

La motivación de las sentencias de la Corte como «técnica» de creación de normas constitucionales

Antonino Spadaro
Prof. de Derecho Constitucional
en la Universidad de Reggio Calabria

SUMARIO: 1. PREMISA GENERAL: LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JURÍDICA PERMITE CREAR LA NORMA VIVIENTE.— 2. LA MOTIVACIÓN POLÍTICA EN LA «CREACIÓN» DE LA LEY Y LA MOTIVACIÓN JURÍDICA EN LA «APLICACIÓN» O «EJECUCIÓN» DE LA MISMA LEY. ATÍPICIDAD DE LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, DE LA «NULIDAD» DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS.— 3. QUIEN MOTIVA CREA: DEL PRINCIPIO —A TRAVÉS DE LA MOTIVACIÓN— A LA NORMA. LA «MOTIVACIÓN» DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES COMO «ARGUMENTACIÓN DE PRINCIPIOS» CONSTITUCIONALES.— 4. TIPOLOGÍA DE ALGUNAS MOTIVACIONES CONSTITUCIONALES: EXPLÍCITAS U OCULTAS (CRIPTO-MOTIVACIÓN), EXCLUSIVAS O *PER RELATIONEM*, DESBORDANTES (COMO LA *OBITER DICTA*) O PLEONÁSTICO-TAUTOLÓGICAS.— 5. UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO: EXAMEN COLEGIAL DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES Y DE LAS *CONCURRENCES OPINIONS* EN LAS «MOTIVACIONES».

1. PREMISA GENERAL: LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JURÍDICA PERMITE CREAR LA NORMA VIVIENTE

Como es bien sabido, en cada ordenamiento se prevé la posibilidad de que algunas decisiones —cualquiera que sea su contenido— sean adoptadas por sujetos a los que se les reconoce la capacidad de tomar estas decisiones sólo después de haberlas «motivado» (o si se prefiere: por los sujetos a los que se les impone la obligación de motivar sus decisiones después de haberlas tomado). Esto sucede, en vía ordinaria, para todos los actos jurídicos más importantes. En particular, *siempre* para los actos jurisdiccionales (artículo 111, párrafo primero, de la Constitución italiana); *ordinariamente*, para las

disposiciones administrativas (artículo 3, párrafo primero de la Ley N.º 241/1990); y sólo *eventual*, indirecta e –por decirlo de alguna manera– «informalmente» para las normas legislativas.

En efecto, no hay duda de que *también* las leyes se justifican, es decir, se intenta explicar su conveniencia –política, constitucional, etc.– de varios modos (relaciones vinculadas con el «diseño» normativo, con el debate parlamentario, etc., por no hablar de la presencia –en varios textos– de disposiciones iniciales que comúnmente son explicaciones/motivos del «sentido» de toda la ley)¹. Aun teniendo que pasar por alto –como se decía– el tema de las causas (tal vez menos obvias de lo que podría pensarse) que justifican este tratamiento diversificado para el tercer tipo de actos aquí considerados (legislativos), no dudamos en afirmar que una de las razones de fondo que explican la ausencia de «motivación» en las leyes reside en la naturaleza misma del acto efectuado: téngase en cuenta que el legislador no crea sólo normas, sino más bien disposiciones caracterizadas, principalmente, por contar con un potencial normativo múltiple (probablemente involuntario).

Puesto que la determinación de la «norma» real (viviente) corresponde, por la vía hermenéutica, a los operadores prácticos del derecho, es comprensible –aunque discutible– que no exista una motivación *stricto sensu* del simple «enunciado lingüístico» (disposición), mientras que lo es que sea obligatoria la motivación para los sujetos legitimados y encargados de «producir» la norma en el caso concreto².

¹ En verdad, se podría distinguir la relación ilustrativa de las finalidades del «diseño» de leyes (véase, por ejemplo, la obligación prevista en el artículo 49 de la Ley N.º 352/1979, sobre las iniciativas populares) respecto a la «motivación» *stricto sensu* de la ley, donde una contempla un acto todavía *in itinere*, mientras que la otra se refiere a un acto perfecto o, al menos, concluido. De cualquier forma, es conveniente subrayar que no pretendemos (ni aun queriendo, podríamos) ocuparnos en este trabajo del delicado y peculiar tema de la motivación de la ley, cuyos contornos esenciales todavía son confusos y quedan, sustancialmente, sin solución. Entre otros aspectos, baste con pensar en la tesis sobre la necesidad de motivar los actos con fuerza de ley, «dentro de los límites en los cuales éstos son llevados a la categoría de actos discrecionales», tesis formulada por C. MORTATI (*Le Leggi provvedimento*, Milán, 1968, especialmente p. 134; *idem*, *Istituzioni di Diritto pubblico*, tomo I, Padua, 1975, p. 251; también véase, *idem*, *Discrezionalità* (1960), y, de forma general, *idem*, *Obbligo di motivazione e sufficienza de la motivación de los actos administrativos* (1943), ambos publicados en *idem*, *Raccolta di scritti*, vol. III, pp. 1235 y 1067 respectivamente), la cual quizá ahora y sólo parcialmente se ha aplicado por primera vez –con respecto, en particular, a los decretos-ley, a través del artículo 15, párrafo primero, de la Ley N.º 400/1988 y –en relación al caso singular de la obligación explícita de «motivación» por parte de las ordenanzas en materia de protección civil derogatorias de leyes vigentes– con el artículo 5, párrafo quinto, de la Ley N.º 225/1992. Para una visión más general sobre este punto, véase el ensayo de L.M. DíEZ-PICAZO, *Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)*, en *Anuario de Derecho civil*, tomo XLV, Fascículo II, Abril-Junio, 1992, p. 501.

² Por ejemplo, no es irrazonable que esté prevista la obligación de motivar no todos los «actos» administrativos (declaraciones de conocimiento, juicio, intención...), sino sólo los procedimientos (declaración de voluntad): para esta distinción, cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, II, Milán, 1992, p. 3. Sobre este punto cabe resaltar –y es un aspecto sobre el cual queda abierto el debate en la doctrina administrativa– que entre los procedimientos, «la motivación no es requerida ni para los actos normativos ni para los actos con contenido general» (artículo 3, párrafo segundo, de la Ley N.º 241/1990). Esto, a simple vista, parece ser comprensible y justificable a la luz de las consideraciones que hemos formulado en el texto (en relación con la análoga dificultad de motivar las disposiciones legislativas). De hecho, también los «actos normativos» (reglamentos) y los actos con contenido general (disposiciones regulatorias, etc.) son, por su propia naturaleza, formulaciones lingüísticas dotadas –sobre todo los primeros– de un potencial normativo múltiple, y como tales, son susceptibles de experimentar sucesivas interpretaciones vinculantes y concretas, las cuales tendrán que estar necesariamente motivadas (admitiendo la determinación de las normas efectivas, «viviencias»). Sobre esta problemática, véase, entre otros, A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti am-*

Sostenemos, pues, que es posible admitir razonablemente (por las consecuencias a las que pueda conducir) la tesis, tal vez paradójica, según la cual normalmente se considera norma jurídica verdadera –y, por lo tanto, viviente (específicamente en el sentido de no teórica, abstracta, doctrinal)– la efectiva y puntual «decisión» tomada de forma continua por el operador jurídico competente o legitimado (juez o funcionario administrativo), con tal de que ésta se motive³ de forma adecuada –con apego a lo previsto en el ordenamiento–. Y como esta decisión requiere, por sí misma, un punto de referencia textual, diremos que –más allá, al menos en parte, de los casos peculiares de la costumbre y de las relaciones entre sujetos privados– ordinariamente resulta que la verdadera norma jurídica es la interpretación motivada y vinculante que una autoridad competente crea en torno al sentido de un enunciado lingüístico o texto, reconocido, o en cualquier caso, reconocible como fuente del derecho⁴.

En otras palabras: norma jurídica no es sólo el «significado» de la disposición ni la constante y sustancial interpretación uniforme (del derecho viviente) que de esta última ofrecen los operadores jurídicos legitimados, sino que, más bien, se trata también de –cuando el ordenamiento así lo prevé– la motivación o justificación mediante la cual estos mismos operadores toman una decisión.

Naturalmente es innegable que, desde un punto de vista técnico, la motivación goce de una particular «autonomía», la cual, formalmente, la separa de la decisión normativa contenida en la disposición... y mucho menos, puede ponerse en duda el hecho de que la correcta lectura y la efectiva comprensión

ministrativi e sindacato di legittimità, Milán, 1987 y F. MANGANARO, *Mortati e la motivazione dell'atto amministrativo*, en AAVV, *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Nápoles, 1989, p. 422. De algún modo nos parece que es posible aplicar a la tesis aquí formulada (dificultad para hablar de «motivación» *stricto sensu* en las leyes-disposición) las notables observaciones de R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Turín, 1992, pp. 167 y 170, según las cuales «... Una decisión jurisprudencial puede ser motivada o no motivada (o sea arbitraria). La decisión se dice motivada cuando la norma individual por ella establecida constituye una aplicación de una norma general», de manera que el «... vínculo de subordinación del juez con respecto al legislador» se funda en el hecho de que «... el juez está obligado a demostrar, de modo argumentativo, que la norma que ha aplicado era una norma "preexistente" en la ley». Por ende, quien motiva debe poner atención no tanto en las «premisas» generales (texto) de la interpretación normativa, como más bien en la congruencia entre su elección (entre las varias posibilidades) y las premisas.

³ El tema al que aquí aludimos, en los términos que nos interesa, nos parece útilmente enfocado, entre los muchos autores que lo han tratado [en la literatura extranjera baste con pensar en H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979. En Italia vid., especialmente, S. ROMANO, *Norme giuridiche (destinatari delle)*, en *idem*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1953, p. 135; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1954; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, en *Enc. dir.*, vol. IV, Milán, 1959, p. 238; *idem*, *Disposizione (e norme)*, *ibidem*, Vol. XIII, 1964, p. 195; F. MODUGNO, *Norma giuridica, ibidem*, vol. XXVI, 1978, p. 328; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Boloña, 1974, consúltese todo aunque, en especial, p. 143], sobre todo por G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, en *Giur. Cost.*, 1981, I, p. 1684; y de R. GUASTINI, *op. cit.* Sobre la noción de derecho (derecho constitucional en particular) vivo, vid. los trabajos de los autores citados (V. Crisafulli, C. Esposito, D. Nocilla, G. Silvestri, M. Luciani, L. Elia, A. De Roberto, A. Anzone y G. Zagrebelsky) en nuestro trabajo *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo del giudice*, Nápoles, 1990, p. 19, en el cual se incluye, entre otros, A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origine. Dottrina e giurisprudenza costituzionale (1956-1965)*, en *Ann. Univ. Ferrara*, sección V, vol. III, 1989, p. 93; y G. SILVESTRI, *Legge (controllo de costituzionalità)*, el cual será publicado en *Digesto/pubbl.*, spec. par. 26.

⁴ En este sentido, también la interpretación auténtica –como una forma de motivación/explicación ulterior con respecto al texto de ley– puede ser considerada una «actividad normativa» (o generadora de «normas»).

de esta última dependan de la primera (por lo que la norma verdadera es, re-
marcamos, la «interpretación motivada» y no la interpretación *tout court*).

¿Qué es la motivación o justificación de una decisión si no el «razona-
miento» —lógico, esquemático, ideológico, según los casos y los contextos—
con el cual la autoridad competente (juez o funcionario público), en el ejer-
cicio de sus atribuciones (jurisdiccionales o administrativas en sentido estric-
to), pretende explicar su resolución? Por esta razón, las nociones de *motiva-
ción* y de *decisión* —más allá de cualquier otro aspecto relevante— son impor-
tantes —o mejor, esenciales— para la reconstrucción del concepto de norma, al
menos de *norma* jurídica real, efectiva, o si se prefiere: viviente.

En síntesis, a excepción de las deliberaciones «políticas» que sólo originan
simples disposiciones con potencial normativo (actos legislativos y similares)
—en los cuales no hay una motivación en sentido estricto—, cada interpretación
del texto-fuente es una elección y, por ende, una «decisión»; por lo general, tales
decisiones serán jurídicamente vinculantes en la medida en la que se encuentren
«motivadas» o bien argumentadas. Luego entonces, será *norma* el contenido de
cada decisión motivada, jurídicamente vinculante, que derive de un texto-fuen-
te o, si se prefiere, toda *interpretación argumentada a partir de un texto-fuente*.

Sobre este aspecto, el tema del carácter más o menos «vinculante» de la
motivación respecto al nexo dispositivo (prescriptivo) es, por lo menos desde
nuestro punto de vista, absolutamente un pseudo-problema: la motivación (y
la argumentación todavía más, como se verá más adelante) debería ser vincu-
lante como la parte dispositiva de la resolución, puesto que —a través del con-
cepto de norma aquí expuesto— una se presenta (práctica y no técnicamente)
inseparable de la otra.

2. LA MOTIVACIÓN POLÍTICA EN LA «CREACIÓN» DE LA LEY Y LA MOTIVACIÓN JURÍDICA EN LA «APLICACIÓN» O «EJECUCIÓN» DE LA MISMA LEY. ATÍPICIDAD DE LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, DE LA «NULIDAD» DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

Mientras que el juez, ordinario o especial, se limita a «aplicar» una ley
(sustancialmente desprovista de motivación), con un acto de interpretación
(motivada) pero siempre en función aplicativa de la propia ley, la Corte cons-
titucional se encuentra, en cambio, en condiciones de poder «sancionar» el
comportamiento (técnicamente «no motivado») del legislador, a través de un
acto (motivado) que no aplica sino que cancela la ley. Por tanto, precisamen-
te porque la facultad de «cancelar» (que naturalmente no se debe a la falta de
motivación sino a la inconstitucionalidad de la ley) es bien distinta de la facul-
tad de «aplicar», la importancia de la motivación de las decisiones constitu-
cionales surge con particular evidencia⁵.

⁵ Sobre este punto, queremos resaltar, en especial, la facultad de «decretar la nulidad» de una ley por

Además, no hay duda de que si existiera una verdadera motivación de la ley, tal vez sería más fácil no sólo la misma motivación del acto judicial «aplicativo» o del acto administrativo «ejecutivo» de la propia ley, sino, sobre todo, la motivación del acto de la Corte constitucional por medio del cual se «anula» la ley (*sentenza di accoglimento*). La motivación de esta última decisión podría, de algún modo, ser reconducida, al menos en parte –ya se explicará– a la primera, en una especie de juego simétrico (de las motivaciones) que favorecería la explicación de la decisión de la Corte: vista así, la «argumentación» *constitucional* se contrapondría a una «argumentación» *política* explícita.

Detengámonos un poco sobre este punto: el «razonamiento» que justifica la decisión del legislador (ley) es necesariamente político, siendo éste, por definición, *libre* en el fin. En realidad –tomando en cuenta la existencia de un espacio constitucional neutro⁶– el legislador, como es obvio, sólo es «relativamente» libre: o sea, es *libre en los límites* previstos por la Constitución. De hecho, él únicamente puede –debe solamente– ejercer la función democrática, fisiológica para el Parlamento, de una continua actualización/adeacuación de las normas jurídicas primarias de acuerdo con los constantes cambios en los intereses (expectativas) sociales. Sin embargo, no podrá nunca superar –por así decirlo– la barrera de «otros» intereses (que sería mejor denominar necesidades) sustancialmente contemplados en el ordenamiento, de modo definitivo, como prioritarios y, por tanto, «constitucionales»⁷. En otros términos:

El contenido político del razonamiento (o motivación) en las decisiones del legislador conlleva, sin duda y prevalentemente, una exigencia de legitimación desde la base, popular, de la decisión política denominada ley.

La naturaleza del «razonamiento» (o motivación) que justifica la decisión constitucional es, por el contrario, exactamente la opuesta:

Las Cortes fundan su propia decisión refiriéndose a una legitimación completamente diversa, desde lo alto de los valores constitucionales, aun cuando los mismos hayan sido –originariamente (a través del respectivo procedimiento ante la Asamblea constituyente y/o referéndum institucional)– reconocidos por el pueblo.

parte de la Corte constitucional debido a que –como ya habíamos tenido la oportunidad de aclarar en otro trabajo (*Limiti del giudizio costituzionale, op. cit.*, especialmente pp. 205 y ss.)– ésta es la única y verdadera peculiaridad del juicio desarrollado por la Corte, por virtud de la cual sólo puede hablarse de *unicidad de la jurisdicción constitucional*, existiendo, por el contrario, muchos «otros» operadores jurídicos (jueces comunes y especiales) legitimados, por su silencio o por los decretos de revocación (*ordinanze di rigetto*), para confirmar la «validez» de la ley que, de hecho, aplican. En suma, la Corte tiene el particular y sustancial privilegio de ser el único juez de la «ilegitimidad»

⁶ Sobre este punto, remito de nuevo a A. SPADARO, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

⁷ Sobre la importancia jurídico-constitucional de la distinción entre «expectativas» y «necesidades», de la cual se hace depender la diferencia entre valores «legislativos» y valores «constitucionales», algunas primeras observaciones (y bibliografía) se encuentran en nuestra obra: *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentale»*, en Dir. e soc., N.º 3/1991, en especial las pp. 489 y ss.

Por estas razones, la motivación de la decisión constitucional no tiene casi nada que ver con la de otros actos jurídicos: la decisión del legislador, y luego la de los jueces y la de la administración pública, se fundan en «razonamientos» (políticos en el primer caso y jurídicos en los otros dos) de cualquier forma distintos a los que, en cambio, justifican las elecciones/decisiones de la Corte (consideradas aquí en su aspecto más relevante: la «invalidación»). Tal vez se pueda delinear mejor esta diversidad, mediante la elaboración de un primer cuadro sintético y esquemático:

<i>Parlamento</i> crea/«aprueba» la ley	} (A) razonamiento/motivación política
<i>Juez</i> «aplica» la ley	} (B) razonamiento/motivación jurídica
<i>Administración Pública</i> «ejecuta» la ley	
<i>Corte constitucional</i> cancela/«anula» la ley creando las normas constitucionales (parámetro)	} (C) razonamiento/motivación atípicos o mixtos (político/jurídico): constitucionales

Parece evidente la particularidad de la motivación en la decisión de la Corte constitucional: mientras que las dos primeras (A y B), aun siendo distintas, son «argumentaciones» que tienden a fundamentar, la tercera (C) puede ser también una «argumentación» orientada en contra (por vía de nulidad) de la ley⁸.

No obstante, lo que en realidad cuenta, desde nuestro punto de vista, es otro aspecto más delicado que deriva de la posibilidad de que de «motivación», en sentido estricto, se pueda hablar correctamente sólo cuando se haga referencia a la labor del juez y, tal vez, a la del Poder Ejecutivo (B) (razonamiento jurídico). Una semejanza emblemática —ya descrita en parte cuando se subrayó la simetría entre la motivación de los actos legislativos y de las decisiones constitucionales (una deseable y la otra efectiva)— es, por el contrario, admisible entre el «razonamiento argumentativo» del legislador y el de la Corte constitucional. Subrayamos el uso del adjetivo «argumentativo», en lugar de la simple dicción omnicompreensiva de «motivación» (como típico apéndice lógico-jurídico de las disposiciones judiciales). Ambos (Parlamento y Corte), de he-

⁸ Cabe señalar que hasta aquí se ha elegido hacer hincapié prioritariamente en las sentencias constitucionales de nulidad (*sentenze di accoglimento*), únicas decisiones de la Corte que —a nuestro parecer, como ya se ha subrayado— merecen ser consideradas, por así decirlo, como «especiales» y «típicas». Téngase en cuenta que, por otra parte, la «legitimación» ofrecida a la ley particular por parte de la sentencia/decreto (*ordinanze*) constitucional de revocación (por ejemplo, la no inconstitucionalidad temporal) es absolutamente relativa, dado que —*opportune aut inopportune: hic non interest*— para una conocidísima y ya casi indiscutible práctica vigente, ellas no producen ningún vínculo futuro ni para la Corte ni para otros sujetos.

cho, argumentan –sería mejor decir fundan– sus decisiones/elecciones sobre la base de puntos de referencia o parámetros «externos» al acto (ley) que constituye, en cambio, el objeto puntual de la interpretación aplicativa o ejecutiva de los jueces y de los administradores respectivamente; siendo un verdadero referente para el Parlamento (más allá de los propios y «lejanos» fines ideales de la Carta) sobre todo las cambiantes y siempre nuevas exigencias del pueblo y, por el contrario, presentándose como único parámetro para la Corte constitucional la tabla, más o menos estable, de los valores constitucionales.

Quedan por analizar –más allá de estas simetrías particulares entre la libertad del legislador para interpretar y argumentar; las demandas populares y la libertad de la Corte para interpretar y argumentar, la voluntad de los constituyentes (*melius*: el espíritu de la Constitución)– los rasgos específicos y peculiares del juicio constitucional.

En este sentido, si los jueces y la Administración Pública utilizan un esquema «binario» (ley-supuesto concreto)⁹, la Corte está obligada, en cambio, a emplear por lo menos un esquema «trinario» (Constitución-ley-supuesto concreto) que, junto a otros factores, ha inducido a ciertos autores a hablar de esta «situación normativa» como del objeto del juicio constitucional¹⁰. Por consiguiente, las modalidades de la motivación en las decisiones constitucionales no pueden dejar de ser diferentes de las que derivan de los actos judiciales *tout court*. Por otra parte, el debate sobre la naturaleza «jurisdiccional», o no (¿política?), de la Corte constitucional y de sus decisiones, en el pasado mucho más encendido, se presenta tranquilo solamente en parte.

De cualquier forma, precisamente por las peculiaridades antes señaladas, es preferible considerar las motivaciones de las decisiones constitucionales como «especialísimas»: por tanto, hablaremos preferentemente, como de inmediato se verá, sobre todo de argumentaciones.

3. QUIEN MOTIVA CREA: DEL PRINCIPIO –A TRAVÉS DE LA MOTIVACIÓN– A LA NORMA. LA «MOTIVACIÓN» DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES COMO «ARGUMENTACIÓN DE PRINCIPIOS» CONSTITUCIONALES

Si es verdad, como aquí se ha sostenido, que *Palazzo della Consulta* «no» debe interpretar la ley para aplicarla/ejecutarla, sino más bien interpretar la Carta constitucional para permitir –en toda situación normativa concreta– la

⁹ Naturalmente es casi inútil recordar que lo aquí afirmado no altera el trascendental derecho/deber de los jueces de considerar –en el ejercicio de su actividad jurisdiccional– no sólo la ley (artículo 101, párrafo segundo, de la Constitución italiana), sino también otras normas, en especial, las constitucionales. Para una consulta sobre este punto y sus fuentes bibliográficas, remitimos nuevamente a nuestra obra *Limiti del giudizio costituzionale*, *cit.*, todo el capítulo IV, pp. 199 y ss.

¹⁰ Cf. A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milán, 1988, pp. 55 y ss., a cuyas tesis adhiere el que aquí escribe, aunque con algunas precisiones, en *Limiti del giudizio costituzionale*, *cit.*, especialmente pp. 118 y ss.

ejecución (o la no violación) de la ley, entonces la Corte es el órgano *mayéutico* de la Constitución, puesto que le corresponde —de modo casi exclusivo (como una interpretación casi auténtica)— la tarea de extrapolar, es decir «crear», las normas-significado del texto-significante (superprimario)¹¹. De cualquier forma, únicamente la Corte puede decirnos con certeza jurídica «qué» significan las disposiciones constitucionales, aunque sea sólo a la luz de los supuestos concretos y del vigente ordenamiento subconstitucional en su totalidad.

Debemos reconocer abiertamente que se trata de una tarea enorme y objeto inevitable de confrontaciones y controversias.

Téngase en cuenta: con esto no llegamos a afirmar que las disposiciones constitucionales son «cascarones vacíos» que la corte rellena a su gusto, pero es innegable que, por un lado, a) el reconocido carácter generalísimo y lacónico de estas normas y, por otro lado, b) la naturaleza intrínseca de las mismas, teleológica y optativa, y por último, c) la ineliminable instancia (más o menos iusnaturalista) de justicia que hay en todo ordenamiento y que encuentra en la Constitución su punto natural de referencia¹²; concedan a la Corte márgenes de interpretación/»creación» amplísimos. Por ello, está claro que la motivación de las decisiones es, más que nunca, una mera descripción del «razonamiento» que no pretende salirse de esos márgenes, a pesar de ser amplios (y cuya superación conllevaría una elección que manifiestamente no se puede argumentar, porque no se puede remitir a ningún dato textual, ni siquiera al «espíritu» general de la Carta). Dicho lo anterior, volvamos a la tesis central que aquí se intenta sostener.

La Corte no solamente «crea» normas con rango legislativo mediante sus reconocidas sentencias «interpretativas/legislativas», sino que también —se trata de un rasgo mucho más importante— «crea», nos guste o no, las mismas normas constitucionales (o si se prefiere, como ya se ha mencionado, extrapola estas últimas del conjunto de disposiciones constitucionales vigentes).

En otras palabras, quien motiva crea. Quien tiene el deber de motivar/explicar las razones de una decisión jurídicamente vinculante sobre los alcances de una disposición, quiere decir que tiene el poder de «decidir» el significado de un texto (naturalmente vale también lo contrario: quien tiene el «poder» de decidir tiene también el «deber» de motivar). Para nosotros,

¹¹ Es necesario aclarar las razones que nos han llevado a hablar de una facultad mayéutica de la Corte de forma casi exclusiva. No puede olvidarse, de hecho, como ya se observaba *supra* en la nota 5, que, por ejemplo, también los jueces, en el momento en el que aplican la ley (o desechan la cuestión de constitucionalidad sostenida por el actor o por el Ministerio Público) declaran por sí mismos la legitimidad, aunque sólo sea en el supuesto procesal considerado por la propia ley, por lo que —al efectuar esta operación— generan necesariamente una «confrontación» automática con las disposiciones constitucionales. Por consiguiente, a ellos también compete —aunque sea de forma secundaria y no definitiva— la facultad de extrapolación de normas constitucionales-parámetro: normas superprimarias «implícitas», ciertamente, pero que no, por este motivo, dejan de ser parámetros menos eficaces en la resolución del caso concreto.

¹² A esta problemática, importante aunque sea tratada en este trabajo rápidamente, le dedicamos algunos párrafos en el primer volumen de un trabajo monográfico que se encuentra todavía en proceso de elaboración.

pues, esta cuestión es el centro de los problemas de la justicia constitucional y, tal vez, del derecho constitucional:

Quien tiene la posibilidad de establecer qué significa la Constitución del Estado es, a todas luces, el órgano-sujeto que tiene el (mayor y más verdadero) poder en el Estado.

Para comprender mejor este aspecto, baste con pensar en las sentencias que podríamos definir como de «integración» o de «revisión constitucional», debido a que —a través de ellas— los jueces del (Palacio de la Consulta) agregan algunas cosas al texto escrito de la Carta o, incluso, derogan disposiciones del mismo¹³.

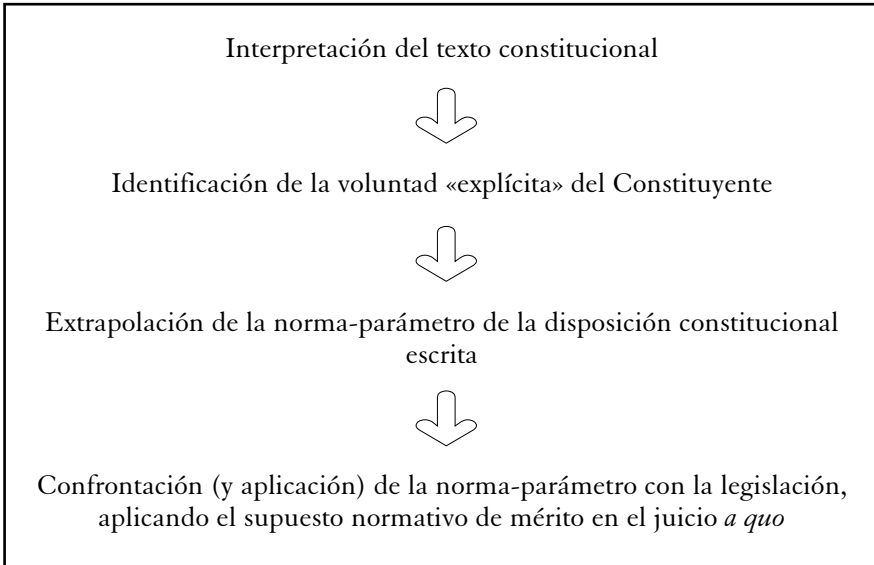
Sin embargo, si se reflexiona atentamente, la capacidad de «creación» de nuevas normas constitucionales va mucho más allá de los casos jurisprudenciales de «integración/revisión» explícita, de hecho, ésta opera persuasivamente en toda la jurisprudencia, mediante una continua, constante y sumergida «construcción» (o reconstrucción) del parámetro constitucional. Son innumerables las ocasiones —más allá del uso ambiguo del concepto de razonabilidad— en las cuales la Corte «inventa» nuevos vínculos que obligan al legislador, o confronta/compara los intereses protegidos en las disposiciones legales con los «fines-valores» que no se encuentran, por lo menos de manera explícita, en la Constitución¹⁴.

Llegados a este punto, surge la necesidad —al menos así nos parece— de aclarar la diferencia entre *motivación* y *argumentación* de las decisiones, tratándose de tipos diversos de «justificación» de los actos judiciales concretos de la Corte.

El *Palacio de la Justicia* da lugar a una *motivación* en sentido estricto, cuando, en la justificación de la decisión adoptada, observa el siguiente *iter* en relación con la lectura de la Carta:

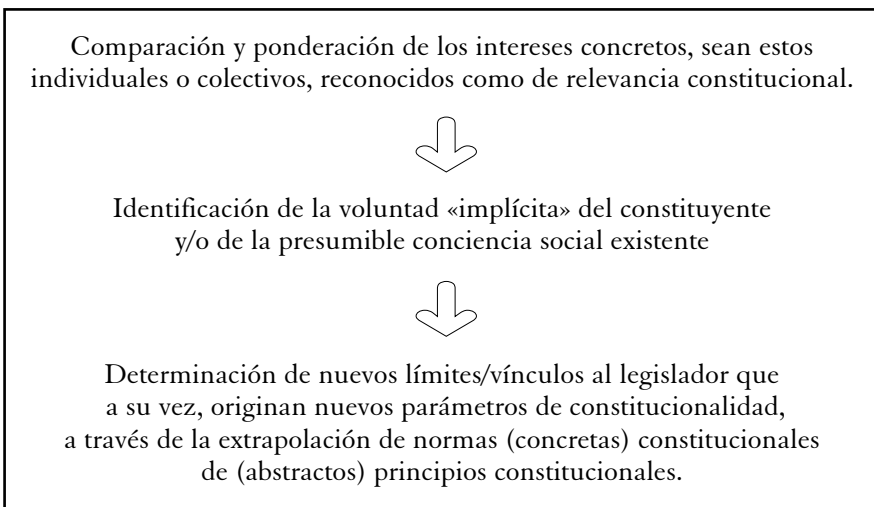
¹³ Por ejemplo, la Ley N.º 226/1976 (*Corte dei Conti* en los controles preventivos del juez *a quo*); la Ley N.º 16/1978 («nuevos casos de inadmisibilidad del referéndum»); tal vez las Leyes N.º 29/1979 y 15/1982 (introducción del concepto, constitucionalmente «nuevo para el ordenamiento italiano, de suspensión de las garantías constitucionales»); la Ley N.º 170/1984 (deroga al principio de unicidad de la jurisdicción constitucional); la Ley N.º 399/1987 (reconocimiento de «nuevos» poderes comunitarios orientados a redefinir el reparto constitucional de la competencia entre Estado y Regiones). Se trata de una mera selección de casos: la lista de decisiones constitucionales que han «modificado» (tanto en sentido integrador como derogatorio) la Carta podría alargarse mucho.

¹⁴ Véase, por ejemplo, entre la diversidad de normas, aquella que regula la «tasación de las prestaciones» o la que delimita los principios de mutualidad y solidaridad que rigen en el sistema de prevenciones. Sobre éstas, cfr. R. BIN., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1992, p. 147, en especial, nt. 35.



Es evidente que, en estos casos, la Corte desarrolla un procedimiento *lógico-deductivo* de tipo clásico, semisilogístico, elaborado ordinariamente, siguiendo razonamientos sistemático-deductivos y, por consiguiente, sustancialmente lógico-axiomáticos. La justificación de la decisión aparece como una especie de demostración de la necesidad casi objetiva de la elección realizada.

Es preferible, en cambio, hablar de argumentación de las decisiones constitucionales, cada vez que el Palacio de la Consulta, al pretender resolver controversias mucho más problemáticas, justifica su decisión observando el siguiente «razonamiento»:



Sin duda, en estos otros casos, la Corte observa un procedimiento diverso (tópico), es decir, ligado a argumentaciones de la decisión de tipo «retórico», fundadas en nexos problemático-inductivos y no sistemático-deductivos. La justificación del acto judicial de la Corte se apoya más en la razonabilidad concreta o en la práctica persuasiva de la elección desarrollada que en la demostración abstracta.

En la práctica, es común que estos dos procedimientos —o si se prefiere los dos enfoques— se mezclen en la misma «motivación», con una dosis discutible de «hibridación» en la reconstrucción de la disposición (rozando, en los casos extremos, la incoherencia).

De cualquier forma, *precisamente el último tipo de «justificación» mencionada (tópica) es, en realidad, un instrumento privilegiado, una técnica que hace posible y creativa la actividad jurisdiccional*. Por esta razón, si para la corte, en general, *motivar* —y, por lo tanto, explicar lógicamente— el porqué y cómo de cada decisión «ordinaria» constituye la condición mínima para dotar de carácter jurídico a sus resoluciones, con más razón, puede afirmarse que, al exigirle que argumente sus decisiones «discrecionales», se aumenta y condiciona la transparencia y credibilidad de las mismas.

En efecto, falta verificar —esta es una cuestión que no puede aquí discutirse— si esta actividad «argumentativa» —toda o en parte— de los jueces constitucionales se puede considerar todavía como jurídica/jurisdiccional en sentido estricto o tradicional (en cuanto al civil law). Quien escribe tiende a inclinarse por la tesis según la cual ya no se puede hablar de «interpretación jurídica», por lo menos en sentido estricto, puesto que

«... el peso de los intereses no pertenece a la interpretación»¹⁵

Nos guste o no, muy probablemente la verdad es que

«... más allá de los casos excepcionales en los que la misma Constitución establece gradaciones y jerarquías, la interdependencia recíproca entre valores y principios ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino más bien un asunto de la política constitucional»¹⁶.

Esto se explica mejor a la luz del renombrado carácter constitucional —y, por lo tanto, político y jurídico— de todas las motivaciones de la Corte, ya consideradas *supra* (apartado 2) como «atípicas» con respecto a las justificaciones tendencialmente «puras» de las otras decisiones: la política (del legislador) y la jurídica (del juez ordinario).

¹⁵ R. BIN, *op. cit.*, pp. 134 y 142. Según Bin, la distinción entre «interpretación» y «ponderación de los intereses» —para nosotros es relevante bajo la forma de distinción entre *motivación stricto sensu* y *argumentación*— corresponde, de modo similar, a la diferencia entre motivación por «justificación interna» (relación lógica entre premisa y conclusiones) y motivación por «justificación externa» (la cual se refiere al fundamento de las premisas).

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, 1992, p. 16. Para este autor, consecuentemente, «...resulta necesario rechazar un tratamiento científico del derecho vigente como si se tratase de una disciplina lógico-formal» (*idem*, p. 167).

Sin embargo, precisamente las dudas y la perplejidad ante el hecho de que, mediante la *argumentación*, se ejercite una facultad «creativa» —o bien, *manipuladora de los parámetros constitucionales*— legitima la petición a la Corte, en la «justificación» de sus actos, de tres precauciones casi obvias (a nuestro modo de ver), pero que merecen ser recordadas:

1) La agudeza, en el ejercicio de la necesaria interpretación evolutiva de la Carta, de respetar la originaria voluntad formulada por la Asamblea constituyente o —si se prefiere— el «espíritu» de la Constitución. Por tanto, no se trata, de forma reductivista, de «cristalizar» en sentido histórico toda las minuciosas decisiones del Constituyente, sino de respetarlas en sus términos fundamentales (*id. est.*: la parte inmodificable de la Carta). Convenimos, por otra parte, sobre la evidente dificultad práctica para determinar estos «límites». No obstante, ninguna «argumentación» de la decisión constitucional, por buena que ésta sea, podrá constituir una motivación jurídicamente aceptable si se atiende sólo a los «significados normativos fundamentales» inimaginables —*id. est.*: inaceptables— para los legisladores. Convendrá reconocer de modo explícito que la operación hermenéutica realizada por la Corte si no es siempre *contra Constitutionem*, por lo menos es, discutiblemente, *ultra Constitutionem*¹⁷.

2) La renuncia —en la ponderación paso a paso de los intereses en juego— no a «valorar» el papel de la conciencia social existente (la cual es, por el contrario, muy determinante en la simple comprensión de la *questio facti*), sino a convertirla en discutible «parámetro» explícito o implícito de constitucionalidad. Por otra parte, como ya se observaba *supra* (apartado 2), la motivación/argumentación no puede convertirse en una búsqueda de consenso, presentándose únicamente como justificación/explicación de la decisión adoptada en nombre de los valores legitimados desde lo alto y no desde la base, tanto es así que el destinatario institucional del acto judicial constitucional no es la opinión pública (a pesar de que represente un interlocutor natural de cada operador jurídico)¹⁸.

3) La adopción de criterios y métodos de argumentación hasta tal punto *coherentes* (en el tiempo), desde un punto de vista lógico-jurídico, que el observador externo (por ejemplo la «doctrina» y los operadores «prácticos» del derecho) sea capaz de valorarlos o preverlos con razonable atención. En otras

¹⁷ Para profundizar sobre este aspecto, véase nuestro trabajo *Una corte per la Costituzione. Nota sull'originaria e prioritaria funzione della Corte costituzionale*, en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruoffia*, vol. II, Milán, 1987, pp. 1239 y ss.

¹⁸ Sobre la imposibilidad lógico-jurídica de elevar la conciencia social (u opinión pública) a parámetro «constitucional», véase A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale...*, *op. cit.*, en especial p. 122, nt. 54 (para la bibliografía) y A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale* (Prime notazioni), en *Pol. Dir.*, N.º 3/1991, p. 343, así como en AAVV, *Libertà e giurisprudenza costituzionale* (ed. V. Angiolini), Turín, 1992, p. 235. Para ulteriores y más amplias consideraciones sobre este aspecto véase también nuestro volumen ya citado y en proceso de ser editado, donde se explica el principio de la «doble legitimación» —para en nivel superior (valores con fundamento ontológico) y para el inferior (pueblo)— de la Constitución *ut. sic*, aunque no habla de las decisiones de la Corte constitucional que, por el contrario, se refieren siempre a la «tabla de los valores constitucionales» (dentro de los cuales se ubica, por citar alguno, el democrático).

palabras, la Corte debe *por lo menos* respetar las reglas, nosotros diríamos las «constantes tópicas» –si se prefiere: la «regularidad jurisprudencial»¹⁹, las «argumentaciones estables»²⁰, o los «estándares de comportamiento»²¹– que ella misma se da en la argumentación de sus decisiones, siempre que pretenda que estas últimas sean jurídicamente (en su sentido constitucional específico) creíbles.

Finalmente, es necesario subrayar otro aspecto de gran trascendencia: si los jueces trabajan *preponderantemente* con las leyes, la Corte, *en general*, «manipula» (siempre teniendo en cuenta la ambigüedad de esta palabra), además de los textos legislativos, las disposiciones *superprimarias* caracterizadas por un contenido muy particular, como los principios²². Nos referimos sobre todo a los «principios implícitos». A este propósito, se ha llegado a sostener precisamente lo siguiente:

«... Un principio implícito... es una norma que no puede ser encajonada en una sola disposición al igual que su significado... En suma, hay principios totalmente implícitos: principios que, como admite el propio intérprete que los formula, no son inferidos de ninguna disposición, sino más bien de la «naturaleza de las cosas», de la constitución material», del sistema jurídico en su totalidad, de otros principios a su vez implícitos, entre otros factores»²³.

De cualquier forma, cuando el Palacio de la Consulta «motiva» una resolución, en realidad, con frecuencia, está obligada –guste o no– a «argumentar» *más que sus decisiones los principios expresados por los constituyentes* (los cuales ella, en teoría, debe solamente salvaguardar).

Ahora bien, es verdad que tanto los jueces como la Corte tratan de motivar *jurídicamente* (por ejemplo, con sentencias) las *decisiones políticas* de «otros» (leyes del Parlamento para unos, disposiciones del Poder constituyente para la otra), a pesar de que el verdadero contenido de las decisiones políticas de este último (Poder constituyente) esté constituido—como sucede continuamente—, en realidad, por principios, la motivación de las decisiones constitucionales, por lo tanto, presenta un mayor grado de dificultad, siendo

¹⁹ Para utilizar las palabras de A. RUGGERI en la *Introducción* del Seminario donde, entre otros, se expuso el presente trabajo.

²⁰ Según R. BIN (*op. ult. cit.*, pp. 142 y 147) «... las motivaciones de las sentencias posibilitan [...] un catálogo de argumentaciones «estables» que demuestran la característica del razonamiento seguido», pudiendo constatar, entonces... la constante repetición de ciertos argumentos en las materias más tradicionales».

²¹ Esta idea parte de la fórmula propuesta por L. ELIAS, retomada por R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, en *AAVV, Libertá...*, *op. cit.*, p. 220.

²² Cabe mencionar, a propósito, el trato que la doctrina le ha dedicado hasta ahora a la manipulación de las «leyes» efectuada por la Corte, así como al uso de la Constitución por parte de los jueces, cuando, quizás más bien –considerando las cuestiones ya estudiadas– haría falta redefinir, orgánicamente, el valor de la «ley» para los jueces y, sobre todo, como aquí se intenta realizar, subrayar el empleo –no siempre convincente– de técnicas de manipulación, más o menos sofisticadas, del «texto constitucional» realizadas por la Corte.

²³ R. GUASTINI, *op. cit.*, (ed. 1990), pp. 122 y 125.

el «razonamiento» que justifica el acto judicial constitucional (y con él, el principio protegido por la Carta) demasiado diferente y no sólo jurídico: no siempre se logra distinguir con claridad, en este caso, cuando los jueces constitucionales motivan elecciones propias, de «otros», o de ambos tipos. *Los principios, en síntesis, son elecciones políticas particulares, cuya «motivación» es al mismo tiempo delicada y sofisticada con respecto a la que se le requiere a las otras «normas» jurídicas, admitiendo naturalmente un cierto nivel de creatividad. En otras palabras, construir una motivación particular exige una verdadera y propia capacidad de «argumentación».*

El paso desde la abstracta disposición-significante (constitucional) al concreto valor-significado (constitucional) se convierte, en este caso, en la «transformación» de un *principio* en norma²⁴. La técnica de esta «transformación» es denominada, bajo la ya mencionada generalidad (cambiada por la tradición judicial), «motivación». Más precisamente, se puede decir que *sólo a través de una «argumentación» un principio se traduce en norma.*

No siendo posible, en este trabajo, detenerse a analizar la problemática general de la teoría de la «argumentación» y de los tópicos conexos²⁵, nos limitaremos a proponer sólo un ejemplo demostrativo de la peculiaridad lógico-jurídica de una argumentación de o sobre principios. Se reflexionará, por tanto, sobre las siguientes consideraciones:

«... Que una norma valga como principio significa que la argumentación en la que se funda su aplicación puede también, por paradójico que parezca, tener una conclusión que se presente como incompatible con la formulación literal del principio»²⁶.

Luego entonces, de la argumentación constitucional que origina esencialmente normas *per principia*, se pueden intuir fácilmente –incluso mediante el uso de ejemplos– las tremendas dificultades y delicadas implicaciones (de teoría general del derecho) con las que la propia «argumentación de principios» se enfrenta. No obstante, en la vía ordinaria, deberían prevalecer precisamente las motivaciones «tópicas» con respecto a las «lógico-deductivas», debido a que para la Corte resulta mucho más fácil «argumentar con base en principios» que «motivar con silogismos». De cualquier forma, la Corte no puede menospreciar la «aproximación teórica» recordado en este trabajo, ya que a partir de la utilización hábil y cuidadosa de ésta (técnica) le podría per-

²⁴ Sobre el caso extremo de «máxima generalidad del parámetro sustancial indicado, máxima especificidad de la situación de hecho», cfr., también, R. BIN, *op. ult. cit.*, pp. 39 y ss.

²⁵ Sobre este asunto, entre otros autores, vid. T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1953; G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt, 1971; G. GAVAZZI, *Topica giuridica*, en *Nss. D.I. XIX*, Turín, 1973, pp. 409 y ss.; C. PERELMAN, *Logique juridique*, París, 1976.

²⁶ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, en *Riv. internaz. fil. dir.*, 1985, p. 77. También vid., entre otros, C. A. FRANCHI; L. GIANFORMAGGIO; L. MIGLIORNI; G. TARANTINI, *Le argomentazioni nelle sentenze della Corte costituzionale*, en *Annali Facoltà di Perugia*, Nápoles, 1975; o, si se prefiere, A. SPADARO, *Limiti dei giudizio costituzionale...*, *op. cit.*, p. 13. Para una interesante distinción entre «reglas» y «principios», según la cual a las primeras «se las obedece», mientras que a las segundas «se adhiere», cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

mitir la adopción de criterios coherentes de argumentación para sus propias decisiones «creativas».

En este contexto, no podemos dejar de tomar en cuenta las observaciones vertidas en contra de esta facultad (¿hiperdiscrecional? ¿arbitraria?) de los jueces constitucionales, tendientes a considerarla como una atribución conquistada «sobre la marcha», tan amplia que podría llegar a ser incontrolada o, incluso, incontrolable. Ante estas críticas, los operadores «prácticos» del derecho se pueden ver superados; no así, los operadores «teóricos» del derecho, o si se prefiere de la *doctrina*, quienes desempeñan un papel trascendental en esta materia.

La Corte debe ser consciente de que ninguna de sus herramientas retórico-argumentativas son inobservadas. No exageramos, por tanto, cuando decimos que la Corte, debería temer el continuo control, y con ello, el franco juicio de los juristas, en particular de los constitucionalistas, sobre las «justificaciones internas» y «externas» que integran la resolución²⁷. Si la vigilancia sobre las primeras (*motivaciones tradicionales*) puede ser realizada fácilmente por el operador práctico del derecho (hasta por el mismo pueblo); en cambio, el control de las segundas (*argumentaciones*) podría requerir la sensibilidad y la competencia específicas del teórico del derecho.

Por consiguiente, en el equilibrio institucional que formalmente rige entre los poderes —ante los improbables (y teóricamente discutibles) conflictos de atribuciones de Corte contra sí misma²⁸— es procedente reconocer el papel (no la función)²⁹ que juega la «doctrina» como hipotético «contrapoder» teórico, sustentado por los resultados del rigor científico, donde hay una especie de control ideal, si no neutral, de las *técnicas* argumentativas concretas, adoptadas por el *Palacio de la Justicia*.

4. TIPOLOGÍA DE ALGUNAS MOTIVACIONES CONSTITUCIONALES: EXPLÍCITAS U OCULTAS (CRIPTO-MOTIVACIÓN), EXCLUSIVAS O «PER RELATIONEM», DESBORDANTES (COMO LA «OBITER DICTA») O PLEONÁSTICO-TAUTOLÓGICAS

A continuación, formularemos en los párrafos siguientes algunas conclusiones que pueden ser de utilidad —breves consideraciones generales sobre la motivación de las sentencias constitucionales— para el tema específico que aquí tratamos, aunque se refieran a él de forma indirecta.

²⁷ Para este tema —además de las observaciones de R. BIN, *op. ult. cit.*, p. 140, nota 17— véanse especialmente los claros postulados de L. CARLASSARE, *Introduzione a AAVV, libertà...*, *op. cit.*, pp. 9 y ss. (consúltese en el mismo volumen, las ideas expresada por R. BIN y C. PINELLI).

²⁸ En cuanto a la sustancial imposibilidad de un conflicto entre poderes donde la Corte sea parte «pasiva» (y «activa»), véase A RUGGERI, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato»... solo a metà (nota minima sulla Corte giudice e parte nei conflitti di attribuzione)*, [ya publicada en el *II Foro it.*, 1987, V, p. 16]; y G. PITRUZZELLA, *La Corte giudice e parte nei conflitti fra i poteri dello Stato*, ambos textos publicados en *AAVV, Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milán, 1988, pp. 647 y 583 respectivamente.

²⁹ Quien distingue oportunamente los conceptos de posición jurídica y papel es: T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, en *Giur. Cost.*, p. 2083.

En particular, intentamos plantear hipótesis que trasciendan la ya mencionada diferencia entre motivaciones «tópicas» (argumentaciones) y «clásicas» (lógico-deductivas). Es posible plantear otros tipos. Proponemos un abanico que no pretende ser completo.

Antes de nada, es necesario ponerse en el caso de la motivación *simple*, considerándola como clara y suficiente, y cuya lectura proporciona «justificaciones», objetivamente, de la disposición adoptada: sobre todo, precisamente en la hipótesis considerada, la motivación no está incompleta, dado que expresa las efectivas y, por ende, verdaderas «razones» que han llevado a los jueces a emitir una sentencia/ordenanza.

Sin embargo, no puede dejar de ser considerado el caso de motivaciones con lagunas, parciales, reticentes, o peor aún, oscuras y, en consecuencia, inadecuadas para lograr el fin para el que fueron escritas: esto puede indicar simplemente una forma de negligencia por parte del extensor (y una escasa atención o descuido en el análisis colegial), pero puede asimismo esconder una «debilidad» intrínseca de las razones de la resolución: por ejemplo, la dificultad para declarar las «verdaderas» causas o concausas que han llevado a la mayoría de los jueces a tomar una determinada decisión (presiones de la opinión pública, influencias políticas, condicionamientos ideológicos o religiosos, etc.), todas ellas «razones» externas o, en su caso, no aplicables al único parámetro jurídico admisible (el texto constitucional). Sin negar la evidente distinción entre los «motivos» (de trascendencia eminentemente sociológica) y la «motivación» (único elemento jurídicamente vinculante) resulta, al mismo tiempo, difícil negar, en los juicios constitucionales más que en cualquier otro proceso jurisdiccional, la incidencia «práctica» de los primeros sobre la segunda.

Por tanto, podría hablarse, al menos para los casos extremos, de *cripto-motivaciones* o, si se prefiere, de motivaciones *ocultas*, en virtud de que los destinatarios de la resolución, como primeros intérpretes de las sentencias constitucionales, deberán necesariamente «reconstruir» el efectivo *iter* (no «argumentable» *expressis verbis*) que ha llevado a la decisión. Se trata, naturalmente, de situaciones patológicas, puesto que comprenden —en teoría— dos formas distintas de motivaciones: una suficiente y sustancial (escondida) y otra incompleta y formal (o explícita y oficial). Sobre este punto, cabe señalar que, a menudo, incluso en la técnica político-judicial de *creación de normas a través de principios*, existe la presencia de cripto-motivaciones.

Otro caso singular se presenta cuando la Corte no produce una motivación exclusiva fundada en la norma, sino que utiliza «trozos» de sus motivaciones precedentes para justificar la resolución actual. Este fenómeno es bastante frecuente y característico, por lo menos lo es en todas las ocasiones en las que la motivación *per relationem* empleada no parece necesaria, ya sea por excesiva o por pleonástica con respecto al objeto de la justificación de la disposición aplicada, o bien resulta inoportuna o peligrosa cuando se presenta claramente extrapolada de forma «instrumental» de su contexto original (y diverso).

Sucede, también, que en muchos casos la motivación «diga más» de lo que es estrictamente necesario para los fines del caso, derogando la regla fun-

damental que sostiene: «quien prueba demasiado, poco prueba» (generando, entre otras cosas, la sospecha). Ahora bien, más allá de los intentos –más o menos fraudulentos– de parte de los intérpretes de las decisiones constitucionales, los cuales casi *siempre* tratan de utilizar «fragmentos» de motivaciones (por ejemplo, *obiter dicta*) para apoyar sus propios argumentos, sin tener en cuenta el contexto real en el que los párrafos «suprimidos» quizás tuvieran sentido, es un hecho que existen motivaciones «sobre-abundantes», excesivas para el caso concreto, y peligrosas por el tipo de interpretaciones no siempre coherentes (o bien, contradictorias) que pueden acoger.

Por su parte, la hipótesis contraria no es improbable, la cual –como aquí se verá– en realidad no se estigmatiza, por lo menos en algunos supuestos normativos de motivación restringidísima más que esencial, en los cuales se «repite» cambiando unas cuantas palabras, el texto de la resolución. Este tipo de motivación constitucional –que denominaremos pleonástico-tautológica– puede justificarse, sólo en los casos límite que coincidan con sentencias/ordenanzas donde: se confirme la ilegitimidad ya declarada de una ley o la falta de la misma (por abrogación preexistente aunque ignorada por el recurrente); o se declare la improcedencia del recurso (porque el acto impugnado, por ejemplo, no tiene fuerza de ley) o su inadmisibilidad (causas por *ius superveniens* o por la carencia de «agravios» distintos a los presentados en la instancia previa, ya sea por falta de motivación o por no haber citado las normas violadas, etc.).

Naturalmente, deberían ser considerados todos aquellos casos en los que la «motivación» es obvia, donde no se requiere una sofisticada técnica retórico-argumentativa, sino simplemente buen sentido común. Las sucintas y lacónicas consideraciones sobre este aspecto no se asimilan, sin embargo, a las distintos y negativos supuestos normativos de insuficiencia o inexistencia de motivación, de conformidad con el vínculo general establecido en el artículo 111, párrafo primero, de la Constitución³⁰.

5. UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO: EXAMEN COLEGIAL DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES Y DE LAS «CONCURRENCES OPINIONS» EN LAS MOTIVACIONES

Sin duda, están estrechamente ligadas la «calidad» de las motivaciones constitucionales y la «naturaleza» del procedimiento adoptado por la redacción de las normas y de las propias motivaciones.

³⁰ Sin negar el riesgo que deriva de la propia realidad, para una «...ausencia práctica de motivación» (R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 218), ¿no parece... «superflua», por ser «tautológica», por ejemplo, la motivación mediante la cual un recurso es considerado improcedente «en cuanto éste no tiene por objeto un acto con fuerza de ley»? Formulaciones similares se limitan simplemente a repetir –y está bien que sea así– el texto de la resolución impugnada. Se trata, en consecuencia, de motivaciones «de forma» o «de rito», absolutamente carentes de sustancia (sin explican o justificar la propia resolución). En cuanto al diverso concepto de «motivación no necesaria», en el sentido de superflua, aunque se refiera al derecho administrativo, cfr. A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi...*, *op. cit.*, en especial pp. 382 y ss.

Cualquiera se da cuenta, por ejemplo, de que –en general–, si el juez *relator* en la Cámara del Consejo no comparte el contenido de una disposición que después será efectivamente elegida, sería mejor que no se tomara la responsabilidad de la redacción de la decisión. En efecto –más allá del sacrificio psicológico del relator/redactor (de minoría)– su opinión distinta podría inducirlo a considerar, respecto a la motivación, las razones adversas al resolutive que, de todas maneras, sería adecuadamente justificado.

Sin embargo, seguimos creyendo que es absolutamente preferible que las razones de una elección sean explicadas por quien esté plenamente de acuerdo con ellas y no por quien, por el contrario, esté declaradamente en contra. Por lo demás, sólo una especie de monismo idolátrico de la institución, el culto a la unidad y a la compatibilidad a toda costa (y contra cualquier evidencia) llevarían a seguir un procedimiento distinto, pero una tal intransigencia se adapta –si acaso– más a organizaciones políticas caracterizadas por el «centralismo democrático», que a órganos constitucionales de garantía.

De cualquier forma, y más allá de la cuestión hasta aquí señalada, las motivaciones que acompañan a las disposiciones constitucionales, a menudo, son oscuras y enmarañadas –es decir, poco claras, aplicando, en consecuencia, *obscurum per obscurius*– por un lado, porque no distinguen todavía con claridad entre *razonamiento* «tradicional» y *razonamiento* «tópico» y, por otro lado, porque expresan el fatigoso «compromiso» alcanzado en la adopción de la resolución: se trata, en otros términos, de satisfacer a la minoría de los jueces –que debe aceptar la resolución adversa– argumentando hasta las «razones» opuestas en la motivación, aunque sea entre líneas. Todavía resulta inútil subrayar lo que semejantes prácticas comprometentes pueden complicar la decisión tomada, ocultando su sentido y favoreciendo (con un uso distorsionado de las *obiter dicta*) interpretaciones contradictorias.

Una solución parcial a este problema podría ser la introducción, varias veces hipotizada en la doctrina, de las *dissenting opinions* (*votos particulares*) en los juicios constitucionales. Una reciente y actualizada contribución analiza este asunto, a la luz también de oportunas consideraciones comparatistas, y propone nuevamente con argumentos convincentes, que tienen que ver precisamente con la «transparencia del *iter* decisional» y «la mejor calidad de la motivación», la viabilidad de introducir esta institución en Italia³¹. No nos parece pertinente incluir (ni este es el lugar para ello) otras consideraciones distintas a las ya formuladas, las cuales sustancialmente compartimos y a las cuales, por tanto, *in toto* remitimos.

Pero, aunque no llegue a puerto la reforma propuesta en nombre, entre otros, de los sabidos argumentos: a) de la posible instrumentalización políti-

³¹ Cfr. A. ANZON, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionale*, en Pol. Dir., N.º 2/1992, p. 329 y en particular p. 333 (y la amplia bibliografía). La autora considera como una de las ventajas del *dissent* un «... mayor análisis, organización, delimitación, rigor y plenitud» de las motivaciones, lo cual resultaría, por tanto, («conveniente y transparente» (*idem*, p. 332 y 343). También es significativa la idea de que «cuanto menos se presten las opiniones disidentes a operaciones de ejecución divisoria (*partitica*), más se presentará motivada jurídicamente, y más se mostrará de forma convincente y congruente. (*ibidem*, p. 344).

co-partidista de las opiniones divergentes y b) del riesgo de que los jueces se dejen influenciar por la publicidad de sus propias decisiones individuales. Podría, tal vez más modestamente, plantearse, y no nos parece inútil, la conservación de la prohibición para las *dissenting opinions*, para introducir sólo las *concurrentes opinions* (*votos concurrentes*), es decir, abrir la posibilidad de que existan diversas posturas (aunque todas a favor del sentido de la decisión) en relación simplemente con la «motivación» de la resolución.

Por lo demás, se debe tener en cuenta la existencia actual «de hecho» de las *concurrentes opinions*, dado que —como se observaba— las motivaciones con frecuencia parecen considerar varios argumentos, uno «diferente» del otro, de la mayoría de los jueces, por lo que a veces sucede que al intérprete y, en particular, al operador práctico, se le presenten dos alternativas, ambas extremas y paradójicas: o se renuncia a considerar como vinculante la motivación (dudosa), en vez de la resolución; o se le concede el aspecto vinculante y, por consiguiente, se termina por deslegitimizar la propia resolución, circunscribiendo arbitrariamente su alcance espacial y temporal.

Por el contrario, conservándose la prohibición del *dissent*, se garantizaría el principio de «colegialidad» en el sentido tradicional que desde siempre ha caracterizado a la Corte, y le confiere prestigiosa (aunque formal) unidad³². Pero —al introducir simultáneamente las «opiniones concurrentes»—, se podría mejorar la total claridad de la decisión, distinguiéndose finalmente con ello: los puntos resolutivos (vinculantes), las motivaciones oficiales (vinculantes), las distintas motivaciones posteriores (eventualmente no vinculantes).

Es obvio que las *concurrentes opinions* no deberían «encubrir» *dissentings opinions* oficialmente aceptadas o, en cualquier caso, no declaradas, creándose, por el contrario, sólo *ad adiuvandum* (aunque sea en términos distintos y no vinculantes) de la resolución, cuya plena colegialidad, en todo caso, «cubriría» los eventuales disensos de mérito. El objetivo de esta mini-reforma, hipotizable sólo en ausencia de las condiciones (jurídicas y políticas) que admiten la introducción de ambas *opinions* (disidentes y concurrentes), se orienta simplemente a reducir al mínimo el riesgo de que los jueces aprueben soluciones ambiguas por compromiso, las cuales, obviamente, se refieren, de hecho y por consenso, sólo a la motivación, tendencialmente oscura, reticente o contradictoria (siendo más difícil la adopción de fórmulas vinculantes en la resolución: véase el caso clásico de sentencia de inconstitucionalidad (*sentenza di accoglimento*) o de improcedencia parcial (*sentenza di rigetto parziale*)).

En fin, nos parece evidente la ventaja que se obtendría con la introducción de las «motivaciones concurrentes», bajo el particular y específico perfil de la actividad jurisprudencial «creativa» de normas constitucionales: la corte debería siempre explicar (*id. est.*, como ya se ha dicho: argumentar) adecuadamente el cómo y el porqué se enriquece o modifica el parámetro constitu-

³² Cfr: el breve pero todavía clarísimo y actual ensayo de G. BRANCA, *La collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Padua, 1970.

cional, debido a que no todas las integraciones/modificaciones son, por así decirlo, *ad adiuvandum* de la voluntad del Constituyente.

Sin motivaciones/argumentaciones convincentes, nadie, de hecho, podrá intentar delimitar sin arbitrio la diferencia que existe entre la determinación de la voluntad política del constituyente, en nombre de la legítima necesidad de «actualización» del sistema de valores constitucionales (en su «núcleo duro») y la compleja, ambigua, implícita y limitada alteración del parámetro constitucional, establecida en nombre de un nuevo, voluble e inestable soberano: ¿la opinión pública?