ofrecer instrumentos útiles al objeto de reconocer las ciencias del derecho como ciencias vinculadas a textos.

No se puede negar que actualmente, el investigador del derecho, y del derecho constitucional en concreto, tiene que ejercer su labor en una situación de (cada vez más) desorientación e incertidumbre: las causas son muchas y sería imposible enumerarlas aquí. El proyecto que se presenta tiene como objetivo ofrecer una pequeña ayuda a la hora de dar una respuesta, finalmente,

⁴¹ B. PASCAL, *Pensées et Opuscules*, éd. Brunshvicg, Hachette, Paris, 1912, trad. it. *Pensieri*, Mondadori, Milano, 1982, 301, pp. 226-227, cit. en P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Éditions du Seuil, 1997, trad. it., *Meditazioni pascaliane*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 100, que comenta: "Così, il solo fondamento della legge va cercato nella storia, che, precisamente, annichila ogni specie di fondamento. All'origine della legge non v'è altro che l'arbitrario (nel doppio senso del termine), la "verità dell'usurpazione", la violenza senza giustificazione. L'amnesia della genesi, che nasce dall'assuefazione al costume, dissimula ciò che si enuncia nella brutale tautologia "la legge è la legge e nient'altro". Chi vorrà "esaminarne il motivo", la ragion d'essere, e scandagliarla "sin nella sua fonte", cioè fondarla risalendo sino al primo cominciamento, a guisa dei filosofi, non scoprirà mai altro che questa sorta di principio di "sragione" sufficiente".

⁴² La revista *Archivio di diritto e storia costituzionali* se encuentra en el sitio www.dircost.unito.it.

a una gran necesidad de orden, sistematicidad y rigor conceptual. De ahí el interés por la historia constitucional (en la convicción que toda la historia del constitucionalismo moderno es la prosecución de una historia más antigua); por la historia de la legislación (entendida principalmente no como historia de los contenidos de la legislación en determinadas materias, sino como historia de las estructuras del sistema de las fuentes y, por lo tanto, de las relaciones subyacentes entre poderes); por aclarar los conceptos (conscientes de que los investigadores tienen que hacer frente a una bibliografía cada vez más amplia y dispersa); y, sobre todo, por la actividad interpretativa y por el análisis del lenguaje.

En base a estas premisas podemos presentar, concretamente, la sección de la revista *Tecniche interpretative della Corte costituzionale*.

En esta sección, se analiza la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, no con el objetivo de aprender y de resolver contenidos específicos, sino desde el punto de vista del análisis del lenguaje jurídico, con la convicción que éste sea una de las principales tareas de los investigadores del derecho y, sobre todo, que sea la única forma de control (científico) de la actividad interpretativa.

En la base de todo el proyecto, de hecho, existe un extremo acto de fe en la ciencia del derecho, que nos permite responder a la pregunta fundamental que está en el corazón de la justicia constitucional –*Quis custodiet ipsos custodes?*– recurriendo al papel fundamental de la comunidad científica.

Que el cognitivismo, como teoría de la interpretación, es engañoso, lo demostraron ya hace tiempo los estudios de Alf Ross, de Hans Kelsen y de Herbert L. A. Hart. Sin embargo, creemos que –como, “*dottrina morale*”⁴³– el cognitivismo puede seguir jugando un papel esencial en la ciencia jurídica, imponiendo que el intérprete se comporte “como si” fuera posible llegar a una correcta interpretación. De hecho, este imperativo, obliga al intérprete a operar de forma rigurosa utilizando los instrumentos interpretativos que la cultura jurídica ha ido perfeccionando, consciente de que, por lo menos por este lado, su labor puede ser sometida a control científico⁴⁴.

⁴³ M. DOGLIANI, punto “Interpretazione”, en S. CASSESE (a cargo de), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3187.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 3187. Dogliani se pregunta: “*il cognitivismo interpretativo è una teoria insostenibile o una dottrina (travestita da teoria) da (disvelare in quanto tale, ma da) continuare a prendere sul serio per il problema cui tenta di rispondere?*” (p. 3182). Y, lógicamente, el problema al que intenta responder «*sta nella pretesa di configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione*

De hecho, dejando a un lado las versiones más radicales de las teóricas escépticas, para las que cualquier interpretación consiste siempre y sólo en una decisión, y que por lo tanto niegan cualquier eficacia relacionada con el derecho escrito y, al final, hacen coincidir todo el derecho con las decisiones de los jueces, podemos afirmar que la actividad del intérprete sigue estando todavía en el ámbito de una actividad cognitiva si el producto final de su actividad intelectual se encuentra dentro de las posibilidades que se pueden configurar abstractamente a través de la aplicación de reglas predeterminadas. Como explica la teoría que algunos definen ecléctica, *“dire che non esiste un solo significato equivale a dire che tutti gli enunciati hanno un significato (non indeterminato, ma) sottodeterminato: che presentano, cioè, una cornice determinabile di significati possibili. L’attività decisoria, o ascriviva, dell’interprete si svolge dunque una volta che egli abbia acquisito i risultati di una previa attività cognitiva, oggetto della quale è, appunto, il significato nella sua dimensione sottodeterminata, aperta a più determinazioni possibili. Il punto è molto importante giacché sottolinea come le regole linguistiche circoscrivano un’area di significati possibili, o tollerabili, che vincola – loro tramite – l’interprete”*⁴⁵.

En una época en la que se delega a los tribunales la solución de cuestiones relacionadas con la vida y la muerte, el riesgo de dejarse influir por la tiranía de los valores afecta a todos, los controlados y los controladores: el objetivo del proyecto consiste en analizar la jurisprudencia constitucional sin dejarse influir por las opciones de los valores personales.

Esto permite restablecer un papel al derecho escrito, producido por el órgano político representativo: *“ciò che conta, per il giurista positivo, è poter affermare che la legge scritta può – seppur in modo imperfetto e temporaneo – limitare la discrezionalità interpretativa; e che l’efficacia di tale limitazione dipende da quanto l’accuratezza linguistica riesca a contenere la sottodeterminazione”*⁴⁶.

El objetivo, a largo plazo, consiste en formar un *corpus* razonablemente amplio de jurisprudencia constitucional estructurada sobre la red de argumentos interpretativos, desarrollada para estos fines, para responder a la

di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del “piccolo uomo”, che fisicamente la pronuncia (...). E’ la pretesa di de-soggettivizzare l’applicazione del diritto che non può essere aggirata” (Ibidem, p. 3187).

⁴⁵ Ibidem, p. 3182. Sobre las teorías no cognitivistas véase M. BARBERIS, “Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise”, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cargo de), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, esp. pp. 407 ss. y la amplia bibliografía indicada.

⁴⁶ M. DOGLIANI, término “Interpretazione”, cit., p. 3182.

pregunta básica de si y en qué medida la actividad interpretativa de los jueces constitucionales se sigue basando aún en admisiones científicas.

Para responder a esta pregunta hemos elaborado un *software* que permite “gestionar” la jurisprudencia constitucional bajo el perfil que nos interesa: la actividad intelectual de archivo de las sentencias se lleva a cabo mediante dicho *software*, que, al combinar todos los datos suministrados por el archivador, permite formular una serie de observaciones críticas muy interesantes⁴⁷. Por ejemplo, permite evidenciar las relaciones existentes entre las estructuras lingüísticas utilizadas en la sentencia y determinadas técnicas de argumentación; permite destacar orientaciones en el empleo de ciertos argumentos interpretativos, detectando coincidencias o discordancias, tanto desde un punto de vista cronológico como desde un punto de vista material; permite observar eventuales caracteres propios del empleo de algunos parámetros constitucionales y, en primer lugar, descubrir si y cómo dichos parámetros están relacionados con el recurso a argumentos interpretativos específicos; permite poner a prueba hipótesis de conexión entre argumento interpretativo empleado y tipo de dispositivo; y además permite formular y poner a prueba la hipótesis sobre la naturaleza de los argumentos y sobre las modalidades de su empleo⁴⁸.

⁴⁷ El sistema SentNet empleado se explica en G. DAMELE, M. DOGLIANI, A. MASTROPAOLO, F. PALLANTE, D. RADICIONI, “On Legal Argumentation Techniques: Towards a Systematic Approach”, en M. A. BIASIOTTI, S. FARO (eds.), *From Information to Knowledge. On line access to legal information: methodologies, trends and perspectives*, IOS Press, Amsterdam, 2011, pp. 105 ss.

⁴⁸ Así, por ejemplo, se ha demostrado cómo, a diferencia de lo que se podría esperar de su empleo para interpretar las disposiciones constitucionales, el argumento originalista, o argumento psicológico (*recurso a la voluntad del legislador concreto*), no se emplea en la Corte para arraigar la Constitución al pasado, para fosilizar sus significados en el sentido de la voluntad de aquellos que la discutieron y la aprobaron, sino más bien para circunscribir dichos significados al objeto de que la inevitable evolución de la Constitución pueda depender de la voluntad política del legislador, en base a la consideración de que el texto constitucional vale por lo que dice, y no se puede forzar para dar cobertura a casos que no estuvieron nunca en la mente de los electores: corresponde al órgano de representación política responder a la presión de los nuevos casos que la contemporaneidad presenta, y lo que el constituyente no ha descrito no ha decidido (C. TRIPODINA, “L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali”, en F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cargo de), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania, 5 ottobre 2007*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss., y en www.dircost.unito.it).

Asimismo, como aclaración sobre la conocida sentencia n. 138 del 2010, en la que la Corte constitucional tuvo que decidir en materia de uniones homosexuales, se demostró cómo la Corte fundó su motivación creando sólo la ilusión de una relación entre su decisión funda-

En la sección *Tecniche interpretative della Corte costituzionale* encontramos la lista y la descripción de los argumentos interpretativos elaborados por una larga tradición cultural⁴⁹.

Las técnicas argumentativas han sido reelaboradas teniendo en cuenta la evolución del estilo argumentativo de la Corte constitucional, y se dividen en cuatro categorías:

1. Técnicas utilizadas para *extraer* la norma parámetro a través de la atribución de significados a los enunciados constitucionales y para *extraer* la norma objeto mediante la atribución de significados a enunciados de disposiciones previstas por las fuentes primarias.
2. Técnicas utilizadas no para *extraer* normas mediante la atribución de significados a enunciados, sino para *sostener* la decisión basada en normas anteriormente extraídas.
3. Técnicas utilizadas para *producir* la norma parámetro mediante la atribución – a través de balance/concretización – de significados específicos a enunciados constitucionales que contienen principios.
4. Técnicas utilizadas para *producir* la norma parámetro a través de juicios de razonabilidad que no valen para atribuir significados a enunciados constitucionales.

En base a estas técnicas argumentativas, las sentencias de la Corte constitucional se archivan destacando las frases lingüísticas a los que recurre la Corte y que son sintomáticas del empleo de un determinado argumento in-

mental y el aparato argumentativo al que recurrió formalmente: concretamente, ocultó el argumento de la “naturalidad de las cosas” mediante el recurso a una pluralidad de otros argumentos, y al argumento originalista en primer lugar (I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, “«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010”, *Diritto Pubblico*, núm. 1-2., 2010, pp. 471 ss., y en *www.dircost.unito.it*).

⁵siguiendo el mismo método, ha leído y comentado la jurisprudencia constitucional en materia de tratamientos sanitarios obligatorios, V. MARCENÒ, “I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un “caso difficile””, en M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cargo de), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 229 ss.

⁴⁹ Uno de los censos más completos (y utilizados en doctrina) de los argumentos retóricos utilizados por los operadores de la interpretación en el ámbito de nuestra cultura es, como sabemos, el de G. TARELLO, “L’interpretazione della legge”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU, F. MESSINEO, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, que hemos tomado como referencia a la hora de efectuar nuestro esquema. Véase por último, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

terpretativo. Las sentencias, una vez archivadas, se cargan en un soporte informático que el usuario puede consultar a través de un motor de búsqueda.

He utilizado⁵⁰ el instrumento telemático anteriormente descrito al objeto de poner a prueba el uso ambiguo del argumento de la “naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional en la que el art. 29 de la Constitución italiana, en materia de familia y matrimonio, se toma como referencia como parámetro en los juicios de legitimidad constitucional⁵¹.

La tesis que pretendo demostrar es que el argumento de la “naturaleza de las cosas” se emplea normalmente de forma oculta, camuflada tras otros argumentos interpretativos, ya que no conviene su uso explícito en los ordenamientos modernos, donde impera la presunción de que las organizaciones jurídicas tienen que ser estructuradas en base a la preeminencia de procesos de formación voluntarios y finalizados, en lugar de espontáneos y casualmente determinados⁵².

La idea partió del análisis llevado a cabo en relación con la famosa sentencia n. 138 del 2010, en la que la Corte constitucional italiana se tuvo que pronunciar en mérito a la legitimidad constitucional de la disciplina del código que limita el recurso al instituto matrimonial para las parejas heterosexuales: en dicha ocasión, la Corte motivó su decisión fundamental – según la cual *“le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”* – creando la ilusión de la existencia de una relación entre la decisión y el aparato argumentativo utilizado.

⁵⁰ En I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla ‘natura delle cose’*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l’art. 29 della Costituzione*, cit., pp. 77 ss.

⁵¹ El art. 29 de la Constitución italiana dice: 1. «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio». 2. «El matrimonio se rige sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia». En esta materia específica, si bien es pacífico el reconocimiento que las fórmulas constitucionales se refieren, por lo general, a nociones extrajurídicas, que se han formado mediante la consolidación de la costumbre social, no es nada pacífico si actualmente dichas nociones tienen un significado normativo, o bien que sean un legado ideológico a superar frente al acoso de las demandas procedentes de la sociedad. En el primer sentido, véase E. LAMARQUE, término “Famiglia (dir. cost.)”, en S. CASSESE (a cargo de), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2419 ss.; A. RUGGERI, “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 4, 2007, pp. 751 ss.; en el segundo sentido, entre otros, véase M. MANETTI, “Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali”, in *www.rivistaaic*, 2010, n. 00, spec. p. 3.

⁵² G. TARELLO, “L’interpretazione della legge”, cit., p. 379.

En otra ocasión ya se había manifestado que dicha ilusión se había demostrado efímera: de hecho, si durante la primera lectura del texto de la motivación puede parecer que el pilar que sostiene la decisión fundamental es el argumento originalista, en realidad ésta se basa en otro argumento que la Corte no se atreve a explicitar: el argumento de la “naturaleza de las cosas” o del legislador impotente a la hora de socavar la tradición fosilizada desde antaño⁵³.

En base a este primer indicio, he ampliado el estudio a todas las sentencias de la Corte constitucional en las que se nombra el art. 29 de la Constitución, y he comprobado cómo efectivamente el argumento de la “naturaleza de las cosas” ha sido empleado de forma explícita en pocos casos, mientras que se utiliza más para fundar la producción de la norma parámetro a través de juicios de criterio, o bien disfrazado mediante frases lingüísticas que se refieren a otros argumentos interpretativos (especialmente el argumento sistemático conceptual/dogmático)⁵⁴

⁵³ I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, “«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010”, cit., pp. 471 ss.

Sobre la cuestión de legitimidad constitucional decidida con la sentencia n. 138 del 2010, cfr. las contribuciones recopiladas en R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cargo de), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del seminario svoltosi a Ferrara il 26 febbraio 2010, Giappichelli, Torino, 2010.

⁵⁴ Las sentencias de la Corte constitucional en las que el argumento de la “naturaleza de las cosas” está ocultado, disfrazado, superpuesto, por otros argumentos son: sent. n. 56 del 1958 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 101 del 1965 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 144 del 1967 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); n. 42 del 1972 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 3 del 1975 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 97 del 1979 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 153 del 1979 (*argumento de la coherencia horizontal: interlegislativo*); sent. n. 105 del 1980 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 30 del 1983 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 310 del 1989 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 158 del 1991 (*argumento a partir de los principios generales: analogía iuris*); sent. n. 179 del 1993 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 352 del 2000 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 61 del 2006 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 140 del 2009 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*).

Las sentencias en las que se ha empleado el argumento de la “naturaleza de las cosas” para fundar la producción de la norma parámetro mediante juicios de criterio son: sent. n. 64 del 1961 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 49 del 1966 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 71 del 1966 (*razonabilidad residual y razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 102 del 1967 (*razonabilidad instrumental*); sent. n. 143 del 1967 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 126 del 1968

Sería superfluo explicar las razones por las cuales la investigación de campo se desarrolló en una materia que afecta y altera las convicciones más arraigadas, más íntimas, por las cuales los hombres estarían dispuestos a caer en las luchas más feroces.

5. OBSERVACIONES FINALES

En las páginas de “Il Sole 24 Ore” del 8 de julio de 2012, comentando el descubrimiento, por parte del CERN de Ginebra, del «bosón de Higgs» – que lleva el nombre del físico que hace cuarenta años intuyó su existencia, a través de un modelo histórico a menudo criticado por los científicos por su complejidad –, Carlo Rovelli concluyó escribiendo: *“La forza di un pensiero che riesce a prevedere intere classi di fenomeni naturali decine di anni prima di avere la tecnologia per osservarli è a mio parere una delle prove più belle dell’efficacia della ragione, ma soprattutto della sua difficile, mediata, ma non impossibile, relazione con il mondo reale. La scienza non è l’operazione di adattare il reale alle proprie categorie, come vuole la cattiva filosofia della scienza: è lo sforzo continuo di scovare e poi abituarci a categorie nuove che si adattino al reale”*.

Lógicamente, para las ciencias sociales y para la ciencia jurídica, en concreto, las cosas cambian: el recurso a lo “real” como fuente de normatividad no sólo es impropio, sino que, en algunos casos hasta odioso. Lo “real” es normalmente el resultado de evaluaciones sociales, históricas, culturales y, por lo tanto, subjetivas, parciales, en las que no todos pueden y quieren identificarse.

Sin duda: la doctrina de la “naturaleza de las cosas”, que pretende obtener los requisitos generales y abstractos para toda la colectividad a partir de (presuntos) “hechos” puros, no encuentra espacio en los ordenamientos modernos, simplemente porque estos “hechos” no se rigen por leyes naturales parecidas a las que rigen el movimiento de los cuerpos celestes.

(razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 133 del 1970 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 201 del 1972 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 91 del 1973 (razonabilidad residual); sent. n. 87 del 1975 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 171 del 1976 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 153 del 1979 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 6 del 1980 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 45 del 1980 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 150 del 1994 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 8 del 1996 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 224 del 2005 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 138 del 2010 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 285 del 2010 (razonabilidad intersubjetiva).

Por último, las sentencias en las que el uso del argumento de la “naturaleza de las cosas” es explícito son: sent. n. 161 del 1985 e sent. n. 625 del 1987.

Pero si historizar significa relativizar, como sostiene Pierre Bourdieu, tanto que históricamente, la historización fue una de las armas más eficaces de todas las batallas del *Aufklärung* contra el oscurantismo y el absolutismo y, en general, contra todas las formas de la absolutización o de la naturalización de los principios históricos, luego contingentes y arbitrarios, de un universo social particular, la razón puede ser universalizada en el estudio de los fundamentos históricos: paradójicamente, es quizás sometiendo la razón a la prueba de la historización más radical, destruyendo la ilusión del fundamento a través la revocación de la arbitrariedad del origen y la crítica histórica y sociológica de los instrumentos de la ciencia histórica y sociológica, que se puede esperar de arrancarla del arbitrio y de la relativización histórica. Y todo ello, intentando comprender cómo y bajo qué condiciones se pueden intuir en las cosas y en los cuerpos las reglas y las regularidades de juegos sociales, capaces de obligar a los impulsos e intereses egoístas a superarse en y a través del conflicto regulado.

Y, de hecho, nuestro ordenamiento está lleno de referencias –en su mayoría implícitas, dado que no sería conveniente nombrarlas explícitamente– sobre el tema naturalístico, en su versión “no pura”, histórica, y la jurisprudencia constitucional pronunciada en las materias éticamente sensibles es una pequeña prueba de ello.

Por las razones mencionadas ¿debemos (des)calificar inmediatamente dichas referencias como ideológicas, conservadoras, tradicionalistas, reaccionarias y, en la mejor de las hipótesis, como éticas, contrarias a la razón que pretende fundarse en sí, fuera de la historia?

Quizás exista una explicación más profunda del porqué actualmente se sigue recurriendo, aunque de forma oculta, a argumentos que, de alguna manera, subentienden una “impotencia del legislador” a la hora de estudiar hechos histórico-sociales sedimentados por una tradición de miles de años: es el deber de la prudencia ante las conquistas más universales de las anteriores luchas, que hace pesar sobre aquel que pretende alterar dicha tradición, la carga de la prueba de la bondad de dicha alteración, y no sobre aquel que tiene, por su parte, el argumento “porque así ha sido siempre”.

Dejar de lado la pretensión, por parte de la modernidad, de la ambición fundadora, y aceptar las cosas por lo que son, es decir, un resultado de la historia, recordar que todo es histórico –hasta las disposiciones cognitivas comunes que, a causa de los vínculos que las regularidades del mundo han pesado, por miles de años, sobre un ser vivo obligado a adaptarse a ellas

para sobrevivir, hacen que el mundo sea inmediatamente conocible- no significa, como a veces se dice de forma precipitada, profesar un reduccionismo historicista o sociológico. Significa simplemente negarse a sustituir el Dios creador de las verdades y de los valores por el Sujeto creador y otorgar a la historia y a la sociedad lo que ha sido atribuido a una transcendencia o a un sujeto trascendental⁵⁵.

En referencia al tema de la ampliación del matrimonio a la unión homosexual, se ha escrito que lo que cuenta es demostrar sólo que el art. 29 de la Constitución no provoque el efecto de impedir el reconocimiento de los derechos de *otras* formaciones respecto a la que se basa en la diferencia de género y en la función procreadora, es decir, que lo que cuenta es sólo comprobar que subsistan argumentos racionales (y no morales ni relacionados con la tradición) que justifiquen la situación normativa actual que niega a una pareja homosexual, no sólo casarse (y por lo tanto la posibilidad de beneficiarse del régimen típico de la familia) sino también un instituto jurídico equivalente (que pueda ser registrado y que garantice plenamente los derechos y deberes del matrimonio)⁵⁶.

Estas afirmaciones implican la validez de una norma general exclusiva en virtud de la cual cualquier persona puede pretender reivindicar sus derechos, revirtiendo la carga de la prueba mencionada. Pero ¿estamos seguros que, a parte de la carta del art. 29 de la Constitución, exista un vacío normativo? Y, sobre todo, ¿estamos seguros que el derecho no puede, o lo que es peor, no debe recurrir a argumentos éticos? Quizás bastaría con sacarlos a la luz, y no ocultarlos detrás de una presunta naturaleza objetiva. En el fondo, es sobre quien lleva a cabo actividades “peligrosas” que incumbe la carga de la prueba de «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» (art. 2050 c.c.)!

Volver a los hechos, a los hechos histórico-sociales, no quiere decir transformar el trabajo del jurista en el de un físico o un biólogo⁵⁷, significa aceptar la idea de que si el jurista, sea cual sea el principio en el que se inspira, tiene el deber de establecer no lo que es sino lo que tiene que ser, y si lo que tiene

⁵⁵ P. BOURDIEU, *Meditazioni*, cit., p. 121.

⁵⁶ A. PUGIOTTO, “Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»”, en *www.forumcostituzionale.it* (2008), p. 2 y pp. 15-16. En esta misma dirección, A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 124.

⁵⁷ N. BOBBIO, “La natura delle cose”, cit., p. 211.

que ser presupone un juicio de valor, un juicio de valor “è pur sempre un giudizio che non può essere empiricamente verificato, ma se mai soltanto giustificato con argomenti persuasivi. E l’argomento più consueto e più efficace per persuadere gli altri è mostrare che quel giudizio di valore è posto o condiviso in ultima istanza da persone, reali o immaginarie, investite di prestigio o di potere superiore, Dio, il legislatore, il giudice, la società, il popolo, i grandi giuristi, la tradizione, e nel caso limite, anche la propria coscienza”⁵⁸. Pero si un juicio de valor fue aprobado hace mucho tiempo, lo podemos derrumbar sólo con mucha prudencia.

ILENIA MASSA PINTO
Università di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza
Campus Luigi Einaudi
Lungo Dora Siena, 100
D4 2° piano st.24
10153 Torino
e-mail: ilenia.massapinto@unito.it

⁵⁸ *Ibidem.*