

**PRAXIS POLÍTICA
Y PRAXIS JURÍDICA.
LA IDEOLOGIZACIÓN DEL
DERECHO Y LA JUSTICIA
NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL
USO ALTERNATIVO DEL DERECHO**

**POLITICAL PRAXIS AND LEGAL PRAXIS.
THE IDEOLOGY OF LAW AND JUSTICE.
INTRODUCTORY NOTES ON
ALTERNATIVE USE OF LAW**

JOSÉ BENJAMÍN RODRÍGUEZ-ITURBE*



Universidad de
La Sabana

* Doctor en Derecho y Derecho Canónico; Profesor de Historia de las Ideas Políticas e investigador de la Universidad de La Sabana. jose.rodriguez3@unisabana.edu.co

RECIBIDO ABRIL 10 DE 2011, APROBADO JUNIO 16 DE 2011

RESUMEN

Los cambios políticos y económicos del final de la Guerra Fría motivaron una nueva visión del Derecho desde una óptica marxista. La visión ideologizada de la teoría y de la práctica jurídica fue el uso alternativo del Derecho. Tal visión confiere al juez y a la decisión judicial un papel fundamental en el desarrollo de una estrategia y una táctica política de cambio de inspiración marxista-gramsciana.

PALABRAS CLAVE

Sociedad hedonista, marxismo gramsciano, uso alternativo del derecho, Congreso de Catania, Instituto Gramsci, derechos fundamentales, democracia política, democracia sustancial.

ABSTRACT

From a Marxist perspective, the politics and economics changes at the end of the Cold War provided a new vision of Law. The ideologized vision of the theory and the judicial practice was the Alternative Use of Law. Such vision confers the judge and the judge decision, a fundamental rol in the development of a political strategy and tactic inspired on a Marxist gramscian vision.

KEY WORDS

Hedonistic society, Gramsci Marxism, Alternative Use of Law, Catania Congress, Gramsci Institute, Fundamental Rights, Political democracy, Substantial democracy.

SUMARIO: 1. POLÍTICA DE VALORES. CONCIENCIA CIUDADANA; 2. CONCIENCIA Y OPINIÓN PÚBLICA; 3. LA ETICIDAD POLÍTICA Y LA DEFENSA DE LA CONCIENCIA CIUDADANA; 4. COYUNTURAS DE CRISIS Y BÚSQUEDAS TEÓRICAS; 4.1. MAYO, PARÍS, 1968; 4.2. LA PRIMAVERA DE PRAGA; 5. LIBERACIÓN POR EL DERECHO, LIBERACIÓN DEL DERECHO Y PERVERSIÓN DEL DERECHO; 6. EL EMPEÑO DE LOS SEGUIDORES DEL PENSAMIENTO GRAMSCIANO; 7. *El uso alternativo del Derecho*; 8. LOS RETOS JURÍDICOS DE LA NUEVA HERMENÉUTICA; 8.1. EL CONGRESO SOBRE *El uso alternativo del Derecho*; 9. MARXISMO GRAMSCIANO Y *uso alternativo del Derecho*; 10. LOS JUECES, ÓRGANOS POLÍTICOS; 11. PIETRO BARCELLONA; 11.1. CRÍTICA DEL HEDONISMO POSTMODERNO; 11.2. CRITERIOS DEL INDIVIDUALISMO POSTMODERNO; 11.3. LA NECESIDAD DE VOLVER A UN *nomos* COLECTIVO; 15. LUIGI FERRAJOLI; 15.1. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL; 15.2. DERECHOS FUNDAMENTALES; 15.3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL GARANTISTA; 15.4. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES; 15.5. DEMOCRACIA POLÍTICA Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL; BIBLIOGRAFÍA.

1. POLÍTICA DE VALORES. CONCIENCIA CIUDADANA

Toda política requiere, para su adecuada proyección social, de una dimensión normativa. Pero ello no supone (o no debería suponer) la instrumentalización meramente ideológica del Derecho. Las utopías totalitarias del siglo XX (la de la clase, la de la nación y la de la raza) mostraron, sin adornos mayores, la extrema inhumanidad a la cual el pensamiento único puede conducir, y la distorsión de la racionalidad moral y política. Superado desde fines del siglo pasado el llamado Mundo Bipolar, el antagonismo de bloques político-económico-militares, pareciera que la reafirmación de un humanismo jurídico y político sigue siendo un reto. La simple globalización económica no ha cancelado la naturaleza social de la persona humana, ni ha supuesto, como algunos ingenuamente pensaron, la aniquilación de la política ni de la normatividad jurídica como supuestos de una armónica convivencia en la comunidad humana. El economicismo, con una perspectiva tecnocrática, resulta a menudo un nuevo materialismo, connivente con los rezagos de los viejos materialismos, cerrados a toda trascendencia. Frente a determinados fundamentalismos religiosos (que pretenden hacer de la creencia el cimiento de ambiciones de poder) surgen, con igual intolerancia de base, fundamentalismos secularistas que, con fanática alergia contra todo lo trascendente, aspiran, a su modo, a la reingeniería de la creación. Ambos fundamentalismos son fuerzas de regresión y de negación persistente de la dignidad humana. Son fuerzas antagónicas a la ecología humana, al auténtico progreso. Son fuerzas que, en realidad, suponen el retroceso a la barbarie. Sin racionalidad moral es ilusoria la racionalidad política. Y sin racionalidad política el *homo homini lupus* hobbesiano logra textura de realidad.

Los fundamentalismos contemporáneos no son, pues, una ficción. Son fundamentalismos con fuerza que pretenden la ideologización del Derecho y la imposición política de la barbarie. Así, la barbarie acrítica, utópica y con cierta dosis de de-

generación social (por el agresivo rechazo del Derecho natural de algunos de sus más importantes exponentes) parece estar y puede estar —quiera Dios que de veras no esté— muy cerca, históricamente hablando, a la vuelta de la esquina. Su acecho al poder no es un delirio, ni una ficción. Mientras tanto, el ciudadano común se muestra anonadado, torpe, al no encontrar quién le señale opciones ni le abra caminos. Se refleja así, a menudo, la imagen de una sociedad de la desconfianza, en la cual los desconfiados tienen su balandra varada en el mar de los sargazos de la duda. Duda sin claridad. Duda amarga, para la cual todo proyecto cultural y político serio es una sombra inconveniente por la desordenada ambición de los egoísmos. Duda que no alcanza a superar la barrera de los diagnósticos y remedios. Duda, en fin, que se afina en el cuestionamiento de lo que ha percibido y sufrido como expresión de lo público.

No es una cuestión accidental, ni marginal. Hannah ARENDT destacó cómo la organización social de las esferas de lo público y lo privado se hace, desde el clasicismo helénico, en función del *otro*. Así, en la *polis* se afirmaba la primacía de lo público sobre lo privado. El ciudadano ateniense solo daba un pleno sentido a su existencia viéndola insertada en la dinámica de la *polis*, de la ciudad-Estado. En la actualidad, quienes niegan la licitud de lo público ejemplifican aquello que Norberto BOBBIO ha llamado *el reflujo político*.

El desarraigo es también, sin duda, consecuencia de la falta de eticidad; de la ausencia de referencia histórica, y del malestar por no llegar a ser lo que de veras tenemos posibilidad de ser, con un frenesí de copiar modelos que cambian, periódicamente, uno tras otro.

El enraizamiento solo adquiere plenitud en un medio social determinado como consecuencia de una opción no solo política sino prioritariamente moral. El compromiso en pro del bien común supone una *areté* ciudadana. Los deberes para con Dios y los demás tienen un tiempo, el de la existencia singular, personal y comunitaria que, además, posee siempre un preciso marco histórico. Alguien ha dicho, en el periodo post Guerra Fría, que el tiempo del imaginario moderno es el del mercado financiero. Es un tiempo signado por el *momentum* y la sincronía, por la simultaneidad de la coyuntura. Así, el tiempo histórico que la deliberación para la búsqueda de los consensos democráticos requiere está cuestionado por la prelación de los instrumentos de la sociedad del conocimiento puestos en función de la dinámica económica. El tiempo político, que es por antonomasia para la deliberación, es el tiempo para la construcción social. No es un tiempo de momentaneidades sino de continuidades. Sin continuidad, sin duración, no hay posibilidad de institucionalidad verdadera.

El reconocimiento de la dimensión histórica del comportamiento moral del ser humano no debe llevar a una relativización de las obligaciones y de las responsabilidades éticas. No solo ante Dios, sino también ante la historia, cada uno dará cuenta si pretende sustituir sus deberes como se cambia de ropa o se muda la simpatía de un equipo a otro en un campeonato deportivo.

Se requiere, en la actualidad, una vuelta a la afirmación de valores. Se requiere una política que sea expresión de valores, planteados y defendidos con novedad, claridad y fortaleza. Se requiere una constancia pedagógica en la proclamación y enseñanza de esos valores. Se requiere el arrastre contagioso del testimonio, el ejemplo de rectitud del liderazgo. Ello es así porque el vaciamiento de referencias morales ha sido brutalmente agresivo durante el último medio siglo. Por eso, la historia de las últimas décadas ha tenido una creciente marca antihumana; ha sido progresivamente más cruel.

2. CONCIENCIA Y OPINIÓN PÚBLICA

Se ha procurado sustituir el insobornable juicio de la conciencia recta por los veredictos de la opinión pública. Negada la persona, el individuo sucumbe ante lo comunitario manipulado por el poder. El *imperio de lo efímero* llamó LIPOVETSKY a la *dictadura de la moda*¹. La moda y la opinión, en la *sociedad de conocimiento*, vienen a ser un *factum* experimental y predecible. Parece ser un efecto de corto plazo. La manipulación deliberada ha hecho a la opinión del común algo moldeable, voluble, vaciado de ideales, carente de valores. La opinión resulta, así, algo manipulable según los deseos de quien aspira al poder o a cuotas del mismo, y puede vaciar todas las aguas en el canal de su interés. Resulta también efímera, en cuanto fugaz es la sensación pasajera, momentánea, intrascendente, a la cual el hedonismo atiende.

Cuando el papel de la conciencia es ocupado por la opinión regida por los *mass media*, la pérdida del sentido común y su sustitución radical por la simple estimulación primaria de lo pasional es un hecho empíricamente constatable. Entonces, cualquier aberración antihumana es posible en el horizonte cultural y político. A menudo, los *mass media* se orientan a producir una mediocre e insoportable tendencia a la uniformidad. Más aún cuando se produce, *de iure* o *de facto*, el control de ellos por el poder estatal. El avance tecnológico sirve, así, no para elevar a las comunidades a las cuales en teoría informan, sino para rebajar y aplanar el relieve de lo humano en ellas. Se pierde, de tal manera, la unidad del conjunto. Porque la unidad del todo social no requiere del pensamiento único, al contrario, esa unidad humana reclama, para afirmarse, la diversidad real de las personas. La diversidad real se entiende en lo propiamente humano, en lo racional y volitivo. El pensamiento único facilita la animalización, no la personalización; contribuye a la prioridad de lo instintivo sobre lo ético. En el enfoque deformadamente unitario de los totalitarismos lo que se busca es la negación del *rescate de la diferencia*. Ello no ocurre por azar, ni es algo ingenuo. Tiene siempre una carga ideológicamente torcida y una perspectiva moral no recta.

La relativización de lo ético y el nuevo fideísmo que fusiona panteísticamente al hombre con el cosmos se enmarca, como en diversas manifestaciones del *New Age*, en la pretensión de dar a una ideología un aspecto de creencia, convirtiéndola en

¹ Cfr. Gilles LIPOVETSKY, *El Imperio de lo efímero*, Barcelona, Anagrama, 1996.

sucedáneo del ansia de infinito que el Creador ha puesto en la criatura humana. Y ello, con el respaldo mayor que pueda lograrse del poder político y económico. Es el vaho letal de la civilización que muere. Lo ideológico-político está en el campo de la *doxa*, no en el de la *episteme* o en el de la *creencia religiosa*. Todo fideísmo político resulta, así, una deformación que encierra una negación de la libertad humana.

Las formas patológicas de gobierno son, clásicamente, la tiranía, la oligarquía y la demagogía. La tiranía ha procurado la eliminación de la política. La oligarquía pretende *ad nauseam* la banalización de la política. La demagogía, contumazmente, realiza la degradación de la política. Así, las formas patológicas de gobierno, según la tradición aristotélica, resultan intrínsecamente antipolíticas. Porque el sucedáneo que generan para ambiente de lo público siempre olvida radicalmente a la persona humana. Porque lo que saben hacer es *política espectáculo*; y, por tanto, frivolar. Porque la formulación de una política de valores es, por lo general, radicalmente contraria a sus intereses.

Si todo es, desde la perspectiva de la cultura dominante, un presente continuo, la política está cuestionada, rechazada y superada como *f fuente de certezas*. La *certeza*, como sustituto de la verdad, en el sentido de la modernidad (certeza subjetiva, basada en la relatividad y en la apariencia), es su referencia. La *verdad*, en realidad, no le interesa para nada. Tal óptica ha logrado romper en el imaginario colectivo la percepción de los grupos políticos organizados como mediadores eficaces en el contexto de una sociedad pluralista para la búsqueda de los consensos democráticos. Los Parlamentos y los partidos auténticamente democráticos vienen a ser, así, obstáculos institucionales a una ambición de poder sin límite.

En efecto, los *poderes fácticos sin rostro conocido* buscan la posibilidad de una negociación directa entre ellos sobre las reglas de juego de la vida social. En muchas ocasiones, los grupos de presión han absolutizado *su* interés. Han buscado no el consenso democrático orientado al fin social (bien común), sino la garantía equilibrada de sus respectivos intereses. No desean que esa negociación tenga árbitros con asidero legal y poder político. El bien común, desde su perspectiva, es una mojiganga porque *nada* puede concebirse socialmente por encima, fuera o en contra de sus intereses. Se sienten, a su manera, realizando su propia ingeniería social. Consideran que nada supera (ni puede frenar) su capacidad real de construir, informar, reformar o destruir una determinada *realidad*. Hechura de ellos, se entiende.

La confusión no inocente que el poder político tiránico y los *poderes fácticos sin rostro conocido* realizan entre lo estatal y lo público como *opuesto* a lo particular y privado, se enmarca, pues, en la estrategia perversa de negar lo público. Vano empeño. Inútil esfuerzo. Destructivo afán. Si lo público es la instancia superior a lo estrictamente individual, en la cual se procesa la acción colectiva, la rectificación de lo socialmente torcido o desviado supone, no solo el replanteamiento de la exigencia moral radical en el orden personal y social, sino también la nueva interpretación y la nueva comprensión —superando los atavismos modernistas y las amarguras del escepticismo postmodernista— de lo público.

La recuperación de la legitimidad de lo público es condición necesaria para la superación de la anomia creciente, con su lastre de antipolítica, en las sociedades del hedonismo. La negación de lo público conlleva, más pronto que tarde, la anulación social de las libertades cívicas y la muerte de los sistemas democráticos. Porque, en efecto, en una sociedad sin legitimidad de lo público no solo hay rechazo visceral de la política, sino que no hay confianza pública. Y en una sociedad sin confianza pública (es decir, en una sociedad donde impera la desconfianza) es imposible la búsqueda, la obtención, la consolidación y la proyección histórica-política de los consensos democráticos. En las *sociedades de la desconfianza* no cuentan la conciencia ciudadana y el respeto al otro, sino la fuerza. La *sociedad de ciudadanos*, por el contrario, requiere confianza en las instituciones, tanto públicas como privadas; posibilidades reales de diálogo y concertación social.

3. LA ETICIDAD POLÍTICA Y LA DEFENSA DE LA CONCIENCIA CIUDADANA

La afirmación de la eticidad política o de la recta concepción de las vinculaciones necesarias entre la moral y la conducta en los espacios públicos es algo que no puede confinarse en los linderos de un sector de opinión o un estamento social. La deseable revalorización de lo ético en la vida social y política reclama esa colaboración que los italianos, con su fecunda capacidad de identificación terminológica (nunca puesta en duda) han llamado *colaboración transversal*. Con ello desean indicar la necesidad de cooperación *política* para la afirmación de valores éticos esenciales. La razón luce evidente —y así se ha destacado por voces muy autorizadas—: las cuestiones éticas de fondo están por encima de las diferencias de grupo, y reclaman la unidad (aquella *in essentia unitas* agustiniana) en defensa de lo propiamente humano, en defensa de la cultura de la vida y la solidaridad.

La causa de la libertad y de la responsabilidad es la causa de la defensa propia de la conciencia ciudadana. La conciencia ciudadana puede y debe organizar tal defensa. No es encapsulada en su mismidad como cada persona desarrollará sus potencialidades de participación responsable en el contexto social. El ejercicio responsable de su libertad no solo lo hará para sí; lo hará cada ciudadano con los otros, por los otros, para los otros. No es un simple equilibrio de derechos y deberes. Es mucho más. Es el esfuerzo, en marco comunitario, en pro del bien común social. Es, sobre todo, la armonía resultante del ejercicio responsable de la libertad ante los desafíos concretos que se presentan en un determinado momento de la historia.

Es necesario reclamar el liderazgo crítico del ciudadano con *sindéresis*. La legitimidad de la política y de los espacios públicos no puede estar sujeta a los alardes retóricos apocalípticos de cualquier iluminado que pida la *extirpación de la clase política como tumor social*. Los consensos políticos, que se buscan con necesidad de medio en la licitud de los espacios públicos a través de la deliberación y de la confrontación pluralista, no los generan los profesionales hacedores y vendedores de imagen; no es un asunto de simple publicidad. El interés publicitario es autocé-

falo. La voluntad de dominio lleva, a menudo, a esa óptica, a verlo todo bajo el ángulo de las relaciones de poder. Grave error. Ese reduccionismo es profundamente deformante de todo el vitalismo social y caldo de cultivo de impensables violencias.

Sin mezclar la religión y la política (tanto de las mezclas como de los divorcios absolutos hay que cuidarse, porque dan lugar a fundamentalismos diferentes, *confesionales* o *secularistas*), puede decirse, como ya lo advirtió Alexis de TOCQUEVILLE, que la falta de fe religiosa en una sociedad suele ir aparejada de una mayor disolución de las costumbres y de un debilitamiento proporcional de la conciencia ciudadana en el ámbito social y político.

Sin un soporte ético la existencia política y civil se degrada irremisiblemente. ¿Cómo puede clamarse contra la corrupción en la vida pública sin una exigencia similar respecto a la vida personal y social? La exaltación de los vicios y la burla de las virtudes, el desprecio por los hábitos rectos y la aquiescencia dada hacia la doblez, han generado el archivo del respeto mutuo. Se ha hecho patrón generalizado la desconfianza. Ello ha corroído al extremo la salud de las instituciones.

Se plantea alcanzar los más altos niveles de bienestar material prescindiendo del bien ser espiritual y cultural. La pseudoética sin responsabilidad contempla derechos pero no deberes ni riesgos. La seguridad y el orden se plantean incluso al costo de la propia y ajena dignidad. Materialismo inmanentista. Individualismo egoísta. La falsa moral hedonista de la cultura dominante no pone a salvo ni el derecho ni la libertad. No hay posibilidad alguna de reglas de juego estables, de consenso social. La existencia comunitaria se vuelve, así, un conjunto de asperezas en choque que solo una ficticia contractualidad logra dotar de razón de ser.

La madurez institucional nunca será alcanzada sin un esfuerzo real y continuado por lograr el perfeccionamiento personal y de las *sociedades intermedias* que constituyen la llamada sociedad civil. Las crisis no encuentran salida en la amargura. Las calles ciegas de la crispación engendran solo frustraciones. Deben buscarse salidas a las crisis sin fatalismos trágicos. Desde el ángulo del humanismo cristiano es una necedad buscar *el mundo feliz*, como en la ficción de Aldous HUXLEY. (¡Extraño *mundo feliz* el de HUXLEY que, como anticipo de las desgracias presentes, propias de la *cultura de la muerte*, separaba radicalmente la sexualidad de la capacidad generativa; y proclamaba, antes que la eugenesia nacionalsocialista hitleriana y más de un nazi contemporáneo, el condicionamiento químico y psíquico de los embriones para la vida adulta).

El desquiciamiento sociopolítico encuentra su base en el deterioro creciente del orden moral-cultural. La anomia es consecuencia directa del impacto social de la cultura dominante. Estamos en el reino del desaliento postmodernista, con su amargura anticristiana. Es el *salto atrás* del paganismo, que se pretende vender en el *marketing* de la opinión como si fuera expresión de progreso. La fuerza mediática, haciendo alarde de su poder, pone de manifiesto, a la vez, sus carencias y limitaciones. No tiene el aliento necesario para respaldar una alternativa de futuro.

Si no hay acuerdo sobre valores, si estos valores no informan la vida política real, el consenso democrático concluye por ser solo procedimental; es decir, se reduce a una camisa de fuerza liberal individualista, incapaz de superar el escepticismo y el desaliento. La disyuntiva de nuestra sociedad contemporánea es, pues —digámoslo con claridad— *regeneración moral y política* con la afirmación de la cultura de la vida o *cataclismo*, siguiendo los dictados de la cultura de la muerte.

A la confusión sobre el presente se une, en la actualidad, la incertidumbre sobre el futuro. Se pretende saber qué es lo que ya carece de vigencia. Se ignora, a la vez, la tendencialidad del mañana inmediato. Hay, pues, certeza en la negación y búsqueda angustiada de la afirmación.

Se observa una aceleración de la historia. El tiempo, el sentido histórico del tiempo, ha variado con los avances tecno-científicos de la sociedad del conocimiento y la información. La sensación histórica del tiempo se percibe como dotada de mayor velocidad. El ritmo vital (¡qué duda cabe!) es en la actualidad más acelerado que el de las generaciones precedentes.

A menudo, en el cauce de la cultura dominante, es más frecuente el intento de catarsis que el de reflexión en la agitada sociedad contemporánea. La simple catarsis no es purificación. Ella no entraña, por supuesto, posibilidad segura de rectificación. Porque el desahogo, por sí mismo, no provoca —aunque rebaje la presión— ni el arrepentimiento moral ni la rectificación auténtica, que conducen a la recuperación de la rectitud y la bondad perdidas. No es, sin duda, una terapia de *moralina* lo que reclama, para su salud, la civilización que lucha por nacer en medio de los estertores de aquella que se apaga. Del hombre que ha de darle vida se espera mucho más. Se ha hablado, citando a Juan Pablo II, de *ecología humana*. Desde el punto de vista moral puede hablarse, por ello, también, de contaminación ambiental. El obrar humano, si carece de rectitud ética, puede ser, en todos los sentidos, depredador y contaminante. Es más fácil corregir la contaminación ambiental que poner fin al envenenamiento de las inteligencias y de las conciencias. El paganismo postcristiano es disolvente de valores y destructor de la persona. La religión (*opio* para Karl MARX, *neurosis* para Sigmund FREUD) sigue siendo fontal para la persona y la sociedad.

El discernimiento entre el bien y el mal depende de la posibilidad de llegar a la Verdad, de estar en relación con ella. Si no, la libertad de escogencia (la *vis electiva meliorum*) sería el mundo de lo absurdo. Porque se trataría de buscar el fin escogiendo a ciegas. La vida social estaría signada por el azar... ¡o por la violencia! Y si ello es así, tendríamos, a la postre, al darwinismo social, de nuevo, planteando la supervivencia de los más fuertes.

El cristiano no puede olvidar que, como enseñan los textos del *Nuevo Testamento*, siendo ciudadano de la ciudad terrena, está en camino hacia la verdadera Patria².

² "Nuestra ciudadanía está en los cielos", *Epístola a los Filipenses*, 3, 20; "[...] no tenemos aquí ciudad permanente, antes buscamos la futura", *Epístola a los Hebreos*, 13, 14.

Como ha destacado Joseph RATZINGER, hoy Benedicto XVI, esa actitud “escatológica” garantiza, contra el absolutismo, “los límites del Estado y de la Iglesia en el mundo”³. Hablando de la *laicidad positiva*, ha dicho:

“Siempre que se ha mantenido esta actitud fundamental —agrega—, la Iglesia ha sabido que no puede ser el Estado, que la ciudadanía definitiva está en otra parte y que en la tierra no se puede erigir el Estado divino. La Iglesia respeta el Estado terrenal como un orden propio del tiempo histórico, con sus derechos y sus leyes, que ella acepta. Reclama, pues, la convivencia leal y la cooperación con el Estado terrenal. También cuando no es un Estado cristiano (Rom 13, 1; 1 Petr 2, 13-17; 1 Tim 2,2). Al exigir la leal colaboración del Estado y el respeto a su peculiaridad y sus límites, la Iglesia educa en las virtudes que hacen bueno al Estado. Pero también pone una barrera a su omnipotencia. Dado que ‘es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres’ (Act 5,29), y como quiera que sabe por la palabra de Dios qué es el bien y el mal, la Iglesia llama a la resistencia dondequiera que se mande hacer el mal auténtico y lo adverso a Dios. Estar en camino hacia la ciudad nueva no aleja, sino que es, en realidad, la condición para restablecernos y restablecer al Estado. Cuando los hombres no tienen otra cosa que esperar que aquello que ofrece este mundo, cuando deben y tienen que exigírselo todo al Estado, se destruyen a sí mismos y destruyen al Estado. Si no queremos caer de nuevo en las garras del totalitarismo, tenemos que mirar más allá del Estado, que es una parte, no el todo. La esperanza en el cielo no está en contra de la fidelidad a la tierra: es esperanza también para la tierra. Esperando lo más excelso y definitivo, los cristianos debemos y tenemos que llevar esperanza también a lo provisional, al Estado en el mundo”⁴.

4. COYUNTURAS DE CRISIS Y BÚSQUEDAS TEÓRICAS

En la sociedad que coloca la garantía de la tolerancia y del pluralismo en el rechazo de toda trascendencia, en el antropocentrismo radical (sin absolutos éticos ni religiosos), el consenso contractualista (las *reglas de juego*) resulta instrumento imprescindible. Igual ocurre en el caso de quienes desean el alumbramiento de una nueva sociedad sin considerar que la misma depende de los *a priori* dogmáticos de la antigua escolástica marxista-leninista, sino pensando que se puede llegar al mismo objetivo por otros medios, diferentes de los señalados como imprescindibles por la vieja doctrina. Para ambos, la función de los jueces será la clave de la construcción socio-política a la cual aspiran.

El Derecho, al ser fundamentalmente decisión judicial, pasa a ser más *voluntad* que *razón*. La noción ciceroniana-agustiniana-tomista de ley como ordenación de la razón (*quaedam ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*)⁵ resulta, así, minusvalorada cuando no archivada. Entonces, la decisión judicial no llega a ser una necesaria decisión prudencial en la aplicación de la justicia. Decir *lo justo*, señalar la pertenencia del *justo tí-*

³ Joseph RATZINGER, *Verdad, valores, poder*, Madrid, Rialp, 1998, p. 107.

⁴ *Ibid.*, pp. 107-108.

⁵ Tomás DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4.

tulo en las controversias como adecuado camino para la armonía social a través del *iudicare*, del juzgar, ya no tiene sentido. El *ius* no se percibe como intrínsecamente relacionado con la *iustitia*; y el *iudicare* resulta, entonces, solo una forma adicional de manifestación del voluntarismo que percibe al Derecho como fuerza de quien lo proclama y lo aplica. También, de alguna manera, pareciera pasar al desván de los recuerdos el antiguo voluntarismo formalista que colocaba el *quid* del Derecho en la voluntad del legislador. Es ahora la *voluntad del juez* la que decide, partiendo no tanto [dicen] de la proclamación de la justicia como condición de la paz social (aquella *tranquillitas ordinis*, tranquilidad del orden, agustiniana), como de una visión dinámica del Derecho, que supone una tarea permanente de adaptación del ordenamiento a los requerimientos del devenir histórico-político. Será esa nueva voluntad la que pondrá a disposición de un determinado “proyecto” político el monopolio de la fuerza, y, si fuere necesaria, la aplicación coactiva del “Derecho” dicho por el juez.

La potencial dictadura de los jueces, como elemento de distorsión de las instituciones democráticas (frente al cual no hay instancia humana a la cual recurrir) y del recto existir comunitario, se ha visto tanto en decisiones típicas de secularismo fundamentalista en instituciones de un influjo muy grande en la vida de la sociedad para la cual deciden; así como en la teoría y la *praxis* judicial del llamado *Uso Alternativo del Derecho*.

Ante una función cuasi omnipotente de los jueces, cuando éstos desarrollan su tarea en función de un “proyecto” ideológico-político (marcado por un fundamentalismo secularista o por un *a priori* ideológico-político vinculado, en no pocos casos, al neomarxismo en su origen), resuena con fuerza la clásica cuestión: *Sed quis custodiet custodes ipsos?* [Pero ¿quién custodia a los custodios?].

Esas nuevas perspectivas sobre la interpretación y el papel del juez generan no pocas interrogantes sobre las concepciones jurídicas tradicionales (particularmente aquellas atinentes a las funciones del jurista *in genere* y a la llamada *certeza jurídica* o *certeza del Derecho*). Muchas de tales perspectivas surgieron en el marco de los marxismos no leninistas o, si se prefiere, para mayor exactitud, de los marxismos no soviéticos, enfrentados en su quehacer político a los desafíos de la llamada *sociedad abierta* (*open society*). Más aún, dentro de las sociedades abiertas, aquellas que habían visto un reflorcer del individualismo como actitud en el contexto de una sociedad de bienestar creciente, nunca puesto en cuestión a pesar de la consideración crítica del Estado del bienestar (*Welfare State*) y del Estado Nación, la vigencia de las categorías sociopolíticas marxistas fue, con razón, puesta en duda cuando no radicalmente rechazada.

No se trataba de cuestionar en sus aspectos básicos los planteamientos de la modernidad ni los de la postmodernidad. Se trataba, muchas veces, al decir de sus teóricos, de asumirlos de una manera que pusiera a la cultura dominante en consonancia con los cambios histórico-económicos y su incidencia jurídico-política. Se buscaba, así, procurar superar la modernidad desde la modernidad misma.

Y la creatividad —no puede desconocerse— afloró, con un impacto cuyos efectos aún resultan patentes, en mayor medida en los momentos de crisis.

4.1. Mayo, París, 1968

En mayo de 1968, la revuelta estudiantil en Francia llegó casi a asfixiar al régimen del general De Gaulle y a la V República nacida de la crisis político-militar diez años antes. La capital francesa volvió a ser de nuevo un París convulsionado, un París de utopías de ultraizquierda y de barricadas revolucionarias. Fue una tormenta de consignas y maximalismos. Solo la separación del tema de las reivindicaciones salariales de las organizaciones sindicales del utopismo revolucionario de las diferentes organizaciones estudiantiles y de los enfoques estratégicos de las organizaciones políticas de izquierda permitió al gobierno el control de la situación y la superación de la crisis.

El de *Mayo 68* fue un movimiento estudiantil que, si bien tuvo conocida dirección juvenil francesa (Alain Kirivine [trostkysta] diría luego, en tono retador, al asumir una candidatura simbólica a la Presidencia de la República, refiriéndose a la calificación de *grupúsculos* que habían recibido de parte de las autoridades, *les grupuscoules ont sortie de sa grupuscoulosité*, los grupúsculos han salido de su grupusculosidad), convocó a los bulevares parisinos, a la revuelta de calle, a jóvenes dirigentes de distinta nacionalidad. Daniel Cohn-Bendit (hoy eurodiputado), joven extremista alemán, por ejemplo, al ser deportado, encontró la masiva solidaridad de los estudiantes radicales parisinos (*¡Nous sommes tous de juifs allemands!* Somos todos judíos alemanes). Fue un movimiento signado por la anarquía, pero que no se propuso en términos inmediatos la toma del poder. Aunque retara en la opinión y en las luchas con la policía al poder establecido, buscaba sobre todo (y lo logró), desde posturas genéricamente izquierdistas pero de imposible clasificación en casillas de marxismos tradicionales, la crítica demoledora, cultural y política del estatus social existente; sobre todo, en el ámbito universitario, de aquel que entonces se llamó el *mandarinismo académico*.

Los jóvenes insurgentes, de la proclamación de la anomia, teórica y práctica, pretendían llegar a la demolición cultural del mundo burgués, dentro del cual colocaban, también, a las tradicionales expresiones políticas y partidistas del marxismo-leninismo. Uno de los dirigentes de aquel neanarquismo militante no vaciló en declarar: “El día más feliz de mi vida fue aquél en que vi a la carroña stalinista agruparse forzosamente detrás de nuestras banderas”. El Anfiteatro central de La Sorbona (después de los sucesos la antigua Universidad de París sería segmentada y descentralizada) fue el escenario de debates sin fin, de retórica sin freno, de adulación de la combatividad y rebeldía estudiantil por parte de algunos (por ejemplo Jean-Paul SARTRE) que figuraban, por méritos propios, en la mitología antigua que aquella insurgencia cargada de irreverencia deseaba aniquilar.

Así pues, a fines de la década de los sesenta, la revuelta juvenil puso en crisis, en el mundo “occidental” y “capitalista”, no solo el orden político existente, sino

también, el antiguo sentido de la militancia que había nutrido el sentido del compromiso político y social durante más de un siglo. París volvió a ser la capital de la revolución, pero de una revolución distinta.

Diez años después que el incruento *putsch* militar provocara la crisis letal de la IV República Francesa y abriera el camino a la V República con el liderazgo indiscutido de Charles de Gaulle, el *Mayo París 68*, la revuelta universitaria, obligó, pues, a una consideración de los hechos que fuera más allá de lo superficial. Se deseaba una reflexión que permitiera comprender las causas de la crisis e hiciera posible su encauce histórico-político mediante una interpretación abierta a nuevos paradigmas y una respuesta intelectual y política que confluyera en una revalorización plenaria de la persona humana.

Se trataba, pues, de intentar comprender mutaciones sociales complejas en su morfología y procesos de cambio que no admitían reduccionismos ideológicos ni soluciones de manual. Se desarrolló así una dinámica cultural-política que, en lo que interesa a estas líneas, se manifestó, en un primer momento, con el llamado *uso alternativo del Derecho*; y, posteriormente, sin contradicción directa contra el *uso alternativo del Derecho*, siendo en algunos casos su derivación o consecuencia (no así en otros), con el llamado *nuevo constitucionalismo*.

4.2. La Primavera de Praga

Al mismo tiempo, en el llamado mundo “oriental” y “socialista”, con la llamada Primavera de Praga, que culminó con la invasión militar del Pacto de Varsovia, liderado por la URSS, contra la Checoslovaquia de Alexandr Dubcek, la esclerosis del marxismo en su versión soviética (la del Partido Comunista de la Unión Soviética, PCUS) se puso de relieve, en lo político y en lo jurídico, con la formulación de la llamada *Doctrina Brezhnev*, que pretendía abiertamente la limitación de la soberanía en función de los intereses geopolíticos de la URSS como superpotencia.

En Checoslovaquia, un proceso de tensiones entre dos alas del Partido Comunista, una dirigida por el ex stalinista Antonyn Novotny y la otra por el secretario del Partido Eslovaco, Alexandr Dubcek, condujo a profundos debates en el fin del otoño y en el invierno de 1967. Estos culminaron a comienzos de 1968, cuando Novotny fue sustituido por Dubcek como jefe del partido. Tal hecho ocurrió el 5 de enero. Dubcek contó con el respaldo entusiasta de los intelectuales, jóvenes y obreros del partido. Novotny dejó, además, la Presidencia de la República, siendo sustituido en marzo por el general Ludvik Svoboda, héroe nacional de la resistencia contra los alemanes, antiguo colaborador de Thomas G. Massaryk y Edward Benes.

El periodo que entonces se inició en Checoslovaquia tomó el nombre de Primavera de Praga, porque adoptó como línea política la expuesta en abril de 1968 en el *Programa de Acción del Partido* que proponía garantizar derechos tan elementales como la libre constitución de partidos políticos, la libertad de expresión, la eliminación de la censura de prensa, el libre tránsito en el territorio nacional y la

libertad de viajar al exterior. Contemplaba, además, la rehabilitación e indemnización de las víctimas de los procesos stalinistas.

El efecto de demostración de la Checoslovaquia de Dubcek fue inmediato. En Polonia, los estudiantes manifestaron su entusiasmo con la Primavera de Praga. Fueron sangrientamente reprimidos por Wladyslaw Gomulka. Los intelectuales y estudiantes checos manifestaron su solidaridad con la juventud polaca.

En la URSS, la línea dura de Leonidas [Leonid Ilich] Brezhnev (1906-1982) encontró fuerte respaldo en el ejército, especialmente en el mariscal Andrei Antónovich Grechko, ministro de la Defensa. La URSS decidió eliminar el caso problema. Los dirigentes soviéticos consideraron erróneamente que sustituyendo a Dubcek y a sus más allegados el asunto estaría resuelto. El Ejército Soviético y tropas de cuatro países del Pacto de Varsovia (Polonia, Bulgaria, Hungría y Alemania Oriental; la Rumania de Nicolae Ceausescu se negó a participar en la agresión) invadieron Checoslovaquia el 21 de agosto.

La negativa del presidente Sbovoda y de la mayoría del Comité Central del PC Checoslovaco a convalidar los actos de la URSS y sus incondicionales; su rechazo a la petición soviética de sustituir a Dubcek y a sus colaboradores (detenidos por los invasores), y la resistencia nacional que se organizó de una manera tan ferviente y eficaz como no se recordaba desde los días de la invasión hitleriana, obligaron a Brezhnev a “negociar”. Fueron negociaciones entre una superpotencia y un país ocupado. Sbovoda tuvo que acceder, por los Acuerdos de Moscú del 25 de agosto de 1968, a adoptar medidas que, *de facto*, implicaban el restablecimiento de la censura.

El 18 de octubre Checoslovaquia, país ocupado por las divisiones del Pacto de Varsovia como “demostración solidaria del internacionalismo proletario”, fue obligada a suscribir un Tratado sobre el estacionamiento temporal de las tropas soviéticas. Se mantuvo a Dubcek y su equipo, aunque carentes ya de libertad para obrar según el Programa de Abril. Había muerto la Primavera de Praga.

El golpe de gracia vino dado por un hecho al parecer irrelevante: el triunfo del equipo checoslovaco sobre el soviético en el campeonato de hockey sobre hielo. Entusiastas manifestaciones de neto carácter anti-soviético sacudieron el país. La presión militar fue decisiva, al parecer, para que Brezhnev obligara entonces a la sustitución de Alexandr Dubcek por Gustav Husak.

“El efecto de la acción soviética en Checoslovaquia fue considerable, no solo en los países occidentales, que expresaron su indignación, sino también en numerosos partidos comunistas. Tal fue el caso de las protestas de los partidos italiano, rumano y yugoeslavo. También el partido comunista francés, conocido como uno de los más dóciles a Moscú, se pronunció contra la intervención militar de los soviéticos, lo cual constituía una mutación extraordinaria en relación a su línea de fidelidad a la URSS en los últimos cuarenta años; procuró, sin embargo, atenuar

su declaración afirmando que las relaciones entre el PC francés y la Unión Soviética permanecían cordiales”⁶.

La invasión a Checoslovaquia generó la llamada Doctrina Brezhnev, que fue la abierta proclamación, por parte de la URSS, del derecho de intervención permanente. En 1971 se reunió en Praga un *Symposium* de Juristas en búsqueda de la formulación de un Derecho Internacional “socialista”, con la finalidad de dar basamento jurídico a la tesis de Brezhnev sobre la *soberanía limitada*.

Según la revista *Pravnik*, que recoge en su volumen de enero-febrero de 1972 los documentos de la reunión, el principio fundamental del Derecho Internacional Socialista es *no perder jamás de vista el internacionalismo*. Según tal enfoque, pueden distinguirse dos tipos de Derecho Internacional: 1) un Derecho Internacional *general*, que rige las relaciones entre las naciones capitalistas o entre las naciones capitalistas y las socialistas; y 2) un Derecho Internacional *socialista*, aplicable solo a las relaciones entre los países socialistas. Los juristas reunidos *ad hoc* en Praga aseguraron, para ser gratos a Brezhnev y al PCUS, que las fuentes del Derecho Internacional socialista existían y eran formales, señalando como referencias los documentos de la Conferencia de Bratislava en agosto de 1968 y las Resoluciones de la Conferencia de los PC en Moscú en junio de 1969. *Pravnik* conceptualizaba de la siguiente manera el internacionalismo que debía ser piedra angular del Derecho Internacional socialista: “El deber de toda nación socialista es el de defender las conquistas del socialismo, no solo en su propio país, sino también en todo país hermano, siempre que ellas estuvieren en peligro”. Agregaba *Pravnik* que “todos los PC en el poder están en el deber de aplicar las decisiones adoptadas por el PC de la URSS”⁷.

5. LIBERACIÓN POR EL DERECHO, LIBERACIÓN DEL DERECHO Y PERVERSIÓN DEL DERECHO

Los dramáticos y trágicos acontecimientos descritos motivaron, en la revisión política de lo jurídico, tres perspectivas diferentes que pueden ser llamadas la liberación por el Derecho, la liberación del Derecho y la perversión del Derecho.

Martin KRIELE⁸, en su análisis de la Revolución Francesa, había calificado a la etapa girondina de la revolución (1789-1792) como intento de *liberación por el Derecho*. A su vez, calificaba la etapa jacobina (1792-1794) como intento de *liberación del Derecho*.

En la Primera Revolución, la del 89, está presente la idea ilustrada de *liberación por el Derecho*. En ella “entra además el propósito de cambiar el mundo, pero

⁶ Cfr. Jean-Baptiste DUROSELLE, *Storia Diplomatica dal 1919 al 1970*, Roma, Ed. dell'Ateneo, 1972, p. 650.

⁷ Tomo los datos de la crónica del volumen de *Pravnik* publicada por Jacques GILLEMÉ-BRÛLON, *Le Figaro*, Paris, 10 de abril de 1972, p. 7.

⁸ Cfr. Martin KRIELE, *Liberación e Ilustración*, Herder, Barcelona, 1982.

de tal modo que sirva a los hombres y no se lleve a cabo en la miseria y en la desesperación”⁹.

Luego, con la Segunda Revolución, la del 92, la *liberación del Derecho* supone la posibilidad histórico-política de la afirmación del mito paralelo (que aspira a ser no complementario, sino superador) de la *liberación por la ciencia*. La herencia cultural-política de esta Segunda Revolución está en todas las degradaciones de la humana condición que los totalitarismos han representado.

“Esta idea de ‘liberación’ recorre y caldea como una corriente magmática la subconciencia colectiva del presente, fascina así la fantasía, marca el sistema de coordenadas espiritual-ético-político y dirige pensamientos, sentimientos y querer. Marca la *moral*: es bueno lo que contribuye a la ‘liberación’. Marca la filosofía de la historia: Es ‘progresista’ el servir al triunfo de la ‘liberación’. Marca la teología: en el lugar de la espera escatológico se introduce la esperanza política. Marca la confianza y la sospecha: lo que contribuye a la ‘liberación’ merece la mejor buena fe, cuanto la contradice lleva las de perder desde el comienzo mismo del proceso. Y marca la propia verdad: sus esquemas interpretativos del mundo evidencian una fe grande y entusiasta, que mezcla por principio y en cada caso concreto la argumentación con la ilusión y el engaño”¹⁰.

De alguna manera, parafraseando a KRIELE, podría decirse que los intentos de la socialdemocracia alemana (en cuyo ámbito cultural socialdemócrata se ubicaba KRIELE cuando publicó su libro *Liberación e Ilustración*), desde inicios de siglo hasta la significativa diferencia marcada por el Programa de Bad Godesberg, constituyen sin duda un intento socialista de liberación por el Derecho.

A ese *socialismo girondino*, por poner alguna etiqueta histórica, estaría contrapuesto un *socialismo jacobino* (para seguir con adjetivismo galicano) que estaría representado en la revuelta universitaria de *Mayo París 68*. La invasión soviética a Checoslovaquia y su secuela seudoteórica con la Doctrina Brezhnev de la soberanía limitada y del Derecho “socialista” de intervención de la URSS, más que un Termidor, merece ser considerada como una *perversión del Derecho*.

En el *Mayo París* se pretendió la inclusión total. La consigna “Prohibido prohibir” expresaba un imaginario colectivo carente de barreras y abierto, en la vaga teoría, a aquella *ilimitada libertad* que en el decir de DOSTOVIESKY culmina en el *ilimitado despotismo*.

La condena a la invasión de la URSS y sus aliados a la Checoslovaquia de Dubcek y Sbovoda fue rotunda tanto por parte del PC francés como del PC italiano. En la conducción política de esos partidos, crítica de la URSS, se percibía un rechazo profundo a intentar superar la liberación del Derecho mediante la perversión del Derecho.

⁹ Ibid., p. 23.

¹⁰ Idem.

Así, la reflexión *marxista no leninista* sobre la *liberación por el Derecho* cobró un nuevo dinamismo. La *perversión del Derecho* que suponía la Doctrina Brezhnev, y la crítica a la manipulación formalista de la legalidad típica del largo dominio de Josif Vissarionovich Duzgasvili, mejor conocido por su nombre de lucha, Stalin [el *hombre de acero*], en la conducción soviética (crítica ininterrumpida en el propio mundo marxista desde la muerte de Stalin en 1953, potenciada por el Informe Secreto sobre los crímenes de Stalin de Nikita Kruschev al XX Congreso del PCUS en febrero de 1956), hicieron que buena parte de la *intelligentsia* marxista de la órbita cultural de los principales partidos comunistas europeos buscara, en el campo del Derecho, *la eficaz y no confrontativa utilización del orden normativo vigente* en sus respectivas sociedades, más que su brutal instrumentalización. Esta última suponía que si bien podía “racionalizar” (o intentarlo) la negación de toda disidencia y la imposición militar de los intereses de la URSS, distaban mucho de dar respuestas satisfactorias, ni en el orden académico ni en el orden social y político a la coyuntura signada por el cambio que entonces se vivía.

6. EL EMPEÑO DE LOS SEGUIDORES DEL PENSAMIENTO GRAMSCIANO

Después del *Mayo París* de 1968 y la estela de movimientos universitarios que recorrieron Europa, sacudiendo con una violenta irrupción de utopías disimiles el aletargamiento de la cómoda *sociedad del bienestar*, así como también después del aplastamiento militar dirigido por la URSS de la Primavera de Praga, el revisionismo marxista europeo centró su atención en la consideración “democrática” de la legalidad: del orden normativo y de sus órganos institucionales de aplicación. Surgieron, así, bajo impulso militante y con no oculta finalidad política, asociaciones que agrupaban académicos, fiscales y jueces. Como ha sido puesto de relieve¹¹, tal movimiento se inspiraba en una concepción marxista *gramsciana*, no propiamente *marxista leninista*.

Si la lucha por las superestructuras representa un *girondinismo* (en el sentido de *antijacobinismo*) en la concepción gramsciana, ello no debe ser visto en sentido peyorativo. La admiración personal hacia GRAMSCI que reflejan autores nada alevados a una concepción marxista como Augusto DEL NOCE y Georges COTTIER, ponen de relieve un reconocimiento de su agudeza teórica y de su considerable independencia del riguroso *diktat* soviético, cuando ello resultaba no exento de riesgos de toda índole en el periodo posterior a Lenin conocido como la Era de Stalin (1924-1953), tanto antes de su detención por el régimen de Mussolini (1926) como en sus años de cárcel hasta su fallecimiento, inmediatamente después de su liberación (1937).

Si bien después de Gramsci la conducción del *Partito Comunista d'Italia* (PCI) cayó en manos de Palmiro Togliatti (el dirigente comunista italiano que nacional e internacionalmente resultó más identificado con la línea staliniana del PCUS,

¹¹ José María LASO PRIETO, “Hacia un nuevo uso alternativo del derecho”, en *Argumentos*, 3, 1977, pp. 48-52.

quien solo habló del *camino propio* después de la muerte de Stalin), luego de la Secretaría Política de Luigi Longo (1964-1972) llegó a la conducción política del PCI (en el XIII Congreso, celebrado en marzo de 1972) un notable dirigente sardo, Enrico Berlinguer, quien se desempeñaría como Secretario Político del PCI de 1972 hasta su deceso en 1984.

BERLINGUER hizo la formulación del *compromesso storico*, que teórica y prácticamente suponía el abandono de la *Klassenkampf* marxista. A raíz de la caída de Salvador Allende en Chile, publicó tres importantes artículos en *Rinascita*. El primero de ellos apareció el 28 de septiembre de 1973 y se intitulaba *Imperialismo e coesistenza alle luce dei fatti cileni. Riflessioni sull'Italia dopo i fatti del Cile* (Imperialismo y coexistencia a la luz de los hechos chilenos. Reflexiones sobre Italia después de los acontecimientos de Chile). Luego siguieron, en la misma publicación, *Via democratica e violenza rivoluzionaria* (Via democrática y violencia revolucionaria), el 5 de octubre, y *Alleanze sociali e schiarimenti politici* (Alianzas sociales y clarificaciones políticas), el 12 de octubre.

BERLINGUER proponía en sus artículos un “*nuovo e grande*” “*compromesso storico*” (compromiso histórico) entre las fuerzas políticas que representaban la mayoría del pueblo italiano. Era, por tanto, una propuesta sin precedentes dirigida a los Demócratas Cristianos y a los Socialistas.

Ese planteamiento del PCI de Berlinguer fue proyectado, con habilidad estratégica y táctica, por el *Partito Democratico della Sinistra* (Partido Democrático de la Izquierda, PDS), continuidad histórica del PCI¹² en la política italiana, con la dirección sucesiva de Achile Occhetto —bajo su conducción (1988-1991), posterior a la de Berlinguer (1972-1984) y Alessandro Natta (1984-1988), el PCI se transformó en PDS— y Massimo D'Alema, sucesor de Occhetto en la Secretaría Política del PDS.

Muchos socialdemócratas y comunistas reformistas, en el seno de la sociedad de consumo, parecen haberse comprometido, disolviendo su materialismo en el inmanentismo de la cultura dominante, a sustituir la revolución social por la revolución sexual¹³.

¹² El XX Congreso Nacional del PCI reunido en Rimini decidió, el 3 de febrero de 1991, la disolución del PCI y su transformación en Partito Democratico della Sinistra (PDS). No adhirieron al PDS dos sectores minoritarios del antiguo PCI que dieron, entonces, vida a dos nuevos partidos: *Partito della Rifondazione Comunista* (Partido de la Refundación Comunista, PRC) y el *Partito dei comunisti Italiani* (Partido de los Comunistas Italianos), que sigue usando la antigua sigla de PCI.

¹³ La crisis de valores patente en la cultura dominante afectó no solamente a las posturas socialistas sino a las posiciones políticas adversas a ella, de notable importancia en la política europea y de algunos países de América Latina. En el caso de no pocas de las antiguas expresiones de la Democracia Cristiana, antagonistas políticos históricos de las organizaciones marxistas leninistas en el mundo de la segunda postguerra, olvidada, a menudo, en las décadas finales del siglo XX, una política de valores, el bien común fue sustituido por el poder como objetivo maquiavélico de la política, la razón moral fue sustituida por una razón económica, en no pocos casos los postulados de la cultura de la vida fueron olvidados (o retóricamente proclamados, aunque no verdadera y eficazmente defendidos) diluyéndose, entonces, sus originarios planteamientos programáticos, afincados en una concepción cristiana del hombre y de la vida (el humanismo cristiano, el nuevo personalismo), en un liberalismo filosófico, económico y político no pocas veces contradictorio con sus raíces históricas y culturales.

7. EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

La comprensión de los profundos cambios operados sobre todo en el último tercio del siglo XX constituyó el empeño de intelectuales con capacidad crítica y compromiso directo en el intento de formulaciones que, política y jurídicamente, pudieran considerarse ajustadas al signo de los tiempos, en un esfuerzo de apuesta al futuro que se deseaba construir desde posturas rectoras y protagónicas. La celeridad de los cambios vino potenciada por la llamada *revolución de la tecnología de la información* (la *IT Revolution*). La misma generó, evidentemente, variaciones tanto en la información masiva y globalizada, como en la formación de un nuevo tipo de ciudadano, tanto en las relaciones de producción como en la estructuración de los actores sociales, y la conciencia sociocultural y política de los mismos (con nula o escasa vinculación con la que había caracterizado, en Occidente, la visión que tales actores tenían de sí mismos, así como de las metas u objetivos que definían tanto su participación en los espacios públicos como el sentido de su compromiso militante, si es que éste existía).

Si la sociedad de la información, con sus notables avances tecnológicos no garantizaba (ni garantiza) contra el resurgir de los viejos fantasmas del antihumanismo, hay que señalar, también, que los seguidores de aquellos que buscaron construir un modelo antropológico al gusto de los totalitarismos del siglo XX, de los *ingenieros de almas* (la expresión es de Lenin), en el tiempo a caballo entre siglos y milenios, han buscado vertientes diversas a los planteamientos originales de sus maestros pretendiendo llegar al *desideratum* de diversas utopías.

Así, el mundo del Derecho se convirtió en foco de atención y en campo de experimento. A decir verdad, no solo cierto neomarxismo, sino también cierto neofundamentalismo secularista avecindado al individualismo liberal realizó un viraje hacia el Derecho para utilizarlo como instrumento en su intento de rediseño social y político. El Derecho como instrumento político, como instrumento de actualización de políticas, no es una invención de la postmodernidad. Las características adoptadas en el final del siglo XX, tanto por el fundamentalismo secularista como por el neomarxismo en su visión instrumental del Derecho, ameritan que ellas sean destacadas, al menos en sus aspectos fundamentales.

8. LOS RETOS JURÍDICOS DE LA NUEVA HERMENÉUTICA

Los retos de la nueva hermenéutica quizá en pocos campos han generado una dinámica tan novedosa como en los predios del Derecho. Si toda comprensión del Derecho supone, de alguna manera, una interpretación del mismo, el jurista viene a ser de alguna manera productor de normas¹⁴. Ello sería válido sobre todo para quien desempeña funciones judiciales, porque la función creativa del juez es necesariamente normativa. Y su decisión no se agota en el marco reducido de

¹⁴ Cfr. Francesco D'AGOSTINO, "L'interpretazione del diritto", en *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996 (véanse particularmente pp. 162 y ss.).

las partes en litigio sino que, necesariamente, se proyecta de manera efectiva en el conjunto de la vida social. El juez Oliver Wendell HOLMES, recuérdese, declaró, por ejemplo, que el Derecho no era otra cosa que “las previsiones de aquello que los tribunales efectivamente harán”¹⁵. Alf Ross, exponente de la llamada Escuela Escandinava¹⁶, por su parte, consideraba únicamente *normas auténticas* aquellas que emanaban de los jueces; considerando, en cambio, a los códigos y a las leyes publicadas en las Gacetas Oficiales como simples *normas presuntas*¹⁷.

Lo que está planteado, además, para una revisión crítica del *uso alternativo del Derecho* y del nuevo constitucionalismo, es la comprensión de procesos y actores políticos que inciden, de manera muy importante, en la consideración política del Derecho, la cual resulta, sin duda, ubicada en las antípodas del purismo formalista que impuso en su tiempo Hans Kelsen, en un empeño teórico que, aunque impuesto en el ámbito académico como un cuasi dogma durante más de medio siglo, resultó ser el canto del cisne del positivismo en el campo del Derecho.

La necesaria referencia a procesos histórico-políticos ayudará a una más cabal comprensión de los autores y tendencias cuyo análisis en profundidad se desea motivar en estas páginas. Primero resaltan las estrategias y tácticas de raigambre político-ideológicas y luego aparecen, con mayor nitidez, en la doctrina jurídica contemporánea, personajes y posturas. Paradójicamente, en tiempos que parecieran identificarse culturalmente con un apoliticismo, donde se proclama (con más énfasis que convicción) la muerte de las ideologías, en los cuales se considera un *handicap* (a efectos de la vida académica) la condición militante, la mayor novedad teórica con proyección práctica resulta, al parecer, el fruto de un *trabajo cultural político militante*, realizado con constancia y variedad de tonos según los momentos en los cuales sus resultados han visto la luz. Me refiero al llamado *uso alternativo del Derecho*.

8.1. El Congreso sobre el uso alternativo del Derecho

El mismo año de la elección en Italia de Enrico Berlinguer como secretario político del PCI se llevó a cabo un encuentro de juristas destinado a tener largo eco en la teoría y en la práctica del Derecho en los años posteriores. Fue un importante movimiento cultural-político que, buscando la *concientización de los intelectuales*, tuvo como motor visible al Instituto Gramsci, de Roma, públicamente vinculado al Partido Comunista Italiano (PCI) y a su sucesor histórico, el *Partito Democratico della Sinistra* (PDS, Partido Democrático de la Izquierda).

¹⁵ Oliver Wendell HOLMES, “The path of law”, en *Collected Legal papers*, Harcourt, Brace and Co., New York, 1921, p. 167; cit. Francesco D’AGOSTINO, ob. cit., p. 162.

¹⁶ Cfr. José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho/Universidad Complutense, 1996, tomo II, pp. 613-622.

¹⁷ Alf Ross, *Diritto e Giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 34 y ss.; cit. Francesco D’AGOSTINO, ob. cit.

Laso PRIETO destaca el “lúcido análisis” de los profesores Pietro BARCELLONA y Giuseppe COTTURRI respecto a la función de los intelectuales en cuanto a los “mecanismos de mediación de la sociedad burguesa”¹⁸.

Pietro BARCELLONA organizó, en efecto, el Congreso sobre el *uso alternativo del Derecho* que se celebró en Catania del 15 al 17 de mayo de 1972. A ese evento siguieron, en la primera mitad de los años setenta, otras dos importantes reuniones que signaron la marcha de todo el movimiento, unificaron planteamientos básicos y diseñaron estrategias a mediano y largo plazo, tanto en el marco propiamente académico como en el específicamente político. Esas reuniones fueron el Congreso sobre técnicas jurídicas y desarrollo de la persona, celebrado en Bari en mayo de 1973; y las Jornadas Jurídicas, realizadas en Bolonia, en abril-mayo de 1975.

El más importante de tales encuentros fue, sin duda, el de Catania en mayo del 72. Al mismo asistieron conocidos catedráticos de filosofía del Derecho y de ciencia jurídica de diversas universidades italianas. Además de Pietro BARCELLONA (de quien seguidamente se hará una referencia más detallada) asistieron al Congreso de Catania, entre otros, Giuseppe COTTURRI¹⁹, Umberto CERRONI²⁰, Francesco GAL-

¹⁸ Atribuye a BARCELLONA el estudio del sistema de gobierno interclasista de la Italia de la segunda postguerra, con hegemonía de la *Democrazia Cristiana*, en el cual, según su óptica marxista, “el Estado se pone al servicio de la iniciativa privada en la economía”; cfr. José María LASO PRIETO, ob. cit. Una visión histórico-política más objetiva y menos sectaria es la plasmada por Norberto BOBBIO, quien no vacila (habiendo sido él militante del radical *Partito d’Azione*) en conceder a Alcide de Gásperi y a la *Democrazia Cristiana* por él dirigida, un papel fundamental en la institucionalización de las libertades democráticas republicanas en la Italia de la segunda postguerra; cfr. Norberto BOBBIO, *Autobiografía*, Madrid, Taurus, 1997, p. 107.

¹⁹ Giuseppe COTTURRI nació en Lecce en 1943. Se gradúa con honores en Derecho en la Universidad de Bari, en 1966. Ya en 1969 figura como Profesor Asistente Ordinario de Derecho Civil. Se dedica a la enseñanza de Derecho Comparado en Ciencias Políticas, en Messina. Desde 1973 se establece en Catania, enseñando Doctrinas Jurídicas. Desde 1975 enseña Historia de las Instituciones Políticas en la Universidad de Bari. Figura entre los colaboradores de la Fundación de Investigaciones Marxistas (FIM), entidad promovida por el Partido Comunista de España. FIM fue constituida en Madrid en 1978 y reconocida por el Ministerio de la Cultura en 1980. Desde 1977 colabora con el Centro di Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato (CRS, institución cultural nacional vinculada al Partido Comunista de Italia). De 1981 a 1993 dirige el CRS. En 1993 pasa a dirigir la revista trimestral del CRS, *Democrazia e Diritto*. En 1985 gana el concurso de Docente Asociado de Sociología de la Política en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de Bari.

²⁰ Umberto CERRONI nació en Lodi, en 1926. Se graduó en Roma en 1947. Solo en 1964, 17 años más tarde, obtiene la *libera docenza* en Filosofía del Derecho. Inicialmente fue profesor de Historia de las Doctrinas Económicas y de Historia de las Doctrinas Políticas en la Università di Lecce. Desde 1971 es profesor de Filosofía Política en la Università di Salerno y en el Istituto Orientale di Napoli. Desde 1976 ocupó la cátedra de Ciencias Políticas en la Facultad de Sociología de la Università degli Studi di Roma La Sapienza. Entre sus obras pueden mencionarse: *Kant e la fondazione della categoria giuridica* [Kant y la fundación de la categoría jurídica], Milano, 1962; *Marx e il diritto moderno* [Marx y el derecho moderno], Roma, 1962; *Teorie sovietiche del diritto* [Teorías soviéticas del derecho], Milano, 1964; *Le origini del socialismo in Russia* [Los orígenes del socialismo en Rusia], Roma, 1965; *Il pensiero politico* [El pensamiento político], Roma, 1966; *La libertà dei moderni* [La libertad de los modernos], Bari, 1968; *Il pensiero giuridico sovietico* [El pensamiento jurídico soviético], Roma, 1969; *Tecnica e libertà* [Técnica y libertad], Bari, 1970; *Teoria della crisi sociale in Marx. Una reinterpretazione* [Teoría de la crisis social en Marx. Una reinterpretación], Bari, 1971; *Teoria politica e socialismo* [Teoría política y socialismo], Roma, 1973; *Società civile e stato politico in Hegel* [Sociedad civil y estado político en Hegel], Roma-Bari, 1974; *Lessico gramsciano* [Léxico gramsciano], Roma, 1978; *Teoria del partito politico* [Teoría del partido político], Roma, 1979; *Logica e società* [Lógica y sociedad], Milano, 1982; *Teoria della società di massa* [Teoría de la sociedad de masa], Roma, 1983; *Politica* [Política], Roma, 1986; *Regole e valori nella democrazia* [Reglas y valores en la democracia], Roma, 1989; *La cultura della democrazia* [La cultura de la democracia], Chieti, 1991. CERRONI ha sido un convencido militante marxista-leninista o marxista-gramsciano, si se prefiere.

GANO²¹, Stefano RODOTÀ²² y Luigi FERRAJOLI (de quien también se dejará una referencia especial).

A partir del mismo, el *uso alternativo del Derecho* se convirtió en la propuesta —tanto académica como política— del marxismo gramsciano italiano, vinculado directa o indirectamente al PCI (evidentemente novedoso y audaz frente a las acartonadas tesis del escolasticismo marxista-leninista del PCUS), tanto frente a una teoría que les lucía desactualizada e inoperante en el último tercio del siglo XX, como frente a los desafíos culturales y sociales planteados por la modernidad y la postmodernidad. Desde Italia se proyectó, bajo distintas modalidades, al resto de Europa occidental (singularmente a Alemania) y a los Estados Unidos.

9. MARXISMO GRAMSCIANO Y *USO ALTERNATIVO DEL DERECHO*

El *uso alternativo del Derecho* planteaba (y plantea) usar el Derecho como *signo social*, como *instrumento de transformación histórico-política*. Resulta, desde el punto de vista teórico, un alarde de creatividad “revolucionaria”. Es un desarrollo derivado (al menos en su vertiente italiana) de la concepción del *doctor de las superestructuras* y uno de los fundadores del PCI, Antonio GRAMSCI. El *uso alternativo del Derecho* ha sido un campo de combate académico y político de cierta *intelligentsia* (inicialmente solo marxista y en las últimas décadas también de algunos que se han distanciado del marxismo y de otros que nunca estuvieron vinculados con tal concepción) que pudiera calificarse como *políticamente comprometida*.

A pesar del desplome del llamado campo socialista entre el 89 y el 91 del siglo pasado, la teoría del *uso alternativo del Derecho* sigue siendo el áncora de quienes aspiran a transformar (marxistamente, desde una perspectiva gramsciana) la sociedad burguesa usando revolucionariamente la misma estructura normativa de ésta.

¿Cuál fue, en síntesis, el planteamiento del *uso alternativo del Derecho*? Aunque puedan y deban hacerse precisiones y distinguos, en la identificación de la postura específica de cada uno de los autores, téngase de entrada un marco de atención básico, con los riesgos que siempre presenta todo intento de simplificación.

²¹ FRANCESCO GALGANO (1943) es profesor ordinario de Derecho Civil de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la Universidad de Bologna.

²² STEFANO RODOTÀ nació en Cosenza, el 30 de mayo de 1933. Graduado en Derecho (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Su hoja de vida presenta una larga vinculación política, primero con el Partito Comunista d'Italia (PCI) y, luego, con la organización que históricamente le sucede, el Partito Democratico della Sinistra (PDS). En 1979 fue elegido diputado en las listas del PCI, como independiente de izquierda. Dentro de la Cámara, fue miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales. En 1983 resultó reelegido diputado siempre en las listas del PCI. Preside entonces el Grupo Parlamentario Sinistra Independente (de independientes de izquierda) de la Cámara de Diputados. En 1987 fue elegido por tercera vez diputado. Miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales. También miembro de la Comisión de Asuntos de la Presidencia del Consejo de Ministros y Asuntos Internos. Cuando en 1989 el PCI designa su gabinete sombra figura en él como ministro de Gracia y Justicia. Desde 1990 preside la Asociación Internacional de Juristas Democráticos, que agrupa a juristas de filiación política izquierdista. En 1992 preside el Grupo Parlamentario del PDS y es designado vicepresidente de la Cámara. En 1993 figura como miembro de la Comisión Bicameral para la Reforma Institucional. Es, también, representante al Parlamento del Consejo de Europa, en Estrasburgo. Igualmente, miembro de la Asamblea de la Unión de la Europa Occidental (UEO). En el 200 (¿) era redactor jefe de la revista *Politica del Diritto*.

El *uso alternativo del Derecho* es un esfuerzo de consideración política del Derecho, de valoración (en su origen, sin duda, partisana) de la realidad social y política en su necesaria vinculación con el Derecho. Nada, por tanto, más alejado del purismo formalista, de inspiración neokantiana, de un Hans Kelsen y su *Reine Rechtslehre* [Teoría pura del derecho], que el planteamiento de esta escuela o movimiento. Más aún, en la definitiva caducidad histórica del positivismo jurídico hay que reconocer su cuota de mérito a la fuerza demoledora de los teóricos del *uso alternativo del Derecho*.

También en la crítica al apoliticismo de cuño liberal que signó el economicismo individualista, y en el replanteamiento del reconocimiento de la naturaleza social de la persona humana (si bien por cauces distintos y, a menudo, irreconciliables con los planteados por el llamado *nuevo personalismo*) debe reconocerse al *uso alternativo del Derecho* una función crítica, desarrollada casi siempre desde el mismo horizonte cultural de la inmanencia, enfoque que, antropológicamente, no garantiza ni posibilita la apertura a la trascendencia.

Para el marxismo ortodoxo clásico (MARX y ENGELS, pero también Lenin, recuérdese *El Estado y la revolución*) el Derecho es solo *un aparato decorativo del poder*. En cuanto *superestructuras*, el Estado y el derecho reflejan, en la sociedad burguesa, los intereses de la clase opresora. Con la revolución del proletariado, tanto el Estado como el derecho están llamados a desaparecer. Sin embargo, en el periodo de transición de la sociedad burguesa a la sociedad socialista, deberán usarse los propios instrumentos del Estado y del derecho heredados del antiguo régimen para aniquilar los residuos burgueses y reaccionarios y construir la sociedad sin clases. (No es posible detenerse aquí en la farragosa exégesis de textos de Marx y Engels que Lenin realiza en *El Estado y la Revolución* y en su feroz polémica con la cabeza teórica y práctica del socialismo alemán de inicios del siglo XX, Karl KAUTSKY).

Se trata, por tanto, de cambiar la función del Derecho, de los jueces y de los juristas: de instrumentos políticos de la clase opresora, que disfrazaban de justicia la explotación, cumpliendo así una función ideológica, el Derecho, los jueces y los juristas deberán ser vistos desde la nueva óptica de la situación revolucionaria.

10. LOS JUECES, ÓRGANOS POLÍTICOS

Desde tan funcional concepción, los jueces deben ser *órganos políticos al servicio del pueblo*. En la medida en que sirven a la revolución dejan de ser instrumentos de opresión para ser instrumentos de liberación. El *uso alternativo del Derecho* es expresión de un marxismo no ortodoxo (gramsciano), y ciertamente no leninista, que desea no ya la *dictadura del proletariado*, sino dar una nueva perspectiva al materialismo histórico y dialéctico. Esa nueva perspectiva archiva la desaparición del Estado y del Derecho y se empeña, sin bizantinismos polémicos sobre la concepción histórica de Marx y de Lenin al respecto, en la transformación pacífica del Estado en un instrumento revolucionario del poder, ya no de una clase sino de una *intelligentsia* que ocupa, en la praxis histórica, la función que la antigua

dogmática marxista asignó a la *vanguardia iluminada* de la clase obrera, motor consciente de la *misión histórico mundial del proletariado* (que era, desde tal perspectiva, el Partido Comunista).

El *uso alternativo del Derecho* surgió, pues, para un cierto marxismo, de la sustitución de la *opción de clase* por una *opción cultural*. Opción cultural “liberadora”, en el sentido de promover, en el seno de la sociedad del bienestar (hedonista y despersonalizada), la *erradicación de toda forma de exclusión* y la reformulación de las relaciones comunitarias, desde el punto de vista económico y sociopolítico. El *uso alternativo del Derecho* supone, por tanto, el uso revolucionario del Derecho burgués.

El llamado *uso alternativo del Derecho* fue, pues, históricamente hablando, una creación del neomarxismo italiano que proclamó que el Derecho no puede identificarse, sin más, con el texto legal. Suponía, abiertamente, la *utilización renovadora* del “Derecho burgués”, apoyándose en las lagunas que todo ordenamiento posee, mediante la acción “revolucionaria” de los académicos y los jueces. Desde tal perspectiva, los académicos deben elaborar, para la transición histórica que ocurre en medio de la postmodernidad, el desarrollo teórico necesario. Los jueces “en sintonía con el proceso” deben, por su parte, tomar decisiones *revolucionarias*; es decir, en plena concordancia con el querer dirigir la transición hacia una nueva sociedad, a la cual no resulta estrictamente necesario denominar *socialista*. El *uso alternativo del Derecho* exige, pues, el *comportamiento político revolucionario* tanto de los académicos como de los jueces.

Como se trata de dar *otro uso* al Derecho del sistema, al ordenamiento jurídico burgués, el *uso revolucionario* en el periodo de transición, para no provocar ex-temporáneas e inconvenientes confrontaciones con la burguesía conservadora, puede y debe ser llamado *uso alternativo del Derecho*. No es necesaria una retórica radical. Es, pues, una simple cuestión de envoltura semántica que responde a exigencias estratégicas y tácticas.

En síntesis, el llamado *uso alternativo del Derecho* generado por el neomarxismo europeo *fin de siècle*, sobre todo italiano, perseguía (y al parecer, persigue aún), sin variar de manera llamativa el ordenamiento jurídico existente, interpretarlo y aplicarlo de manera *sui generis* (vale decir, *revolucionaria*), para ayudar a transformar *jurídicamente* la sociedad burguesa en sociedad socialista, sin *asalto al poder*, sin *dictadura del proletariado* y sin *terror revolucionario*. Así, el Derecho, los jueces y los juristas, en el periodo de transición revolucionaria, pueden y deben, para tal visión, ser instrumentos eficaces de la variación profunda de la vida social. La formalidad “democrática” es la garantía de su éxito.

Se trata, pues, del uso de la *vía gramsciana de control y cambio de las superestructuras*, consolidando por tal vía el poder político, sin riesgo de pérdida de los niveles de bienestar alcanzados por el capitalismo, pero reformulando orgánicamente las relaciones societarias. Descartado históricamente el pase marxista *de las armas de la crítica a la crítica de las armas*, la actividad académica (cultural-teórica) y

la dinámica jurídica-social (la de los jueces) necesariamente adquiere su plenaria comprensión desde una perspectiva que puede y debe ser política, es decir, “progresista y revolucionaria”, a la cual se identifica con la postura “democrática”. Más aún, el calificativo “democrático” obedecerá, ya, para distinguir a quienes se ubican o identifican no con una forma política *sensu stricto*, sino con una *forma de vida* de explícito contenido ideológico. No es un simple sociologismo. Ello se concreta en una propuesta que procura conciliar una visión axiológica del Derecho (marxista *gramsciana*) con una visión sociológico-política que otorga al orden normativo (a su interpretación y aplicación) un papel destacado, si no prioritario, en la comprensión y reordenación jurídico-política de la realidad social.

Se dejan, a continuación, dos notas especiales: la primera, sobre quien tuvo a su cargo la convocatoria y realización del Congreso de 1972: Pietro BARCELLONA; la segunda, sobre Luigi FERRAJOLI.

11. PIETRO BARCELLONA

Jurista conocido, destacado profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Catania, Pietro Barcellona (1936) jamás ocultó su figuración militante en la órbita del PCI. Había sido, antes del Congreso sobre el uso alternativo del Derecho, presidente de una conocida institución del Partido Comunista, el Centro *Iniziativa e Studi per la Riforma dello Stato* [Centro de Iniciativas y Estudios para la Reforma del Estado], mejor conocido por sus siglas CRS, vinculado, a su vez, con el Instituto Gramsci. BARCELLONA es visto, sin embargo, como un izquierdista singular a quien sus adversarios reconocen una honestidad intelectual difícilmente limitada por líneas político-partidistas.

Ha criticado muchas posiciones de una izquierda tradicional y fundamentalista que consideraba que las metas revolucionarias no eran ya el cambio de las estructuras de dominación propias de la sociedad capitalista, sino la aniquilación de los principios morales y la institucionalidad de cualquier creencia religiosa.

11.1 Crítica del hedonismo postmoderno

Pietro BARCELLONA ha sido un fuerte crítico del hedonismo postmoderno, señalando que el *suicidio de Europa* está en el trayecto *de la conciencia infeliz al hedonismo cognitivo*. Se ha pronunciado, además, en defensa de la *inviolabilidad de la vida del concebido* y en *contra de la fecundación “in vitro”*.

Para él, la relación entre los intelectuales, la clase dirigente y el pueblo es el eje fundamental de la democracia. Se declara, en una entrevista en el diario católico *Avvenire*, “laico” (en el sentido político italiano de este término: integrante del llamado *fronte laico* [frente laico] que se proclama heredero histórico del laicismo *risorgimentale* y *post risorgimentale* [del *Risorgimento*, la unificación italiana de 1870, que supuso la caducidad histórica de los Estados Pontificios]), precisando,

sin embargo, que no es antirreligioso por principio, porque el tema de la trascendencia debe interesar a todos²³.

Pietro BARCELLONA ha formulado en su obra, de cierta manera, algunos de los elementos principales que constituyen plataforma común del movimiento del uso alternativo del Derecho²⁴.

Se han distinguido en su producción dos grandes periodos²⁵: el primero vendría dado por sus reflexiones sobre los distintos usos del Derecho en la transformación de las instituciones y del ordenamiento jurídico italiano de la segunda postguerra, particularmente en lo referente a los principios de la Constitución Republicana (Italiana) de 1948. En ese primer periodo figuran sus investigaciones sobre el *uso alternativo del Derecho* y los vínculos de funcionalidad entre Estado, economía y Derecho. El segundo periodo estaría formado por sus escritos en los cuales busca enriquecer el concepto de *democracia* para un individuo alienado a la lógica de lo económico. BARCELLONA se refiere, en este segundo periodo, al individuo de la postmodernidad, reflexionando críticamente sobre su destino en el seno de la sociedad occidental. Trata, así, del individualismo propietario, planteando propuestas sobre la democracia como forma de vida. Su enfoque resulta, sin duda, una reflexión neomarxista gramsciana sobre la sociedad postindustrial.

11.2 Criterios del individualismo postmoderno

El intento de sistematizar los criterios que explican el individualismo postmoderno tendente al nihilismo ha sido, respecto a Pietro BARCELLONA, realizado, entre otros, por María de Lourdes SOUZA²⁶. Entre otros criterios señala los siguientes:

- Plantea una crisis de gobernabilidad unida a una crisis de representación. Crisis de gobernabilidad por perplejidad social ante la incapacidad del Estado para responder a demandas crecientes. La crisis de representación es la otra cara de la misma moneda. Las consecuencias políticas están claras: apatía política, apoliticismo, déficit de conciencia ciudadana, erosión y “desertización” de lo público.
- Hipertrofia de un sentido singular de ciudadanía junto con una decadencia de la subjetividad. Es decir, manifestaciones múltiples de la sociedad civil que

²³ Cfr. Pierluigi FORNARI, “Entrevista a Pietro Barcellona”, en *Avvenire*, Milano, 26 de febrero de 2005.

²⁴ Cfr. Pietro BARCELLONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo y Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 1992; Pietro BARCELLONA, *Dello stato sociale allo stato immaginario. Critica della ragione unzionalista*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994; Pietro BARCELLONA, *El individualismo propietario*, trad. de Jesús Ernesto García Rodríguez Madrid, Trotta, 1996; *Presentación* de Mariano Maresca; Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene Ed., 1996, en colaboración con Carmelita CAMARDI.

²⁵ Cfr. Roberto BERGALLI, Hector Claudio SILVEIRA GORSKI, “Pietro Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 221-245.

²⁶ Cfr. María de Lourdes SOUZA, “La individualidad postmoderna. Una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Souza Santos”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999. Disponible en www.uv.es/CEFD/2/Souza.html [Fecha de consulta: 16 de marzo de 2007].

se atribuyen un poder contralor de las instituciones del Estado y, por ello, un aumento del burocratismo ciudadano en el control del Estado.

- Crisis del Estado Nación.
- Descomposición del proletariado como sujeto de transformación y liberación, con una consecuencia evidente: la mutación de la lucha de clases. De allí se deriva el debilitamiento y la ineficacia del movimiento obrero como agente unificador de los trabajadores. Los trabajadores ya no forman una clase, sino una masa amorfa, sujeta a las rutinas de la producción y el consumo.
- La definición neoliberal del Estado y la derrota de la izquierda. Así, la reestructuración capitalista ha dado nueva dimensión a los “valores” del Estado social de derecho y neutralizado los planteamiento (la validez política) del conflicto redistributivo (razón de ser del Estado social de derecho).
- Crisis de la generalidad y abstractalidad de la ley.
- Pérdida del sentido del deber ciudadano y desmesurado sentido de los derechos.

11.3 La necesidad de volver a un *nomos* colectivo

BARCELONA señala que, para la búsqueda de una conciliación entre el yo individualista y la dimensión comunitaria, es necesaria la vuelta a un *nomos* colectivo, que supone rescatar los valores de la tradición moderna de la democracia liberal. Para él, con ese marco de referencia, el nuevo concepto de ciudadanía supondría, en la sociedad democrática, la eliminación de todos los criterios de exclusión.

BARCELONA ha criticado muchas posiciones del izquierdismo tradicional y dogmático, que consideraba que las metas de la revolución se resumían no solo en el cambio de las estructuras de dominación capitalista, sino en la aniquilación de los principios morales, y en la represión y aniquilación de las creencias religiosas.

Para BARCELONA, la relación entre los intelectuales, la clase dirigente y el pueblo es el eje fundamental de la democracia. Según él, la “victoria” del capitalismo ha sido presentada como *el fin de la historia* (Francis Fukuyama). Ha hecho creer (el capitalismo) que no existe alternativa superior a la economía de mercado y a la democracia liberal. La cultura dominante, de estirpe capitalista, se ha hecho, así, no la *ideología de una clase* (la burguesía), como pensaba el marxismo tradicional, sino una *visión economicista* en consonancia con la *Weltanschauung* [concepción del mundo y de la vida] del hombre moderno.

Así, para él, el clasismo del marxismo tradicional entra en crisis al no corresponder a las nuevas formas de organización social. La generalización de los ideales de vida (material) burguesa han provocado, según BARCELONA, la desaparición de una clase obrera *stricto sensu*. La consecuencia política-jurídica, a su modo de ver, es clara: en tal panorama la lucha de clases carece de todo sentido.

BARCELONA considera fundamental el reconocimiento de la función política del Derecho. Ve (marxistamente) el Derecho no como instrumento de la justicia, sino

como instrumento de dominación de clase, pues existe interdependencia entre relaciones jurídicas y relaciones económicas.

15. LUIGI FERRAJOLI

Luigi FERRAJOLI nació en Firenze, en 1940. Al igual que Cerroni poseyó una inequívoca orientación política, de la cual, en los años conclusivos del siglo XX, parece haberse distanciado en algunos aspectos no secundarios. Así, suele hablarse de los dos Ferrajoli: el marxista antes de la caída del Muro de Berlín y el postmarxista (aunque siempre socialista), después del desplome del llamado Mundo Socialista. En esta segunda etapa suelen ubicarse sus aportes más destacados al llamado Nuevo Constitucionalismo.

Entre 1967 y 1975 fue juez, siendo uno de los exponentes de la llamada *Magistratura democrática*, de notable eficacia en la demolición de la Primera República Italiana. Es profesor de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho en la Università di Camerino. Entre sus obras pueden citarse: *Teoria assiomaticizzata del diritto* [Teoría axiomatizada del Derecho], Milano, 1970; *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo* [Democracia autoritaria y capitalismo maduro] (en colaboración con D. Zolo), Milano, 1978; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [Derecho y razón. Teoría de la garantía penal], Roma-Bari, 1989; *La sovranità nel mondo moderno* [La soberanía en el mundo moderno], Roma-Bari, 1997; *Diritti fondamentali* [Derechos fundamentales], Roma-Bari, 2001.

Al igual que Humberto CERRONI y otros de los iniciales participantes en el movimiento por el *uso alternativo del Derecho*, posee una inequívoca orientación política. En el caso de Luigi FERRAJOLI, teniendo en cuenta su producción teórica en el contexto histórico-político posterior al fin de la Política de Bloques, puede decirse que su importancia como exponente del llamado nuevo constitucionalismo está fuera de discusión. Es quizá, junto con Gustavo ZAGREBELSKY, el más destacado exponente de dicha posición en el marco de la doctrina italiana contemporánea. No sería atrevido afirmar que las posiciones de ZAGREBELSKY y FERRAJOLI, más que resultar antagónicas, pueden considerarse complementarias.

15.1. Derechos y garantías. La ley del más débil²⁷

La presencia de la que FERRAJOLI llama *dimensión sustancial* en el Derecho y en la democracia ha hecho del *Estado constitucional* la culminación de un proceso de erosión del antiguo concepto de soberanía en el ámbito interno de los Estados. Esa erosión supone que la sujeción de todo poder al Derecho no es algo simplemente procedimental, sino referente al mismo contenido de las decisiones.

²⁷ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002.

Habla de *democracia formal* y *democracia sustancial* [¿Intento de superación de la vieja dicotomía del discurso marxista entre *democracia formal* y *democracia real*; o simple adecuación semántica de tal discusión a los términos de la retórica “burguesa”?]

El Estado constitucional de derecho es un Estado que debe, según él, dar dos tipos de garantías:

- garantías liberales (tutela de los derechos de libertad); y
- garantías sociales (tutela de los derechos sociales).

Afirma que “el garantismo de un sistema jurídico es cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”²⁸. Igualdad-legalidad se conjugan, según FERRAJOLI, con el principio de la independencia del juez como dos caras de la misma moneda. Corresponde al juez averiguar la verdad según las garantías del proceso justo.

“Aquí, de nuevo —señala—, no juega el principio de la mayoría. Es más, no solo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso, y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas ‘consensualistas’ y ‘discursivas’ de la verdad que —nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn) o la filosofía social o política (Habermas)— algunos penalistas o procesalistas querrian importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena”²⁹.

No vacila en señalar que el garantismo que sostiene supone el abandono del positivismo formalista.

“En cambio —dice—, lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella [Ferrajoli sostiene que la incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son vicios del Estado constitucional de derecho, unidos a la distinción de niveles normativos propios de su estructura formal. Señala que, paradójicamente, la posibilidad de esos vicios representa *el mayor mérito del Estado democrático de derecho* que excluye por naturaleza formas de *legitimación absoluta* y permite siempre la *deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos* por violación o incumplimiento de las promesas contenidas en sus normas consti-

²⁸ Ibid., p. 25

²⁹ Ibid., p. 27.

tucionales] retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del Derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido por la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde adentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantías aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al Derecho vigente, el de la falta de plenitud le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantías y condiciones de validez más vinculantes³⁰.

15.2. Derechos fundamentales³¹

FERRAJOLI publicó en la revista italiana *Teoria Politica* un artículo titulado *Derechos Fundamentales*, que generó gran discusión. Presentaba la elaboración de un concepto de democracia, tanto en una vertiente formal como sustancial. Al desarrollar su concepto sustancial de democracia pretendía la superación de las relaciones conflictivas entre democracia y derechos fundamentales. Anunció la presentación acabada de su tesis en *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*.

El hilo conductor del pensamiento ferrajoliano, en su llamada segunda etapa, es la *limitación del poder*. Semejante objetivo fundamental no puede considerarse expresión de una ortodoxia marxista. El segundo FERRAJOLI intenta conciliar una teoría de la justicia política (Ottfried HÖFE [1943]) y la teoría pura del Derecho (KELSEN), el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Parte de su adhesión al racionalismo y su simpatía por la filosofía kantiana. Agrega, por su parte, dosis de filosofía analítica, socialismo y realismo jurídico.

Aunque FERRAJOLI no sea exactamente un seguidor de Hobbes, cita a éste con frecuencia. El Derecho, en la edad moderna, es para él “una técnica dirigida a limitar, a disciplinar y, por consiguiente, a minimizar el poder”³².

Para FERRAJOLI todo poder (público o privado) “tiende, en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del Derecho”³³.

“Para Ferrajoli —dice Moreno Cruz—, el Estado de derecho garantista se ofrece como la mejor alternativa para la limitación de esos poderes. Estado de derecho garantista que exige dos cosas: una concepción propia de la teoría del Derecho y una

³⁰ Ibid., pp. 28-29.

³¹ Cfr. Rodolfo MORENO CRUZ, “Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli”. Disponible en www.universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2007].

³² Luigi FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 122.

³³ Cfr. Ibid., p. 121.

filosofía política [...] Ferrajoli pretende elaborar una teoría general del garantismo con visiones propias del Estado de derecho, teoría del Derecho y filosofía política”³⁴.

15.3. El Estado Constitucional Garantista

FERRAJOLI se inscribe en la línea del constitucionalismo italiano crítico del Estado de derecho. Según tal línea, el Estado de derecho que proclamaba como principios de su concepción clásica la legalidad, la publicidad y el control de las actividades estatales, no logró hacer realidad tales principios. Indican, además, que el Estado de derecho, como expresión del Estado Nación, está en crisis como consecuencia de la crisis de dicho Estado Nación. Vinculan la crisis del Estado Nación a la crisis del concepto de soberanía, típica (la soberanía) del Estado de derecho decimonónico. El Estado de derecho el siglo XIX afirma un Estado de soberanía absoluta, tanto en el ámbito interno como en el externo.

Ante la crisis del Estado de derecho, es necesario, según FERRAJOLI, crear un nuevo modelo específico: el *Estado constitucional garantista*.

FERRAJOLI, siguiendo a Norberto BOBBIO, se detiene en explicar las diferencias entre gobierno *sub lege* (bajo la tutela de las leyes) y gobierno *per lege* (a través de las leyes). El gobierno *sub lege*, a su vez, se subdivide en un *gobierno con poderes otorgados por las leyes* (débil o formal) y *gobierno de poder limitado por las leyes* (fuerte o sustancial).

FERRAJOLI usa la expresión *Estado de derecho* no en su sentido tradicional sino como expresión sinónima de *garantismo*. Frente al viejo Estado de derecho, que solo ponía énfasis en su *legitimación formal*, FERRAJOLI afirma que el Estado surgido de las constituciones modernas exige *legitimación sustancial*, que se logra con la garantía real de los derechos fundamentales. Hasta los Estados totalitarios pueden revestir una *forma legal*. Los Estados constitucionales (democráticos) exigen, por el contrario, una *legitimación sustancial* que supone, *per se*, en la garantía real de los derechos fundamentales, una estricta limitación y separación de poderes.

El *Estado garantista* propuesto por FERRAJOLI no es un *Estado liberal* de derecho, sino un *Estado social* de derecho. Si el Estado liberal se esforzó en la limitación del poder no logró superar (y atender eficazmente) las desigualdades socioeconómicas y culturales de los ciudadanos. FERRAJOLI dice que el *Estado garantista* es un *Estado liberal mínimo* y un *Estado social máximo*³⁵. Para él la *vigencia* es un *juicio de hecho* y la *validez* algo *valorativo*, que atiende a la sustancia de la norma³⁶.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica, FERRAJOLI distingue dos tipos de *doctrinas de legitimación*:

³⁴ Cfr. Rodolfo MORENO CRUZ, cit. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2007].

³⁵ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 856.

³⁶ *Ibid.*, p. 874.

- Las autopoyéticas: doctrinas de legitimación que consideran el Derecho como un valor en sí.
- Las heteropoyéticas, que ven al Derecho como instrumento de protección de los derechos “innatos o naturales”.

FERRAJOLI se declara deudor terminológico de los estudios de Niklas LUHMANN.

Por “derechos innatos o naturales” considera los derechos preestatales o prepolíticos. Sin embargo, pretende ubicarse al margen de toda postura iusnaturalista de base metafísica.

En la concepción liberal distingue dos etapas: una ilustrada, revolucionaria y crítica; y otra, conservadora y estatalista.

“La primera —dice MORENO CRUZ— está en constante proceso de elaboración y la segunda, una vez asumido el poder, reniega los cambios y considera la implantación del Estado y del Derecho como bien supremo”³⁷.

15.4. Concepto de derechos fundamentales

¿Qué considera FERRAJOLI *derechos fundamentales*?

“Son derechos fundamentales —dice— todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”³⁸.

Al parecer, intenta un abandono del positivismo y la afirmación de un iusnaturalismo *sui generis* sin reconocerse nunca como iusnaturalista.

Para FERRAJOLI, una *persona* que no es *ciudadano* forma parte del “*todos*”. Por eso tiene un derecho de personalidad y nada más. En cambio, *si es ciudadano* dispone, además, de los derechos de la ciudadanía.

Para él los *derechos primarios* son solo *expectativas*. Los *derechos secundarios* son *expectativas y poderes*. La reunión de ambos presenta cuatro tipos de derechos:

³⁷ Cfr. Rodolfo MORENO CRUZ, cit. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2007].

³⁸ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 22.

- Derechos humanos: son derechos primarios de la persona (ejemplo, derecho a la vida).
- Derechos civiles: derechos secundarios de la persona; solo corresponden a los ciudadanos con capacidad de obrar (ejemplo, capacidad de control).
- Derechos públicos: derechos ciudadanos primarios, independientemente de su capacidad de actuar o no (ejemplo, derechos sociales).
- Derechos políticos: derechos secundarios del ciudadano, exclusivos de aquellos ciudadanos capaces de obrar (ejemplo, derecho al voto).

Para FERRAJOLI, *derecho subjetivo* es cualquier expectativa, positiva o negativa, adscrita a un sujeto por una norma jurídica. A diferencia de LOCKE, plantea una radical separación entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*.

Las *garantías* vienen a ser “las modalidades imperativas de cuya obediencia depende la satisfacción o la no violación de las expectativas que son su argumento”; “expresión del léxico jurídico con el que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”³⁹.

Hay *garantías positivas* (correlativas a las expectativas positivas), y *garantías negativas* (correlativas a las expectativas negativas). FERRAJOLI habla, también, de *garantías primarias* (obligaciones o responsabilidades establecidas por una norma en favor del titular de un derecho subjetivo), y *garantías secundarias* (obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente los cumplimientos de las garantías primarias).

Los derechos sociales, al igual que los demás derechos fundamentales, deben ser atendidos prioritariamente. FERRAJOLI dice basarse en la concepción kantiana de la persona (que considera que ésta es siempre un fin y nunca un medio). Señala cuatro valores necesarios de la persona: vida, dignidad, libertad y supervivencia.

Estos cuatro valores tienen, a su vez, cuatro fines o *criterios axiológicos*: igualdad jurídica, vinculación democracia-derechos fundamentales, vinculación derechos fundamentales-paz, y derechos fundamentales como la ley del más débil.

1. *Igualdad jurídica*: “igual titularidad de situaciones jurídicas” entre los sujetos a los cuales se predica⁴⁰. La *igualdad jurídica* es, para FERRAJOLI, un criterio axiológico que asegura la dignidad de la persona humana.
2. El *nexo democracia-Derecho constitucional*: para FERRAJOLI la democracia es “un método de formación de las decisiones colectivas”⁴¹.
3. *Identificación entre derechos fundamentales y paz*: si la igualdad asegura la dignidad de la persona, la paz asegura la vida. La paz es, para él, una construcción racional para garantizar la convivencia y por ello la vida⁴².

³⁹ Luigi FERRAJOLI, “Garantías, en Jueces por la Democracia”, en *Información y Debate*, núm. 38, 2000, p. 39.

⁴⁰ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 329.

⁴¹ Luigi FERRAJOLI, “Sobre la definición de la democracia”, en *Isonomía*, núm. 19, 2003, p. 227.

⁴² Nada, por tanto, de la visión agustiniana de *tranquillitas ordinis* o, al menos, ninguna referencia a ella; cfr. AGUSTÍN DE HIPONA, *De Civitate Dei*, XIX, 13, 1.

Los derechos fundamentales son la ley del más débil: el poder sin límites es la ley del más fuerte. Hay que limitar el poder (público o privado).

15.5. Democracia política y democracia sustancial

FERRAJOLI distingue *democracia política* y *democracia sustancial*. La democracia sustancial limita la democracia política. Vale decir que la democracia sustancial *limita al poder*, garantizando tanto los derechos de libertad como los derechos sociales. Así, su definición de democracia debe ser vista en un horizonte *garantista*. Por eso, la *democracia sustancial* se considera dinámicamente en función limitante de la *democracia política* vista como *democracia formal*. Como la *democracia formal* expresa el poder de las mayorías, la *sustancial* representa su límite. FERRAJOLI dice que si se decidiera *todo* por los mecanismos de la *democracia formal* se incurriría en *abuso de poder*. Justifica su postura afirmativa de la *democracia sustancial* como medida superadora de las debilidades de la *democracia política*. Así, para él, la democracia es *pluridimensional*, siendo dimensiones constitutivas de ella tanto la *formal* como la *sustancial*.

La *democracia pluridimensional* sirve para determinar los derechos fundamentales y como criterio axiológico para fundamentar éstos últimos.

La *democracia sustancial* es la *democracia social*. Ella no se identifica con los derechos fundamentales, pero, como sistema político, sí resulta un instrumento imprescindible para su adecuada protección. FERRAJOLI considera que la democracia es el mejor instrumento para la toma de decisiones positivas racionales, razonadas y no arbitrarias. Para él, *Estado de derecho* es la democracia sustancial o social, dotada de garantías efectivas, liberales y sociales⁴³.

No queda claro en FERRAJOLI cómo la democracia pluridimensional sustancial determina los derechos fundamentales.

Los jueces tienen un papel fundamental en el *sistema garantista* dado que son los que determinan la sustancia sobre la forma; y, por ello, quienes, en última instancia, determinan los derechos fundamentales. ¿Por qué los jueces deben tener tan amplia capacidad de decisión sobre los derechos de todos? Existe una justificada prevención frente a esta posición privilegiada que, según la propia concepción de FERRAJOLI, supone un poder que sería necesario limitar. Para él los *derechos fundamentales* privan sobre la *democracia*. No está claro, por más que se alabe el fin que teóricamente persigue, el camino concreto propuesto para alcanzar la meta señalada.

En síntesis, diera la impresión de que la concepción de FERRAJOLI es aún un *in fieri* [haciéndose], y no algo concluido, un *in facto esse* [algo hecho].

⁴³ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, ob. cit., p. 864.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN DE HIPONA, *De Civitate Dei*, XIX, 13, 1.
- BARCELLONA, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo y Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 1992.
- BARCELLONA, Pietro, *Dello stato sociale allo stato immaginario. Critica della ragione unzionalista*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994.
- BARCELLONA, Pietro, *El individualismo propietario*, trad. de Jesús Ernesto García Rodríguez; Presentación de Mariano Maresca, Madrid, Trotta, 1996.
- BARCELLONA, Pietro, *Diritto privato e società moderna*, en colaboración con Carmelita CAMARDI, Napoli, Jovene Ed., 1996.
- BERGALLI, Roberto y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio, "Pietro Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 221-245.
- BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Madrid, Taurus, 1997.
- D'AGOSTINO, Francesco, "L'interpretazione del diritto", en *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
- DUROSELLE, Jean-Baptiste, *Storia Diplomatica dal 1919 al 1970*, Roma, Ed. dell'Ateneo, 1972.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibañez, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, "Garantías, en Jueces por la Democracia", en *Información y Debate*, núm. 38, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre la definición de la democracia", en *Isonomía*, núm. 19, 2003.
- FORNARI, Pierluigi, Entrevista a Pietro BARCELLONA, en *Avenire*, Milano, 26 de febrero de 2005.

- HOLMES, Oliver Wendell, "The path of law", en *Collected Legal papers*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1921.
- KRIELE, Martin, *Liberación e Ilustración*, Barcelona, Herder, 1982.
- LASO PRIETO, José María, "Hacia un nuevo uso alternativo del derecho", en *Argumentos*, núm. 3, 1977, pp. 48-52.
- LIPOVETSKY, Gilles, *El Imperio de lo efímero*, Barcelona, Anagrama, 1996.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, "Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli". Disponible en www.universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2007].
- FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- RATZINGER, Joseph, *Verdad, valores, poder*, Madrid, Rialp, 1998.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Historia del Pensamiento Jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho/Universidad Complutense, 1996, tomo II.
- ROSS, Alf, *Diritto e Giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.
- SOUZA, María de Lourdes, "La individualidad postmoderna. Una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Souza Santos", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999. Disponible en www.uv.es/CEFD/2/Souza.html [Fecha de consulta: 16 de marzo de 2007].
- TOMÁS DE AGUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4.