

PIETRO COSTA

La alternativa “tomada en serio”: manifiestos jurídicos de los años setenta

“¡Ay de mí! —dijo el ratón— el mundo es cada vez más estrecho. Antes era tan amplio que no me daba miedo, corría y corría y me hacía feliz ver al final, lejanas, las murallas a derecha e izquierda, pero esas largas murallas se precipitaron tan rápidamente unas contra otras que yo estoy ya en la última habitación, y dentro de ella, en el rincón, está la trampa en la que acabaré cayendo.” “Sólo tienes que cambiar de dirección”, dijo el gato, y se lo comió.

(F. Kafka, *Pequeña Fábula*)

RESUMEN

Cuenta el autor, desde una perspectiva hermenéutico-histórica, lo acaecido durante los años sesenta-setenta en el ámbito de la cultura jurídica italiana, en la que una serie de temas, articulados en torno a la teoría de la interpretación, terminan en un intento de refundación del saber jurídico y redefinición del papel del jurista. El pensamiento jurídico de los sesenta se transforma en la década siguiente al teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al mismo tiempo que se reafirma la politicidad del derecho. A partir de aquí, las líneas de una jurisprudencia “alternativa” comienzan a ser trazadas mediante el intento de hacer explotar las contradicciones inherentes a la relación capital-trabajo, el encuentro del saber jurídico con el marxismo y la sugerencia de definiciones innovadoras del método y del saber jurídicos. Posteriormente se desarrollan direcciones estratégicas diversas que culminan en la decadencia del proyecto de jurisprudencia “alternativa”, del que se pone en discusión su misma premisa fundamentadora.

I. ¿POR QUÉ LOS AÑOS SETENTA?

Se discute con frecuencia creciente de los años setenta (1). La elección ciertamente no sorprende a quien tenga presente la complejidad, la riqueza del debate desarrollado en aquel periodo en el ámbito de la cultura jurídica italiana: volver a él puede parecer en el fondo, al menos para los juristas de los años ochenta ya activos en el ventenio precedente, un ejercicio de memoria tanto más sencillo e inmediato cuanto más se guía por el hilo (delgado, pero implícitamente tranquilizante) de las identidades personales. Y, en efecto, de los años setenta hablan hoy juristas que fueron (no siempre, pero sí a menudo) protagonistas de aquel momento jurídico-cultural.

No se trata, naturalmente, de un nostálgico, colectivo “amarcord”: el jurista de los años ochenta vuelve a pensar en los años setenta (o, más exactamente, en los sucesos comprendidos entre los años sesenta y los años setenta) sólo en la medida en que se interroga acerca del objeto de su propio saber disciplinar y de las características de su papel. Pero es interesante para el observador precisamente la conexión que, a partir de la indagación “en el presente”, está estableciéndose con el pasado reciente; y no creo que baste para explicarla la constatación, banalmente historicista, de la inmediata contigüidad entre los dos momentos. Porque, más allá de la cercanía cronológica, son precisamente el sentido y la modalidad del nexo lo que se ofrecen como problema.

El problema, así planteado, aparece doblemente complicado: por un lado, compromete a un esfuerzo de desciframiento hermenéutico, típico de toda operación historiográfica; por otro lado, viene solicitado en términos escuetamente “valorativos” (en sentido amplio) para extraer indicaciones congruentes con una u otra propuesta teórico-jurídica y/o político-jurídica “en el presente”.

Intentaré dar alguna respuesta sólo al primer aspecto del problema (el que se refiere a lo hermenéutico-historiográfico): una respuesta provi-

(1) Cfr., por ejemplo, RODOTÀ, S., “Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto”, en *Politica del diritto*, 1986, pp. 3 y ss.; TARELLO, G., “Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà”, en *Politica del diritto*, 1986, pp. 249 y ss.; AMATO, G., BOBBIO, N., *et al.*, “Dal terrorismo al riformismo”, en *MicroMega*, n.º 1, 1987, pp. 83 y ss.

sional por cuanto, en la economía de este breve ensayo, el reconocimiento de las fuentes tendrá inevitablemente lagunas; e hipotética por cuanto, por el mismo motivo, los esquemas interpretativos podrán aparecer no pocas veces insuficientemente argumentados.

II. ¿POR QUÉ LA "JURISPRUDENCIA ALTERNATIVA"?

¿Es posible establecer, en principio, un perfil de la cultura jurídica de los años sesenta-setenta, que pueda aspirar a constituir, si no el centro del debate entonces en marcha, al menos un punto de observación útil de las posiciones que en dicho debate se enfrentaban? No faltan indicaciones en este sentido en algunas "revisiones" recientes de los años setenta. Se subrayan así el descubrimiento de la apertura cultural ("interdisciplinaria") del saber jurídico, el encuentro (o choque) con el marxismo (2), el descubrimiento de la dimensión ideológica del derecho, la antítesis, o tensión, entre "dogmática" e "ideología" (3); se ve en los años setenta el escenario dentro del cual se produce "una suerte de desgarramiento dentro del mismo papel del jurista" (4), una crisis de legitimación del saber (y del ordenamiento) jurídico; se remite a esos mismos años la emergencia de un problema todavía abierto: el papel del juez, su caracterización (¿inevitable? ¿deseable?) "política" (5).

Si estos son los temas relevantes, su terreno natural de formación y de maduración no podía ser sino uno de los lugares más importantes y tradicionales del saber jurídico: la teoría de la interpretación (6). Ésta, sin embargo, requerida por exigencias temáticas inéditas, acababa por ser implicada en un intento de refundación del saber jurídico y de redefinición del papel del jurista que iba mucho más allá de los confines dentro de los cuales se contenía la teoría tradicional. Una fórmula estilísticamente eficaz pareció compendiar, en un momento concreto de la experiencia, el sentido de estas aspiraciones: "uso alternativo del

(2) DI MAJO, A., "Gli appuntamenti mancati", en *Rivista critica del diritto privato*, 1983, pp. 303 y ss.

(3) RODOTÀ, S., "Le difficili vie della ricerca civilistica", en *Rivista critica del diritto privato*, 1983, pp. 3 y ss.

(4) BARCELLONA, P., *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 11.

(5) BRUTTI, M., "I giudici, le regole, l'illegalità", en *Democrazia e diritto*, n.ºs 4-5, 1986, pp. 7 y ss.

(6) IRTI, N., "La proposta della neo-esegesi", en *Giustizia civile*, 1982, p. 66.

derecho”, “jurisprudencia alternativa”. A ella nos referimos aún hoy como el receptáculo privilegiado de los proyectos teórico-jurídicos del pasado decenio. Las primeras valoraciones son, ciertamente, distintas cada vez: ora se subraya el valor puramente político de aquellos proyectos (7), ora se aprecian sus potencialidades “inventivas” (8); o bien se los considera un “momento insidioso” afectado de “sociologismo” y “progresismo” (9) o, por el contrario, se les atribuye un “importante trabajo de desmitificación ideológica” (10).

Entre tanta diversidad de acentos es, de todos modos, posible encontrar un elemento de convergencia, aunque sea implícito: la “jurisprudencia alternativa” fue (para bien o para mal) altamente representativa del clima intelectual de los años setenta. Se trata, ahora, de comprender *cómo* lo fue, a través de qué caminos, con qué resultados.

III. PRÓLOGO EN LOS AÑOS SESENTA: INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y PAPEL DEL JUEZ

Se plantea, ante todo, el problema de una periodización, de una ordenación, convencional pero operativamente útil, de los acontecimientos. Asumamos, sin embargo, como hecho provisionalmente protagonista, la reunión dedicada al *Uso alternativo del diritto*, desarrollada en Catania en mayo de 1972 (11). Este hecho no nos podrá parecer la inauguración extemporánea de una problemática inusitada, sino una intervención (organizativa y culturalmente) más compleja. Por un lado, recoge

(7) *Ibidem*.

(8) PANUCCIO, V., *La fantasia nel diritto*, Milano, Giuffré, 1984, pp. 126-127.

(9) PERLINGIERI, P., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, ahora en *Tendenze e metodo della civilistica italiana*, Napoli, Esi, 1979, p. 70.

(10) GALASSO, A., “Trasformazioni del diritto privato e funzione del giudice”, en *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 34.

(11) AA.VV., *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica* (ed. de P. Barcellona), Bari, Laterza, 1973. *Cfr.*, al respecto “Un convegno sull'uso alternativo del diritto”, en *Quale giustizia*, 1973, pp. 184-185; COTURRI, G., “Uso alternativo del diritto”, en *Quale giustizia*, 1973, pp. 585 y ss. *Cfr.*, también LUCARELLI, F., *La proprietà pianificata*, Napoli, Jovene, 1974, pp. 152 y ss. Ha vuelto sobre el problema, en la línea de reconstrucción crítica razonada, COTURRI, G., “Diritto, giudici, sistema politico e giustizia”, en *Quali Garanzie* (ed. de G. Coturri y M. Ramat), Bari, De Donato, 1983, pp. 8 y ss.

(y por ello mismo, naturalmente, refuerza) un conjunto de expectativas, propuestas, tensiones estrictamente contemporáneas o inmediatamente precedentes, produciendo en la relación con éstas un efecto, por así decir, de monumentalización, de incremento de competencia y de potencialidad persuasiva. Por otro lado, el congreso de Catania nos aparece como momento intermedio de un itinerario que nos lleva hacia atrás, a la mitad de los años sesenta, donde comienzan a hacerse visibles al menos algunos de los elementos temáticos que madurarán, transformándose, al comienzo del decenio siguiente. Por otro lado aún, en los años que siguen inmediatamente al congreso de Catania de 1972, la problemática lanzada y difundida en esa reunión se mantendrá aún con vida, pero en contextos sensiblemente diversos.

Probemos, pues, a volver hacia atrás, hacia la cultura jurídica de los años sesenta, a través de la directriz de la 'interpretación jurídica', a la cual hemos adscrito convencionalmente la "jurisprudencia alternativa". En el ámbito de la cultura producida y organizada por los juristas de cátedra nos encontramos con un hecho, de alguna manera rutinario, pero no despreciable: el VII Congreso Nacional de Filosofía del Derecho está dedicado, precisamente (en una de las dos sesiones temáticas en que se articula) al problema de la interpretación.

Ante la imposibilidad de detenerme analíticamente en los resultados del congreso, valga una simple impresión de lectura: al acercarse a las dos ponencias —de Opocher (12) y sobre todo de Betti (13)—, se tiene la sensación de estar frente a los elementos terminales de una larga tradición todo menos monocorde, todo menos encastillada en una teoría legalista-formalista de la interpretación y del saber jurídicos (14). Ciertamente, el estereotipo, diseñado por Merryman (15), del jurista

(12) OPOCHER, E., "Rapporti tra teoria generale ed interpretazione", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 407 y ss.

(13) BETTI, E., "Di una teoria generale della interpretazione", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 236 y ss.

(14) Piénsese en Calogero (cfr. BASILE, S., "In torno alla logica del giudice di Guido Calogero", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 224 y ss.), en Ascarelli, en Calamandrei (cfr. GENNARO, A. DE, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffré, 1974, pp. 437 y ss.). Desde dentro de una problemática específicamente "judicial", cfr., también GRECO, D., *Il tempo e la giustizia*, Milano, Comunità, 1963.

(15) MERRYMAN, J. H., "Lo 'stile italiano': la dottrina", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 373 y ss. Para un estereotipo "tradicionalista" desde dentro del "oficio de juez", cfr. PERA, G., *Un mestiere difficile: il magistrato*, Bologna, Il Mulino, 1967;

fiel al “estilo italiano” (el estilo, por usar la consabida fórmula, de la abstracción y del formalismo) no se podía dejar de tener en cuenta, pero no agotaba las posibilidades inmanentes en la tradición: ésta, en suma, ponía a disposición, para quien las quisiese, opciones teóricas diferenciadas. Y en grado tal como para pensar que el estereotipo del formalismo describiría, en verdad, una elección de método que efectivamente se hizo, pero que también se prestaba a funcionar como cómoda cabeza de turco, como tipo ideal (“en negativo”) del jurista contra el cual catalizar fácilmente los impulsos innovadores, también muy distintos entre sí.

Valga, sin embargo, también otra impresión: en las comunicaciones al congreso más inquietas y “actualizadas”, la gran alternativa formalismo/ antiformalismo ciertamente se mantiene, pero se precisa y se determina por referencia a los “sujetos” que interpretan, a los jueces, a los operadores jurídicos: es necesario comprender, utilizando a Carrió y a Hart, si (en qué sentido, en qué límites) los jueces crean derecho (16); será necesario dirigir la atención hacia la “interpretación operativa”, distinta de la “dogmática” como el “lenguaje” se diferencia de la “lengua” (17); habrá que advertir que el problema de la interpretación se conecta, en realidad se convierte, en el problema del papel del juez, de su legitimación, de la relación entre poder judicial y poder legislativo (18).

El problema de la interpretación tiende, pues, a poner de relieve, como componente propia, el problema del papel del jurista, en particular del juez. Ciertamente, se puede sostener razonablemente que, “desde siempre”, entre una y otra teoría de la interpretación del derecho, operan una y otra imagen del jurista y del juez. Pero también es verdad que, para Italia, precisamente en la segunda mitad de los años sesenta, esa conexión tiene que ser explícita (y polémicamente) tematizada.

cfr., al respecto, las observaciones críticas de RAMAT, M., “Il mestiere del magistrato”, en *Il Ponte*, 1967, pp. 467 y ss.

(16) CATTANEO, M. A., “Considerazioni sul significato dell’espressione ‘i giudici creano diritto’”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 250 y ss.

(17) FERRAJOLI, L., “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 290 y ss.

(18) TARELLO, G., “Il ‘problema dell’interpretazione’: una formulazione ambigua”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 349 y ss.

No se trata de una coyuntura meramente doctrinal. Exactamente en 1965 tuvo lugar el XII Congreso de la Asociación nacional de magistrados, conocidísimo por quien esté familiarizado con la reciente historia del asociacionismo de los jueces (19), como el Congreso de Gardone (20).

En la inauguración del congreso, la ponencia de Maranini cumple el papel de detonante de un debate que no es posible, en este lugar, ilustrar pormenorizadamente. En esta ponencia vuelven ciertamente los buenos, viejos argumentos de la polémica antiformalista, pero no son ellos los que constituirán la novedad rupturista, sino más bien la tesis articulada en torno a la relación entre "dirección política fundamental" (el conjunto de los valores y de las garantías concretado en la Constitución) (21) y "función jurisdiccional". La relación existe para Maranini: no sólo el Tribunal Constitucional participa en la dirección política (22), sino también el juez individual, en la medida en que deberá valorar el texto normativo a la luz del dictado constitucional, expresará a su vez una precisa "dirección de política constitucional" (23), en definitiva, una dirección *política*.

(19) Cfr. MOECH, G., *La giustizia in Italia*, Milano, Angeli, 1970; GARAVELLI, M., "Le associazioni dei magistrati. Vicende e ideologia", en *La giustizia in Italia negli anni settanta*, Milano, Centro studi sociali, 1972, pp. 23 y ss.; CANOSA, R. Y FEDERICO, P., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1974; CAPURSO, M., *I giudici della repubblica*, Milano, Comunità, 1977; SENESE, S., "Relazione", en las Actas del Seminario sobre *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale. Cenni storici e problemi* (Pisa, 1977), Milano, Giuffré, 1978, pp. 11 y ss.; ACCATTATIS, V., "Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia della Associazione nazionale magistrati", en *Questione giustizia*, 1986, pp. 745 y ss.; BRUTI LIBERATI, E., "Associazionismo giudiziario e autogoverno", en *Democrazia e diritto*, n.ºs 4-5, 1986, pp. 85 y ss.

(20) Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti del XII congresso nazionale* (Brescia, Gardone, 1965), Roma, 1966.

(21) MARANINI, G., "Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico", en *XII congresso nazionale magistrati italiani... cit.*, p. 11.

(22) *Ibidem*, p. 17.

(23) *Ibidem*, p. 20; cfr., también, MARANINI, G., *Giustizia in catene*, Milano, Comunità, 1964. Maranini había sido ya promotor de un importante congreso sobre el problema de la independencia de la magistratura y de la carrera de los jueces: *Magistrati o funzionari?* (ed. de G. Maranini), Milano, Comunità, 1962. Cfr., también, sobre el congreso de Gardone y en especial sobre la conferencia de Maranini, COLLI, G., "Dopo Gardone", en *Rassegna dei magistrati*, 1965, pp. 436 y ss., texto al que siguieron una "carta abierta" de Maranini y una réplica de COLLI (en *Rassegna dei magistrati*, 1966, pp. 442 y ss.).

La fuerza persuasiva de las tesis de Maranini, en el plano técnico-jurídico, parece ciertamente más débil (24): pero no es en ese nivel en que está llamada a producir sus efectos. Éstos iban más bien en dos direcciones diversas pero confluyentes: por un lado, contribuían a poner la temática constitucional en el corazón de la teoría de la interpretación (25); por otro, destacaban el problema de la valoración y, con ella, el de la “politicidad” de la decisión judicial.

Es sustancialmente dentro de estos límites donde se mantiene el debate de los años inmediatamente siguientes al Congreso de Gardone. Quien hojee los anuarios de *La Magistratura* (el órgano de la Asociación Nacional de Magistrados) comprendidos entre 1965 y 1970, se encontrará frente a una vivísima y densa trama de tesis, proposiciones, polémicas (26) cuyos puntos fundamentales pueden ser sumariamente compendiados en los términos siguientes: a) posibilidad simultánea de opciones interpretativas divergentes frente a la norma y, con mayor razón, frente al sistema normativo en su conjunto (polisemia del lenguaje normativo; lagunas, antinomias; normas “en blanco”, etc.); b) enfatización del papel del intérprete (juez), al cual se le exige la tarea de reducir la incertidumbre a través de su decisión “creadora”; c) determinación del sentido de la “creatividad” judicial en dos direcciones distintas: por un lado, la consabida polémica relativa al “silogismo” judicial; y por otro lado, la convicción (bastante menos “académica” y tradicional) del papel importante del juez en la transformación de la situación jurídicamente (políticamente) consolidada; d) exigencia de referirse a instrumentos capaces de guiar y de hacer posible la decisión del juez en su trabajo de reducción de la incertidumbre normativa; de aquí las distintas referencias (no necesariamente homogéneas entre sí) a la “personalidad” del juez, a los valores, en suma, a la opción “política”; de aquí la recurrente evocación (por la parte contraria) del espectro (siempre viejo) del derecho libre: un arma polémica francamente desafortunada porque el variopinto partido de los “gardonianos” tendía a traducir la tesis de la politicidad de la interpretación

(24) Disiente de la tesis de Maranini la *Relazione* de G. Abbamonte - P. Barile - A. Predieri, en *Atti del XII congresso...*, cit., pp. 257 y ss. Sobre todo el episodio, *cf.* A. Pizzorusso (ed.), “Introduzione” a *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 30 y ss.

(25) En este punto se dio una amplia confluencia de opiniones, reflejada en la moción aprobada (*cf.* *Atti del XII congresso...*, cit., pp. 309-310).

(26) *Cfr.*, por ejemplo, ODORISIO, R., “Il giudice e la legge: mito e realtà”, en *La magistratura*, n.º 1967, pp. 6 y ss; n.ºs 11-12, 1967, pp. 15-16.

en términos jurídico-positivos, de ahí: e) la afirmación de querer trabajar dentro del sistema normativo, valorando sus diversos niveles jerárquicos, releyéndolo, por así decir, a partir de la "centralidad" de la norma constitucional.

Si estos son algunos de los principales "capítulos ideales" del debate que se desarrollaba en aquellos años, el tema protagonista, explícitamente abordado, pero sobre todo operativo *per facta concludentia*, es otro: la redefinición del papel social y profesional del juez. Ahora bien, esta operación (y todo el debate sobre la interpretación) es realmente compartida tanto por los jueces como por juristas académicos, pero el peso específico de la tesis, su aspecto "pragmático", cambia notablemente según el grupo social en que la tesis se forma y circula.

En otras palabras, el debate sobre la interpretación (y la consiguiente redefinición del papel del juez) no es sólo un hecho "doctrinal" (con efectos políticos mediatos e indirectos) sino que es (también) un momento importante del conflicto interno del grupo profesional de la "magistratura", la ocasión para un salto cualitativo: las tensiones y las reivindicaciones "particularistas", endo-orgánicas (el conflicto con la alta magistratura, el problema de la carrera, etc.) se amplían hasta poner en discusión (no ya "corporativa", sino tendencialmente "universalista") la legitimación social y profesional del tradicional "oficio" del juez (27).

Naturalmente, para quien se ocupe de la sociología de la magistratura, el problema se abre, no se cierra, con una constatación de esta clase (28). Desde mi punto de vista, basta recordar la existencia de una

(27) FREDDI, G., *Tensione e conflitto nella magistratura*, Bari, Laterza, 1977.

(28) No faltaron, en los años sesenta y setenta, numerosos estudios de inspiración sociológica sobre varios aspectos de la magistratura: *cfr.* MORIONDO, E., *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967; AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, Laterza, 1970; GOVERNATORI, F., *Stato e cittadino in tribunale*, Bari, Laterza, 1970; TREVES, R., *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972. Más recientemente, ha aparecido un importante trabajo de FERRARESE, M. R., *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli, Esi, 1984; *cfr.*, al respecto REBUFFA, G., "La magistratura tra professione e sistema politico. A proposito di un recente libro", en *Sociologia del diritto*, 1985, pp. 115 y ss. *Cfr.*, también BORLANDI, M., voz "Magistratura" en *Politica e società* (ed. por P. Farneti), Firenze, La Nuova Italia, 1979, vol. II, pp. 519 y ss.

vertiente “pragmática” (una autovaloración de grupo) del debate sobre la interpretación a finales de los años sesenta (29); y no interesa preguntarse hasta qué punto las declaraciones universalistas en aquellos años cubren una reivindicación “corporativa”, o más bien el interés del grupo sirve de simple caja de resonancia de una transformación cultural. Si se comparte, en efecto, la hipótesis máxima de un arraigo “pragmático” de las tesis de los “innovadores” en el corazón de un largo proceso de autovaloración de grupo, en seguida queda fuertemente motivada la tendencia a hacer recalar el discurso sobre la interpretación en lo más vivo de la decisión judicial. Y resulta también más comprensible un estilo singular (que sólo puedo enunciar, pero no ilustrar) del debate: la reiteración, el continuo volver de los argumentos en la multiplicación de las intervenciones, el obstinarse en tesis que ya han sido continuamente sostenidas y refutadas. Pero no se trataba precisamente de argumentaciones desinteresadas, sino, por así decir, de argumentaciones militantes: se jugaba ya desde entonces una partida más compleja que un intercambio de opiniones.

IV. EL PRÓLOGO EN LOS AÑOS SESENTA: LOS JURISTAS IMAGINAN EL CAMBIO SOCIAL

Las vicisitudes específicas de un grupo profesional, la magistratura, alimentaban y “dramatizaban” el debate sobre la interpretación (y dentro de él, el papel del jurista y el carácter “político” de su actividad); constituían, pues, y por sus modalidades específicas, una condición importante, pero no ciertamente suficiente de dicho debate. No cabe pensar, en suma, en un proceso unilineal con su epicentro en un único grupo profesional, sino más bien en una andadura irregular donde expectativas e intereses diversos se suman multiplicando los propios efectos. Y se vuelven frecuentes entonces las aperturas a la nueva problemática en el ámbito de la producción de textos de los juristas de la cátedra (30), así como las utilizaciones de *auctoritates novae*

(29) Cfr. CASESE, S., “Problemi delle ideologie dei giudici”, en *Rivista italiana de diritto a procedura civile*, 1969, pp. 413 y ss. En términos generales, cfr. WEBER, M., *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968, vol. II, pp. 186 y ss.

(30) Piénsese, por una parte, en las traducciones, precisamente en 1965, de Ross (ROSS, A., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965), a cargo de G. Gavazzi y de Hart (HART, H. L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965), a cargo de M. A. Cattaneo; y por otra parte, en la publicación de obras de especial relieve como, en la vertiente histórico-jurídica,

en las intervenciones de uno o de otro juez, dentro de un campo temático ya ampliamente compartido.

De este campo temático he subrayado ya algunos de los principales perfiles: la "politicidad" de la interpretación, la referencia a la Constitución, el papel del jurista y del juez. Creo, no obstante, que cada uno de estos lugares del discurso (por así decir, endo-disciplinares) toma su sentido de la referencia a una imagen continuamente evocada: la imagen de un cambio social en marcha, vasto y "acelerado" según ritmos hasta ahora inusitados.

Frecuentemente no se iba más allá de la imagen, en un intento de articular analíticamente el (supuesto) objeto social en proceso de cambio; pero esto no obstante (o quizás precisamente por esto), el papel argumentativo de la imagen era importante, aunque variado. Podía tratarse, ciertamente, de una simple cláusula de estilo, pero se prestaba a convertirse muchas veces en el fundamento último (y el instrumento de potenciación) de las propuestas "innovadoras": la modificación de las categorías interpretativas del papel del jurista y del juez no dependía de una caprichosa voluntad "particularista", sino que descansaba en las exigencias "objetivas" de la sociedad.

No faltaba, además, quien se empeñara en darle al cambio social connotaciones más específicas y relacionara con ellas el papel del jurista. La cifra del cambio, se decía, es la imposición de la sociedad "industrial" y "tecnológica" (31). El impacto de la ciencia y de la tecnología sobre la producción y, por consiguiente, sobre la sociedad entera era tal que cambiaba rápidamente su rostro: la nueva sociedad empezaba a liberarse de la pobreza, y por consiguiente del conflicto, en el plano interno e internacional (32); "la sociedad tecnológica alimenta... la paz social y se sostiene sobre ella" (33). Ciertamente, también presenta pe-

SBRICCOLI, M., *L'interpretazione dello statuto*, Milano, Giuffré, 1969, y en la vertiente filosófico-jurídica, LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1967. Y recuérdese asimismo, para los primeros años sesenta, la contribución prestada a la difusión de las teorías "realistas" por TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffré, 1962.

(31) COTTA, S., "Il compito del giurista nell'ora presente", en *Iustitia*, 1966, p. 172.

(32) *Ibidem*, p. 174.

(33) COTTA, S., "Il giurista e la società in trasformazione", en *Jus*, 1967, pp. 7 y ss.

ligros y elementos negativos —desde la “masificación” del individuo (34) a la ruptura de los lazos típicos de la sociedad tradicional (35)—, pero sus efectos pueden ser, si no eliminados, contenidos.

Frente al advenimiento de la sociedad tecnológica, el jurista aspira a un papel renovado y al mismo tiempo confirmado: no será un simple exégeta (36), sino el responsable “del continuo completamiento y actualización del sistema normativo”; administrará lo existente, componiendo intereses diversos, “pero no podrá sustraerse a la tarea de idear, de proyectar las nuevas instituciones” (37); en suma, hará el trabajo de mediar entre “conservación e innovación” (38).

Es interesante, porque está bastante difundido en la época, un esquema como este de representación del cambio social: el estilo argumentativo es, al mismo tiempo, descriptivo y valorativo; se expresan expectativas que en su conjunto son “positivas” en relación con el proceso que se viene describiendo. Se prevé el sentido del proceso en la línea de disminuir la conflictividad social y en el incremento de la integración en la unidad de la racionalidad productivo-tecnológica. Se prevé, como consecuencia de ello, la potenciación del papel del jurista que añade a la capacidad de racionalización del sistema jurídico existente la facultad de proyectar e inventar.

Se trata naturalmente de un esquema “ideal” de representación del cambio social, respecto al cual las posiciones individuales de los “innovadores” podían ser también sensiblemente divergentes. Pero no hasta el punto de borrar los extremos del modelo: la apelación “positiva” al cambio social; la introducción de la imagen del “cambio” en el corazón del debate jurídico. Valga por todos un ejemplo: el “clásico” problema de la certeza del derecho, tradicional fortaleza del jurista “formalista”, es abordado de manera recurrente (39) para hacerlo entrar en fricción

(34) *Ibidem*, p. 15.

(35) COTTA, S., “Il compito del giurista...”, cit., p. 175.

(36) COTTA, S., “Il giurista e la società”, cit., p. 17.

(37) *Ibidem*, p. 20.

(38) COTTA, S., “Il compito del giurista...”, cit., p. 181. *Cfr.*, también, COTTA, S., *La sfida tecnologica*, Bologna, Il Mulino, 1968.

(39) *Cfr.* CORSALE, M., *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970. *Cfr.*, también CAPPELLI, I., “Certezza del diritto e ordinamento giudiziario”, en *La giustizia in Italia*, cit., pp. 67 y ss.

y de esta forma redefinirlo, precisamente con la categoría de "cambio"; se dirá entonces que la certeza debe ser historizada (40), que ella, y con ella todo el orden normativo, debe ser referida a "una realidad de dinamismo creciente" (41); que si es verdad que la tradición jurídica tiende a ser conservadora, a resistir al cambio, sin embargo el jurista debe hacerse "protagonista primario del desarrollo de la sociedad" (42). Las fórmulas se pueden multiplicar y combinar de formas muy variadas, pero el esquema subyacente opera siempre en el sentido de instaurar una conexión entre la imagen del cambio y la transformación del saber y de la práctica jurídica.

V. LAS SORPRESAS DEL 68: LOS JURISTAS DESCUBREN UNA "NUEVA" CONFLICTIVIDAD

Las expectativas conectadas al modelo de representación del cambio (un modelo que podríamos convenir en llamar "industrial-consensualista") eran dobles: por un lado se preveía que el cambio social se desarrollase a lo largo de la línea de una progresiva reducción de la conflictividad social: por otro lado se deseaba que el jurista se insertase de forma completamente natural en ese proceso, adecuando los propios instrumentos a la "realidad", conectando pasado y futuro.

(40) CORRADINI, D., "Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 264 y ss.; cfr., también, CORRADINI, D., "Ideologia e magistratura", en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1968, pp. 1.105 y ss.

(41) RODOTÀ, S., "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, p. 96.

(42) GUARINO, G., "Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, p. 970. Cfr., también SCARPELLI, U., "L'educazione del giurista", en *La Magistratura*, n.º 1-3, 1968, pp. 8-9. Ténganse presentes, desde un punto de vista distinto pero confluyente, las páginas de BOBBIO, N., "La funzione promozionale del diritto", en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1.312 y ss. (cfr., también, *idem*, "La funzione promozionale del diritto rivisitata", en *Sociologia del diritto*, n.º 3, 1984, pp. 7 y ss.). Naturalmente, no faltan las voces discordantes (incluso agríamente discordantes). Cfr., por ejemplo, SATTA, S., *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, ahora en *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, Cedam, 1969, vol. I, pp. 6 y ss.; *idem*, "Nuovi aspetti della lotta politico-sindacale e riflessi sulla concezione del diritto", en *Quaderni, cit.*, vol. II, pp. 62 y ss.; ASTUTI, G., "Intervento", en AA.VV., *Il giudice e la legge*, Milano, fascículo de Iustitia, n.º 22, 1971, pp. 40 y ss.

Ahora bien, para tales expectativas el bienio 1968-69 constituyó indudablemente una mala sorpresa. Evitemos rápidamente, sin embargo, un equívoco: no se trata de establecer, en este punto, si *verdaderamente* los acontecimientos de aquel bienio *debieron* denunciar el carácter ilusorio de aquellas expectativas. No se trata en suma de valorar la “real” incidencia de la conflictividad social de aquellos años en el sistema socio-político italiano en su conjunto, sino simplemente de comprender algo de las representaciones y de las estrategias de una clase profesional (o de algunos sectores de la misma): no lo que el movimiento estudiantil o la contestación obrera “fueran”, sino lo que “llegaron a ser” en el espejo del jurista (de uno o de otro jurista).

Para quien miraba, pues, el cambio social desde la perspectiva (constatada y/o deseada) de una disminución del conflicto, la explosión de la “contestación” estudiantil provocó una comprensible desilusión. Para quien, por el contrario, pertenecía al ala más inquieta e impaciente del partido de los juristas “innovadores”, el bienio 1968-69 pareció constituir, por un lado, una inesperada aceleración del cambio, y por otro lado, el estímulo para una “ruptura” más decidida con la tradición.

El movimiento estudiantil es saludado como el desmentido viviente del modelo industrial-consensualista del cambio social y se subraya su continuidad ideal con el trabajo “innovador” desarrollado en los años precedentes: la lucha contra “el formalismo jurídico” y la “escisión entre derecho y política” se saldan con la exigencia, expresada por el movimiento de los estudiantes, de una “comprensión crítica del presente”, “de una democracia que se construya desde abajo” (43).

Se trata naturalmente sólo de una primera “señal” de un nuevo clima: pero otros vendrían a añadirse rápidamente. Y es todavía en el 68 cuando la corriente más intransigente de la formación “gardoniana”, Magistratura democrática, ilustra, en las páginas de la revista *Il Ponte*, su punto de vista sobre la magistratura (44); no se trata de posturas homogéneas todas entre sí, por un lado, ni de posturas inéditas: reencontramos los puntos fundamentales del debate de los años precedentes (desde la polémica contra “el juez-funcionario”, a la polémica antilega-

(43) “Brevi considerazioni sul movimento studentesco”, en *Democrazia e diritto*, 1968, pp. 305 y ss.

(44) *Il Ponte*, n.º 6-7, 1968.

lista, a la idea de privilegiar la Constitución), pero también una acentuación gradual de los puntos de partida críticos en lo que respecta a la "desigualdad" material y al mismo tiempo la exigencia de su realización en la práctica jurisprudencial concreta: una justicia para el pastor sardo —escribirá Ramat con tonos explícitamente milaneses— en el corazón de "nuestra jurisprudencia cotidiana" (45).

No pasará mucho tiempo antes de que el tema "post-gardoniano" de la politicidad de la interpretación y del papel del jurista se colorea con los tintes todavía más sombríos y escandalosos de la "lucha de clases": la imagen del cambio se ha concretado en la idea del conflicto y el conflicto pasa "a través de la lucha de clases" (46). La expresión "la justicia es de clase" empieza a ser consigna: no ya una teoría (de la interpretación, del papel del jurista), sino ciertamente la prueba de una actitud en rápida transformación.

El cambio es conflictivo, pues, y los conflictos giran en torno al conflicto determinante, la lucha de clases, pero implican también al Estado, su organización, la relaciones entre Estado y ciudadanos, determinan una oposición entre "autoritarismo y libertad" (47). Se intuyen ya los presupuestos de una estrategia político-jurídica que se desarrollará y se complicará en el decenio siguiente. La imagen de una sociedad partida verticalmente por el conflicto se suelda con la percepción de una fractura interna a la misma estructura político-estatal (autoritarismo-libertad), de la que las tensiones específicas de la magistratura sólo son un aspecto particular.

El conflicto social se traduce, pues, de algún modo, en términos, por así decirlo, endo-institucionales, imponiendo al juez, al jurista, un papel propio en el conflicto y por tanto una estrategia propia; y es en el plano de la estrategia donde la nueva imagen del cambio social tiende a compactarse con los instrumentos de la polémica (para entendernos, antiformalista) de los años precedentes: la "politicidad" del juez, el recurso a la Constitución como eje de la operación interpretativa (48).

(45) RAMAT, M., "Che cosa abbiamo voluto dire", en *Il Ponte*, n.º 6-7, 1968, pp. 725-726.

(46) RAMAT, M., "Quale giustizia", en *Il Ponte*, 1969, p. 1.582.

(47) *Ibidem.* Cfr. también GRECO, D., "Il reclutamento dei giudici", en *Il Ponte*, 1968, pp. 842 y ss.

(48) RAMAT, M., "Discorso di un giudice alla 'contestazione globale'", en *La Magistratura*, n.º 1-2, 1969, p. 3.

Sólo que aquellos instrumentos, empleados a partir de un cuadro de referencia en rápida mutación, tendían a ser sólo aparentemente idénticos a sí mismos.

VI. LOS PRIMEROS AÑOS SETENTA: EL DESPLIEGUE DE LA "ALTERNATIVA"

Antes incluso de la línea divisoria de 1968-69, naturalmente, las posiciones internas de la formación de los juristas "innovadores" estaban notablemente diferenciadas (y en el caso de la magistratura se concretaban, como es sabido, en verdaderas y auténticas corrientes también electorales competitivas). Pero se trataba, todavía, a mi entender, de diferencias, por así decirlo, más de grado que de calidad, y en cualquier caso cohesionadas por un patrimonio teórico-jurídico en gran medida común. Mi impresión es que el momento de la ruptura (en el plano de la estrategia discursiva) coincide con la sustitución, primero "sinuosa" y después explicitada y tematizada, de un modelo consensual y por otro "conflictivo" en la representación del cambio social.

Las estrategias político-jurídicas que se perfilan a partir de tal cambio de modelos de referencia, tomarán caminos cada vez más divergentes, pero en el fondo tendrán un punto de origen común: el descubrimiento (feliz o infelizmente) "traumático" del incremento de la conflictividad. Se constata el dato, que se considera social y políticamente determinante, del conflicto y se conecta a él o una imagen valorativo-positiva (todavía muy inconcreta) de transformación y renovación o una imagen valorativo-negativa de subversión o destrucción.

Los caminos empiezan a diverger netamente. Por una parte, el optimismo con el que hasta poco antes se miraba el cambio social (y a través de éste la politicidad de la interpretación y del papel del jurista) da lugar a actitudes explícitamente autocríticas (49). Frente al estallido del conflicto, la política aparece como el momento del particularismo y de la contraposición, deja de aparecer como la aliada natural del derecho, al que se atribuye, *a contrario*, una función de "pacificación" y una

(49) COTTA, S., "Intervento", en AA.VV., *Il giudice e la legge*, cit., p. 99.

vocación "universalista" que, se procura precisar, "en el momento histórico actual... se hace sentir con más urgencia" (50).

Por un lado, la enfatización de la función mediadora y pacificadora ("antipolítica", pues, en ese contexto) del derecho; por otro, la reafirmación de la politicidad del derecho, a través del descubrimiento de la dimensión conflictiva de la política y, a la vez, de la posibilidad de utilización estratégica del conflicto. Se perfilaba, pues, una neta polarización en el interior de las estrategias discursivas de los juristas, sobre la base de las diferentes expectativas formuladas ante la conflictividad en expansión. No se trataba ciertamente de opiniones "indoloras". Ya he recordado cómo el aspecto "pragmático" de los diversos enunciados era fácilmente intercambiable apenas se tuvieran presentes los principales autores y los principales destinatarios de muchos de aquéllos: los jueces comprometidos en lo palpitante de las luchas internas de su grupo profesional. La reiteración de enunciados, el hecho de que frecuentemente sirvieran (también) como señal de reconocimiento y de pertenencia, ya registrado en relación con los debates de los años inmediatamente precedentes, se confirma y dramatiza, en más sentidos.

Piénsese en la situación interna de la magistratura: desde la escisión de Magistratura democrática (51) a los discursos de los procuradores generales (52), las actuaciones disciplinarias a cargo de los "magistrados incómodos" (53) (y sólo se trata de un rapidísimo repaso a sucesos que debo dar por conocidos), todo habla en favor de una radicalización de las tensiones específicas de la institución jurídica, a caballo entre los años sesenta y los primeros años setenta, perfectamente correspondiente a la polarización de las perspectivas teóricas e ideológicas de referencia.

Piénsese, en otro sentido, en el mundo de los juristas de cátedra, donde las tensiones se manifiestan quizás con tonos más contenidos,

(50) *Ibidem*. Cfr., también, COTTA, S., "Diritto e Politica", en *Iustitia*, 1974, pp. 1 y ss.

(51) Cfr. M. Ramat (ed.), "Una piccola storia in una grande storia", en *Storia di un magistrato. Materiali per una storia de Magistratura democratica*, Roma, Il Manifesto, 1986, así como la bibliografía citada en la nota 19.

(52) Cfr. A. Santonio Rugiu - M. Mostardini (eds.), *I procuratori generali. Linguaggio, politica, educazione nei discorsi dei procuratori generali*, Rimini, Guaraldi, 1974.

(53) Cfr. *Magistrati scomodi. Un tentativo di epurazione*, Bari, Dedalo, 1974.

con un ligero retraso respecto de las otras y según fórmulas organizativas distintas, pero de manera igualmente inequívoca; piénsese en el juego entrecruzado de las diversas revistas —en parte ya existente y en parte nacidas precisamente al calor de ese particular clima político-cultural (54)— y en la vivacidad de su contraposición en los primeros años setenta.

La constatación del inmediato giro pragmático de las diversas opiniones contendientes no debería, sin embargo, a mi modo de ver, transformarse (indebidamente: tanto en el plano hermenéutico general como en el plano del análisis específico que ahora nos interesa) en la tesis de la ausencia de espesor de las mismas, de su consistencia discursiva, como pálidas larvas de una mera dialéctica “amigo-enemigo”. El conflicto político, el conflicto social, el conflicto en las instituciones es, ciertamente, el contexto dentro del cual las varias formaciones discursivas “funcionaban” concretamente: pero ese conflicto se convertía también en su objeto teórico, explícitamente tematizado, en el eje de sus estrategias.

No esperemos, sin embargo, que la polarización de las posiciones enfrentadas implique la automática renovación de los argumentos empleados por cada una de ellas. Si, por ejemplo, se recorren las Actas del XIV Congreso de la Associazione nazionale magistrati, de 1970 (55), se tiene la sensación de encontrarse frente a opiniones, no tanto nuevas e imprevistas, como más bien estabilizadas y formuladas más sólidamente. Podrá así ser invocado, por un lado, el argumento siempre eficaz de la certeza del derecho (56). O bien, por otro lado, se recordará el deber de interpretar la certeza de manera “dinámica”, poniéndola en relación con las continuas modificaciones del ordenamiento y de la sociedad, siempre que se tengan presentes en el juicio, sin embargo, no sólo la propia opción ideológica, sino “las tensiones y las aspiraciones de toda la comunidad social” (57): la puesta al día de los

(54) Piénsese en *Politica del diritto, Quale giustizia, Democrazia e diritto* (nueva serie), *Critica del diritto, Diritto e società*.

(55) Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso nazionale* (Trieste, 1970), Roma, 1970.

(56) Cfr. Magistratura indipendente, *Magistratura e società nel nostro tempo* (Atti del convegno, Trieste, 1972), Trieste s.d.

(57) GIACOBBE, G., “Relazione”, en Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso, cit.*, vol. II, p. 67. Cfr., también, GIACOBBE, G., *Evoluzione e creatività della giu-*

conceptos se hace sobre la base de la exigencia, urgente dada la creciente polarización, de dar una forma definida e inconfundible a la propia postura político-jurídica. Si ésta era una necesidad común a todos los contendientes, se presentaba como particularmente imperiosa para la posición que recibía, ciertamente, numerosos conceptos de los años "gardonianos" del debate, pero que se disponía también a imprimir en ellos una "torsión" particular, conectándolos a un marco de referencia teórico sensiblemente cambiado: una posición que, en el congreso de 1970, se presentaba ya como elección "alternativa" (58).

VII. EL PROGRAMA DE LA "JURISPRUDENCIA ALTERNATIVA": LOS OBJETIVOS Y LOS SUPUESTOS PREVIOS

Las líneas de una jurisprudencia "alternativa" (59) empiezan pues a ser trazadas, partiendo de la línea divisoria de 1968-69 y adensándose aproximativamente, dentro de todo el primer quinquenio de los años setenta, por iniciativa de jueces y juristas de cátedra para los que la consigna "justicia de clase" había valido como llamada a una reorientación radical del propio marco de referencia. Más allá de las consignas y de los sugestivos (pero inconcretos) llamamientos a la "alternativa", sin embargo, la tarea de reformular los problemas específicos del debate jurídico a partir de una perspectiva teórico-política cambiada, en realidad estaba entero por resolver: de aquí el denso entramado de textos que, en los primeros setenta, se interpolan y se implican mutua-

risprudenza, ahora en *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Milano, 1973, pp. 9 y ss. Cfr., también, en este sentido, Consiglio Superiore della magistratura, *Realtà sociale e amministrazione della giustizia. Relazione annuale sullo stato della giustizia*, Roma, 1970.

(58) PACIOTTI, E. O., "Appunti per una politica della giustizia", en Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso*, cit., vol. II, p. 98. Téngase presente, sin embargo, el singular adelanto que de los principales temas, primero "gardonianos" y luego "alternativos" había dado, ya en los inicios de los años sesenta, NATOLI, U., "Sul 'ruolo' del giurista nel mondo contemporaneo", en *Democrazia e diritto*, 1960, pp. 5 y ss. Entre los "gardonianos", cfr., también, las sugerencias apuntadas por RAMAT, M., "Risposta alla lettera dell'uditore", en *La Magistratura*, 1966, p. 19.

(59) Se trata, más exactamente, de un discurso que comprende proposiciones relativas al "saber en torno al derecho" (a la *jurisprudence*), así como proposiciones relativas a las operaciones judiciales (a la *jurisprudencia*): hablaré de él, por tanto (salvo cuando deba distinguir entre los dos distintos componentes), como de una *metajurisprudencia* (para subrayar el carácter de "reflexión de segundo grado") o como de un *programa de metajurisprudencia* (para subrayar el aspecto "opcional", de proyecto).

mente. Sería interesante, pero es imposible hacerlo aquí, releerlos analíticamente. Intentaré sólo recordar esquemáticamente algunos de los principales temas implicados en ellos.

A) Continúa siendo importante, es más, se refuerza hasta llegar a ser determinante, la remisión a una imagen del cambio social que valga como criterio de planteamiento y solución de los problemas (también) específicamente jurisprudenciales. El marco de referencia —y este es un primer elemento de novedad— deja de ser, sin embargo, aludido de manera sumaria, y asume la forma de una acabada y compleja *teoría* socio-política: el marxismo, obviamente el marxismo que se había venido desarrollando en la Italia de los años sesenta-setenta.

Sobre esta base, la referencia a la “realidad social”, a la “sociedad”, tiende a concretarse, sobre todo, identificando como “cifra” de ésta el tema de la contradicción (entre desarrollo de las fuerzas productivas y relaciones sociales de producción) es un elemento indudablemente central del debate entre marxistas en los años sesenta y da lugar a posiciones fuertemente divergentes en el plano teórico (60) y, desde otro punto de vista, también estratégico (61). Pero es interesante observar que el jurista no entra, por regla general, en el contenido del marco de referencia adoptado: tiende a asumirlo en bloque, o mejor dicho, en sus perfiles esenciales, tanto como para poderlo usar como modelo, coherente en sí, y, en cuanto tal, capaz de desplegar sus efectos sobre el terreno de la jurisprudencia (y de la *jurisprudence*).

Desde este punto de vista, el tema de la contradicción asume un indudable carácter en el marco de la metajurisprudencia “alternativa”. El cambio social se había ya propuesto al jurista no bajo la forma de una transformación gradual y consensual, sino de una extensa y creciente conflictividad. Frente a esta inesperada conflictividad, el jurista “alternativo” busca un modelo explicativo y, sobre esta base, una estrategia:

(60) Piénsese en el debate sobre la “contradicción” entre Luyporini, Badaloni, Colletti, Della Volpe (cfr. CASSANO, F., *Marxismo e filosofia in Italia (1958-1971). I dibattiti e le inchieste su “Rinascita” e “Il contemporaneo”*, Bari, De Donato, 1973).

(61) Piénsese en las ideas de “totalidad” y “contradicción” en la línea de revistas como *Quaderni rossi* y *Classe e stato*, y en las consecuencias estratégicas que se derivan de ellas, divergentes respecto de la política del Partido comunista (cfr. BADALONI, N., “Il marxismo italiano degli anni sessanta”, en AA.VV., *Il marxismo italiano degli anni sessanta e la formazione teorico-politica delle nuove generazioni*, Roma, Editori Riuniti, 1972).

el tema de la contradicción parece ofrecer coherentemente el uno y la otra.

La contradicción se presenta ante todo como "real", "objetiva", estructura "profunda" de la sociedad capitalista (y por tanto de la sociedad italiana en aquella fase histórica concreta).

La contradicción, en segundo lugar, se propone como criterio para ordenar datos esencialmente dicotómicos: la pluralidad de los conflictos tiende a estructurarse, al menos en última instancia, en torno a una "fractura" fundamental de la que los conflictos son expresión y confirmación.

La contradicción, además, tiende a marcar, directa e indirectamente, los más variados aspectos de la fenomenología político-social y prolonga sus efectos, no sólo en las relaciones entre los aparatos del Estado y la sociedad, sino hasta dentro de las mismas organizaciones institucionales.

La contradicción, en fin, aparece como el objeto de una teoría que pretende ser "científica" en dos sentidos: en cuanto dotada de un valor específico de verdad, y en cuanto capaz de sostener una estrategia linealmente (aunque no de forma simplista) reconducible a ella: una estrategia política, ciertamente, pero también una estrategia *jurídica*.

También para ésta, el camino a seguir es la "búsqueda de la contradicción en el interior no sólo de la sociedad, sino también del Estado burgués, en cuyo ordenamiento encontramos la presencia simultánea... de una legislación de clases" y "principios incompatibles" con aquella (62). A la luz de la prolongación en el ordenamiento jurídico, en el sistema normativo, de los efectos últimos de la contradicción fundamental, es como el jurista definiría las condiciones de su intervención "alternativa".

La "alternativa" se define ante todo "negativamente", como "lo contrario de la interpretación evolutiva" (63): ésta se inspira en el estereo-

(62) BASSO, L., "Giustizia e potere. La lunga via al socialismo", en *Quale giustizia*, 1971, p. 652.

(63) FERRAJOLI, L., "Intervento", en el congreso sobre "Giustizia e potere" (Anno Culturale de Chianciano, 1971), en *Democrazia e diritto*, 1971, p. 460. Cfr., también GIOVAN-

tipo de la adecuación de la norma a una “realidad social” concebida como movimiento unitario, orgánicamente progresivo, y en consecuencia atribuye al juez el papel de “mediador de los conflictos sociales” (64). Es a esta imagen de cambio y a su traducción político-jurídica a lo que la metajurisprudencia “alternativa”, si se me permite el juego de palabras, quiere ser precisamente alternativa: en cuanto comprometida no en un trabajo de adecuación o mediación sino en un intento de “hacer explotar las contradicciones inherentes a la relación capital-trabajo” (65). Ciertamente, la que con frecuencia es denominada la “maniobra de la contradicción” es compleja y debe llevarse a cabo tanto en el terreno de la economía como el de la política y del derecho (66), pero su sentido principal en el terreno de una “política” de la interpretación jurídica es la exaltación de las fracturas, de las deshomogeneidades que constituyen, por así decirlo, las sedimentaciones, en el sistema normativo, del conflicto político-social.

B) Las categorías que, en el fondo, sostienen el carácter privilegiado del tema de la contradicción, son, coherentemente, la “dialéctica” y la “totalidad” (67): no se trata de locuciones vacías o de meras señales de reconocimiento, sino de la convicción de poder (y deber) disponer de una teoría de la sociedad que concibe el propio objeto como una “totalidad real”, cuyas articulaciones particulares resultan comprensibles sólo en relación con ella. La novedad, una vez más, no está obviamente en el marco de referencia, sino en la convicción de tener que referirse al mismo desde dentro del oficio de jurista: será precisamente el editorial de la nueva serie de *Democrazia e diritto* el que salude el encuentro del saber jurídico con el marxismo como “un acontecimiento de gran

NI, B. DE, “Significato e limiti del ‘riformismo giuridico’”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. I, p. 254; BARCELLONA, P., “Uso alternativo del diritto e riserva de liceità a favore della prassi ‘emancipatoria’”, en *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, pp. 127-128. Vide una brillante anticipación en MELANDRI, E., “É logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 1 y ss.

(64) FERRAJOLI, L., “Intervento” en el congreso sobre “Giustizia e potere”, cit., p. 460; cfr., también MARCO, L. DE, “Intervento”, *ibidem*, pp. 441 y ss.

(65) MAJO GIANQUINTO, A. DI, “Intervento”, *ibidem*, p. 392.

(66) CERRONI, U., “Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. I, pp. 1 y ss.

(67) BARCELLONA, “Introduzione”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, p. IX; GUASTINI, R., “Fondamenti teorici del cosiddetto ‘uso alternativo del diritto’ nel marxismo”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, pp. 10-12.

relevancia" (68) y del que tomar el estímulo para conectar derecho y política, para construir "la sociedad como un todo" (69).

C) El programa jurisprudencial "alternativo", pues, se funda a sí mismo volviendo a las categorías de dialéctica, totalidad, contradicción, pero también explica una actividad propositiva, por así decirlo, propia. Esta se presenta, ante todo, como una *jurisprudence* comprometida a sugerir definiciones innovadoras del método y del objeto del saber jurídico: desde la denuncia del carácter económica y socialmente condicionado de las categorías jurídicas (70), a la afirmación de la "separación" del derecho (del saber jurídico, de la casta de los juristas) en el marco de la dinámica económica e institucional de la sociedad capitalista (71), a la crítica del saber jurídico tradicional y de la relación que éste establece entre "normas" y "hechos" (72).

D) La metajurisprudencia alternativa, además, compromete, por un lado críticamente, por otro prescriptivamente (estratégicamente), el papel del jurista y en particular del juez. Desde el primer punto de vista la crítica alcanza uno de los puntos más frecuentes del debate de los años sesenta, la cuestión de la "politicidad" del juez, retoma los argumentos de ese debate y los conecta con la crítica de la "naturaleza de clases" de la magistratura (73). Desde el segundo punto de vista, las novedades son ciertamente mayores, aunque no falten adelantos de las mismas en los últimos años sesenta: la exigencia de la ruptura del "cierre corporativo" de la magistratura, el aflorar de una sensibilidad diversa en relación con la opinión política, patrimonio ya de la magistra-

(68) BERLINGUER, L., *et al.*, "Editoriale", en *Democrazia e diritto*, 1973, p. 6.

(69) *Ibidem*, pp. 7-8.

(70) BARCELLONA, P., "L'educazione del giurista", en BARCELLONA, P., HART, P., MÜCKENBERG, U., *L'educazione del giurista*, Bari, De Donato, 1973, p. 62.

(71) BARCELLONA, P., "Introduzione", en AA.VV., *L'uso alternativo...*, *cit.*, vol. I, pp. XII y ss.; GIOVANNI, B. DE, "Significato e limite...", *cit.*, pp. 254 y ss.

(72) BARCELLONA, P., "Introduzione", en AA.VV., *L'uso alternativo...*, *cit.*, vol. I, pp. XVII y ss.; BARCELLONA, P., COTURRI, G., *Stato e giuristi tra crisi e riforme*, Bari, De Donato, 1974, pp. 84 y ss.

(73) ONORATO, P. L., "Il giudice 'politico'", en *La Magistratura*, n.º 6-7, 1970; FERRAJOLI, "L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano", en *Quale giustizia*, 1973, pp. 502 y ss.

tura “progresista” de los años sesenta, se complican y radicalizan al contacto con el marco de referencia “dicotómico-conflictivo” y abren el problema de la “crítica del papel profesional”, de la conexión (estratégica, operativa) con los “sujetos” del conflicto y de la transformación (74) —y una vez más nos encontramos en contacto con discursos cuya vertiente “pragmática”, en una palabra, la lucha ideológico-política dentro de la magistratura y fuera de ella, debo dar por conocida, limitándome a recordar su importancia.

Hasta ahora hemos recordado esquemáticamente algunos de los principios identificadores del proyecto de jurisprudencia “alternativa” de los primeros años setenta. Si es verdad que aquellos principios, en su enunciación general, constituían para los valores participantes en la empresa un terreno ampliamente común, también es comprensible que, precisamente a partir de algunos de ellos, se desarrollaran líneas de tensión que no son desdeñables.

Las dos principales me parecen las siguientes: la primera tenía un carácter general y de algún modo preliminar y afectaba a la valoración del papel del derecho y del Estado (“burgueses”) en el proceso de transición (y por tanto de los límites, o incluso en la posibilidad misma, de un “uso alternativo” del derecho); la segunda se refería a la identificación de los “sujetos” externos y las modalidades de la articulación deseada: el “partido”, la “clase”, el “movimiento obrero” eran locuciones rituales y recurrentes que, sin embargo, dejaban intuir fácilmente direcciones estratégicas diversas, de la misma forma que la “articulación real con el exterior”, en la que por lo demás todos estaban de acuerdo, adquiriría sentidos bastante diversos según se compartiera más o menos la tesis de que dicha articulación debía tender a conseguir “un contacto directo con las masas” (75).

No se trataba de desacuerdos irrelevantes. Pero mi impresión es que en los primerísimos años setenta, la dirección del sentido del proyecto

(74) SENESE, S., “Intervento” en el congreso sobre “Giustizia e potere” (1971), en *Democrazia e diritto*, 1971, pp. 451 y ss.; ACCATTATIS, V., FERRAJOLI, L. Y SENESE, S., “Per una magistratura democratica”, en *Problemi del socialismo*, 1973, pp. 173 y ss.; FERRAJOLI, L., “Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria”, en AA.VV., *L’uso alternativo...*, cit., vol. I, pp. 118 y ss.

(75) FERRAJOLI, L., “Intervento” en el congreso sobre “Giustizia e potere”, cit., p. 462.

jurisprudencial "alternativo" estaba todavía en condiciones de aportar una consistente unidad de fondo a la actitud de los juristas que se reconocían en él. El "frente de la alternativa" estaba determinado, dentro de estos límites, en sus líneas generales: heredaba la temática del movimiento antiformalista de los años sesenta, del que, por lo menos genéticamente, dependía y con el que seguía compartiendo la exigencia de interrumpir la tradición —no interesa aquí verificar hasta qué punto dominante— orientada a "tecnificar" la operación interpretativa y a minimizar el papel del juez. En el campo abierto por tal empuje innovador (podríamos decir "alternativo" en sentido débil) se abre paso el programa jurisprudencial de los años setenta: pero éste transforma la simple ("consensual") "capacidad de innovación" del movimiento de los años sesenta en una exigencia de ruptura que implica, a la vez, al orden jurídico y al orden político-social y transforma su tranquila actualización en la prefiguración, precisamente, de una "alternativa".

Desde este punto de vista, el programa metajurisprudencial "alternativo" se presentaba indudablemente compacto. Unitario y rígidamente articulado, era el marco de referencia; se compartía la crítica del saber jurídico y del papel del juez como eran tradicionalmente entendidos: pero se compartía sobre todo la certeza del estrecho nexo entre crisis, conflicto y transformación: la jurisprudencia "alternativa" se basaba en la firme convicción de que "a todos los sectores [se extendiera] la crisis y la posibilidad de transformación" (76).

VIII. EL PROGRAMA DE LA "JURISPRUDENCIA ALTERNATIVA": EL PRIMADO DE LA CONSTITUCIÓN

Partiendo, pues, del marco general de referencia, el eje del discurso que acabamos de resumir, alcanza el terreno específicamente jurídico en dos puntos: la teoría y la metodología jurídica, donde con frecuencia la propuesta se acerca más a una crítica de la jurisprudencia que a una jurisprudencia (ya diseñada y desarrollada como) "alternativa"; el papel del juez, donde la tesis de su politicidad se explica en la contestación a la "separación" de la institución y en la búsqueda de conexiones "externas". Pero por importantes que sean estos dos aspectos, el punto de llegada de la jurisprudencia alternativa está más allá y vuelve

(76) GIOVANNI, B. DE, "Significato e limite...", cit., p. 264.

a encontrarse con el mismo problema de la interpretación, y con él, de la operación judicial concreta, desde el que me ha parecido conveniente hacer arrancar todo el asunto: casi como si la propuesta “alternativa” se realizara a sí misma por completo solamente pasando, si se me permite el juego de palabras, de la *jurisprudence* a la jurisprudencia.

No podré aventurarme aquí en el análisis de lo que los jueces hacen efectivamente (hicieron, como jueces hipotéticamente “alternativos”) (77): simplemente, deberé seguir ocupándome de lo que los jueces, los juristas, han declarado querer hacer, tendré, en fin, que intentar comprender sólo sus declaraciones metajurisprudenciales, su programa jurídico-interpretativo.

En este terreno es donde la herencia del debate de los años sesenta todavía resulta, en lo sustancial, utilizable: la imagen de un juez “creativo”, responsable de operaciones interpretativas, obligado por norma a escoger entre qué soluciones jurídicamente son igualmente posibles. Persiste así, junto a la polémica respecto de la hipótesis de un juez “libre”, desvinculado de toda referencia al sistema normativo, la idea, por una parte, de la (frecuente) ambivalencia de la norma particular, y por tanto, de los vacíos y, sobre todo, de las contradicciones características del sistema normativo en su conjunto.

La revelación de lagunas y antinomias en el sistema no es ciertamente un descubrimiento reciente (78) —y obviamente, las contradicciones en el sistema normativo tienen un carácter histórico— semántico completamente diferente respecto de la “contradicción” del marco teórico de referencia. Pero las dos tradiciones tienden a tocarse en el programa de la jurisprudencia “alternativa”: la contradicción fundamental se traduce de algún modo también en las antinomias del sistema normativo determinándolas históricamente, reconduciéndolas a uno u otro polo del conflicto social.

(77) Téngase presente, en todo caso, la jurisprudencia (“alternativa” o no) recogida y comentada en *Quale giustizia*.

(78) Cfr. GUASTINI, R., “Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, pp. 511 y ss.

Frente a ellas, la jurisprudencia "alternativa" se propone ciertamente desarrollar la tarea "crítica", "desmitificadora", proclamada ya como auténtico programa teórico-metodológico. Pero si nos detuviéramos ante este punto, quedaría inevitablemente suprimida del ámbito del programa la operación judicial concreta: la sentencia no debe ser un simple momento de crítica de la ideología; es una decisión que se quiere poner de algún modo en relación con el sistema normativo: presupone, pues, un programa jurisprudencial que se comprometa "positivamente" en un esfuerzo de lectura de las normas vigentes.

También en este terreno la continuidad con los años sesenta es consistente: ya entonces se subrayaba la heterogeneidad histórico-genética de las normas pertenecientes al sistema jurídico italiano y se llamaba la atención del juez sobre el papel de la Constitución en la operación interpretativa. El programa jurisprudencial "alternativo" acoge y radicaliza este planteamiento en más sentidos. Se compromete, ante todo, en una relectura del sistema normativo dirigida a superar sus contradicciones lógico-históricas mediante una "continua prevalencia de la norma constitucional sobre la infraconstitucional" (79); el sistema normativo infraconstitucional es, en conclusión, "racionalizado" sobre la base de los principios generales inscritos en la norma constitucional y usados como criterios de solución de las antinomias.

La lectura de la Constitución tiende a su vez, sin embargo, a recoger los numerosos (y no necesariamente no contradictorios) principios constitucionales en torno a una norma asumida como criterio ordenador. El artículo 3 adquiere así un papel determinante en el programa jurisprudencial "alternativo". Dicho artículo impone el principio de la "igualdad sustancial" como criterio inspirador de las operaciones judiciales (80), pero también indica la presencia simultánea en la Constitución de dos modelos opuestos de sociedad y, por tanto, de dos estrate-

(79) TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffré, 1980, p. 336. Ténganse presentes las agudas observaciones del autor (se compartan o no sus valoraciones), *ibidem*, pp. 326 y ss. *Cfr.*, también TARELLO, G., "Gerarchie normative e interpretazione dei sistemi normativi", en *Politica del diritto*, 1977, pp. 499 y ss.; *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello* (al cuidado de M. Bessone), Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 4 y ss. Particularmente atento a la problemática constitucional se muestra CO-TURRI, G., *Diritto eguale e società di classi*, Bari, De Donato, 1972.

(80) MARCO, L. DE, "Intervento" en el congreso sobre "Giustizia e potere", cit., en *Democrazia e diritto*, 1971, pp. 441 y ss.

gias opuestas: escoger entre éstas la versión “reformista”, “new-dealista”, es posible solamente para el jurista que cierre los ojos ante la realidad de la “contradicción” (81). El programa “alternativo” nace, por así decir, antes de la Constitución, hunde sus raíces en una teoría completa de la sociedad, pero encuentra en la Constitución su precipitado normativo y, en éste, el punto de apoyo de las operaciones jurisprudenciales propuestas. La jurisprudencia es “alternativa” en la medida en que también resulta “alternativo”, no realizable en el marco del sistema económico vigente (82), el principio general sancionado en el artículo 3.

IX. EL JUEZ “ALTERNATIVO”: ¿HÉRCULES O HERBERT?

Ciertamente, no podrá pedirse a la intensa pero efímera época de la jurisprudencia “alternativa”, una teoría completa de la interpretación y del razonamiento del jurista. Pero tampoco cabe considerar inexistentes o irrelevantes las opciones metateóricas implícitas en su programa: al contrario, será un útil ejercicio de lectura intentar explicitarlas.

Desde este punto de vista, el génesis y el desarrollo del programa jurisprudencial “alternativo” resultan indudablemente singulares. El punto de partida coincide, como se ha visto, con la contestación de los postulados más deteriorados del positivismo jurídico, a los cuales se contrapone el descubrimiento de la “creatividad” jurídica, del carácter valorativo, la politicidad y discrecionalidad de la operación interpretativa: una opción metajurisprudencial de tipo “sociológico” golpea al formalismo jurídico y se apoya en una imagen de cambio todavía no organizada en una teoría rígida. El descubrimiento de la “contradicción”, la imagen conflictiva-dicotómica del cambio social, el encuentro con el marxismo, cambian bruscamente, con el marco de referencia, la dirección de sentido, si no los componentes particulares, del programa jurisprudencial, que se presenta ante todo como crítica (ideológica, “desmitificadora”) del saber y de la práctica jurídicos. ¿Pero qué sucede cuando del mismo marco de referencia se quiere deducir el proyecto de una

(81) ROMAGNOLI, U., “Il principio d’uguaglianza sostanziale”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1.289, ss.

(82) FERRAJOLI, L., “Intervento” en el congreso sobre “Giustizia e potere”, cit., p. 460.

nueva jurisprudencia, de una serie de operaciones jurídicas "alternativas"? Es en este punto donde el modelo metajurisprudencial implícito en la "revuelta antiformalista" de los tardíos años sesenta tiende a ser sustituido por un modelo metajurisprudencial diferente, donde el papel de la "teoría" (presupuesta) y de los "principios" adquiere un peso nuevo y relevante: podría ser útil llamar "dworkiniano" (83) a tal modelo.

No se trata, desde luego, de establecer correspondencias filológicas entre la jurisprudencia italiana de los años setenta y los escritos contemporáneos del jurista americano, sino de sugerir la posibilidad de que, más allá de las incluso demasiado obvias diferencias, algunos aspectos no marginales de la metajurisprudencia dworkiniana puedan servir para explicar la hermenéutica inmanente al programa de la jurisprudencia "alternativa". No pretendo, naturalmente, entrar en el contenido de la obra de Dworkin y del amplio debate que ésta ha suscitado (84), sino que más bien intentaré usar la una y el otro como un reactivo químico en el que sumergir la película impresionada, con el fin de evidenciar y desarrollar sus imágenes. Vuelvo, pues, a evocar de forma extremadamente resumida, las tesis congruentes con este objetivo (y solamente aquéllas):

a) el jurista, el juez, conduce sus operaciones interpretativas sin tener que encontrar nunca un espacio "vacío", abierto a decisiones discrecionales, sino más bien recurriendo a "principios" ulteriores respecto a las normas (85);

b) son esos "principios" los que sostienen al juez en la actividad de resolución de los "casos difíciles", y tienen que ser cuidadosamente identificados. El juez dworkiniano, por tanto, allí donde el juicio deba

(83) Me refiero a DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978. TARRELLI, G. (*L'interpretazione...*, cit., pp. 386-387) asocia a Dworkin al debate (también italiano) sobre los "principios generales"; cfr., también BARTOLE, S., "In margine a *Taking Rights Seriously* di Dworkin", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 200 y ss, para la interesante confrontación Dworkin-Mortati.

(84) BARTOLE, S., "In margine a...", cit., pp. 185 y ss.

(85) "Cuando los juristas razonan o discuten en términos de derechos y obligaciones jurídicos... usan *standars* que no funcionan como reglas, sino que actúan... como principios, políticas u otro tipo de *standars*" (DWORKIN, R., *Il diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 90).

referirse a la Constitución, “debe desarrollar una teoría de la Constitución, bajo la forma de una compleja serie de principios y políticas que justifiquen aquel esquema de gobierno, de la misma forma que el árbitro de ajedrez está obligado a desarrollar una teoría relativa al carácter de su juego. Debe desarrollar esa teoría haciendo referencia recíprocamente a la filosofía política y a los puntos concretos institucionales” (86);

c) precisamente porque se refieren al “soporte institucional” inmanentes al sistema jurídico (87), los principios se presentan como “no arbitrarios”, de algún modo objetivados, aunque su identificación se complique con la remisión (probablemente contradictoria dentro del universo del discurso dworkiano) a un modelo o teoría previamente aceptados (88);

d) la teoría política a la que Dworkin se remite es, en fin, sustancialmente, la teoría política de los jueces (o del juez) investidos (o investido) cada vez por la decisión (89).

Dejemos ahora el sobrehumano Hércules dworkiniano (90) y volvamos al juez de la jurisprudencia alternativa. Sus “casos difíciles” (que emergen ante las ambigüedades, las antinomias, las lagunas del sistema normativo) no se dejan ya a una decisión judicial resuelta en un acto, por así decir, de “instantánea” creatividad, o moldeada a tenor del “hecho” de comportamientos judiciales concordantes, sino que encuentran una solución de principio: *en el* principio del primado de la Constitución, obviamente, pero más específicamente, en una teoría de la relación entre norma constitucional y norma infraconstitucional e, incluso antes, en una teoría de la Constitución; precisamente aquella teoría de la Constitución que también el pobre Hércules tenía que construir trabajosamente en relación con el “soporte institucional” y con la teoría política previamente acertada (y aceptada); aquella teoría

(86) *Ibidem*, p. 206.

(87) *Ibidem*, p. 148.

(88) BARTOLE, S., “In margine a...”, *cit.*, pp. 196.

(89) *Ibidem*, p. 202.

(90) Hércules, como es sabido, es “un jurista capacitado, culto, paciente y de un ingenio sobrehumano”, postulado por Dworkin (*I diritti...*, *cit.*, p. 203), al cual se contraponen el “ius-positivista” Herbert.

que, para el programa jurisprudencial "alternativo", se resume en la convicción del valor ordenante (del papel de *standard* supremo) precisamente del artículo 3 de la Constitución; en la conexión obligada que liga ese artículo constitucional con la teoría política (la gran narración emancipatoria de inspiración marxista) hermenéuticamente fundamentadora.

Desde la teoría política a la identificación de los "principios", al proyecto de una jurisprudencia que ya se preanuncia (aunque sea como proyecto) resolutoria de las (hartianas) "penumbras del texto" el programa "alternativo" y la metajurisprudencia dworkiniana nos resultan procedimentalmente simétricas. Obviamente, se trata de una simetría, repito, de procedimiento, formal; en el plano de los contenidos señalo dos diferencias, una que se da por descontada, otra más significativa. La primera se refiere al sistema jurídico, diferente del nuestro, al que se mantiene estrechamente ligado el discurso de Dworkin; la otra corresponde a la distinta perspectiva estratégica dentro de la que se colocan Hércules y su colega continental "alternativo": la teoría política que el juez dworkiniano introduce en su operación judicial "según principios" se conecta a una ideología y a una ética (hipotetizadas como) consustanciales a las instituciones existentes, mientras el juez de la jurisprudencia alternativa vincula estrechamente teoría política y "principios" en un acercamiento que se quiere radicalmente transformador del uso (todavía) dominante del sistema jurídico, sobre la base de un presupuesto valor de verdad del marco de referencia hermenéuticamente fundamentador (91).

Es posible indicar ahora algunas de las características que resumen el programa jurisprudencial "alternativo". Este está dominado por una hermenéutica (ampliamente implícita) que usa como "presuposición" una teoría social rigurosamente estructurada en torno a las palabras-

(91) La diferencia se reduciría, sin embargo, no tanto desde el punto de vista de los contenidos como de su significación teórica, si adoptásemos la tesis, sugestiva, de un implícito "iusnaturalismo" dworkiniano: *cfr.* REBUFFA, G., "Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 209 y ss.; PINTORE, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 69 y ss. Ténganse también presentes, en general, las observaciones de GUASTINI, R., "Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un "appendice bibliografica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, pp. 449 y ss.

clave de “totalidad” y de “contradicción”, concebida como un discurso cognitivo dotado de un alto valor de verdad y capaz de prestaciones predictivas.

La jurisprudencia “alternativa” formula, pues, un programa de reinterpretación del sistema jurídico a la luz de principios generales que quieren al mismo tiempo estar presentes en el sistema normativo y ser coherentes con la teoría presupuesta. No se trata de un programa “meramente” ideológico-político que no quiere tocar, salvo con fórmulas rituales, el terreno específicamente jurídico, sino de una hermenéutica comprometida en el frente jurisprudencial. La operación que produce en éste (o, mejor dicho, auspicia) es, idealmente, relevante y está destinada, como veremos, a dejar alguna huella; se trata en sustancia, de un programa de relectura del sistema normativo sobre la base de un principio diferente de coherencia: un programa de “racionalización” (todavía, en este sentido, dworkiniano) (92) del mismo. Análogamente, el papel de juez, en la medida en que se hace trámite, con respecto al sistema jurídico, de identificación de los principios sobre la base de la teoría presupuesta, adquiere un valor protagonista, continuando y reforzando el estímulo a la autovaloración de la profesión ya sugerida en los últimos años sesenta.

La racionalización (o, mejor dicho, *una* racionalización del sistema jurídico, la afirmación del papel activo, transformador, del juez, no aparecen realmente, por así decirlo, en estado puro, en el programa de jurisprudencia alternativa: no son más que la proyección jurídica de aquella singular operación hermenéutica que llega al derecho a partir de una teoría social rigurosamente estructurada y convierte, respectivamente, la racionalización del sistema en la prefiguración de la “alternativa”, y el “protagonismo” del juez en la forma de su papel “antagonista”.

X. ALTERNATIVAS A LA “ALTERNATIVA”

La alternativa era “tomada en serio”: estaba anclada en una teoría social, estaba enfocada a la identificación de los principios y, sobre esta base, presagiaba una lectura diferente del sistema normativo. Dicha lectura se nos presenta, pues, si no como una propuesta sistemática y

(92) *Cfr.* BARTOLE, S., “In margine a...”, cit., pp. 203 y ss.

explicitada en todos sus componentes, sí como un programa definido en sus partes esenciales. Una prueba *a contrario* de ello nos la ofrece, en cierto sentido, la existencia de líneas argumentativas que enriquecen el debate jurídico-cultural de los años setenta partiendo precisamente de la puesta en discusión de una u otra tesis metajurisprudencial "alternativa". De estas líneas no puedo, en lo restringido de este ensayo, ofrecer una reconstrucción adecuada, sino sólo indicar la dirección del sentido y su "punto de inserción" en el tronco del programa "alternativo".

A) La hermenéutica implícita en el programa jurisprudencial "alternativo" mostraba una exigencia de partir de una teoría social general presupuesta para llegar a una identificación de los principios influyentes en la decisión. El discurso puede afectar ante todo al contenido de la teoría presupuesta, pero salvar algo del procedimiento hermenéutico sugerido. Así se podrá aceptar la preeminencia del dato constitucional y la importancia de algún presupuesto teórico en la operación jurisprudencial, pero tender a sustituir una teoría social rígidamente estructurada por una imagen filosófico-antropológica, un "modelo" de hombre (no posesivo, comunitario, personalizado, servicial, etc.) (93).

B) Puede cambiar, igualmente, no sólo el contenido de la teoría presupuesta, sino también el valor de verdad que se le atribuye. Mientras en el programa jurisprudencial "alternativo" el valor de verdad de la teoría presupuesta se daba como inmanente a la teoría misma, constituía un predicado necesario de la misma, ahora se reclama la exigencia de una verificación, de un control de la aceptación socialmente "efectiva" del modelo interpretativo, y de los valores que éste implica "en función de un concreto (difundido y no idealista) método de entender la realidad operativa del derecho" (94).

(93) N. Lipari (ed.), "Introduzione" a AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, Laterza, 1974, pp. V y ss. *Cfr.*, al respecto BOELLA BRECCIA, L., "La coscienza infelice del giurista. In margine al convegno di Bari su 'Tecniche giuridiche e sviluppo della persona'", en *Quale giustizia*, 1973, pp. 529 y ss.; SALVI, C., "Recensione" a AA.VV., *Tecniche giuridiche...*, *cit.*, en *Democrazia e diritto*, 1974, pp. 595 y ss. *Cfr.*, también LIPARI, N., "Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo", en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, Jovene, 1972, vol. III, pp. 99 y ss.

(94) LIPARI, N., "Sul significato di 'uso alternativo' del diritto", en *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, Giuffré, 1974, t. IV, p. 3.649. *Cfr.*, también LIPARI, N., "Scelte politiche e

C) Puede cambiar, además, el esquema hermenéutico subyacente. Se sigue compartiendo la idea de una interpretación mediada por alguna forma de suposición previa, pero no se hace coincidir ésta con una *teoría* sociopolítica (rígidamente estructurada), sino más bien con el *problema* que el “caso” plantea, condicionando y guiando así al intérprete en la lectura del texto: se vuelve a proponer por esta vía la exigencia (que acabamos de recordar) de introducir procedimientos argumentativos que hagan las “hipótesis de solución” “racionalmente discutibles y abiertas a la corrección” (95).

D) Tampoco faltan objetivos polémicos más previsibles, pero no por esto desdeñables: así se discute con frecuencia tanto la “sobreevaluación” de la norma constitucional respecto de la infraconstitucional en el procedimiento interpretativo, como el hecho de privilegiar, dentro de la Constitución, principios “juridificados” en el artículo 3 (96).

E) De la misma forma, el discurso se refiere polémicamente con frecuencia a la función del jurista y del juez. La piedra de escándalo del programa jurisprudencial “alternativo” es, desde este punto de vista, la efervescente, provocativa contestación de una de las imágenes más celosamente custodiadas en el lecho de la tradición: el jurista como técnico de la mediación, como responsable de la mediación, como responsable de la “acomodación respectiva de los diversos puntos de

determinazione storica dei valori realizzabili”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. I, pp. 37 y ss.; PAVONE LA ROSA, A., “Dubbi e perplessità sulla ipotesi di una funzione ‘supplente’ della magistratura”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, pp. 65 y ss.

(95) MENGONI, L., “Diritto e politica nella dottrina giuridica”, en *Iustitia*, 1974, pp. 337 y ss. El marco de referencia remite a Viehweg, pero sobre todo a J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, Esi, 1963. Cfr., al respecto ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984. Cfr., también ZACCARIA, G., “Per una metodologia ‘post-politica’ della prassi giudiziale”, en *Politica del diritto*, 1984, pp. 599 y ss.; RUGGIERO, L. DE, “Sul concetto di precomprensione”, *ibidem*, pp. 577 y ss. cfr., también, para el área alemana, ORRÚ, G., *Richerrecht*, Milano, Giuffrè, 1983.

(96) Cfr. CATAUDELLA, A., “L'uso alternativo del diritto privato e del diritto del lavoro e i pericoli di interpretazioni ‘involutive’”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, pp. 135 y ss.; RICCA, L., “Uso alternativo del diritto privato, interpretazione e principi costituzionali”, en AA.VV., *L'uso alternativo...*, cit., vol. II, pp. 149 y ss.; COTTA, S., *Diritto e politica*, cit., pp. 15-16.

vista", "las diversas ideologías", "los diferentes y contrastados valores" (97); el juez como componedor "imparcial" del conflicto.

F) Quedan, finalmente, los episodios de simple reiteración de los puntos de la tradición, reagrupados en torno a la *summa divisio* entre interpretación y política del derecho (98): pero el interés de tal postura aparece, en lo restringido de este ensayo, marginal, precisamente porque sustancialmente extraña al clima cultural del que dependían tanto el proyecto jurisprudencial "alternativo" como las líneas divergentes del mismo.

Esta última postura no era ciertamente capaz de hegemonizar el debate entonces en curso. En él la metajurisprudencia había desempeñado un papel más bien complicado. Había heredado las posiciones más radicales de los años sesenta, pero al mismo tiempo las había transformado introduciéndolas en un esquema hermenéutico, tan singular como implícito, donde el papel fundamentador estaba representado por una teoría social rígidamente estructurada. Se había asignado fundamentalmente la tarea de una lectura global y unificadora sobre la base de los "principios" (una "racionalización") del sistema normativo, y de una afirmación del papel activo y transformador del juez, pero lo había resuelto y legitimado mediante la luz indirecta de la alternativa.

XI. LOS TARDÍOS AÑOS SETENTA: EL AGOTAMIENTO DEL PROGRAMA "ALTERNATIVO"

Dentro del primer quinquenio de los años setenta (se trata obviamente de una división aproximada), el programa "alternativo" se había ido

(97) MODUGNO, F., "Il diritto tra vecchie e nuove concezioni", en *Diritto e società*, 1974, p. 293. Cfr., también SACCHETTI, L., "Imparzialità del giudice e 'compromesso storico'", en *Giustizia e Costituzione*, n.º 2-3, 1976, pp. 15 y ss.

(98) CASSANDRO, G., "Il 'fare' del giurista", en *Diritto e società*, 1973, pp. 125 y ss. Cfr., las observaciones críticas de ONIDA, V., "Politica del diritto e ruolo del giurista. A proposito di 'Diritto e Società'", en *Democrazia e diritto*, 1973, pp. 107 y ss. Distinta, y absolutamente singular, resulta la posición de Guido Fasso, que fluctúa entre volver a proponer el valor de la certeza y de la unidad jurisprudencial y compartir el clima "antipositivista" del que hacen derivar su origen las propuestas de los "innovadores": cfr. FASSO, G., "Il positivismo giuridico contemporaneo", en *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, pp. 171 y ss.; *ibidem*, "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 897 y ss.; cfr., al respecto las observaciones críticas de "La corte e la ragione", en *Politica del diritto*, 1973, pp. 12 y ss.

concretando en sus puntos esenciales gracias a las intervenciones, densamente entrelazadas, tanto de juristas de cátedra así como de miembros de la magistratura. No se trataba ciertamente de voces unísonas: las disensiones registraban las “clásicas” alternativas estratégicas de la izquierda y las introducían en la discusión de uno o de otro problema jurídico (99); sin embargo, quedaba en pie el programa en su conjunto y por lo tanto también la relación, ensombrecida por éste, entre teoría social, operación interpretativa y papel del juez.

Ahora bien, lo que ante todo se discute es el nexo entre la teoría social compartida y el programa jurisprudencial “alternativo”. La teoría sigue estando estructurada alrededor de las categorías de “totalidad” y de “contradicción”, pero es el contenido de lo que se da en llamar la “maniobra de las contradicciones” (100) lo que empieza a recibir diversas caracterizaciones diferentes a las del pasado reciente, sobre la base de un juicio político que ve en el movimiento obrero organizado, en el partido comunista, los sujetos de una “hegemonía” que quiere alcanzar a las estructuras del Estado a través de un vasto proyecto de reformas institucionales.

No parece decisiva ya la referencia a las operaciones del jurista (y a las habituales consignas sobre su carácter valorativo, su politicidad, etc.): “el espacio político real de una crítica de las relaciones jurídicas de clase se reencuentran en un movimiento para las reformas”, en una “política de las alianzas” (101). La “separación” del jurista no queda, pues, resuelta tanto con una (programada) “alternatividad” de su actuación, como por la posibilidad de instaurar con ella “nuevas relaciones de hegemonía”, “en la perspectiva de los avances del movimiento en masas” (102). El fuego de la polémica se desplaza así de manera completamente natural hacia la magistratura: la operación judicial era el objeto privilegiado de la metajurisprudencia “alternativa”, apenas ésta se lanzaba fuera del terreno de la mera “crítica de la ideología”; y

(99) *Cfr.*, por ejemplo, AA.VV., “Uno statuto per padroni e sindacati”, en *Quaderni piacentini*, n.º 42, 1970, pp. 75 y ss.; MANCINI, S. F., “Sul metodo di alcuni giuristi della sinistra extraparlamentare”, en *Politica del diritto*, 1971, pp. 99 y ss.

(100) BARCELLONA, P., “Intervención”, en AA.VV., *Democrazia e diritto*, Bari, De Donato, 1975, p. 159.

(101) RESTA, E., *ibidem*, p. 102.

(102) SCHIAVONE, A., *ibidem*, pp. 119-120; *cfr.*, también LORENZONI, F., *ibidem*, pp. 126-127.

también era la magistratura el terreno político-institucional donde las tesis "alternativas" gozaban de un contraste "pragmático" preciso como parte integrante del programa de Magistratura democrática. Concentrar en un proyecto jurisprudencial las aspiraciones de superación de la "separación" —se observa— es la autoilusión de una magistratura que en el mismo programa de la jurisprudencia "alternativa" demuestra moverse todavía en el interior de una concepción "separada" de su propio papel: de aquí que se refiera a la soberanía popular sin tener en cuenta las "fuerzas políticas que históricamente han dado voz" a ésta (103); el proponerse como lugar de mediación decisiva y de representatividad "más allá o también contra las fuerzas sociales y su expresión política" (104).

Se trata de novedades de relieve en el frontispicio del programa jurisprudencial "alternativo". En primer lugar: las críticas nacen en el interior de un alineamiento político-cultural hasta entonces simpatético con la línea metajurisprudencial. En segundo lugar: se confirma el valor de verdad de la teoría social presupuesta, pero se interrumpe el nexo que unía la teoría con las operaciones jurídicas mediatizadas por ella. En tercer lugar: se afirma la preponderancia de una estrategia político-institucional sobre una estrategia jurisprudencial, se afirma una política del derecho que es más una política *a través del derecho* que una política *en el derecho*; y se interrumpe, por tanto, el esquema hermenéutico presente (aunque sea implícita y embrionalmente) en la metajurisprudencia "alternativa" sin indicar hipótesis sustitutivas. En cuarto lugar: empieza a abrirse camino la idea (sea cual sea la valoración que se le atribuya) de un papel activo y transformador del juez. Esta imagen, ensombrecida en los años sesenta y reforzada vigorosamente por la metajurisprudencia "alternativa", pero hasta ahora vinculada a la "herencia" del programa, empieza a desvincularse de éste para convertirse en una imagen "autónoma" y ampliamente recurrente en el debate posterior.

(103) COTURRI, G., "Alle origini di Magistratura democratica", en *Politica del diritto*, 1975, p. 695.

(104) *Ibidem*, p. 698. Cfr., también BARCELLONA, *Stato e magistratura nella crisi. Forme della conflittualità e apparati di mediazione*, Venezia, Marsilio, 1978, pp. 54 y ss. Cfr., las observaciones críticas en "Supplite, o giudici!", en *Politica del diritto*, 1978, 1978, pp. 10 y ss.

No son, en cualquier caso, los críticos del proyecto de jurisprudencia “alternativa” los únicos que preparan su decadencia, sino, paradójicamente, también sus defensores. Y críticos y defensores se enfrentan todavía, en 1977, con ocasión de un Congreso de Magistratura democrática (105), pero en una situación política en su conjunto tan diferente respecto al primer quinquenio de los años setenta, como para hacer aparecer la metajurisprudencia “alternativa” como profundamente cambiada.

Por un lado, la estrategia institucional de los jueces cercanos al partido comunista, dramatizada por la denuncia de la “descomposición” y la disgregación social, veía ya al proyecto “alternativo” como un episodio del pasado, y las diferencias entre intervenciones se referían en todo caso a las valoraciones “históricas” de la experiencia y a los “tonos” de la evocación. La jurisprudencia alternativa, dirá uno de sus más brillantes interventores, fue un “descubrimiento” ya “adormecido, cuando menos, en el discurso teórico” (106). Más severamente, otros reconocerán que la jurisprudencia “alternativa” coincide en buena parte con la historia de Magistratura democrática, pero añadirán que de ésta hay que tomar ya distancias, si se la entiende como una jurisprudencia “de signo político clasista, subjetivamente interpretado y asumido como decisivo para la bondad de juicio” (107); hay que sustituirlas, tanto a ella como a su “uso disgregante”, por una jurisprudencia “rigurosa y prevenida y por eso agregadora: capaz de remover incrustaciones, prejuicios..., de resistir a las presiones, de captar lo nuevo” (108).

Más allá de las fórmulas rituales del congreso y de las motivaciones político estratégicas inmediatas que las sostenían, un dato interesante es el surgir (todavía tímido e incierto) de una imagen metajurisprudencial que nace en el interior del programa “alternativo”, pero que al mismo tiempo presupone, para salir a plena luz, su descomposición: el progra-

(105) Magistratura democratica, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1978. *Cfr.*, las valoraciones críticas de COTURRI, G., en “Magistratura, governo, sovranità popolare. Una nota di discussione dopo il congresso di Rimini di Magistratura democratica”, en PULITANÈ, D., *Giudice negli anni settanta. Un'esperienza di magistratura democratica* (al cuidado de G. Coturri), Bari, De Donato, 1977.

(106) RAMAT, M., “Relazione”, en Magistratura democratica, *Crisi istituzionale...*, *cit.*, p. 78.

(107) PORCELLA, A., *ibidem*, p. 216.

(108) *Ibidem*, p. 218.

ma de una jurisprudencia que se plantea como fuente de integración y de unidad transformadora (como "racionalización") del sistema normativo, perfectamente simétrica a la imagen de un papel activo y "protagonista" del juez.

Estamos, ciertamente, ante las primeras escaramuzas de la afirmación de una "nueva" imagen jurisprudencial, entre otras cosas porque el envoltorio "alternativo" que la contenía parece estar todavía en pie, por lo menos en las intervenciones en el congreso divergentes respecto a la línea estratégica del partido comunista, reflejadas después en la moción aprobada por mayoría. Las motivaciones de esta larga "fidelidad" hay que remitirlas ante todo al rechazo de la estrategia político-institucional del partido comunista y a la voluntad de asegurar a la magistratura un papel suficientemente autónomo en relación con las dinámicas sociales: todavía se considera posible, en suma, alguna forma de conexión con los "sujetos" sociales en conflicto, sin tener que pasar obligatoriamente a través de la mediación del partido.

Ahora bien, el programa de la jurisprudencia "alternativa" era precisamente el canal inventado para poder introducir en la ciudadela de la jurisprudencia potencialidades transformadoras, maduradas en el crisol de la lucha social. Allí donde la fórmula de la jurisprudencia "alternativa" permanece todavía (pero el índice de frecuencia no es altísimo), su función parece conectada aún a la exigencia de establecer una conexión entre operación judicial y conflicto social. Cambian ante todo, eso sí, la modalidad y el sentido de la conexión. Mientras el programa alternativo "original" preveía acoger el contenido del conflicto traduciéndolo en las operaciones judiciales previstas, la estrategia del 77 concibe la "alternativa" no como un "mensaje" jurisprudencial deducido *del* conflicto, sino como un "espacio" jurisprudencialmente garantizado para el conflicto.

Encaminándose hacia su conclusión, la metajurisprudencia "alternativa" en el paso de los años setenta a los años ochenta, generaba, por así decirlo, desde sus cenizas, la fase "garantista" (109) de Magistratura

(109) No se quiere aludir con esto, obviamente, a una caída instantánea y generalizada de la metajurisprudencia alternativa, sino al florar de las primeras, decisivas escaramuzas de una pérdida de centralidad y, sobre todo, de "crisis de fundamentos". Todavía se seguirá discutiendo de "jurisprudencia alternativa", sobre todo dentro de la Magistratura, al final

democrática. Ciertamente, la temática garantista no era un descubrimiento improvisado y tardío, sino que pertenecía al patrimonio tradicional de la corriente (110). Sin embargo, se había quedado de algún modo al margen en el momento en que la metajurisprudencia “alternativa” se proponía como vehículo directo de innovación y transformación, en el momento en que asumía el conflicto como momento positivo y prepositivo de soluciones (también) específicamente jurisprudenciales.

Cuando, después, el “mantenimiento” de semejante programa parece debilitarse, la defensa de las libertades y la apertura de espacios jurídicamente disponibles para la libre expresión de las tensiones sociales, no constituyen tanto un retorno defensivo al pasado, cuanto un cambio de estrategia frente a los problemas (nuevos e imprevistos) del presente. Los problemas del terrorismo y de la concreción de las respuestas (¿represivas?, ¿integradoras?, ¿garantistas?) más oportunas (111).

Pero no creo que se trate de un cambio de estrategia simplemente originado por una coyuntura ocasional: la estrategia cambia en sintonía con el cambio (todavía implícito, pero perceptible) del aparato cognos-

del decenio (cfr. Magistratura democratica, *Il giudice, le istituzioni, la crisi dello Stato*, Catania, Pellicanolibri, 1979; cfr., también las valoraciones críticas de SALVI, C., “Magistratura democratica alla ricerca di una identità”, en *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 809 y ss.); pero de aquélla se tenderá a retener simplemente el legado “constitucional” e “igualitario” (cfr. SENESE, S., “Crisi politico-istituzionale e indipendenza della magistratura” (informe al V Congreso nacional de Magistratura democratica, Bari-Giovinazzo, 1981), en *Questione giustizia*, 1982, pp. 415 y ss.; se pondrá entonces en relación, en fin, con el llamado “garantismo dinámico” (cfr. SALVI, C., “I nuovi termini della ‘questione giustizia’. In margine al congresso di Magistratura democratica”, en *Democrazia e diritto*, n.º 1, 1982, pp. 83 y ss.; Magistratura democratica, *Poteri e giurisdizione. Atti del VI Congresso nazionale*, Napoli, Jovene, 1985; ACCATTATIS, V., “Riflessioni sul congresso di Magistratura democratica (Il giudice di fronte ai poteri ilegali per costruire una società democratica)”, en *Questione giustizia*, 1984, pp. 197 y ss. En términos generales, sobre el “garantismo”, cfr. STAME, F., “Uno spettro si aggira nella sinistra: il garantismo”, en *Critica del diritto*, n.º 15, 1978, pp. 9 y ss.; GUASTINI, R., “Che cos’è il garantismo”, en *Critica del diritto*, n.º 16-17, 1980, pp. 63 y ss.

(110) Cfr., por ejemplo, M. Ramat, *Discorso di un giudice alla contestazione, cit.*; *ibidem*, “La politica della libertà”, en *Quale giustizia*, 1970, pp. 1 y ss.; ténganse asimismo en consideración las publicaciones de BOBBIO, N., “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, en *Quale giustizia*, 1971, pp. 286 y ss.

(111) Cfr., por ejemplo, AA.VV., *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione di sinistra* (al cuidado de Magistratura democratica), Milano, Angeli, 1982.

citivo y de las expectativas conectadas al mismo. No son ya *el* conflicto, la contradicción y las posibilidades de una transformación prevista y estratégicamente conducida, lo que atrae la atención del jurista, sino más bien la pulverización del conflicto en una serie de "conflictos corporativos no componibles y de dinámicas individualistas" (112); el programa alternativo "original" es puesto en discusión en su misma premisa "fundamentadora": la teoría de la contradicción y de su inmanente potencial transformador-emancipador da lugar a una percepción de la crisis como un "elemento intrasistémico" del "capitalismo maduro", "que ha hecho de ella un objeto a administrar" (113); la teoría del conflicto social como epifenómeno de la "contradicción fundamental" se convierte en la manifestación de conflictos difusos que dan testimonio más de las dificultades de la integración que de las posibilidades de una "alternativa" (114). En la conclusión del decenio, la parábola meta-jurisprudencial iniciada al amparo del bienio 1968-1969 aparece ya sustancialmente agotada.

XII. LA ALTERNATIVA "TOMADA EN SERIO"

La alternativa había sido "tomada en serio": no había aparecido como fruto de una voluntaria decisión *pro amico*, la mecánica traducción jurídica de una opción política inmediata; se consideraba más bien la expresión de una teoría capaz de encerrar en un horizonte rigurosamente estructurado, toda la dinámica social y de sostener, por esta vía, una perspectiva emancipadora y transformadora. La teoría era ciertamente, también, una función del conflicto, pero lograba, por así decirlo, distanciarse de él, en la medida en que lo asumía como tema constitutivo propio. "Tomar en serio" la alternativa era, pues, verla inscrita en una situación "real" de la que la teoría deseaba ser, al mismo tiempo, espejo e instrumento de transformación.

(112) ONORATO, P. L., "Intervento", en *Magistratura democratica, Crisi istituzionale...*, cit., p. 206.

(113) ZOLO, D., "Legislazione repressiva, terrorismo e capitalismo maturo. Tre modelli di interpretazione del 'caso italiano'", en *Critica del diritto*, n.º 13, 1978, p. 12.

(114) No faltaban, por lo demás, en el curso de los años setenta, voces escépticas sobre la posibilidad de una "alternativa" y más bien propensas a interpretar el conflicto como un juego de poderes y contrapoderes en el interior de una sociedad industrial compleja: *cfr.* AMATO, G., MANCINI, F., GALGANO, F. Y ROMAGNOLI, U., "Quattro note sulla democrazia industriale", en *Politica del diritto*, 1976, pp. 9-12; GIUGNI, G., "Ancora una nota sulla democrazia industriale", en *Politica del diritto*, 1976, pp. 151 y ss.

“Tomar en serio” la alternativa era, en conclusión, una vía para tematizar el cambio social comprendiéndolo mediante un peculiar aparato categorial. En esta perspectiva, la “alternativa” no era más que un episodio particular de un experiencia más compleja: donde las transformaciones político-institucionales y económico-sociales eran al mismo tiempo el soporte y el objeto temático de una particular atención consagrada (a partir de los años sesenta) al problema del cambio social.

Precisamente en este periodo, en el espejo del jurista “innovador” el cambio de las categorías de representación del cambio había sido rápido y rico en momentos espectaculares, pero, por lo general, dominado por un nexo problemático con el tema del conflicto. Si en los años sesenta (hasta la fractura 1968-69) no faltaba quien asociaba al cambio el conflicto para minimizar su alcance y prever su rápido declive, en los años setenta no faltaba quien enfatizara el papel del conflicto y preveía sus consecuencias “alternativas”.

Hoy, la cómoda posición de los observadores *post festum* parece autorizar la hipótesis de una solución paradójica salomónica: por un lado, ambas predicciones pueden resultarnos infundadas, en cuanto al conflicto ni se ha reabsorbido ni ha dado lugar a un “salto”, a una fractura en el desarrollo; por otro lado, ambas predicciones pueden parecer fundadas, con tal de que se las considere, por así decirlo, malignamente unidas por la ley de la heterogénesis de los fines: de modo que los efectos de “modernización” (115) auspiciados por el jurista “consensualista” se habrían alcanzado finalmente pasando precisamente a través de aquellos conflictos enfatizados (con otras expectativas bien distintas) por el jurista de la metajurisprudencia “alternativa” (116).

Podría hablarse así de la “muerte”, pero también de la “transfiguración” del programa jurisprudencial “alternativo”: la exigencia de una reflexión hermenéutica (117), la urgencia de una “racionalización” del

(115) Téngase presente el marco conceptual trazado por GERMANI, G., *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, Bologna, Il Mulino, 1975, pp. 23-49.

(116) Cfr. ORSI BATTAGLINI, A., “Libertà e democrazia in Italia. Tendenze istituzionali negli anni settanta”, en *Problemi del socialismo*, 1978, pp. 119 y ss.

(117) Cfr. ZACCARIA, G., “L’obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto”, en *Rivista di diritto civile*, 1979, pp. 603 y ss.; BRECCIA, U., “L’interprete tra codice e nuove leggi civili”, en AA.VV., *Legge, giudici, politica. La esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 257-259.

sistema normativo (118), el papel activo y transformador de intérprete y, con ello, la posición del juez en el ordenamiento, remiten a problemas presentes en el debate jurídico actual y que la metajurisprudencia "alternativa", de algún modo contribuyó a imponer llamando la atención sobre ellos, aunque ciertamente sin resolverlos (119).

La tensión proyectual que la atravesaba la ponía, por otra parte, diría que por definición, en la imposibilidad de hacerlo. El papel de los textos que pueden adscribirse a ella puede ser, de manera aproximativa, asimilado al peculiar estatuto del "manifiesto": caracterizado por un programa "optativo", contrapuesto a una "tradicción", fundado en un previo modelo cultural, sobre alguna forma de teoría (120). El objetivo de los "manifiestos" jurídicos "alternativos", es más, su misma estructuración discursiva, imponían la prefiguración de una "diversidad" tanto más persuasiva cuanto más clara e intransigente. La astucia de la razón parecía haber hecho retroceder la "alternativa" a una complicada actualización de la existente, sin haber sin embargo convertido el "manifiesto" en una nueva, definitiva "poética".

(118) Cfr. BRECCIA, U., *op. cit.*, pp. 231 y ss.; PIZZORUSSO, A., "La magistratura nel sistema politico italiano", en AA.VV., *Legge, giudici, politica...*, *cit.*, p. 81; desde un punto de vista distinto, BUSNELLI, F. D., "Tramonto del codice civile?", *ibidem*, pp. 209 y ss.

(119) Sobre la creciente importancia del papel del juez y su actividad interpretativa, *cfr.*, por ejemplo, NIGRO, M., "Il giudice amministrativo oggi", en *Il foro italiano*, 1978, pp. 161 y ss.; CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984 (en una perspectiva también comparada); valoraciones distintas del mismo fenómeno en TARELLO, G., "Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º 1, 1981, pp. 157 y ss., y RODOTÀ, S., "Tra svolta e prospettive", en *Politica del diritto*, 1981, pp. 208 y ss. Una nueva prueba del fenómeno puede verse en el debate (cultural y políticamente aún abierto) sobre la "responsabilidad" del juez. *Cfr.*, por ejemplo, AA.VV., *Giudicare il giudice*, Gamma Libri, 1982; AA.VV., "Il controllo del giudice e il controllo sul giudice", en *Giustizia e Costituzione*, n.º 3-4, 1984; VIGORITTI, V., *Le responsabilità del giudice*, Bologna, Il Mulino, 1984; *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, n.º 3, 1985.

(120) SEGRE, C., *Avviamento all'analisi del testo letterario*, Torino, Einaudi, 1985, p. 299. En términos no muy diferentes, también LOMBARDI, L. (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, *cit.*, pp. 221 y ss.) se refiere al "movimiento" del "derecho libre".