

PARA UNA CULTURA JURÍDICA SOCRÁTICA EN LA ERA DE LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS DERECHOS*

For a Socratic Legal Culture in the Age of the Commodification of Rights

PAOLO SOMMAGGIO
IVAN DALDOSS**

Fecha de recepción: 01/08/2024
Fecha de aceptación: 22/11/2024

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 59 (2025), 287-314
<https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.31402>

RESUMEN Este trabajo, apoyándose en el caso emblemático del contexto italiano, muestra cómo la cultura jurídica europea de los últimos años ha pasado en gran parte de ser una cultura basada en normas escritas-positivas (*rule-based*) a ser una cultura jurisdiccional caracterizada por la creación de nuevas situaciones de protección (*right-based*). Esta transformación se habría traducido en una preferencia por la razón práctica de una jurisprudencia *suplente* y, en ocasiones, enfrentada al legislador a través de decisiones productoras de nuevos derechos sin que en paralelo haya un control democrático serio. Esa labor propone considerar una nueva cultura jurídica de base socrática para llevar al centro de la experiencia jurídica y, en particular, del fenómeno procesal el enfoque *acusatorio*, que permita conciliar democráticamente las premisas normativas generales adoptadas por las partes, garantizando al mismo tiempo la racionalidad y sistematicidad de los pronunciamientos jurisprudenciales.

Palabras clave: Cultura Jurídica, Uso Alternativo del Derecho, Derecho Viviente, Derecho No Positivo, Propuesta Socrática

* Para citar/citation: Sommaggio, P. y Daldoss, I. (2025). Para una cultura jurídica socrática en la era de la mercantilización de los derechos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 59, pp. 287-314.

** Paolo Sommaggio es profesor en la Università degli Studi di Padova, Dip. di Diritto Privato e Critica del Diritto (DPCD), via VIII Febbraio, 2, 35122, Padova (Italia). Correo electrónico: paolo.sommaggio@unipd.it. Ivan Daldoss es profesor en la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, plaza de la Universidad, 1, 18001 Granada (España). Correo electrónico: ivandaldoss@ugr.es. Cabe señalar que esta contribución es fruto de la reflexión conjunta de los dos autores y del intercambio intelectual transnacional que llevaron a cabo. Con el único fin de atribuir formalmente la autoría de las partes de este trabajo, se especifica que Paolo Sommaggio elaboró los apartados 1, 3, 6, 7, e Ivan Daldoss los apartados 2, 4, 5. La redacción de toda la obra en castellano es de Ivan Daldoss. Asimismo, todos los pasajes citados de otros autores han sido traducidos al castellano por él.

ABSTRACT This paper, based on the emblematic case of the Italian context, shows how the European legal culture of recent years has largely shifted from a culture built on written-positive rules (*rule-based*) to a jurisdictional culture characterised by the ceaseless creation of new forms of legal protection (*right-based*). This transformation has resulted in a preference for the practical reasoning of a *substitute* jurisprudence, which sometimes confronts the legislator through decisions that produce new rights without guaranteeing any serious democratic control in parallel. This work proposes considering a new Socratic-based legal culture to bring the *adversarial* approach to the centre of legal experience and, specifically, the trial phenomenon. This approach allows for a democratic reconciliation of the general normative premises adopted by the parties involved, while ensuring the rationality and systematicity of jurisprudential decisions.

Keywords: Legal Culture, Alternative Use of Law, Living Law, Non-positive Law, Socratic Proposal.

1. INTRODUCCIÓN

En años recientes, tanto en Italia como en el resto de Europa, los juristas abordan temas cruciales de teoría jurídica y, en sentido amplio, de filosofía del derecho, relacionados con el problema de la ampliación desregulada de los derechos (*rights*) en la era actual. De hecho, ésta se caracteriza por una continua creación jurídica procesal, a saber, a través de decisiones jurisdiccionales, en los propios países de *Civil Law*, tradicionalmente fundados en el derecho legislado escrito¹.

Al situarnos en el debate actual es posible darse cuenta de cómo en ello se testimonia la producción constante de nuevas posiciones de tutela y garantía para la esfera individual (especialmente con respecto a los derechos civiles) siguiendo una pauta constituida por el reconocimiento judicial, a nivel de tribunales nacionales, de nuevas situaciones jurídicas construidas en particular sobre la huella de los derechos humanos².

En otras palabras, el diálogo de la ciencia jurídica, en lugar de enfocarse en las reglas que se consideran oportunas y necesarias pues para identificar y reconocer las posiciones merecedoras de protección jurídica a través del debate parlamentario, como encarnación del principio democrático, versa sobre cuáles y cuántos derechos otorgar.

-
1. Véase, entre los muchos autores que han observado este fenómeno, Galgano (2005) e Irti (2007).
 2. Cf. Bobbio (1990). En tema de derechos humanos se reenvía a la extensa literatura existente. Para una introducción a los problemas y perfiles salientes en este ámbito, se sugiere la lectura de Callaway y Harrelson-Stephens (2007).

Por tanto, los Estados miembros de la UE, teóricamente sustentados en el derecho escrito de formación legislativa, parecen haber perdido interés en las necesidades regulatorias alcanzables por medio del derecho positivo y, día tras día, el tradicional modelo jurídico europeo se va debilitando³, a favor de una dinámica regulativa judicial que puede describirse como posdemocrática.

Precisamente, nuestra cultura jurídica europea muestra un cambio progresivo de mentalidad por lo que se refiere a la producción del derecho y del fenómeno normativo en sentido amplio: de un marco iuspositivista, construido por reglas generales y abstractas de formación parlamentaria se pasa a un *mindset* [mentalidad] y a una correspondiente práctica de elaboración jurisprudencial de nuevas posiciones y tutelas jurídicas.

En este trabajo los autores intentamos arrojar luz sobre el camino tomado por la cultura y la ciencia jurídica europea, con un enfoque específico sobre el caso italiano, en pos de esbozar e ilustrar ese cambio cultural que procede rápidamente hacia el creciente reconocimiento, a menudo judicial y sin criterios orientativos legales-democráticos, de nuevos derechos.

Para llevar a cabo este propósito, usaremos dos expresiones dicotómicas que representan los dos planteamientos descritos: *rule-based*, es decir, el mecanismo de creación de tutelas jurídicas centrado en la “regla” o norma de ley tradicional, y *right-based*, a saber, aquella práctica judicial de concesión de protección jurídica centrada en el desarrollo ulterior y “creativo” del “derecho” subjetivo y, por tanto, individual de las personas en concreto involucradas en un juicio⁴. La distinción no ilustra sólo la diferente procedencia de la tutela jurídica (democrática parlamentaria o posdemocrática judicial), sino más bien, cabe subrayarlo, las diferentes tipologías de cultura jurídica que respectivamente apoyan un modelo u otro.

Si bien el primer modelo, el tradicional en el contexto democrático europeo-continental, se basa en la premisa de que toda pretensión individual o social proviene de un sistema normativo compuesto por reglas

-
3. Aún sin profundizarlas, Bulygin y Alchourrón han identificado la existencia de formas de justificación jurídica alternativas con respecto al clásico modelo deductivo que típicamente ha informado la dinámica de producción legal. Véase la entrevista a Bulygin realizada por Caracciolo (1993, pp. 499-513).
 4. La propuesta que formulamos aquí representa una reelaboración de algunos elementos del pensamiento de Ronald Dworkin. En efecto, el célebre autor considera que el Derecho se compone de principios (*principles*) y de reglas (*rules*). Los primeros, en concreto, tendrían un peso diferente al de las reglas, que, en cambio, deben aplicarse de una forma que el propio Dworkin denomina *all-or-nothing* (todo o nada). En este texto, sin embargo, nos pareció más apropiado enfocarnos en la pareja reglas (*rules*) y derechos (*rights*). Sobre este asunto véase Dworkin (1977).

generales y abstractas “puestas” (*positum*), tendencialmente por una sola fuente del derecho (que suele identificarse con la figura del legislador), una vez que el debate parlamentario se haya llevado a cabo y por ende siempre respetando un cierto control democrático en orden a la producción jurídica, también es cierto que el segundo modelo prioriza aquellas situaciones individuales o sociales con respecto al instrumento normativo elegido para otorgarles tutela jurídica y garantizar pues que se cumpla con ellas. En este sentido, muchos derechos recién elaborados se consideran y se han considerados existentes antes e independientemente de su creación por medio de actos normativos con carácter general y abstracto, como las leyes.

Esa nueva cultura jurídica plasma la nueva sociedad de los derechos, caracterizada por una prolífica producción de pretensiones y tutelas que eluden al legislador y, por tanto, la dinámica democrática, a menudo apuntando que éste se retrasa y no actúa oportunamente para normar ciertos asuntos problemáticos. En consecuencia, aquellas pretensiones y tutelas constituyen el resultado de una activación directa de la jurisdicción, sea ésta nacional o de la UE, que de hecho ejerce el poder de crear y otorgar nuevas formas de tutela y garantía.

A simple vista, parece ser una dinámica y una situación *win-win* (es decir, en la que todos ganan), por la cual quien disfruta de efectos positivos es el ciudadano que se ve protegido tanto por la ley establecida por el legislador como por la judicatura que crea nuevas situaciones de protección *ad hoc*⁵. Pero esto, como intentaremos ilustrar, no es lo que ocurre. El enfoque basado en los derechos de formación jurisprudencial ha demostrado en efecto ser perturbador: de ser una excepción se ha convertido en el modelo habitual para crear nuevo derecho, hasta el punto de que parece la forma más eficaz de cambiar todo un sistema jurídico en un sentido que ya hemos denominado *posdemocrático*, porque elude el control democrático sobre la producción jurídica de normas generales previsto en los países de *Civil Law*, es decir, de tradición jurídica romanista.

En el contexto europeo-continental, estas dos culturas jurídicas distintas (la de normas y la de derechos) se han intercambiado idealmente; sin embargo, constituyen un problema para los regímenes normativos estatales, ya que el marco constitucional de estos sistemas jurídicos sigue estando vinculado a fórmulas escritas, es decir, a las disposiciones generales

5. No abordaremos aquí la cuestión de la relación entre los tribunales europeos y los nacionales, dinámica en la que la estrategia de reconocimiento directo de prerrogativas (derechos) a los particulares entra a menudo en conflicto abierto con la legislación nacional de algún país de la UE, generando graves problemas nomofilácticos cuando no de soberanía pura y simple para el ordenamiento estatal en cuestión.

y abstractas promulgadas por su legislador. Mientras que, de hecho, son las decisiones de los tribunales individuales las que más contribuyen a dotar a los ciudadanos de instrumentos de defensa o de reconocimiento de nuevas prerrogativas, compitiendo con las del poder legislativo, cuando no entran en conflicto abierto con ellas.

Como se sabe, la cultura jurídica basada en normas está tradicionalmente vinculada al tipo de creación por asamblea representativa (i.e. parlamentaria), a la generalidad de los casos, a la tendencia a la deducción y a la aplicación de la norma general al caso particular según un movimiento lógico descendente (de la norma al caso). Progresivamente, este mecanismo se ha ido erosionando internamente por la oportunidad, en la práctica jurídica en el momento de juzgar, de operar con referencias o estándares cada vez más *extra* normativos y vinculados a las nuevas demandas de la sociedad. Este modelo no parece estar construido sobre una lógica descendente (*top-down*), sino sobre una estructura de razonamiento ascendente (*bottom-up*): el razonamiento parte del caso, del problema concreto, para llegar a una generalidad, es decir, a la instancia social más acreditada en ese contexto espacial y temporal concreto.

Se ha pasado así, en nuestra opinión, de la abstracción de la disposición surgida típicamente de un debate parlamentario, hoy percibido como oscuro y fruto de demasiados compromisos sociopolíticos, al carácter más concreto de las medidas jurisprudenciales, que, mientras que resuelven cuestiones prácticas, reconocen nuevos derechos, pero con un control democrático limitado, si es que existe, lo cual termina por ceder en deferencia a la independencia del órgano jurisdiccional.

Estas decisiones, tanto la del legislador como la de la magistratura, al menos en el contexto italiano, se toman “en nombre del pueblo”, pero difieren en el tipo de enfoque que implican. De ahí que parezca acertado cuestionar el tipo de cultura jurídica que caracteriza a cada uno de estos dos planteamientos distintos.

En Europa, como es bien sabido, la cultura del positivismo (que por comodidad asumiremos aquí como un fenómeno unitario) habría cedido ante el razonamiento práctico de la llamada “jurisprudencia sustitutiva”, sobre todo en el momento de la justificación de las *premisas* (prótasis) a partir de las cuales los jueces llegan, caso por caso, a una decisión⁶.

6. Dejando de lado, por conveniencia, la distinción, que sigue practicándose en Italia, entre razonamiento decisorio (el llamado “contexto de descubrimiento”) y razonamiento justificativo (que se encuentra en la motivación). Podemos en cambio enmarcar brevemente la cuestión de la justificación de las decisiones.

Esta aportación intentará ilustrar cómo ambas formas de cultura jurídica pueden armonizarse en aquella que podemos definir como *crítica* o *socrática*.

2. LA CULTURA JURÍDICA EN LOS ENFOQUES BASADO EN “NORMAS” Y BASADO EN “DERECHOS”

Hemos mencionado en el párrafo anterior que, al igual que existen dos modelos de cultura jurídica (centrados respectivamente en las normas y en los derechos), también existen dos actitudes racionales ante este fenómeno: el recurso, por un lado, a una “razón formal” (más abstracta) y, por otro, a una “razón práctica” (más concreta)⁷.

Durante el predominio del primer modelo, de un formalismo legicéntrico, el poder jurisdiccional se ejercía por delegación a través del instrumento de la norma jurídica general. Abandonada la ilusión de poder resolver lo jurídico en la forma abstracta de la ley, parece que el mundo de *Civil Law* avanza hacia una cultura jurídica eminentemente práctica⁸. Y, sobre todo, que ya no se considera a la ley como punto de partida de su proceder racional, sino al caso o al problema jurídico *sub iudice*. Este fenómeno, según algunos autores, podría aparecer como un proceso de progresiva “americanización” de los sistemas europeos-continentales⁹.

En el ideal de la Ilustración, como es bien sabido, el modelo de referencia se desarrolló con la obligación para el juez de atenerse a un esquema

-
7. Si es cierto que el enfoque cultural basado en las normas (proveniente de la Ilustración) era un instrumento de gestión del poder que obligaba a los tribunales a basar sus decisiones en generalidades predeterminadas por el soberano, es decir, las leyes, también es cierto que habría que preguntarse —aunque no es el tema de esta contribución— quién es el “soberano” o los centros de poder que están detrás de la cultura jurídica centrada en los derechos, especialmente de formación jurisprudencial.
 8. Debemos esta observación a Norberto Bobbio (1968) que la formula en su célebre ensayo titulado *Scienza giuridica tra essere e dover essere*. Ahí el autor ilumina la posibilidad de que la jurisprudencia sea *prescriptiva*, es decir, que produzca normas jurídicas, abriendo a un posible cambio en la estructura de las fuentes del derecho —en la estela de lo que Kelsen (1934), de hecho, ya venía profesando desde los años 30 del siglo XX, a saber, que los jueces crean derecho al menos con respecto al caso concreto del que conocen, es decir, normas jurídicas individuales— y, por tanto, alejándose de una perspectiva de firme positivismo jurídico, basada sólo en normas formalmente adoptadas por un legislador, acercándose así a una perspectiva basada en “derechos” formados jurisprudencialmente. Posteriormente Bobbio (1990) retomaría y explicaría más claramente este cambio de perspectiva.
 9. Cf. Mattei (2002) y Somma (2007; 2011). Sobre el tema de la influencia del *Common Law* en las diversas experiencias de *Civil Law* y el fenómeno de la “americanización” del derecho, véase también la obra antológica de Carty (1992).

rígido, según el cual la prescripción normativa habría de constituir la premisa, el punto de partida, de su razonamiento. Razonamiento que, según Cesare Beccaria, debería haberse limitado a una deducción silogística¹⁰. A la prescripción del soberano (más tarde sustituida por la soberanía popular-parlamentaria) debía seguir el hecho bajo juicio, de modo que la conclusión del razonamiento de la autoridad judicial pudiera surgir y aparecer como aquella consecuencia necesaria ya prevista por el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, se trataba de construir cadenas deductivas dentro de una retícula de conceptos (o *topoi*) convertidos en axiomas fijos por voluntad del soberano. El paso deductivo de lo abstracto de la norma a lo concreto del caso (a través de la sentencia) constituía una forma muy fuerte de control político, ya que el punto de partida del razonamiento debía ser siempre el punto de vista del legislador (es decir, del soberano).

Las generalidades (o premisas) del discurso judicial, en este modelo, ya estaban predeterminadas por el soberano, que reivindicaba el monopolio a través de la reducción de cada fenómeno de la experiencia a un hecho normativo general y abstracto.

Entendemos, así, que la justificación externa de las premisas del razonamiento judicial en la sentencia (es decir, la respuesta a la pregunta acerca de por qué empezar a razonar a partir de esa ley y no de aquella otra) bien podría ser puramente indicativa: según este planteamiento, no hay necesidad de ninguna justificación específica si la ley es siempre la única premisa que se puede utilizar, siendo así evidente por sí misma. Aquí, la justificación judicial se reducía esencialmente a una justificación interna. Justificación interna que, en este modelo, tenía las características de un camino obligatorio de progresivo estrechamiento: desde el significado abstracto de la ley a lo concreto del caso (o más bien de sus características).

10. “En cada delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: el mayor debe ser la ley general, el menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o el castigo. Cuando el juez se ve obligado o quiere hacer incluso dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre”, véase Beccaria ([1764]1984, p. 36). Para profundizar en el utilitarismo y humanitarismo de la concepción penal de Cesare Beccaria, cf. Zanuso (1996, pp. 175-219). Sobre la figura del silogismo como forma de razonamiento jurídico, véase J. Wróblewski (1974, pp. 33-46) y también la traducción italiana de este ensayo, con comentarios al margen, en la aportación de Comanducci y Guastini (1989, p. 277). Jerzy Wróblewski, al definir el silogismo jurídico, afirmaba que: “este término denota un tipo de razonamiento jurídico en el que, a partir de dos premisas (la norma jurídica aplicada y la afirmación de que un hecho del caso se ha producido) se infiere una conclusión de la aplicación del derecho, es decir, que el hecho en cuestión tiene consecuencias jurídicas, determinadas sobre la base de la norma jurídica aplicada” (1974, p. 33).

El movimiento deductivo del razonamiento tenía, en otras palabras, una finalidad precisa: servir de instrumento para impedir cualquier entrada de otras premisas que las establecidas por el soberano y para impedir la entrada de las “pasiones” de los jueces en el proceso. Es evidente que este ideal regulador se perseguía sobre todo con el objetivo de garantizar el pleno control del fenómeno jurídico¹¹.

Este modelo de la época de la Ilustración transita al siglo XX, aunque en una versión muy refinada, y constituirá una referencia cuando se abran nuevas posibilidades de ampliar los significados de los enunciados normativos. En este caso, la ampliación del significado lingüístico de las expresiones del legislador, aun constituyendo un elemento de cierta novedad y relativa libertad, no modificará significativamente la estructura silogística del razonamiento. De hecho, los criterios hermenéuticos de extensión formarán parte de lo que muchos han calificado como una evolución del jurista-ejecutor: la figura del jurista-intérprete¹².

La única diferencia, con respecto al modelo anterior, radica en que, debido a la interpretación, el razonamiento se vería también “enriquecido” con material extrajurídico, en un sistema que, sin embargo, sigue reconociendo el papel preponderante de prótasis del razonamiento a la disposición normativa y, en consecuencia, a la íntima relación que el juez mantiene con ella, siendo él, al fin y al cabo, el sujeto que realiza ese movimiento racional de identificación progresiva del contenido de la norma “de arriba abajo”¹³.

-
11. Una consideración que cabe hacer sobre el “silogismo práctico” es que implica una concepción del conocimiento según la cual la razón humana puede representar la realidad gracias a la adopción de un método que garantiza la certeza del conocimiento: “[e]l supuesto obvio es que existe, y el juez los conoce, un significado normativo ‘verdadero’ —es decir, único— de la ley y un despliegue ‘verdadero’ —es decir, una reconstrucción objetiva única— de los hechos”, Fuselli (2005, pp. 151-194). Este autor subraya que incluso en la época contemporánea el silogismo perfecto de Beccaria constituye el modelo de referencia ideal, atemperado sin embargo por el poder de “disposición” del juez sobre la base de valoraciones personales de carácter ético-político: un margen de discrecionalidad arbitraria en cierta medida inextirpable (*ivi*, p. 157). Fuselli se refiere a la posición de Luigi Ferrajoli (1989).
 12. El fenómeno de la interpretación de los textos legales es, sin duda, parte integrante de la cultura jurídica. Para algunas referencias útiles, especialmente respecto a la doctrina italiana, remitimos a Viola y Zaccaria (1999), Sacco (1947), Tarello (1966; 1980), Canale (2003).
 13. Es bien sabido cómo, en el panorama jurídico italiano, se empezó a hablar de hermenéutica y precomprensión con los trabajos de Joachim Hruschka y Josef Esser. A principios de los años setenta del siglo pasado, en efecto, ambos trabajaron sobre el tema de la identificación del significado en la actividad interpretativa. Véase, por tanto, Hruschka ([1972]1983) y Esser ([1972]1983). Para profundizar sobre este tema v. Zaccaria (1984; 1998).

3. DE LA LEY A LOS “ESTÁNDARES”. CÓMO ESTÁ CAMBIANDO LA CULTURA JURÍDICA

Sin embargo, un modelo diferente de cultura jurídica se abrió paso silenciosamente por la Europa del siglo XX, caracterizando progresivamente así a los sistemas jurídicos de tradición romanista.

De hecho, en lo que respecta a la práctica del razonamiento judicial, se observa un número cada vez mayor de decisiones que no se adoptan sobre la base de la ley, sino sobre la base de argumentos “extralegales”. El modelo al que nos referimos comenzó a extenderse después de la Segunda Guerra Mundial, aunque se originó en el siglo XIX. De hecho, muchos autores de la posguerra en adelante estigmatizaron la cultura jurídica deductiva que se había desarrollado a partir de la Ilustración.

Entre ellos podemos recordar sin duda a Viehweg, con los conceptos de jurisprudencia valorativa, Müller con el concepto de tópicos hermenéuticos, Villey con la dialéctica aristotélica, Esser con la hermenéutica jurídica, y muchos otros. Lo que todos estos autores tienen en común es que han dado testimonio de la profunda crisis de la cultura jurídica del modelo ilustrado y de la necesaria presencia, en la decisión de la autoridad judicial, de una parte sustancial de evaluación (no estrictamente deductiva), tanto en la elección de las premisas normativas (individuación normativa), como en la elección de una de las diferentes soluciones posibles. La relación entre el derecho y el caso, en esta situación, se transforma en un “movimiento” que ya no es deductivo de arriba abajo, sino que parece ser una especie de continuo “ir y venir de la mirada” (*Hin-und Herwandern des Blickes*) del caso al derecho y del derecho al caso, como bien representó Engisch (1960, p. 15).

Este enfoque se conoce como toma de decisiones basada en *estándares*¹⁴ y ha significado un cambio notable en la cultura jurídica: de tender a ser deductiva, ha pasado a tender a ser inductiva. Y, como apunta Taruffo se “mueve” según este patrón:

[...] el punto de partida no es la norma, sino el hecho: es el hecho concreto el que, una vez constatado, se evalúa según el estándar para luego ser calificado según la norma... el hecho, y no la norma, es el punto de referencia para la utilización del estándar; la norma se completa con el

14. Véase Taruffo (1995, p. 267 ss.). En esa obra el célebre autor ofrece la versión italiana de una ponencia suya, presentada en el Premier Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (Aix-en-Provence, 5-7 de septiembre de 1988), que había sido precedentemente publicada en italiano también en Comanducci y Guastini (1989, p. 311 ss.).

estándar porque el hecho al que se aplica se valora sobre la base del estándar (Taruffo, 1995, p. 272)¹⁵.

De este modo, el juez, partiendo del caso, llegaría a encontrar (o formular) estándares extralegales. Por tanto, las generalidades (o premisas) de su razonamiento ya no serían las disposiciones de la ley, sino realidades de otro tipo: estándares, precisamente. Así, el razonamiento se movería desde un punto conocido (el caso) hacia un punto desconocido, *extra normativo*, conectado con justificaciones que miran a los derechos constitucionalizados o internacionalmente reconocidos como relativos a la esfera de lo humano. La proveniencia de las premisas, y especialmente su justificación racional (argumentativa), adquieren así un valor mucho mayor (cf. Taruffo, 1995, p. 272). Justificación racional que, recurriendo a la reserva de “precomprensión” subjetiva del tercero (el órgano jurisdiccional), requerirá una larga serie de argumentaciones que tendrán por misión conseguir que se acepten los estándares a la luz de los cuales se justifica la decisión. Por tanto, una pesada carga argumentativa va caracterizar la justificación externa de la decisión¹⁶.

Mucho menos compleja, en este enfoque, parece ser la justificación interna, ya que basta con conectar el estándar elegido con el caso. Aunque, si se examina más detenidamente, la relación de estas elecciones con la confrontación entre las partes en el juicio, es decir, con el choque dialéctico en el juicio, queda sin investigar.

El problema más evidente de este planteamiento es la identificación de las generalidades (estándares) que constituyen el núcleo de la decisión.

15. Se ofrece también el pasaje original en italiano: “il punto di partenza non è la norma, ma il fatto: è il fatto concreto che, una volta accertato, viene valutato secondo lo standard per poi essere qualificato secondo la norma...il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l'impiego dello *standard*; la norma è integrata dallo *standard* perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello *standard*” (Taruffo, 1995, p. 272).

16. “Es evidente que el esquema de utilización del estándar ya no es el modelo tradicional de subsunción silogística: ya no hay una premisa mayor, constituida por la norma completada por el estándar, y una premisa menor representada por el hecho, a partir de la cual el juez extrae una conclusión deductiva. En su lugar, se tiene un esquema completamente distinto, en el que primero se postula el hecho, que se valora según el estándar, que luego se califica según la norma, y que finalmente constituye el objeto de la decisión” / “È chiaro che lo schema di impiego dello standard non è più il modello tradizionale della sussunzione sillogistica: non si ha una premessa maggiore, costituita dalla norma integrata dallo standard, e una premessa minore rappresentata dal fatto, da cui il giudice trae una conclusione deduttiva. Si ha invece uno schema completamente diverso, dove prima si pone il fatto, che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione” (Taruffo, 1995, p. 272).

En pocas palabras, descansa en la pregunta: ¿cuál es el criterio para elegir estos estándares? De hecho, podría tratarse de criterios no sólo subjetivos, sino incluso opuestos a las disposiciones legislativas y “terceros” incluso con respecto a lo que las partes han debatido. Una justificación *a posteriori*, de hecho, siempre es capaz de justificar cualquier elección, incluso la más inverosímil.

Llegados a este punto, por tanto, se plantea la cuestión de cómo pueden justificarse racionalmente estos criterios *extra normativos* para limitar el peligro de arbitrariedad¹⁷.

Según Michele Taruffo, a este fin existen dos formas de justificación externa que pueden utilizarse o, mejor dicho, dos modalidades diferentes de actuación judicial:

- el juez sociólogo, que ya no interpreta la ley, sino que interpreta directamente la sociedad, cuyos valores se proponen como estándares para resolver el caso concreto;
- el juez que pone en práctica sus propios valores individuales y, por tanto, amolda sus decisiones a lo que subjetivamente considera que son las necesidades de las partes¹⁸.

17. Sobre la investigación de la naturaleza de los elementos extralegales, con especial atención a la doctrina alemana, véase Orrù (1977).

18. Cf. Taruffo (1995, p. 272 ss.). Nos remitimos a esta obra para las interesantes cuestiones que podría desvelar una concepción del tercero como “sociólogo”. De intérprete del texto legal, en efecto, pasaría a ser intérprete de la sociedad. Del mismo modo se comporta el tercero que implementa valores individuales (de las partes, sin embargo tomadas individualmente) y el tercero que crea criterios de valoración. En este último caso habría ciertos límites, tres condiciones que Taruffo define como pre-jurídicas: una *condición de legalidad* (los criterios no deben entrar en conflicto con el derecho positivo); una *condición de congruencia axiológica* (coherencia con sistemas de valores propios o extraños al sistema); y una *condición de universalidad* (potencial empleabilidad en cualquier otro caso similar). Estos criterios de sabor kantiano recuerdan mucho a las características del derecho general y abstracto, confirmando la impresión de que a la judicatura se le exige una actividad muy similar a la del legislador. Sin embargo, observamos que la intención de Taruffo es probablemente garantizar una relativa exportabilidad de estos estándares a otras situaciones jurídicas, tal vez para evitar acusaciones de subjetivismo. Esto, sin embargo, no garantiza el carácter democrático de estos estándares extralegales que el juez, cada vez, debería identificar por su cuenta, y que, por lo tanto, permanecen alejados de cualquier control democrático de legitimidad (como el que suele ejercer, por ejemplo, una asamblea parlamentaria con respecto a las normas legales para aprobar y, por ende, a las tutelas jurídicas y los derechos que posiblemente serán concedidos por este legislador).

4. DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO POSITIVO A LA PRODUCCIÓN ALTERNATIVA DE DERECHO NO POSITIVO

De hecho, si nos fijamos en la historia reciente de la jurisprudencia europea y especialmente la italiana, es posible identificar un período a partir del cual las generalidades del razonamiento jurídico, los estándares, ya no se encuentran para llenar un vacío en la ley o para complementarla, sino que *se formulan*, o más bien *se crean*, tanto para justificar la decisión como para transformar todo el ordenamiento jurídico, inaugurando así un período en el que la cultura jurídica se convierte en un instrumento de lucha política.

La época, como es bien sabido, es la del llamado “uso alternativo del derecho”, según el cual la decisión debería haberse basado (justificado) en *valores sociales ampliamente difundidos*, ya que las leyes se percibían como un instrumento para la protección de los intereses burgueses en oposición a los supuestos nuevos valores sociales¹⁹.

El “uso alternativo del derecho” constituye uno de los primeros movimientos críticos con el planteamiento tradicional (basado únicamente en normas legislativas), y parte de la constatación de la preeminencia autoevidente (y, por tanto, carente de auténtica justificación político-jurídica) de determinados valores de “lucha de clases” utilizados como estándares en los que basar las nuevas decisiones de la jurisprudencia. Con el efecto de lograr la transformación del ordenamiento jurídico sin pasar por el control democrático de una asamblea representativa o un órgano legislativo.

Luigi Ferrajoli nos permite comprender las características de la concepción considerada²⁰. El “uso alternativo del derecho”, como afirmaba en los años setenta, se concreta: a) en la crítica del enfoque formalista²¹ y b) en la

19. Es notorio, además, que en Italia el jurista-intérprete (sobre todo el juez) se convirtió en protagonista, hacia los años setenta, de una nueva función ético-política para completar y adaptar la ley (reconociendo implícitamente sus límites), a veces incluso de carácter puramente creativo. Véase a este respecto Tarello (1973).

20. Fue uno de los principales protagonistas de esta corriente de pensamiento, ante todo como juez comprometido en la lucha política que en los setenta promovió la actividad de la asociación de magistrados denominada *Magistratura democrática*. Como se resaltará sucesivamente en este trabajo (véase nota 26), a lo largo del tiempo el mismo Ferrajoli tomará una cierta distancia crítica de la propia corriente del “uso alternativo del derecho”, precisando que con la expresión “jurisprudencia alternativa” sólo pretendía designar una *práctica jurídica vinculada*, en legislación, jurisdicción y administración, al *deber-ser* jurídico, vigente y positivo, que se expresa en las normas de la Constitución italiana y que, en aquellos años, era ampliamente ignorado por la política, la doctrina y la jurisprudencia.

21. De hecho, por lo que se refiere a su concepción del derecho, cabe señalar que Ferrajoli sostiene un positivismo jurídico *reformado*, que se funda en el panorama de garantías ela-

introducción de generalidades y/o valores ideológicamente orientados. Se trata de una verdadera inversión de la perspectiva de la cultura jurídica: ya no de la norma al caso, sino del caso a la norma integrada por estándares de valor y no por la obra del legislador.

Ferrajoli argumenta:

La jurisprudencia alternativa resulta de una inversión de la relación entre norma y hecho establecida por subsunción. Ya no es la norma la que se toma como el dato natural del que se da por supuesta la capacidad representativa del hecho, según las soluciones canonizadas por la tradición, sino que es el hecho el que se toma como objeto primario y privilegiado de conocimiento, ya no en segmentos fraccionados y divorciados del contexto como postula e impone el formalismo a través del filtro de la relevancia jurídica, sino en la totalidad de sus conexiones y de sus complejas y singulares determinaciones económico-materiales. En virtud de esta inversión, el juicio ya no consistirá en extraer del hecho los elementos ‘jurídicamente relevantes’ en relación con las normas a aplicar que se asumen dogmáticamente como esquemas rigurosos y coherentes de interpretación del mundo, sino, por el contrario, en extraer de las normas, con un procedimiento cada vez destinado a reconocer y resolver a partir del caso concreto sus innumerables ambigüedades y contradicciones, los criterios de valoración y juicio ‘fácticamente relevantes’, es decir, cada vez más adecuados al hecho considerado y conocido en su totalidad concreta: de modo que no es el hecho el que se pliega a la norma sino la norma al hecho, no es la realidad la que se adapta al derecho sino el derecho el que se adapta a la realidad, y no es el contenido el que se modela sobre la forma sino la forma la que se modela sobre el contenido (Ferrajoli, 1973, pp. 117 ss.)²².

-
- borado por la Ilustración y que —según las distinciones esbozadas por Bobbio y Scarpelli— rechaza un iuspositivismo *ideológico* mientras que abraza su versión *metodológica*. En este sentido, a pesar del hecho que construirá una teoría axiomática del derecho aprovechando del lenguaje simbólico-formal de la matemática —un aparato conceptual monumental que, oportunamente interpretado a nivel empírico-semántico, permite elaborar un paradigma normativo-orientativo para las actuales democracias constitucionales—, su planteamiento no coincide (al menos no enteramente) con la perspectiva del formalismo jurídico.
22. En definitiva, ya no se trata de “partir” de una ley para identificar su significado y calificar el hecho que forma el objeto del juicio, sino que son los valores sociales las “premisas” discursivas, es decir, los que constituyen el punto de partida (es decir, la generalidad que permite la subsunción) del razonamiento judicial. Estos elementos no son de naturaleza formal o positiva, sino sociales. De hecho: “no basta un simple acto voluntarista del juez que ha hecho una opción política de clase, sino que es necesario que las soluciones jurisprudenciales elegidas se inspiren y encuentren correspondencia y apoyo en intereses y fuerzas sociales que se encuentran en posición antagónica respecto a los equilibrios de poder” (Ferrajoli, 1973, p. 117 ss.). De ahí la necesidad de construir una *justificación socialmente aceptable* para estas soluciones.

Las generalidades en las que basar la decisión, según esta perspectiva, ya no proceden del legislador “burgués”, sino de aquellos valores sociales (presentados como autoevidentes) hacia los que debería *tender* la decisión. El órgano juzgador, en su pretensión de ser el portavoz del movimiento de clase, debería encontrar tales metas ideológicas en la sociedad²³. Vemos, de nuevo a través de las palabras de Ferrajoli, que el compromiso vincula a la magistratura a un supuesto *mundo de valores* preestablecido.

[L]a jurisprudencia alternativa no puede improvisarse sobre la base de elaboraciones puramente intelectualistas y doctrinarias, sino que exige una maduración política del juez que sólo puede realizarse mediante una transformación radical de sus modelos de comportamiento y de sus ropajes mentales y culturales... En otras palabras, en la medida en que el juez se abre al mundo exterior y, superando el cierre corporativo y de casta de su papel, rompe el aislamiento ficticio en el que la cultura dominante quiere que esté y se sitúa en la dinámica social, a través de un compromiso político vivido no, idealista y moralmente, como un compromiso enteramente individual y subjetivo, sino como participación directa en el choque político en conexión orgánica con el movimiento de clase (Ferrajoli, 1973, pp. 118 ss.).

Solo así el juez “comprometido” podría liberarse de los condicionamientos del mundo burgués y ser “capaz de plantear sus opciones técnicas como momentos específicos de un compromiso político general, es decir, como soluciones no simplemente ‘nuevas’ o ‘valientes’, sino auténticamente alternativas y, sin embargo, susceptibles, más allá de cualquier ingenuo deseo, de arraigarse y afirmarse concretamente” (Ferrajoli, 1973, p. 119).

Una conexión (y un compromiso) con la realidad externa sociopolítica que, por sí misma, auto-legitimaría las decisiones procesales tomadas por tal juez, quien terminaría por sustituir su propia obra por la del legislador en función de una voluntad de transformación de la sociedad según ideales (post)marxistas (cf. Barcellona, 2000, p. 715 ss.). El juicio, en esta perspectiva, se convertiría en el instrumento para la imposición de ideales y valores sociales muy orientados políticamente, eludiéndose de tal manera el control democrático-parlamentario.

Parece claro que, en este contexto, la dificultad principal, para la judicatura, residiría entera y únicamente en la *justificación externa* de generali-

23. De hecho, auto-legitimando así su actividad de fuente productiva de estos valores.

dades ligadas a perspectivas ideológicas particulares que, en muchos casos, resultan irrelevantes para el litigio a resolver²⁴.

La dogmática formalista, según el planteamiento aquí examinado, no sólo es sustituida por una práctica alternativa que completa o suple la norma, sino que ésta sirve también para *orientar* a la sociedad y *transformar* el sistema jurídico: se constituye un nuevo modelo de cultura jurídica, que ya no se sirve del dictado normativo, sino que lo transforma en una instancia sociopolítica particular.

En otras palabras, en esta perspectiva existe el peligro de que la norma (*rule*) se instrumentalice para fines de la lucha política a fin de reconocer nuevos derechos (*rights*), es decir, nuevas situaciones de protección basadas en estándares (o valores) que incluso podrían ser contrarios al ordenamiento jurídico. En este contexto, además, debe observarse críticamente que la autoridad judicial que actuara de esa manera no encontraría automáticamente —como si fuera una simple recopilación de datos relativamente ciertos— dichas “instancias sociales”, para así utilizarlas como generalidades fundacionales de su propio procedimiento decisorio y justificativo, sino que, generalmente, ha tenido y tiene que construirlas racionalmente, invocando una especie de auto-evidencia social²⁵.

La corriente del “uso alternativo del derecho”, por tanto, entregaba a la magistratura la plena disponibilidad no sólo de la controversia, sino también del hallazgo o formulación, incluso creativa, de aquellos instrumentos que se verterían sobre el ciudadano como instrumentos de protección, los derechos precisamente. En realidad, esa manifestación de la cultura jurídica fue bastante efímera. De hecho, los autores que se habían inspirado en esta época de lucha confiaron excesivamente en la auto-evidencia de ciertas ideologías que, pocos años después, perderían su *atractivo social*²⁶.

24. Los promotores de esta postura, por lo que se refiere al contexto italiano, encontraron sus fundamentos en el marco constitucional, en particular en el artículo 101 de la Constitución, que declara que la administración de la justicia tiene lugar “en nombre del pueblo”, y en el artículo 3 de la Constitución, relativo al principio de igualdad en sentido sustancial. De acuerdo con estas disposiciones y desde la perspectiva que nos ocupa, las demandas sociales deberían haber guiado las decisiones del órgano jurisdiccional. Hasta qué punto éste fue el portavoz de estas instancias o, por el contrario, las creó parece ser un tema, aunque interesante, fuera del alcance de este trabajo.

25. Donde es bastante intuitivo notar, sin embargo, que en esta actividad acecha el peligro de una interpretación arbitraria del “sentimiento social”, como recordaba Santoro Passarelli (1988, pp. 25-26).

26. Tanto es así que el propio Ferrajoli, entrevistado por Mauro Barberis, afirmó lo siguiente: “[e]l uso alternativo del derecho no era más que el título de una conferencia de juristas de izquierda celebrada en Catania en mayo de 1972 y de los dos volúmenes, editados por Pietro Barcellona, que recogieron las actas. Con esa fórmula, y más precisamente con la

5. LA CULTURA JURÍDICA DE LA PRODUCTIVIDAD NO POSITIVA

Años después, de hecho, esta cultura jurídica sigue transformándose, con la consecuencia de que la justificación externa de una decisión ya no está vinculada a propuestas ideológicas que intentan transformar el derecho positivo a fin de crear nuevas protecciones políticamente orientadas, sino que se conecta con ese *depósito de valores efectivamente compartidos* que representa la Constitución o, mejor dicho, las interpretaciones que de ella brinda el Tribunal Constitucional, las cuales se plantean como instrumento de reconocimiento de valores que se consideran *por definición* compartidos, ya que forman parte explícita o implícita del ordenamiento jurídico. La justificación externa se convierte así en una justificación *constitucionalmente orientada* que, sin embargo, conserva el mismo enfoque que el “uso alternativo del derecho”: proceder no de la norma al caso, sino del caso a la norma²⁷.

De este modo, es como si el Estado (por medio de algunos órganos constitucionales), en términos generales, hubiera intentado recuperar un mínimo de coordinación de la jurisdicción a través de la referencia, en las justificaciones externas de las sentencias judiciales, a las generalidades contenidas en la Constitución, que pueden extraerse precisamente a través de la labor del Tribunal Constitucional (cf. Fallon, 2006).

Este recurso —muy extendido en el ordenamiento jurídico italiano, pero también en el más generalizado contexto europeo— a la aplicación concreta de principios constitucionales en forma de estándares o criterios legales para fundamentar las decisiones judiciales ha abierto un amplio frente de discusión sobre la figura del llamado “derecho viviente” (*Lebendes Recht* en alemán, *diritto vivente* en italiano o *living law* en inglés [*derecho vivo* en español])²⁸. La corriente del “derecho viviente”, desarrollada en el

expresión ‘jurisprudencia alternativa’ —cargada después de muchos significados políticos, unidos por la extraña idea de un derecho alternativo al derecho vigente— entendía yo en aquellos años, junto con otros, sólo una práctica jurídica vinculada, en legislación, jurisdicción y administración, a ese ‘deber ser’ jurídico, vigente y positivo, que expresan las normas constitucionales y que entonces era ampliamente ignorado por la política, la doctrina y la jurisprudencia. El desfase normativo, hasta cierto punto fisiológico, pero más allá patológico, entre ‘el derecho que es’ y el ‘derecho que debe ser’ dictado por las Constituciones ha seguido siendo para mí un tema central de reflexión teórica” (Barberis y Ferrajoli, 2011).

27. El “caso” entendido como punto de partida de la razón jurídica constitucional también es respaldado por G. Zagrebelsky (1992).

28. Para un primer acercamiento al concepto de “derecho viviente”, véase Ehrlich ([1913]1976), Ascarelli (1957), Mengoni ([1990]1996), Zagrebelsky (1986), Pugiotto (1994), Urbina (2003), Resta (2008), Marinelli (2008), Cavino (2009).

panorama italiano, entre otros, por Luigi Mengoni siguiendo los pasos de Eugen Ehrlich, tuvo el mérito de retomar el tema del derecho vigente dentro de un ordenamiento jurídico, tal y como lo interpreta y aplica la jurisprudencia —especialmente la del Tribunal Constitucional (cf. Mengoni, 1988, pp. 445 ss.).

Incluso esta forma de concebir la cultura jurídica, si bien contrasta con la tradición formalista, exige siempre encontrar la norma decisoria para cada caso concreto. “Derecho viviente”, en este sentido, tiene un significado más amplio que la mera proposición textual de la disposición, porque incluiría también un derecho de formación *extra legislativa*, basado en estándares compartidos. Es así como la fórmula “derecho viviente” se convierte, particularmente en el lenguaje del Tribunal Constitucional, en “una síntesis verbal de una cierta orientación respecto al problema de la relación entre la jurisdicción constitucional y el poder interpretativo de los jueces ordinarios: una orientación que ya se venía afirmando desde hacía tiempo pero que en los años ochenta se definió y reforzó aún más” (Mengoni, 1988, p. 449).

En los años ochenta del pasado siglo asistimos, en particular en la jurisdicción ordinaria italiana, a un recurso cada vez más extendido a las generalidades encontradas en el “derecho viviente”, el cual adquirió así el valor de generalidad o estándar extralegal²⁹. De este modo, se ha buscado una armonía entre *las normas* establecidas por el legislador y los *derechos* de creación jurisdiccional. Un intento de crear una situación de “compromiso” beneficiosa para el ciudadano. Una forma de reconocer, y al mismo tiempo limitar, sometiéndola al control democrático indirecto de la revisión de legitimidad constitucional, la potestad jurisdiccional de crear *nuevos derechos*: una cautela destinada a evitar pronunciamientos demasiado excéntricos o lejanos con respecto al sistema jurídico.

Esta dinámica, sin embargo, pronto se vio superada por una oposición real entre la ley y la autoridad judicial. En efecto, ya en los años noventa se observa una actitud de desconfianza hacia la norma general, como si la garantía parlamentaria ya no fuera suficiente. La deslegitimación del Parlamento, debida también al asunto “Tangentopoli” y a los escándalos de corrupción, ha conducido también a evidenciar “...el riesgo de una utilización autoritaria del derecho, como atajo para cerrar anticipadamente un conflicto, como herramienta para imponer valores no compartidos” (cf. Rodotà, 2006, p. 201).

29. Como apunta Pugiotto (1994, p. 40). El autor, haciéndose eco de la tesis de Ascarelli, considera el “derecho viviente” como la interpretación jurisprudencial dominante.

Según Fiandaca (2002), uno de los penalistas más destacados de Italia, al menos desde la década de 2000 se ha inaugurado un periodo en el que la relación entre el legislador y la judicatura se ha dispuesto de forma *antagónica*, ya que ambos pretenden ser portadores de valores mutuamente excluyentes.

Por un lado, el poder judicial habría desarrollado una concepción del derecho “con una fuerte vocación pedagógica ético-política, en una dimensión autorreferencial” (Fiandaca, pp. 17 ss.), haciéndola coincidir ya no con un valor social o “de clase”, sino con su propio *ethos* personal, desarrollando así una actitud antidemocrática y tendencialmente subjetivista; por otro lado, el legislador, que aunque sobre el papel sigue teniendo la primacía de la legalidad, se repliega en una reacción “revanchista” frente a la actitud del poder judicial, tratando de limitarlo con una serie de posiciones inspiradas también en un iusnaturalismo secularizado (por ejemplo, el garantismo individualista expresado precisamente en la reforma constitucional de 1999 sobre el denominado “proceso justo”)³⁰.

De un extremo formalista de abstracción y generalidad llegamos ahora al extremo opuesto, a saber, una praxis caracterizada por la contingencia y la incertidumbre.

En tal panorama, en el que la cultura jurídica se basa en generalidades *subjetivas* identificadas en cada ocasión por los jueces, el problema recae por tanto sobre los hombros de cada magistrado, que debe ocuparse, en la motivación de su decisión, tanto de justificar determinados valores sociales (que personalmente considere relevantes o fundamentales para el caso concreto), tratando de establecer su carácter compartido o compatible, como de crear una conexión racional con éstos, en el momento de formular y explicitar su razonamiento judicial³¹.

De una perspectiva que podemos resumir en el célebre lema ilustrado del juez “boca de la ley” hemos pasado, pues, a una perspectiva que lo considera primero “boca de la sociedad” (con el “uso alternativo del derecho”),

30. Con la Ley Constitucional número 2, de 23 de noviembre de 1999, se introdujeron cinco nuevos apartados en el artículo 111 de la Constitución italiana, en los que se establecen las garantías que ofrece el denominado “proceso justo”. Así, por ejemplo, se introdujo en el proceso penal el principio del contrainterrogatorio en la formación de la prueba.

31. Piénsese, por ejemplo, en la estructura de la sentencia número 4020/2012 del Tribunal de Turín (conocida como “sentencia FIAT”) y en el esfuerzo argumentativo realizado por el órgano jurisdiccional para justificar la generalidad (o premisa) relativa al llamado principio de efectividad (p. 19) o relativa al abuso de derecho (p. 48). El esfuerzo conceptual de tales justificaciones racionales aproxima su procedimiento argumentativo a los tratados de teoría general del derecho.

luego “boca de la Constitución” (con el “derecho viviente”) y hoy “boca de sí mismo”.

La tentación de resolver los problemas jurídicos actuales reconociendo explícitamente a la magistratura la potestad de producir derecho parece la antesala de una inflexión *realista*, que pretende hacer suyos ciertos mecanismos de la tradición del *Common Law* sin considerar, por otra parte, el delicado equilibrio de pesos y contrapesos que, en aquel contexto, la tradición jurídica exige seguir.

Hay un último y ulterior paso que nos parece necesario mencionar antes de concluir este examen de la cultura jurídica: la tendencia contemporánea de la jurisprudencia a sustituir no sólo al legislador, sino también a las propias partes, por necesidades de “ajuste” del procedimiento, o de simple economía procesal. Sucede de hecho que el juez ya no es sólo el productor de nuevas prerrogativas (*derechos*), sino un “guardián” del procedimiento en función de una rápida terminación de la controversia³². Realmente, no se admite a ningún otro sujeto en este acto de *creación autónoma* del derecho, que desautoriza tanto al legislador como a las partes en proceso de forma decididamente *antidemocrática*, aunque ya no por razones ideológicas, sino por *exigencias exquisitamente técnicas*.

Parece pues que, con la desaparición de las ideologías, tanto legalistas como sociológico-valorativas, las normas a las que el órgano juzgador se remite en su pronunciamiento ya no son expresión de valores compartidos, ni patrimonio de una comunidad interpretativa de referencia (constitucional o no), sino que forman parte únicamente de la *experiencia subjetiva* de cada operador judicial.

Asistimos, en efecto, a una cultura jurídica ya completamente basada en los derechos (*rights*), especialmente de formación jurisprudencial, es decir, expresada en la protección concreta de las reivindicaciones que aspiran a ser reconocidas.

32. Un riesgo que, seamos claros, podría conducir a la evolución de un órgano judicial que ya no tiene por objeto dirimir controversias o aplicar una disposición aprobada por los órganos legislativos, sino que, como un mero funcionario público, una vez que ha tenido conocimiento de un problema concreto, busca por iniciativa propia toda la información posible. Esta modalidad, ajena a la confrontación dialéctica entre las partes implicadas, parece acercarse más a una perspectiva procesal inquisitiva que acusatoria, pudiendo dar lugar a no poca inquietud. En efecto, este juez-funcionario perseguiría muy probablemente el mito de alcanzar una verdad absoluta o al menos aproximarse a ella, devaluando inevitablemente las aportaciones y valoraciones de las partes para, en última instancia, conducir el fenómeno del juicio de forma individualista, terminando por confiar exclusivamente en sus constataciones fácticas y cualificaciones jurídicas para llegar rápidamente a una decisión resolutive.

Pasada la época de transformar una petición social en un proyecto de ley debidamente debatido y votado, particularmente en asambleas representativas, hoy contemplamos una híper-productividad de derechos que involucra cada vez más al individuo, también y sobre todo en relación con el Estado. Como si el campo más evidente de transformación ordinamental fueran los derechos reconocidos por la jurisprudencia, incluso contra las normas del Estado (*rules*).

En la vertiente interna, este movimiento se caracteriza por ser un reconocimiento del creciente poder de la jurisprudencia (una “americanización”, pero sin los controles democráticos que caracterizan la labor de los tribunales estadounidenses); en la vertiente externa basta con constatar cómo las modificaciones más llamativas en los ordenamientos jurídicos europeos se han producido mediante pronunciamientos judiciales que reconocen derechos (*rights*) sobre todo frente al derecho interno (compuesto por *rules*).

El material en el que se basan estos nuevos productos (*derechos*) procede de las fuentes más dispares: desde Declaraciones de Derechos Humanos, a pronunciamientos del TEDH, pasando por cualquier otra fuente de inspiración posible. El juez, en definitiva, forma hoy una comunidad hermenéutica y axiológica únicamente consigo mismo, convirtiéndose en fuente de prerrogativas (*derechos*) justificadas en términos internacionales o de pura impronta personal.

Con un evidente y fuerte riesgo de *auto-referencialidad*: un derecho que, como hemos visto, hoy pretende reconocerse incluso en contraposición o abiertamente en contra del derecho positivo. Donde éste, aun con todos sus defectos constatables, resulta ser en todo caso fruto —al menos en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos del siglo XX— de procesos (tendencialmente) democráticos llevados a cabo por Parlamentos o cuerpos legislativos de heterogénea composición política.

Resulta, por tanto, que esa dinámica jurisprudencial, sin correctivos o ajustes, precluye un control democrático serio sobre la producción jurídica.

Por todo lo dicho, cabe abordar con una cierta actitud crítica estos “nuevos productos”, es decir, los derechos creados en términos subjetivos a través de la actividad jurisdiccional. El riesgo es que aparezca en el horizonte una nueva figura antropológica: el sujeto dotado únicamente de derechos (*rights*), que aparece desvinculado del respeto a las normas (*rules*), puesto que éstas ya no están garantizadas por un soporte jurisprudencial. Desde hace algún tiempo pueden detectarse formas difusas de impunidad para quienes actúan en nombre de derechos siempre nuevos, dotados de un fuerte valor ético y moral que también produce el riesgo de justificar su posición “contra las normas”.

Tanto es así que podemos llegar a considerar estos derechos (*rights*) como *nuevas mercancías jurídicas*, es decir, objeto(s) a solicitar, conceder, intercambiar, negociar judicialmente.

En tal escenario surgen algunas cuestiones problemáticas: ¿cómo será posible pedir a los individuos que respeten las normas, si éstas carecen de garantía jurisdiccional? ¿Y cómo será posible frenar —o al menos contener— la demanda de protecciones siempre nuevas que podrían conducir a la hipertrofia del sistema de tutelas jurídicas o a una situación de conflicto abierto y progresivo entre los *proprios derechos*?

La autoridad judicial corre el riesgo de convertirse en un *proveedor de servicios*, en forma de nuevos derechos, completamente ajenos a un control democrático y a un escrutinio axiológico sobre lo compatible de su extensión y las condiciones para su ejercicio, inaugurando así un nuevo período de estrategia política, conducido sin embargo por los tribunales, que se basará en la exigencia cada vez más apremiante de derechos (*rights*) y no de normas (*rules*).

6. UNA CULTURA JURÍDICA CRÍTICA. UNA PROPUESTA SOCRÁTICA (Y DEMOCRÁTICA)

Intentemos ahora formular una propuesta para tratar de encauzar la situación antes descrita hacia formas democráticamente sostenibles.

Más allá de una nueva forma de antropología ligada a la idea del “individuo-sólo-derechos”, necesitamos dedicar algunas reflexiones más al fenómeno procesal. Si, como hemos visto, la judicatura se proclama (y es de hecho) la productora de nuevos derechos, ¿cuál es la garantía del carácter democrático de esta producción?

En nuestra opinión, es inútil ocultar que el problema reside en la estructura del juicio. Una estructura que, hoy en día, se sigue construyendo según un modelo hobbesiano y no democrático. En este contexto, el juez, con respecto al proceso en el que se producen nuevos derechos (a saber, productos o servicios de protección), es un auténtico Leviatán, que transforma deseos en protecciones con fuerza ejecutiva a su discreción. Esto, sin embargo, corre el riesgo de convertirse en una paradoja: el proceso seguiría siendo el único lugar jurídico en el que no rige el principio democrático de participación, sino una soberanía todavía demasiado próxima a las formas de una soberanía absoluta.

Por esta razón, nos parece necesario adoptar una postura que, al tiempo que reconozca el poder de decisión y de imposición del órgano jurisdiccional, permita someter las pretensiones formuladas por las partes durante el proceso a un control democrático, además de racional.

En primer lugar, debemos preguntarnos: ¿es sólo el tercero o es el fenómeno procesal en su conjunto el que produce nuevo derecho? Solo si pensamos que *el juicio*—como fenómeno en el que intervienen varias partes cuyas posiciones son distintas y tienden al conflicto— es el que crea nuevo derecho, tenemos la posibilidad de encontrar en el citado procedimiento garantías de racionalidad y democracia.

Existe, en efecto, un proceder racional de origen socrático que permite acreditar al fenómeno procesal una garantía democrática. Es ese lugar figurado en el que las partes pueden afirmar su propia posición y negar las ajenas, es decir, la oposición dialéctica que permite expulsar lo que se contradice y mantener lo que supera la oposición refutadora. Es un “control de racionalidad” que se lleva a cabo a lo largo de todo el proceso y que supone la posibilidad de que las partes, a través del choque dialéctico entre ellas, produzcan informaciones e hipótesis relevantes para el razonamiento judicial y, por tanto, la decisión del caso³³. También funciona como “control democrático”, pero sólo si la decisión de la autoridad judicial está vinculada de algún modo al resultado de la confrontación entre las partes. De este modo, se reproduce, aunque “a escala reducida”, el fenómeno parlamentario del enfrentamiento entre mayoría y oposición y el voto de la Asamblea, entendido como la decisión judicial que (re)compone los intereses en juego.

La ampliación del principio acusatorio, si se entiende en el sentido socrático de oposición de las partes, lejos de hacer superfluo al juez, parece poder dar a la dimensión dialógica del juicio un nuevo reconocimiento. En efecto, el tercero en este sistema ya no sería el portavoz de la ley, de la sociedad, de la Constitución o de sí mismo, sino que sería el portavoz de lo que, en el caso concreto, resulta indiscutible y, por tanto, sólo puede ser compartido por las partes.

Si el juicio no se convirtiera en un lugar de confrontación democrática, asistiríamos a la crisis, cuando no a la desaparición, del propio referente. Éste ya no estará representado por la disposición de la ley, sino por pronunciamientos individuales en un círculo autorreferencial enteramente judicial, sin ningún tipo de garantía de racionalidad y democracia y, sobre todo, con el fuerte riesgo de inseguridad jurídica y, por tanto, social. En otras palabras: los derechos (*rights*) eliminarán las normas (*rules*).

33. No sólo eso: incluso en el caso de que el propio juez aportara información o pruebas, así como si planteara cuestiones de oficio, una lectura constitucionalmente orientada de esta prerrogativa a la luz, en particular, del artículo 111 de la Constitución italiana, exigiría que el juez pusiera a disposición de las partes el contenido informativo de su actividad para permitir a éstas una confrontación dialéctica, en pie de igualdad, sobre la cuestión y/o los elementos probatorios-informativos planteados de oficio.

La vinculación de la cultura jurídica al principio de confrontación dialéctica parece adecuada para frenar el riesgo de tales derivas. Así, el puente entre normas positivas y derechos creados por la jurisprudencia, que llamamos cultura jurídica, puede redescubrirse a través del instrumento de la confrontación socrática, reconociendo su centralidad en la experiencia jurídica³⁴: una cultura jurídica socrática.

La oposición dialéctica, en efecto, permite tanto mantener un alto nivel de consideración de las premisas normativas generales de las partes, como asegurar una garantía de racionalidad y sistematicidad (y, por tanto, de certeza) de los pronunciamientos jurisprudenciales. De hecho, socava tanto a quienes creen que la actividad judicial sea una mera subsunción silogística como a quienes creen que pueda ser una actividad completamente creativa, libre de toda garantía de racionalidad y legalidad. Sobre todo, permite el control democrático del mecanismo de toma de decisiones. Como ya hemos observado, representa, a escala reducida, lo que sucede en el seno de una asamblea legislativa, estructurada de forma similar a un proceso, donde el enfrentamiento entre mayoría y oposición no es un elemento accidental sino que es lo que garantiza el mayor grado de racionalidad y democracia de la decisión sobre la producción jurídica.

7. OBSERVACIONES FINALES

En esta contribución hemos intentado reconstruir a grandes rasgos el camino recorrido por gran parte de la cultura jurídica europea, con especial referencia a la experiencia italiana: de una cultura positivista en la que el derecho constituye un sinónimo de normas generales y abstractas producidas por un legislador, a una cultura basada en el reconocimiento jurisprudencial, contingente, en cierta medida posdemocrático y cada vez más generalizado, de nuevas protecciones jurídicas, es decir, derechos que corren el riesgo de convertir la cultura jurídica en esclava de procesos de *mercantilización jurídica*.

Una dicotomía, reflejada de alguna manera en el binomio entre democracia y posdemocracia, que resulta estar mediada por los estándares de juicio, entendidos como una suerte de posición intermedia entre las normas generales y abstractas y la decisión del juez individual particular y concreta.

34. Para explorar la centralidad de la confrontación socrática en varios ámbitos de la experiencia jurídica se nos permita remitir a Sommaggio (2007; 2012) y Daldoss (2022a; 2022b; 2024a; 2024b).

En tal escenario, ¿cómo es posible exigir a los individuos el respeto de las propias normas si éstas carecen entonces de garantía jurisdiccional? ¿Y cómo será posible evitar la exigencia apremiante de tutelas siempre nuevas, que corren el riesgo de entrar en conflicto entre sí? ¿Qué criterios deben adoptarse en caso de oposición entre nuevos derechos? Además, ¿cómo evitar que la autoridad judicial sea equiparada a un prestador de servicios (“nuevos derechos”) totalmente ajenos a un control democrático y a un escrutinio axiológico sobre la aceptabilidad de su extensión?

Cabe observar que las dos culturas jurídicas (de normas y de derechos) sólo serán una ventaja para el individuo si consiguen armonizarse, por lo que es necesario encontrar una *mediación*, que puede hallarse, en nuestra opinión, en el marco (de una determinada concepción) del fenómeno procesal. De hecho, hemos ilustrado cómo es posible superar esta situación, para encontrar respuestas a una serie de cuestiones extremadamente urgentes y graves, que implican a nuestra cultura jurídica en su conjunto: si la producción de nuevos derechos se realiza a través de la jurisdicción, ¿cuál es la garantía del carácter democrático de esta producción? ¿Cuáles son las garantías de equilibrio que tienen nuestros sistemas constitucionales frente a esta nueva producción? ¿Qué pasa con el pueblo soberano? Ciertamente la ley es igual para todos, pero ¿qué ocurre con los derechos creados por la jurisprudencia?

Creemos que la respuesta puede encontrarse en una cultura de la jurisdicción con vocación socrática, según la cual no es sólo el órgano jurisdiccional el que crea derecho, sino *el fenómeno procesal en su conjunto*, amparándose también en las aportaciones de las distintas partes involucradas. Solo si pensamos que es *el proceso* el que crea derecho (y no sólo quien dicta la sentencia) tenemos la posibilidad de empezar a pensar seriamente en algunas garantías de participación y democratización del propio proceso. Gracias a la oposición dialéctica, podemos expulsar lo que se contradice y conservar lo que supera dicha oposición. Ésta no es sólo un procedimiento de control racional, sino también una garantía democrática, siempre que se considere que el juez está de algún modo vinculado a su resultado. Se reproduce así, aunque “a escala reducida”, el fenómeno parlamentario del enfrentamiento entre mayoría y oposición y el momento deliberativo de la asamblea representativa en términos de decisión judicial. Si el órgano jurisdiccional produce derecho dentro de un perímetro constreñido por el resultado del enfrentamiento dialéctico entre las partes del proceso, también el ámbito procesal, como el parlamentario, puede considerarse dotado de las características mínimas de democracia, típicas de los sistemas de producción jurídica adoptados por todas las democracias contemporáneas.

Hemos llegado así a reconocer un papel mucho más decisivo del proceso en la cultura jurídica. Si el juicio no volviera a constituir un lugar de confrontación democrática, asistiríamos a la crisis, cuando no a la desaparición, del mismo referente legislativo. Es decir, podríamos encontrarnos en un futuro próximo en una situación en la que *los derechos* ocupen el lugar de *las normas* en la administración de la justicia: una suerte de inversión estructural (*from rules to rights*) capaz de representar, por lo que se refiere a la creación de nuevas tutelas jurídicas específicas, la transición de la democracia a la posdemocracia.

Según la propuesta aquí defendida, una conexión viable entre normas positivas (*rules*) y derechos creados judicialmente (*rights*) solo puede darse mediante el instrumento de la oposición socrática, reconociendo su centralidad en la experiencia jurídica y particularmente en el fenómeno procesal. Para alcanzar una cultura jurídica socrática que sepa actuar como un “puente” entre los dos planteamientos considerados y así, al menos en cierta parte, democratizar la posdemocracia. Por tanto, se trata de vincular la decisión judicial al enfrentamiento dialéctico entre las partes y a sus resultados: éste es el reto que hay que afrontar hoy para armonizar una cultura de normas y una cultura de derechos a través de un replanteamiento de la jurisdicción en clave socrática.

También nosotros, por tanto, encajamos en el surco de la cada vez más acuciante transformación actual de la cultura jurídica, con la esperanza de poder pasar de un *Réquiem* por las formas muertas a un motor socrático productor de criaturas vivas, a través de una fórmula crítica, de una metodología dialéctica que nos permita atemperar el enfoque autoritario del fenómeno procesal y, por tanto, también del fenómeno de producción de nuevo derecho, ya sea compuesto por normas o por derechos.

Con Erasmo, pues, debemos afirmar: “*Sancte Socrates, ora pro nobis*”³⁵.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ascarelli, T. (1957). *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*. Padua: Cedam.
- Asso, C. (coord.) (2002). *Colloquia. Erasmo da Rotterdam*. Turín: Einaudi.
- Barberis, M. y Ferrajoli, L. (2011). Entrevista a Luigi Ferrajoli. *Il Mulino, Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 3: 519-526. DOI: 10.1402/34725

35. “Profecto mirandus animus in eo qui Christum et sacras litteras non noverat. Proinde quum huiusmodi quaedam lego de talibus viris, vix mihi tempero quin dicam ‘Sancte Socrates ora pro nobis’” (Erasmus, [1519]1712, p. 122). Cf. Asso (2002) y Calogero (1973).

- Barcellona, P. (2000). La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'uso alternativo del diritto). *Rivista critica del diritto privato*, 18, 4: 715-739.
- Beccaria, C. ([1764]1984). *Dei delitti e delle pene*. En G. Francioni (coord.), *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, I. Milán: Mediobanca.
- Bobbio, N. (1968). Scienza giuridica tra essere e dover essere. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 45: 475-486.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turin: Einaudi.
- Callaway, R. L. y Harrelson-Stephens, J. (coords.) (2007). *Exploring international human rights: essential readings*. Boulder: Lynne Rienner.
- Calogero, G. (1973). *Erasmus, Socrate e il Nuovo Testamento*. Roma: Accademia nazionale dei Lincei.
- Canale, D. (2003). *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*. Padua: Cedam.
- Caracciolo, R. (1993). Entrevista a Eugenio Bulygin. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14: 499-513. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.26>
- Carty, A. (1992). *Law and Development*. Nueva York: New York University Press.
- Cavino, M. (coord.) (2009). *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*. Milán: Giuffrè.
- Comanducci, P. y Guastini, R. (coords.) (1989). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Turin: Giappichelli.
- Daldoss, I. (2022a). Beyond the epistemological wall. Methodological notes to deal with neurosciences' discoveries. *Sociologia del diritto*, 1: 53-70. DOI: 10.3280/SD2022-001003
- Daldoss, I. (2022b). *Dalla 'piramide' alla 'rete': anomalia, crisi o cambio di paradigma?* En P. Lambrini y P. Moro (coords.), *Quaderni del dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova 2022*. Padua: Ledizioni.
- Daldoss, I. (2024a). Métodos de formación jurídica por conceptos, problemas y elecciones. Tres estrategias de aprendizaje. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 58: 199-220. DOI: 10.30827/acfs.v58i.28654
- Daldoss, I. (2024b). *Dibattito, scacchi e 'parole'. Una metafora ludica e un'esperienza educativa per deliberare una pratica dialogico-socratica*. En P. Sommaggio (coord.), *Le città del dibattito. Prassi e principi di dialogo oppositivo*. Turin: Giappichelli.
- Dworkin, R. M. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ehrlich, E. (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München-Leipzig: Duncker. Traducción italiana de A. Febbrajo (coord.) (1976), *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milán: Giuffrè.
- Engisch, K. (1960). *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg: Winter.
- Erasmus, D. ([1519]1712). *Convivium Religiosum*. En *Colloquia*. Ulmae.
- Esser, J. (1972). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag. Traducción italiana de S. Patti y G. Zaccaria (1983), *Pre-comprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

- Fallon, R. H. (2006). Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning. *Harvard Law Review*, 119, 5: 1274-1332.
- Ferrajoli, L. (1973). *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*. En P. Barcellona (coord.), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*. Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- Fuselli, S. (2005). *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*. En F. Cavalla (coord.), *Retorica, processo, verità*. Padua: Cedam.
- Galgano, F. (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Hruschka, J. (1972). *Das Verstehen von Rechtstexten: Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*. München: Beck. Traducción italiana de R. De Giorgi (1983), *La comprensione dei testi giuridici*. Roma-Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Irti, N. (2007). *Il salvagente della forma*. Roma-Bari: Laterza.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Franz Deuticke Verlag. Traducción italiana de R. Treves ([1967]2000), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- Marinelli, V. (2008). *Studi sul diritto vivente*. Nápoles: Jovene.
- Mattei, U. (2002). Miraggi transatlánticos. Fuentes y modelos en el derecho privado de l'Europa Colonizada. *Quaderni fiorentini*, 31, 1: 401-423.
- Mengoni, L. (1990). Entrada 'Diritto vivente'. En *Dig. Disc. Priv., Dir. Civ.*, VI. Turín: Utet. Republicado con el título *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*. En L. Mengoni (1996), *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Milán: Giuffrè.
- Orrù, G. (1977). *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*. Milán: Vita e pensiero.
- Pugiotto, A. (1994). *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso ed implicazioni*. Milán: Giuffrè.
- Resta, E. (2008). *Diritto vivente*. Bari: Laterza.
- Rodotà, S. (2006). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milán: Feltrinelli.
- Sacco, R. (1947). *Il concetto di interpretazione del diritto*. Turín: Giappichelli.
- Santor Passarelli, F. (1988). *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*. Nápoles: Jovene.
- Somma, A. (coord.) (2007). *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*. Turín: Giappichelli.
- Somma, A. (2011). A proposito di proceso, democracia participativa y ruolo dei media. *Política del diritto*, 42, 1: 123-142.
- Sommaggio, P. (2007). La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. *Diritto e questioni pubbliche*, 7: 71-119.
- Sommaggio, P. (2012). *Contraddittorio, giudizio, mediazione. La danza del demone mediano*. Milán: FrancoAngeli.

- Tarello, G. (1966). Il “problema dell’interpretazione”: una formulazione ambigua. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 43, 2: 349-357.
- Tarello, G. (1973). *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*. En P. Barcellona (coord.), *L’uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*. Bari: Laterza.
- Tarello, G. (1980). *L’interpretazione della legge*. Milán: Giuffré.
- Taruffo, M. (1995). *La giustificazione delle decisioni fondate su ‘standards’*. En M. Bessone y R. Guastini (coords.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*. Padua: Cedam.
- Urbina, S. (2003). Tradizione e diritto vivente. *Ars Interpretandi*, 1: 153-178.
- Viola, F. y Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Wróblewski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, 5, 1-2: 33-46.
- Zaccaria, G. (1984). *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milán: Giuffré.
- Zaccaria, G. (1998). Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin. *Ragion pratica*, 6, 11: 137-152.
- Zagrebelsky, G. (1986). La dottrina del diritto vivente. *Giurisprudenza Costituzionale*, 31, 1: 1148-1166.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Turín: Einaudi.
- Zanuso, F. (1996). *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*. En F. Cavalla (coord.), *Temi e problemi di filosofia del diritto*. Padua: Cedam.