

CLAUDIO LUZZATI

**LA POLÍTICA  
DE LA LEGALIDAD  
EL ROL DEL JURISTA  
EN LA ACTUALIDAD**

Traducción de  
Federico José Arena  
y Magdalena Ana Rosso

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA  
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2013

# ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	13
 <b>PRIMERA PARTE</b> <b>EXPOSICIÓN DE LAS TESIS</b>  	
<b>CAPÍTULO I</b> <b>DE LA NEUTRALIDAD AL COMPROMISO</b>	
1. INTRODUCCIÓN .....	29
2. LA ILUSIÓN DE LA NEUTRALIDAD .....	31
3. LA DISCRECIONALIDAD EN DOS PALABRAS.....	33
4. MODELOS DESCRIPTIVOS Y MODELOS DIRECTIVOS.....	37
5. LA INELUDIBLE CUESTIÓN DE LA EFICACIA.....	41
6. ¿OBJETIVIDAD O CONSENSO?.....	46
7. EL EQUÍVOCO IRRACIONALISTA .....	49
8. LA NOCIÓN DE COMPROMISO .....	53
9. EL EQUÍVOCO DE LA CATEGORÍA RESIDUAL .....	56
10. DIFERENTES NIVELES DE COMPROMISO: TRES EJEMPLOS .....	58
11. LA BÚSQUEDA DE LA UNIDAD. LA PRIMACÍA DE LOS INDIVIDUOS .....	61
12. DERECHO Y MORAL.....	65

**CAPÍTULO II**  
**LA ESPECIFICACIÓN DEL MODELO CRÍTICO**

1.	MÁS ALLÁ DE LA VIRTUD.....	69
2.	UNA JUSTICIA ARTIFICIAL .....	71
3.	LOS CUATRO COMPROMISOS DEL MODELO CRÍTICO .....	74
4.	EL COMPROMISO RELATIVISTA MODERADO COMO REMEDIO AL PARTICULARISMO.....	77
5.	COORDINACIÓN Y REGULARIDAD.....	82
6.	EL COMPROMISO AUTORITATIVO COMO REMEDIO A LA FALTA DE COORDINACIÓN JURÍDICA .....	84
7.	EL COMPROMISO NORMATIVISTA COMO REMEDIO A LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO.....	88
8.	EL COMPROMISO DIALÓGICO-EXPLICATIVO COMO REMEDIO AL AISLAMIENTO CULTURAL.....	94
9.	LA GRAMÁTICA DE LOS COMPROMISOS; EL MÉTODO DE-COMPOSITIVO Y COMPOSITIVO.....	99
10.	CUATRO OBJECIONES .....	103

**SEGUNDA PARTE**  
**DISCUSIÓN DE LAS TESIS**

**CAPÍTULO III**  
**LA OBJECCIÓN LÓGICA**

1.	INTRODUCCIÓN .....	107
2.	LA METAÉTICA Y SU IMPORTANCIA PARA EL JURISTA .....	108
3.	PLURALIDAD E INTELIGIBILIDAD DE LOS VALORES .....	109
4.	LOS SIMPLIFICADORES QUE SE OponEN A LOS AMANTES DE LA COMPLEJIDAD .....	113
5.	LA SOLUCIÓN «LAICA» .....	116
6.	EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD .....	120

**CAPÍTULO IV**  
**UNA BRÚJULA PARA LA METAÉTICA**

1.	EL PROBLEMA DEL SOLIPSISMO EN METAÉTICA.....	125
2.	UN PRINCIPIO AMBIGUO .....	127
3.	UN ERROR DE NIVEL.....	129
4.	LÍMITES.....	132
5.	LAS RAZONES PARA UNA METAÉTICA PLURAL.....	136

**CAPÍTULO V  
LA OBJECCIÓN AXIOLÓGICA**

1.	INTRODUCCIÓN.....	141
2.	EL ÁMBITO DE LA DISCUSIÓN .....	143
3.	CUESTIONES DE MÉTODO Y GARANTÍAS.....	148
4.	FORMALISMOS OPUESTOS.....	150
5.	¿AUTORIDAD O LIBRE EXAMEN?.....	152
6.	LAS DESILUSIONES DEL FORMALISMO AUTORITATIVO SON LAS DESILUSIONES DE LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL..	154

**CAPÍTULO VI  
DEBILIDAD Y FUERZA DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD**

1.	LA ACUSACIÓN DE ARBITRARIEDAD .....	159
2.	EL RIESGO DE CAER EN UNA METAFÍSICA DE LA ARTIFICIALIDAD .....	161
3.	LA IRRELEVANCIA DEL COGNITIVISMO.....	164
4.	EL PRINCIPIO DE AUTORIDAD Y LA SECULARIZACIÓN DEL PODER.....	166
5.	EL ATAQUE ANTILEGISLATIVO.....	168
6.	EL PROBLEMA DE LA COSA JUZGADA .....	171

**CAPÍTULO VII  
LA OBJECCIÓN POLITOLÓGICA**

1.	INTRODUCCIÓN.....	175
2.	LA SUBESTIMACIÓN DEL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y POLÍTICA.....	177
3.	DOS ANÁLISIS INADECUADOS.....	178
4.	EL GUARDIÁN DE LAS LEYES.....	181
5.	LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS Y EL ARTE DEL COMPROMISO .....	184
6.	UN EXAMEN REALISTA DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES .....	189

**CAPÍTULO VIII  
EQUILIBRIOS INESTABLES**

1.	TRES PROBLEMAS .....	193
----	----------------------	-----

	Pág.
2. LA TESIS DE MONTESQUIEU .....	194
3. CONFUSIONES E INTERFERENCIAS .....	198
4. EN LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO DINÁMICO.....	202
5. EL PODER INVISIBLE .....	205

CAPÍTULO IX  
**LA OBJECCIÓN METODOLÓGICA**

1. INTRODUCCIÓN.....	209
2. LA OBSESIÓN POR LA SINCERIDAD .....	211
3. LAS RAZONES DE LA RESERVA Y LAS RAZONES DE LA PUBLICIDAD .....	214
4. ¿UN EXCESO DE DESMITIFICACIÓN?.....	218
5. LUGARES RETÓRICOS Y LUGARES OPERATIVOS.....	223

CAPÍTULO X  
**LAS NAVES DE CORTÉS**

1. MIRANDO HACIA ADELANTE, NO HACIA ATRÁS .....	229
2. LA DISCRECIONALIDAD Y LAS ILUSIONES DEL «FORMALISMO MALO» .....	230
3. EL «FORMALISMO BUENO» COMO FUENTE DE JUSTICIA MÍNIMA .....	234
4. LA APOLITICIDAD DEL JURISTA.....	238
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>241</b>

## INTRODUCCIÓN

1. El jurista de hoy se encuentra desde hace tiempo en el ojo del ciclón. Los políticos tienden a callarlo, a «deslegitimarlo» o, en el mejor de los casos, a usarlo instrumentalmente. La posición tradicional, que ve al estudioso de materias jurídicas como un científico y al juez como mera «boca de la ley», parece haber perdido gran parte de la eficacia retórica y de la atracción que tenía en el pasado. No convence más a nadie. Ni logra exorcizar el problema de los valores. Más aún, la posición tradicional se ha convertido en un bumerán en manos de los expertos del derecho. Se ha transformado en la pasiva aceptación de una obligación de callar, frente a la cual los juristas se recluyen en una especie de limbo o de gueto. El rol de los juristas queda así limitado al ámbito de una pura esfera «técnica», cuya jerga esotérica resulta, a menudo, incomprensible a los comunes mortales. Por el contrario, los políticos, en nombre de una investidura popular, reivindican para sí el poder de decidir caso por caso, aisladamente, o de alcanzar compromisos, sustrayéndose a los más elementales controles de legalidad. Es evidente que chocan dos «lógicas» opuestas, una generalizadora, rigurosa e igualadora y otra que correlaciona medios y fines, tolerando excepciones cuando la realización de los objetivos así lo requiera. Por otro lado, sería ruinoso si el jurista, reconociendo, como debe, que se mueve sobre un terreno condicionado por elecciones de valor, terminara por politizarse y se convirtiera en un ideólogo veleidoso, o bien en un mediador de conflictos a la caza del consenso de los ciudadanos.

Los viejos modelos no bastan para dar una respuesta adecuada a esta crisis, pero los expertos no logran todavía advertir la necesidad de elaborar nuevas estrategias de rol. No se ha todavía comprendido completamente que la figura del jurista contemporáneo, tal como nosotros la conocemos en occidente, puede sobrevivir sólo si une su propio destino a los *valores* del Estado de derecho.

Creo que el filósofo del derecho, categoría a la que pertenece quien escribe estas líneas, puede dar una importante contribución cultural para superar la situación de parálisis aquí delineada, ayudando, al mismo tiempo, a la gente común a superar el desconcierto que prueba frente al enigmático medirse-enfrentarse de los mundos jurídico y político.

La investigación que realizaremos en esta sede será larga y minuciosa; se requerirá la paciencia de quien desea ir más allá de los eslóganes, pero estoy seguro de que también el no-jurista puede seguir sin problemas cada una de las etapas y de apreciar los resultados. El «laico», que acepte dejarse guiar por el filósofo del derecho en esta investigación, podrá al final expresar su propio parecer, y eventualmente discrepar; pero habrá tenido al menos la posibilidad de observar bajo una luz distinta, y para él nueva, los formalismos del discurso jurídico que a menudo le parecen bizarros, alejados de su horizonte mental o decididamente inaceptables.

2. Cuando se intenta trazar un modelo ideal de hombre de ley, se produce fatalmente un enfrentamiento entre puntos de vista que contrastan entre sí y que fijan, cada uno a su modo, los criterios de éxito sobre cuya base se juzga la bondad de las propuestas realizadas.

En las *Haggadah* pascales de la tradición judía aparecen cuatro misteriosos personajes: el «Simple», «Aquel que no sabe preguntar», el «Impío» y el «Sabio».

Estos personajes discuten sobre el significado de la huida de Egipto, pero, si se mira bien, sus actitudes se asemejan curiosamente a las que asumen quienes se preguntan por el rol del jurista.

El «Simple» (*Tam*) está muy cerca de la percepción que tiene de sí mismo un Jurista Ingenuo, a tal punto naif que se cree (¿estamos seguros de que lo crea realmente?) un mero técnico o científico. El Jurista Ingenuo rechaza, por un lado, toda profundización filosófica y, por otro, cualquier diálogo auténtico con quienes no son especialistas en materia jurídica, quienes, se sabe, carecen de preparación suficiente como para comprender las problemáticas de la doctrina o de las profesiones forenses. Quizás (concedámosle el beneficio de la duda), más que un simplón, es un simplificador que no tiene tiempo para perder en habladurías; quizás, lejos de rendirse a la supuesta evidencia del dato jurídico, prefiere cortar por lo sano y sumergirse en las urgencias de la praxis sin ambages o preámbulos. Decididamente, las grandes cuestiones no son para él. Las pasiones políticas lo molestan y, además, no busca ciertamente el consenso de la opinión pública. Él, sin embargo, también a causa de la falta de reflexión teórica, prueba un sensación de desaliento frente a los cambios y no está en condiciones de reaccionar, adecuadamente, a las inevitables presiones que la sociedad ejerce sobre su labor y sobre su imagen. En consecuencia, asume una actitud defensiva radical, niega las dificultades encerrándose fuertemente en sí mismo, dentro de la coraza de una ostentosa autonomía. Su ética, que puede advertirse, por ejem-

plo, en la deontología de los abogados, es aquella de la virtud autosuficiente.

Como es obvio, la visión unilateral que el jurista tradicional tiene de sí mismo, aunque se base sobre un patrimonio de experiencias del que no es posible prescindir, resulta estéril, porque confía excesivamente en la capacidad del hombre de ley para dejar de lado los valores, los suyos y los de los demás. Esta actitud, por un lado, le impide explicar al público las profundas razones morales que subyacen a las técnicas formalistas que el jurista usa intensamente; y, por otro, lo vuelve incapaz de escuchar con atención a los demás. Hoy en día no hay una suficiente integración cultural entre el pensamiento de los juristas y el de los no-juristas, quizás ello se debe también a que los hombres de ley están tan preocupados por esconder sus propias deficiencias, reales o presuntas, que no logran siquiera transmitir una idea de los que son, en cambio, sus puntos fuertes.

¿Si la óptica de quien analiza desde adentro el rol del jurista es por sí sola insuficiente para nuestros objetivos, deberemos entonces dirigirnos al exterior? En efecto, «Aquel que no sabe preguntar» (*Sheeno yodea lishol*) podría representar la perspectiva del Hombre de la Calle, de la proverbial ama de casa de Voghera, que, casi enorgulleciéndose de la propia ignorancia, reacciona con desdén fastidioso frente a las discusiones demasiado esotéricas, o bien «sofisticadas», de los especialistas. Bajo una primera impresión, este es el humus sobre el cual podría echar raíces la propuesta abolicionista de quienes, o bien por consideraciones autoritarias, o bien, al contrario, creyendo instaurar una democracia más completa y directa, desean dismantelar la «casta» de los juristas. Es indudable que el sentido común no puede ser un metro con el cual medir el éxito de un nuevo modelo profesional de jurisperito. El sentido común constituye una fértil fábrica de equívocos y de incomprensiones acerca del rol del hombre de ley. El jurista se siente, no del todo erróneamente, irritado a causa de esas burdas caricaturas de su figura y siente una fuerte tentación de abandonar el diálogo, y de dejar que de las opiniones de los incompetentes se ocupen la literatura, o las notas de color y, ¿por qué no?, las investigaciones sociológicas. Pero esto sería un error catastrófico.

Al delinear la ética y las estrategias de un rol se necesita mirar desde dentro y desde fuera. Las razones de los juristas, en definitiva, han de ser equilibradas o atemperadas con las razones de los demás. También las sensaciones epidérmicas, e incluso las impresiones erróneas, de los «laicos» tienen su importancia. Lamentablemente la voz de los ciudadanos resulta a menudo inflada y alterada desmedidamente por el tan-tan que orquestan los medios, sin embargo *éste* es el mundo en el cual el jurista se encuentra sumergido y no se puede hacer como si nada.

El Hombre de la Calle, para ser precisos, no es el único que mira al Jurista Positivo desde afuera. Existe también el Teórico Escéptico, quien,

a diferencia de la persona común, es un refinado cazador de ideologías que conoce a fondo el derecho y sus prácticas. El Teórico Escéptico se corresponde casi perfectamente con el personaje hagádico del «Impío» (*Rasciá*). Este tipo de filósofo del derecho quizás nos recuerda también al *bad man* de Holmes, pero no se sabe si es realmente malo, si bien seguramente no carece de malicia. Su tic, o rasgo característico, consiste en preguntarse tendenciosamente qué significan para los demás, para «ellos» y no para él mismo (*lakhem welo lo*), los ritos incomprensibles de los juristas. El antinormativista, en efecto, adopta una perspectiva culta, pero muy desencantada, juzga las operaciones del hombre de ley desde fuera, no comparte los «mitos» de la jurisprudencia, en particular el de la certeza, y considera las normas generales y abstractas como un espejito para las alondras o como una máscara que cela las más exageradas manipulaciones. Estas tesis son ciertamente excesivas y suscitan encendidas controversias, pero no crean una cuestión de rol que mine la autoridad, el estatus o la posición académica del Teórico Escéptico. ¿Puede el jurista militante hacer propias las afirmaciones de un personaje semejante y convertirse así abiertamente en «Impío»? La respuesta es un cerrado no, aun cuando sea bien conocida la decadente figura del jurista cínico.

El hombre de ley que tomase por buenos los discursos de su amigo Teórico y quisiese, de manera oportunista, aprovecharse de ellos, asumiría la posición escindida de quien intenta, a escondidas, torcer las leyes a su gusto. Sus maniobras, concedámoslo, podrían incluso ser bien intencionadas; pero son, sin embargo, inconfesables por definición. Así como el acto de embaucar no ha de ser nunca evidente y presupone que los demás jugadores siguen, o creen seguir, las reglas del juego, análogamente las maquinaciones del jurista «Impío» presuponen que su imagen exterior mantiene un aura de misterio y que los *arcana imperii* no son revelados al vulgo. Por lo tanto, para el jurista «Impío» es necesario que sobreviva el modelo tradicional. El oportunista no puede ser sino un conservador, en cuanto está obligado a asumir una actitud parasitaria respecto de las convicciones «ingenuas». La lección filosófica del «Impío» vive, por lo tanto, la misma vida precaria de la hipocresía que, según la célebre máxima de LA ROCHEFOUCAULD, «*est un hommage que le vice rend à la vertu*». ¿Pero, puede el frágil carisma del antropólogo disfrazado de hechicero resistir a una época de desacralización como la nuestra? Temo que no.

De cualquier modo, incluso de tesis corrosivas como ésta puede extraerse una sugerencia provechosa, a saber, que la discrecionalidad, en los bordes de las normas, es ineliminable, aun cuando pueda ser contenida. Sin embargo, la existencia de la discrecionalidad, agregamos nosotros, no es una culpa vergonzosa a esconder, sino que supone un problema de rol y de relación con el público que debe ser enfrentado y resuelto.

Quien será capaz de ver con claridad es el último de los cuatro personajes hagádicos, el «Sabio» (*Hakhàm*), que no puede faltar en las fábulas de final feliz. Aquí será identificado con el Jurista que Sabe Distin-

guir. En la tradición judía el «Sabio» es aquel que no se confunde entre los diversos tipos de prescripciones, entre *edot*, *hukim* y *mishpatim*, según el puntilloso elenco de la *Haggadah*. A la luz de mi relectura moderna, el jurista «Sabio» es aquel jurista que, lejos de quedar prisionero de un punto de vista unilateral, es capaz de reconocer las exigencias de sus conciudadanos sin dejarse condicionar indebidamente y no desdeña los instrumentos que le ofrecen la filosofía y la lingüística. El jurista «Sabio» mantiene separados los preceptos morales, los religiosos y las reglas de etiqueta, del derecho entendido estrictamente, distinguiendo varios tipos y niveles de compromiso.

Más específicamente, nuestro héroe está dotado de una capacidad fundamental, aquella de conservar la distinción entre sus propias opiniones personales y las decisiones públicas, sometidas a criterios verificables y que lleva a cabo en cuanto jurista. Las primeras pueden estar subordinadas a las segundas, a condición de que las razones que llevan al hombre de ley a adherir a un determinado ordenamiento no se vean completamente afectadas por un sacrificio similar. Una semejante suspensión del propio juicio individual no es dualidad o maquiavelismo, como afirma abiertamente el Teórico Escéptico y sospecha el Hombre de la Calle, y ni siquiera es una ciega sumisión al poder en cuanto tal, como afirman las posiciones antipositivistas que agitan la *reductio ad Hitlerum*. Aquí nos encontramos de frente a una «buena división», no a una «mala división».

A diferencia de cuanto acontece en las hipótesis patológicas, la disociación es proclamada, evidente, incontestada. El ideal indiferenciado del Hombre Íntegro, hecho de una única pieza, resulta desplazado por el ideal complejo del Hombre Articulado. Ahora bien, la armonía de los comportamientos no constituye la base biopsíquica preexistente, sino que surge del proceso fatigoso a partir del cual se reconstituye la unidad, sin dogmas y no apriorística, del sujeto práctico, determinando cuáles son las *razones*, cuáles los *límites* y cuáles las *condiciones* bajo las que un cierto código de comportamiento debe ser respetado incluso si no se aprueba cada uno de los preceptos individuales.

El «Sabio» puede de este modo reflexionar sobre su profesión en el marco de una ética que, en vez de elaborar un modelo de excelencia centrado en sí mismo, considere las relaciones del propio rol con las exigencias ajenas. Mantendrá por lo tanto una actitud equilibrada, sin clausuras acriticas, pero estará también en condiciones de resistir al canto de sirena de quienes, aun cuando desacuerden entre ellos acerca de ciertas cosas, están de todos modos de acuerdo en empujarlo hacia posiciones incompatibles con la *ratio essendi* propia del jurista.

3. Más allá del cuentito edificante, está claro que el jurista contemporáneo no puede ya esconder sus propias elecciones detrás de la máscara artificial de la neutralidad. Cada vez con mayor frecuencia, los intereses económicos, sociales, de clase, de poder, o incluso sólo identitarios

y culturales rechazan ser representados por agentes extraños al grupo de sus depositarios. Esto ha puesto en dificultades ya sea la práctica política clásica, concebida como mediación y representación, ya sea las dinámicas y los roles expresamente institucionales. A medida que tal comportamiento se extiende sobre un trasfondo de neodarwinismo social, el jurista debe afrontar tanto la invasión de la intransigencia ajena, cuanto la fuerte tentación de apelar directamente a la opinión pública para protegerse, la tentación de fortalecer con el consenso la propia «legitimación democrática».

El enfoque tradicional es aquí de escasa ayuda. Este enfoque, habiendo quedado reducido ya a una tenue ficción, no permite encontrar una lengua franca, una *koiné*, en cuyos términos los hombres de ley puedan volver inteligible para sus conciudadanos el significado de sus propios actos.

Puesto que el elemento político en sentido amplio no puede ser eliminado, es necesario entonces que el enfoque avalorativo e inmunizante, que denominaré *Modelo de Montesquieu*, sea remplazado por un *Modelo Crítico*.

Este nuevo modelo en lugar de eliminarlos, debe hacer explícitos y comprensibles los valores que son presupuesto de las profesiones jurídicas. El modelo ha de ser diseñado para evitar toda lectura maliciosa y complotista de las elecciones del jurista y para mostrar la inaceptabilidad del *diktat* del político que le grita en la cara: «¡O conmigo, o contra mí!».

La neutralidad, es verdad, es imposible, pero el hombre de ley, e incluso el abogado, existe como tal sólo en un mundo regido por reglas que no sean alteradas para someterlas a la eterna dicotomía amigo-enemigo. En consecuencia, incluso en contextos de intolerancia y de particularismo, o mejor, sobre todo en estos contextos, la única política que al jurista le está consentido seguir es la de la legalidad. De ahí el título del presente trabajo.

Las reflexiones apenas desarrolladas se relacionan con un ideal muy exigente. El Modelo Crítico, en efecto, es un modelo directivo orientado a guiar la estrategia de rol y la ética del jurista. Este modelo ciertamente prescribe, pero supone también el compromiso por hacer que los sistemas jurídicos puedan ser, en alguna medida, descritos intersubjetivamente y, por lo tanto, que puedan ser utilizados como criterios de previsión y de control de las decisiones de los órganos judiciales y de aplicación. Por eso, este modelo directivo no es ideológico o ambicioso, en cuanto incluye, como elemento ineliminable, las instrucciones para la construcción y para el uso de un modelo de orden jurídico también «descriptivo». Se tiene en cuenta el hecho que la temática relativa al rol del jurista se entrelaza estrechamente con las conocidas cuestiones del ámbito de discrecionalidad y de la certeza del derecho.

Los resultados a los que ha llegado mi investigación son sintetizables *a grosso modo* como sigue.

Para evitar anacronismos es necesario recordar, sobre todo, que bajo una perspectiva histórica, además del moderno intérprete de las leyes y de los códigos, existieron en el pasado otras figuras de jurista; en particular hubo quien, dotado de una fértil imaginación jurídica, creó de la nada enteros institutos. En efecto, las enormes potencialidades del «derecho jurisprudencial», que, durante el iluminismo y después con el triunfo del positivismo, fue condenado en bloque por los secuaces del Modelo de Montesquieu, no deben perderse. Está bien que el jurista continúe estudiando con atención las técnicas legislativas y de producción normativa, aun en el cuadro de un uso más consciente y transparente de la discrecionalidad en los límites de las reglas. Dicho esto, sin embargo, el sostenedor del Modelo Crítico toma el *camino del autocontrol* exigiendo que, en cierta medida, se distinga, más que negar dogmáticamente, la creación de nuevo derecho de la identificación del derecho preexistente. El jurista contemporáneo deja así de ser el depositario de una esotérica «sabiduría», de contornos mal definidos, o bien de una ciencia que no evalúa; esto no significa que rechace hacer las propias elecciones, al menos en parte, *jurídicamente* verificables. Lo motiva además una cuestión previa antiparticularista. Su obra es en efecto funcional a una «ceguera institucional» que permita el diálogo entre las diferentes identidades culturales o de grupos y aliente el entendimiento pacífico entre los intereses enfrentados. Aun cuando hasta a un sistema jurídico positivo notablemente aleatorio ha de considerársele a pleno título derecho, la profesión de jurista, como ha sido aquí entendida, se vuelve impracticable en el caso que se descienda más allá de un límite mínimo de cognoscibilidad y de garantismo. Por otra parte recordemos que la primera de las garantías es la igualdad ante la ley. Por eso, cuanto más se decide caso por caso con criterios fabricados ad hoc y ad personam, menos espacio se deja a la figura del conocedor del derecho. La hipótesis-límite es aquella de los sistemas totalitarios, en los cuales existe un estado omninvasivo, y no un estado de derecho. En los sistemas totalitarios existe una burocracia gigantesca y se tiende a la administrativización de todo el ordenamiento, la vida de los ciudadanos, o súbditos si se quiere decir, no está más gobernada por normas generales y abstractas, sino por una multitud de decisiones individuales. En esta farsa no hay lugar para los jueces, los abogados y los ministerios públicos, hay lugar únicamente para solícitos funcionarios.

Naturalmente la locución «límite mínimo de cognoscibilidad» suena vaga, sin embargo, ésta se vuelve mucho menos críptica y oscura si se la introduce en la realidad de los distintos sistemas. Podemos imaginarnos situaciones muy concretas en las cuales el jurista pierde su razón de ser, como, por ejemplo, cuando el defensor es un empleado del tribunal, cuando falta el juez independiente y preconstituido por la ley, cuando los delitos son creados *ex post*, o son reemplazados por medidas de segu-

ridad, por tratamientos «reeducativos» y terapias obligatorias, o son perseguidos según criterios políticos, de amistad o semejantes, quizás instaurando un «doble estándar». Lo mismo ha de decirse en los casos donde predomina la razón de Estado o donde el proceso es sustituido, en todo o en parte, por las decisiones discrecionales de oficinas administrativas omnipotentes. En el fondo, en todas las hipótesis en que subsista la «justicia de Cadí» o se haga justicia caprichosamente, complaciendo los inestables humores del «pueblo», o se elimine el contradictorio, se puede muy bien prescindir del experto en derecho. Se encontrarán sustitutos idóneos para los juristas.

En cambio, no cae en esta casuística el absolutismo, porque, como los iluministas saben muy bien, la concentración de los resortes decisionales representa una condición ideal para la racionalización del derecho. Justiniano y Napoleón son buenos maestros aquí. La confirmación de eso es que, para introducir un nuevo código, también hoy, ha de delegarse el trabajo a una comisión reducida de expertos, aun cuando puedan establecerse directivas claras.

La necesidad de tutelar una certeza de base y un mínimo de cognoscibilidad del derecho han sido vistas en esta sede como variables independientes. Queda sin resolver el problema, que se deja para una sede más apropiada, de la intensidad de esa tutela, o sea del *quantum* garantista que se considera políticamente oportuno auspiciar.

4. Resumiendo, si se abandona el modelo premoderno del rol del jurista, al que podríamos llamar Modelo Sapiencial, se consolida entonces la pretensión de hacer que, en línea de máxima, el razonamiento jurídico se vuelva controlable sobre la base de las normas vigentes. El Modelo Crítico, por otra parte, a diferencia del Modelo de Montesquieu, confiere un estatus privilegiado al punto de vista que el hombre de ley debe adoptar, y a menudo adopta, sobre los grandes temas del derecho y sobre la relación entre el derecho y la política, la moral y la vida democrática.

En este punto surgen espontáneamente dos objeciones preliminares.

En primer lugar, nos podríamos preguntar qué cosa autoriza a filtrar los temas de la legalidad y del Estado de derecho a través del prisma de la cuestión, importante pero a fin de cuentas limitada, del rol de los juristas.

En segundo lugar, redoblando la apuesta, sería necesario también preguntarse por qué motivo se insiste aquí en discutir sobre un no mejor especificado «jurista», uniformando perfiles profesionales que son netamente distintos.

La primera objeción podría ser reformulada parafraseando un conocido dicho de CLEMENCEAU sobre la guerra: el derecho y la legalidad son problemas demasiado importantes para dejar que los resuelvan los juristas.

La segunda cuestión puede ser formulada parafraseando a un famoso escritor reaccionario, DE MAISTRE, para quien no se podía hablar del Hombre en general, como se hace en las declaraciones de los derechos, si no sólo de hombres particulares. Podríamos decir entonces que existen abogados, magistrados, secretarios de juzgado, oficiales judiciales, asesores legales, escribanos, estudiosos del derecho positivo, profesores universitarios, pero al «Jurista», como abstracción, nunca nadie lo ha visto.

Trataré de responder brevemente.

Antes que nada, no hay duda de que el enfoque de esta investigación es más bien selectivo. Sería fácil imaginar un contraprograma de investigación que se propusiera describir la experiencia jurídica, y establecer los test para decidir si una sociedad está bien organizada o no, a partir de la perspectiva de la gente común. ¿Por qué se prefiere aquí mirar el fenómeno jurídico con los ojos del experto, en vez de seguir ese enfoque alternativo? Esta epistemología tendenciosa, que se opone a la visión ingenua, no es tan arbitraria como parece. La centralidad aquí conferida a la figura y a los problemas del jurista no es un vicio kelseniano, sino que responde a una valorización positivista del principio de autoridad (este argumento será discutido en los capítulos V y VI). Pienso, en efecto, que lo que es derecho depende más de las opiniones de los juristas que de las de los no-juristas. Mientras que una norma de reconocimiento que hiciese referencia a la generalidad de los asociados, no permitiría una identificación mínimamente coherente de las fuentes de producción de un ordenamiento, la comunidad de juristas, en cambio, se encuentra en una posición ideal a tal fin. Ello en cuanto la comunidad de juristas reflexiona profesionalmente sobre este tipo de problemas identificativos, y resuelve los conflictos de poder contribuyendo a integrar, incluso con actos decisorios, las normas de competencia últimas cuando éstas son abiertas o lagunosas. Será esta una reconstrucción elitista, aristocrática, pero representa una elección obligada. Como consecuencia, las discusiones sobre el rol de los hombres de ley se vuelven cruciales también para quien desea razonar sobre el Estado de derecho.

Pasando al segundo punto, es evidente que esta no es una investigación histórica o de sociología empírica. El horizonte temporal examinado es muy breve y reciente. En definitiva, aquí nos esforzaremos por encontrar un sustituto a un modelo compuesto, el de Montesquieu, hecho de múltiples doctrinas estratificadas, principalmente aquellas de las que, en los ambientes de *civil law*, ha surgido el actual «jurista científico». Obviamente, no hace falta decir que si no nos preocupara dar, o aunque sólo sea esbozar, una respuesta a imperiosos interrogativos prácticos, en especial los que suscitan el renacimiento de la intolerancia y la creciente incapacidad de la esfera pública para poner freno a los particularismos, se debería considerar un panorama histórico y cultural mucho más rico. Por otra parte, en un cierto sentido es verdadera la afirmación según la cual la idea del jurista es en sí misma fruto de una extrapolación abstrac-

tiva, en virtud de la cual se unifican conceptualmente figuras profesionales muy diversas. Pero es necesario resistir a esta crítica y a la sugerencia que esta supone; en caso contrario nos encontraríamos discutiendo sobre mera deontología. En esta sede, viceversa, se considera que, a pesar de las claras diferencias profesionales, existe un innegable núcleo común en la formación, en el método y en los puntos de vista de todos los hombres de ley; núcleo que se destaca con estridente contraste cuando se lo compara con las ideas de los extraños. Suele apresuradamente afirmarse que, por ejemplo, el juez y el abogado tienen actitudes incompatibles, que el primero debe ser imparcial, mientras que el segundo representa los intereses de una parte. En realidad, incluso el abogado argumenta haciendo referencia a reglas. Si no existiera un ámbito de discusión considerado independiente, con presupuestos compartidos, ni siquiera el oficio del defensor tendría ya algún significado. Descuidando estos aspectos, se corre el riesgo de ver el árbol y no el bosque. Es por lo tanto legítimo hablar de «ética de rol» y de «estrategias de rol» en el contexto de una reflexión teórica sobre la abstracción, o tipo ideal, constituida por la figura del jurista *en general*, aun si el vocablo «rol» evoca investigaciones sociológicas exhaustivas, y aquí vienen rápidamente las clásicas investigaciones de WEBER sobre el trabajo intelectual. Este desplazamiento de la atención nos permite dejar atrás las particularidades de las variadas deontologías profesionales (véase *infra* cap. II) y de perseguir, sin perdernos en detalles irrelevantes, nuestro verdadero objetivo, a saber, el de ofrecer una versión actualizada, desde la perspectiva del jurista, de los valores del Estado de derecho. Además, es fácil constatar que todos los compromisos sobre los que se discute en este escrito tienen que ver con todo operador o experto de derecho, sin distinciones.

5. Como he señalado desde las primeras líneas de esta introducción, la filosofía y la teoría general del derecho desempeñan un papel de notable importancia para esclarecer las relaciones entre derecho y política.

Para hacer frente a esta tarea, sin embargo, los filósofos y los teóricos del derecho deben cambiar radicalmente su enfoque habitual. Mientras que antes se limitaban a preguntarse cuáles eran las *razones del derecho*, o sea, cómo se estructuran los sistemas jurídicos entendidos como conjuntos de razones para la acción; ahora deben preguntarse también sobre las *razones de los juristas*, vistos como figuras profesionales que comparten una misma cultura y determinados ideales de rol.

En nuestro campo de estudio nos hemos preguntado siempre «¿qué es el derecho?», dando respuestas bien diferentes. Los ladrillos fundamentales del derecho han sido de tanto en tanto identificados con las normas, sólo positivas, o positivas y morales, con las instituciones, con las relaciones, con los deberes, con los derechos subjetivos y así sucesivamente. Alguien ha puesto en relieve que este afán de objetivación era en definitiva un disfraz ideológico; se discutía sobre cual fuese el único

tipo de entidad última, de átomos, en que podía descomponerse el derecho; pero el verdadero *thema disputandi* era en realidad otro, a saber, el método jurídico, entendido como una colección de prescripciones y de cánones dirigidos a los intérpretes para guiar su actividad exegética y aplicativa. Además, es necesario admitir con franqueza que el derecho se «conoce» dentro de un marco valorativo, ya sea el marco de las convicciones personales de cada estudioso, ya sea el marco constituido por los valores socialmente compartidos, y que por lo tanto no se trata nunca de un «dato puro» identificable independientemente de las preferencias, de las finalidades y de los *modi operandi* de la doctrina y de la jurisprudencia. La juridicidad ha de ser rediseñada como un instrumento de acción colectiva; ella no es pensable como una «realidad» autónoma, accesible a través de una investigación totalmente desapasionada, *wertfrei*. Por otro lado, aún acogiendo la objeción apenas mencionada, queda siempre abierta la posibilidad de seguir considerando, en cierto sentido, legítima la pregunta originaria, es decir aquella que formulan quienes se preguntan cuáles son las características que distinguen al derecho de los fenómenos contiguos. Para ello es suficiente, en efecto, reinterpretar lingüísticamente el sistema jurídico como un conjunto de actos normativos, de discursos vinculantes y de argumentos, más o menos convincentes y estructurados lógicamente, que sean relevantes con relación a esta o aquella *definición dada* de la expresión «derecho objetivo», y tener cuidado de no abdicar frente a la exigencia de construir una ontología fuerte, o sea, de una ontología que no sea meramente pickwickiana. Ciertamente es posible hablar de la existencia de entidades jurídicas, pero sólo si hace un gesto de complicidad y se pone la palabra «existencia» entre comillas bien visibles.

Dicho esto, el acto de formular la pregunta, más nueva y quizás más radical, «¿Quién es el jurista?», representa para el filósofo y para el teórico del derecho un *Gestalt switch*, una reorientación gestáltica y enérgica de la investigación. Mientras que antes nos ocupábamos, si bien con la debida cautela, únicamente de un hipotético objeto, el derecho, ahora pasamos inmediatamente a ocuparnos también de los sujetos que actúan.

La pregunta sobre los sujetos, por otro lado, no representa una suerte de duplicado inútil de la problemática relativa al objeto, aun cuando la conexión entre las dos cuestiones es obvia. La elaboración de un modelo directivo referido al rol del jurista, en efecto, no se reduce a una explicación sugestiva que reproponde las usuales discusiones sobre el iusnaturalismo, sobre el iusrealismo y sobre el positivismo jurídico. Estas tres corrientes teóricas pretenden excluirse recíprocamente, al costo de forzar los numerosos casos dudosos o limítrofes que no entran fácilmente en las categorías habituales. Por el contrario, los cuatro compromisos constitutivos del Modelo Crítico, que aprenderemos a conocer como los compromisos *relativista moderado, autoritativo, normativista y dialógico-explicativo* son, desde el punto de vista conceptual, separables, puesto que no

son el uno la consecuencia o la negación del otro, y pueden por lo tanto sumarse e, incluso, ser ordenados sobre la base de una escala de prioridades. La gramática de los compromisos —el término «compromiso» será discutido y definido a su debido tiempo— se diferencia claramente de la lógica que gobierna la aceptación, con un neto «sí», o el rechazo, con un seco «no», *in toto* de una de las grandes concepciones del derecho. Por otra parte, los compromisos a los que me referiré no pueden ser todos reconducidos a, o extraídos de, alguna teoría del derecho conocida; ni siquiera del positivismo, al que me adhiero. Por ejemplo, un compromiso explicativo, que, entre otras cosas, comporta un uso más transparente de la discrecionalidad, no es ni típicamente positivista ni típicamente iusnaturalista, y mucho menos es iusrealista. Del mismo modo, el compromiso normativista, no obstante sea incompatible con el iusrealismo, tiene una historia propia y ha de ser claramente diferenciado de la propuesta que insiste sobre el principio de autoridad. Y ello sin mencionar al relativismo, que representa un terreno en el cual muchas de las contraposiciones tradicionales, entre las doctrinas del derecho, no entran todavía en juego, aun cuando, es oportuno agregar rápidamente, sería muy difícil para un sostenedor del derecho natural declararse relativista. En conclusión, las tres grandes visiones teóricas del derecho, en virtud de sus pretensiones absolutistas y globalizantes, son instrumentos poco flexibles y, por lo tanto, han de ser acompañadas, sin necesariamente ser sustituidas, por conceptos que permitan un acercamiento de tipo *patchwork*. En lugar de buscar a cualquier precio la «casilla justa», en el reducido conjunto de casillas a nuestra disposición, es mejor diseccionar los problemas bajo análisis y explorar las diferentes vías que permitan alcanzar una eventual recomposición.

#### 6. El presente trabajo se divide en dos partes.

En la primera, la parte expositiva, se ilustran las características sobresalientes del Modelo Crítico y las razones para abandonar el modelo actual.

En la segunda, a continuación, se profundiza dialécticamente en esta propuesta teórica a través del análisis detallado de cuatro objeciones (*lógica, axiológica, politológica y metodológica*).

Este procedimiento se relaciona con la idea popperiana de que las tesis no se validan acumulando el mayor número de argumentos a su favor, sino intentando confutarlas. La «prueba de resistencia», si bien nunca clausura la discusión, es más importante que las pruebas constructivas. Representa, en el peor de los casos, un buen control.

Al final resultarán evidentes las ventajas que se derivan, para los hombres de ley, del abandono de posiciones que mantienen al ciudadano común en una situación de tutela o de minoridad.

No podría concluir esta introducción sin agradecer a Daniela Bonato por sus consejos editoriales y no recordase a los amigos a quienes he

enviado versiones anteriores de este trabajo: Mauro Barberis, Francesco Casella, Pierluigi Chiassoni, Matteo Crimella, Paolo Di Lucia, Luigi Ferrajoli, Vincenzo Ferrari, Mario Jori, Valerio Onida, Anna Pintore, Michele Taruffo, Vito Velluzzi y Annalisa Verza. La responsabilidad de mis errores, como es natural, no recae sobre ellos, además porque a menudo he escrito a mi manera. Un agradecimiento particular para mi esposa Riccarda, quien no pocas veces me ha puesto útilmente en dificultad con su innato buen sentido jurídico.

# CAPÍTULO I

## DE LA NEUTRALIDAD AL COMPROMISO

### 1. INTRODUCCIÓN

En estos últimos años se ha hablado insistentemente de una «crisis» del positivismo jurídico<sup>1</sup>. Asimismo, las otras concepciones del derecho han igualmente tenido que dar lugar a revisiones radicales de las propias tesis. Poco se ha discutido en cambio, por lo menos bajo un perfil teórico, de los problemas relativos a la identidad y al rol del jurista. Tales temáticas han sido dejadas para la investigación histórica y sociológica<sup>2</sup>.

El hombre de ley, por otra parte, sufre más que nadie las consecuencias de un fenómeno nuevo. Por causas complejas, a las que me referiré en el próximo capítulo, quienes defienden intereses particulares tienden, por un lado, a rechazar la representación política tradicional y, por otro, a no fiarse de la «neutralidad» estatal y de las formas usuales de juicio imparcial. Se considera más seguro, y menos costoso, representarse a sí mismo, buscando continuamente renegociar el *statu quo*. El proceso judicial, por otra parte, se revela a menudo un medio ineficaz para la tutela de las propias razones. Como veremos, se podría incluso pensar, con una pizca de provocación, que en el futuro próximo la figura del jurista, tal como ahora la entendemos, se verá redimensionada o desaparecerá, del mismo modo en que han desaparecido los vendedores de trapos, los carboneros y los deshollinadores.

---

<sup>1</sup> Véase PATTARO, 1976 (1972): 451-487; JORI, 1987, y SCHIAVELLO, 2004. Véanse también COLEMAN, 1982: 139-164; POSTEMA, 1986: 328 ss., y CAMPBELL, 1996. Es necesario también señalar COLEMAN, 2001; REDONDO, 2003: 312-477 y el fórum publicado en JORI, 2004.

<sup>2</sup> Véanse por ejemplo LA TORRE, 2002; RENTERÍA DÍAZ, 2000; COSI, 1998; OLGATI, 1990 y 1996; BENEDEUCE, 1996; KRONMAN, 1993, y GIULIANI y PICARDI, 1987.

Sin embargo, esta creciente marginación de las razones del jurista, que va más allá de las incomprensiones que han caracterizado siempre a la opinión pública, depende no sólo de una contingente inadecuación política del modelo de rol adoptado por el mismo jurista, sino también de la debilidad *teórica* de ese modelo. Más aún, el estatus de experto en derecho resulta políticamente vulnerable *precisamente en virtud de que* su justificación teórica es esquiva. En efecto, dado que cada vez con mayor insistencia se le exige realizar delicadas elecciones valorativas, el hombre de ley no logra ya esconder, detrás de la imagen aséptica del «técnico puro», el hecho que su posición es también comprometida. Por otro lado, si renunciara a esa trillada ficción, ¿cómo debería justificar esta metamorfosis? ¿Y cómo podría explicar la desaparición de esa indiferencia, a un auditorio, por lo general distraído y propenso al facilismo y a la superficialidad, que suele confundir la no-neutralidad del jurista con una actividad política de tipo partidario o, en todo caso, con una actitud impulsada por un espíritu apasionado o abiertamente sectario? A tales espinosas cuestiones de fondo no se puede responder siguiendo una táctica cautelosa o mediante microscópicas correcciones de ruta; problemáticas de este tipo imponen, en cambio, una drástica reconsideración de los ideales en los que han venido inspirándose quienes ejercen las profesiones jurídicas. Ésta es la apuesta que da vida al presente escrito.

Además de esto, creo que el análisis teórico del rol del jurista es crucial no solo en sí mismo, sino también por un motivo que lo trasciende. Una reflexión similar, como veremos, estimula una actualización de los instrumentos conceptuales actualmente en uso, reclamando categorías más flexibles que permitan evitar la rigidez de las categorías habituales. Como es obvio, me refiero aquí a las rituales discusiones sobre si determinados autores o tesis pertenecen al iusnaturalismo, al realismo jurídico o al positivismo jurídico. Estas tres concepciones del derecho, trenzadas entre ellas en una lucha feroz, si bien conservan un significado *histórico* fundamental y ofrecen una primera y aproximativa indicación sobre cuáles son las orientaciones de máxima, son ambiguas y demasiado abarcadoras. Estas concepciones carecen de una articulación crítica capaz de satisfacer las refinadas exigencias de la investigación *teórica*. Parecen, más bien, tres espaciosos contenedores, los únicos a nuestra disposición, donde han sido desordenadamente apiñados contenidos que son en realidad bien heterogéneos.

Los instrumentos conceptuales alternativos que aquí pretendo utilizar son el resultado de un análisis de las nociones de *compromiso* y de *nivel de compromiso*. Este análisis se propone evidenciar la variedad de compromisos del jurista, *descomponiendo y recomponiendo* su universo deóntico. Una investigación semejante tendrá como resultado que sintamos una cierta insatisfacción frente a las grandes decisiones de campo, del tipo todo o nada, y que consideremos en cambio la posibilidad de una pluralidad de decisiones de alcance más reducido. Este enfoque permitirá elaborar, no tanto una nueva concepción del derecho objetivo,

sino un ideal crítico del sujeto, del jurista, que a mí me parece más defendible que la visión hoy dominante.

## 2. LA ILUSIÓN DE LA NEUTRALIDAD

Con la edad moderna no sólo se consolidó en el continente la supremacía de la ley escrita sobre el derecho consuetudinario y la tradición, sino que se consolidó también un tipo de jurista que, para aquellos tiempos, representaba una novedad absoluta.

Por un lado, el iluminismo del siglo XVIII, que aspiraba a racionalizar el derecho mediante la codificación, propuso el silogismo práctico como paradigma de la actividad de juzgar. El rigor de este instrumento lógico, pensaban, erróneamente, los reformadores, habría cerrado el camino a la discrecionalidad, concebida como una fuente intolerable de arbitrariedad. De tal modo, en la medida en que la interpretación se proponía ser una *mera declaración*, el jurista ya no ejercía ninguna atracción sapiencial. Así, el proceder del jurista debía poder ser, en línea de principio, controlable por la generalidad de los ciudadanos, incluso por parte de los profanos en materia jurídica<sup>3</sup>.

Por otro lado, en concomitancia con el surgimiento del mito del progreso técnico-científico, el iuspositivismo del siglo XIX trazó, sobre el modelo de la prestigiosa avaloratividad atribuida al estudioso de la naturaleza, un marco inmunizante de *neutralidad* para proteger al jurista—ahora ya elevado al rango de estudioso altamente especializado—. En ese sentido, se decía que el jurista se ocupaba del derecho tal cual es, y no del derecho como debe ser, y que, por lo tanto, su actividad se distinguía netamente de la política y del compromiso moral.

Tal como surge claramente de una somera constatación histórica, el modelo de rol del jurista todavía hoy dominante, que llamaré por simplicidad Modelo de Montesquieu, es el producto de una combinación de tendencias ideológicas y que en los últimos siglos se han ido estratificando. Estos humores a veces divergentes, estas múltiples finalidades y motivaciones políticas, además, continúan todavía manifestándose en el uso que actualmente se hace del modelo aquí en discusión.

Es, por ejemplo, pacífico que quien es movido por un espíritu liberal puede todavía vislumbrar en la pretensión de objetividad del jurista un muro de contención frente a las prevaricaciones de los poderes constituidos. Si fuese verdad que el jurista, análogamente al científico empírico, ofrece siempre respuestas controlables, entonces también el ciudadano

---

<sup>3</sup> El famoso consejo de C. BECCARIA: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto» (p. 19), debe ser leído en el escenario de la polémica garantista en la que el autor se bate contra el código justinianeo, entendido como «restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador», y contra las confusas opiniones de los doctores medievales, consideradas «heces de los siglos más bárbaros» (p. viii del Prólogo) (BECCARIA, 1764).

común estaría en condiciones de regular sus propios asuntos y su propia existencia dentro de una esfera inviolable de autonomía. El ciudadano común podría conocer con anticipación el modo en que, según el derecho en vigor, los órganos del ordenamiento deben reaccionar, y en efecto reaccionarán, a una determinada conducta. Obviamente, en una sociedad compleja como la nuestra, auspiciar una legislación clara y sucinta se revela utópico. El naufragio del ideal hiperdemocrático de un conocimiento difundido del derecho, sin embargo, no ha arrastrado consigo la ilusión de que la actividad del jurista tenga una base científica y de que, *por eso mismo*, sea posible prever, con la debida asistencia de un especialista, cómo los jueces calificarán cada uno de los casos concretos.

Por el contrario, el Modelo de Montesquieu es frecuentemente utilizado, por los miembros actuales de las corporaciones de expertos del derecho, como un esquema defensivo y autoapologético de lo que ellos mismos hacen. Afirmar, encima incluso a priori, la neutralidad del jurista tiene a veces un fuerte sabor a ardid ideológico. Parece que se quiere evitar que la atención de la opinión pública caiga sobre las decisiones del «técnico» basadas en valores y sobre la responsabilidad que posee cuando lleva a cabo decisiones difíciles o controvertidas, lo que, además, ocurre muy a menudo. Como surgirá de los capítulos IX y X, no está para nada dicho que la falta de transparencia del jurista sobre sus propios valores, sea, en línea de principio, condenable bajo toda hipótesis. La falta de transparencia podría muy bien formar parte de un deber de prudencia y de discreción que recae sobre quien cubre ciertos cargos. Eso no quita que en muchos casos se posea la innegable sensación de que la casta de los juristas se está uniendo para eludir la discusión.

A estas tesis sobre el rol del jurista opondré el Modelo Crítico. Este modelo niega decididamente la «datidad» del derecho y, en consecuencia, niega la neutralidad científica de la denominada dogmática jurídica. El derecho objetivo y el jurista, se sostiene aquí, no existen en la esfera de los meros hechos sociales, sino que necesitan una justificación externa, metajurídica. El hombre de ley no puede seguir callando cuáles son sus valores y sus compromisos, porque son justamente sus valores y sus compromisos los que hacen de él un hombre de ley. La aspiración liberal misma de aumentar la certeza del derecho debe, para lograr ser realizada, basarse sobre los valores del jurista y no sobre un enfoque objetivo o neutral de estos últimos.

Posponiendo para el próximo capítulo la exposición detallada del Modelo Crítico y el análisis de sus específicos compromisos, me concentraré aquí en el núcleo central que diferencia, y vuelve inconciliables, los dos modelos sobre el plano metodológico. Se trata del contraste entre la *actitud indiferente* propugnada por el primer modelo y la *actitud comprometida* que, en cambio, recomienda el segundo.

Procederé del siguiente modo. Intentaré antes que nada ilustrar brevemente la debilidad del Modelo de Montesquieu. Por un lado, mostra-

ré que las decisiones de los juristas no son enteramente dictadas por la ley, puesto que existe en todo ordenamiento un margen de discrecionalidad que no puede ser eliminado (véase *infra*, apdo. 3), y, por otro lado, sostendré que existe una tendencia a confundir la objetividad científica con la existencia de un relativo consenso sobre valores (véanse *infra*, apdos. 4-6).

Luego, en el resto del presente capítulo, precisaré la estructura general del Modelo Crítico esforzándome por disolver los dos equívocos principales en que podría incurrir: el *equívoco irracionalista* y el *equívoco de la categoría residual*. Al primer malentendido, que hace de los compromisos un salto en el vacío o un puro juego subjetivo e ilusorio de incontables preferencias, pondré reparo definiendo mejor la noción-clave de compromiso (v. *infra*, apdos. 7-8). Al otro malentendido, que no distingue suficientemente entre los varios tipos de compromiso y equipara la desaparición de la neutralidad con una intrincada confusión entre el derecho y la moral, intentaré remediarlo diferenciando los compromisos por su contenido y por su posición en un sistema estructurado en diferentes niveles (véanse *infra*, apdos. 9-12).

### 3. LA DISCRECIONALIDAD EN DOS PALABRAS

Las controversias sobre la existencia de un ámbito de discrecionalidad, derivado no tanto de una explícita previsión normativa, sino de las características intrínsecas del lenguaje legislativo, son desalentadoras; en ellas la mayoría de los filósofos se alinean de una parte y los juristas, por lo general fieles al Modelo de Montesquieu, tienden a alinearse de la otra. Mi temor es aburrir a unos, repitiendo argumentos que ya conocen, sin lograr siquiera agrietar las defensas de los otros. Para aligerar la exposición me limitaré a recordar los puntos esenciales de la contienda.

El aumento del conocimiento lingüístico ha hecho que sea problemático continuar sosteniendo que cada problema interpretativo puede recibir una y sólo una respuesta correcta. Los términos empleados por el legislador son siempre vagos y ambiguos y, en muchos casos, la oscuridad es notable. Además, para la doctrina actual, la jurisprudencia mecánica, basada sobre cadenas de silogismos, ha caído en fuerte descreimiento. Se ha comprendido ya que las decisiones del intérprete, decisiones que un razonamiento riguroso debería haber excluido, se concentran en la formación de las premisas y en la calificación de los casos concretos<sup>4</sup>.

Por otro lado, también la máxima *in claris non fit interpretatio* tiene poco consenso. Así, un jurista positivo podría contestar los argumentos

---

<sup>4</sup> Véase para todos WRÓBLEWSKI, 1974. La teoría lógica es además revalorada por los filósofos al dejar de verla como un instrumento ideológico para negar la discrecionalidad. Véase por ejemplo MACCORMICK, 1978.

avanzados por la filosofía del lenguaje señalando que la Escuela de la exégesis ha concluido hace ya tiempo. La dogmática no se limita a repetir palabra por palabra cada una de las leyes, ateniéndose a un canon estrictamente literal, sino que, en cambio, reconstruye sistemáticamente institutos enteros. La dogmática debe ir más allá de la «letra» teniendo en cuenta la *ratio legis* y los principios generales de un determinado sector normativo. Esta idea es expresada con lucidez por Emilio BETTI en su prelación *Las categorías civilistas de la interpretación*, cuando remarca que cuando cambia el *milieu* cultural y el ambiente social, «textos de leyes cuya letra se conserva inmutable, adquieren mediante una *duplex interpretatio* un *significado* diferente al primitivo. Se observa igualmente —prosigue el ilustre autor— cómo en la recepción de un código, que entra en vigor en un país distinto de aquel de origen, tienen lugar fenómenos de asimilación positiva pero también refractarios, en virtud de los cuales, al trasplantar los institutos que el código disciplina, algunos de ellos echan raíces y se vuelven vitales, mientras que viceversa otros no arraigan y se muestran inoperantes. El texto literal del código funciona como un andamio o estructura, que se reanima sólo en contacto con la vida de la sociedad a la cual está destinado, y se reanima sólo en la medida en que responda a la forma interior del sentido jurídico viviente. De ello se sigue que, cuanto más amplia es la valoración integradora que se permite al juez, tanto más es de prever que las divergentes concepciones éticas, religiosas, económico-sociales y, en general, el diferente clima de civilidad, producirán la elaboración de un derecho vivo diferente»<sup>5</sup>. Después de todo, ya los romanos invitaban al intérprete a superar las palabras, los *verbos*, de las leyes para captar el «espíritu», o sea la *vis ac potestas*.

Que el discurso jurídico adquiere espesor a través de la elaboración jurisprudencial es indudable, pero, según el filósofo, recurrir a los principios no es un instrumento decisivo para eliminar la discrecionalidad que existe dentro del tejido de la ley. Desde tal perspectiva, el análisis de BETTI, por otra parte agudísimo, encarna precisamente la ambigüedad del jurista tradicional. BETTI, en efecto, luego de una feliz recopilación de los usos del término «discrecionalidad», llega a una conclusión más bien sorprendente. Por un lado admite que existe una «apreciación interpretativa» pero, por otro lado, se apura en agregar perentoriamente que tal apreciación es «subordinada y vinculada». Vale decir, «la decisión del caso está siempre, en teoría, unívocamente predeterminada». Existiendo una deliberación legislativa, el criterio de decisión, por más elástico que éste sea, es «necesariamente único en un determinado momento histórico»<sup>6</sup>. En este punto se presenta el riesgo, o bien de una flagrante contradicción terminológica, o bien de un círculo vicioso.

La tesis de que a través de principios se pueda eliminar toda valoración discrecional que no consista en el mero ejercicio del discernimiento.

<sup>5</sup> BETTI, 1971 (1948): 32-33.

<sup>6</sup> *Ibid.*: 158-160.