

Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica

Por MARÍA DE LOURDES SOUZA
Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de estas páginas es desarrollar una reflexión, ciertamente parcial y condicionada por la propia economía textual recomendada, de la gran paradoja que implica el cambio de las tesis alternativas (que hicieron historia en los años sesenta-setenta) a la teoría del garantismo (que se afirma como nuevo paradigma en los años ochenta-noventa). Cabe preguntar, en principio, por qué esta transmutación constituye una paradoja. Entendemos que la contradicción está en que estas dos teorías, aunque tengan los mismos progenitores, presentan rasgos fisonómicos y de personalidad tan distintos, que es casi imposible identificar, a simple vista, el grado de parentesco existente. De tal forma que descifrar los elementos enigmáticos determinantes de esa distinta configuración o composición genética es nuestro objetivo principal.

Cabe aducir que no figura como objetivo la reconstrucción hermenéutico-historiográfica de estas dos teorías, ni tampoco escudriñar sus premisas de base, sino que lo que nos interesa es el interludio, o sea, el momento en se produce el cambio de una teoría a otra. Por otro lado, tampoco es nuestra pretensión sopesar y medir, exhaustivamente, las propuestas del uso alternativo del derecho y del garantismo, sino tan sólo buscar los puntos de convergencia y divergencia más resonantes entre ambos paradigmas.

El argumento central que anima la investigación es éste: cómo la idea de «manipulabilidad» judicial de la gramática de los derechos,

auto-justificada en un ideal político de raíz marxista, puede generar, en inmediata conexión, otra idea que, en línea de principio, adopta los valores ideados por la tradición iusfilosófica liberal-burguesa. Así, ¿hay un nexo de sentido que une las dos teorías? o, por el contrario ¿son teorías antitéticas e incompatibles?

En base a lo precedente, la cuestión es precisamente saber cómo se puede responder a esos dos interrogantes, cuál de ellos responde a la verdad. Empero la respuesta no es fácil ni simple, dado, como veremos, que hay elementos y tesis que sostienen tanto la conexión y continuidad entre las dos teorías, como la ruptura o discontinuidad entre las mismas.

La contemplación previa de algunos elementos implicados en la transición del alternativismo al garantismo dejará entrever el grado de complejidad al apuntar una respuesta o hipótesis previa a este dilema. El elemento más significativo e ilustrativo es el de la fuente de alimentación teórico-doctrinal de los proyectos. Así para el uso alternativo del derecho el marxismo (o más precisamente el neomarxismo) es su manantial, mientras el garantismo tiene su oasis en el iluminismo. Estas distintas fuentes de alimentación implican, a su vez, diferentes objetivos así como distintas direcciones estratégicas. El uso alternativo del derecho auto-justifica su proyecto sobre la base de la instrumentalización política del derecho; en tanto que el garantismo se auto-propone como objetivo la instrumentalización de la política por el derecho. Por otro lado, uno utiliza la propia disimetría y aporías de los valores conformadores del mundo jurídico-político como instrumental operativo para cambiarlos y, en última instancia, destruirlos y reemplazarlos por un orden de valores que consideran ideales; y el otro opera con los valores conformadores del orden jurídico-político para combatir las disimetrías y aporías distorsionantes de éstos y, además, los asumen como valores fundamentales e indisponibles de un orden que proponen también como ideal.

Con este marco previo de los elementos paradigmáticos constitutivos de una y otra teoría, podemos dibujar una hipótesis provisional a la paradoja que parece despuntar en esta primera y fugaz aproximación al tema. Entendemos, y ésta será nuestra hipótesis, que hay en principio, una ruptura paradigmática entre el garantismo y el uso alternativo del derecho. Pero esta ruptura, y aquí es donde está la verdadera paradoja, tiene un nexo de sentido y una finalidad bien precisa: se trata de un cambio de estrategia de los propios alternativistas frente a un cuadro histórico (económico, político, jurídico, social e ideológico) alterado o metaforseado en relación con el marco original fundamentador de su proyecto hermenéutico. En este contexto, el deslizamiento de los presupuestos alternativistas hacia el garantismo no constituye, en sí mismo, una gran ruptura con relación a las líneas defendidas en el pasado, sino que se trata simplemente de una alteración requerida por la mutación del cuadro histórico y frente a los nuevos y graves problemas del presente. Un intento de hacer coherente unos presupuestos práctico-teóricos que el cambio de los tiempos convertía en perjudiciales, desventajosos y nocivos para los propios objetivos fijados de antemano.

Consideramos, que la clave explicativa del giro pragmático de las tesis alternativistas a las tesis del garantismo está, precisamente, en la mutación de los factores socio-políticos y socioeconómicos que actuaron como catalizadores del propio movimiento alternativo. En efecto, como intentaremos demostrar, tales procesos de cambio son determinantes tanto de las crisis y devaluación de los paradigmas alternativistas, como de la conversión de éstos al garantismo. Por ello resulta pertinente poner de relieve los elementos básicos implicados en esa transformación social, prestando atención a cómo éstos van, paulatinamente, minando las bases práctico-teóricas alternativistas y forzando su deslizamiento y adaptación al marco teórico del garantismo.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS MOTIVOS Y CAUSAS DETERMINANTES DEL GIRO DE LAS TESIS ALTERNATIVISTAS HACIA EL GARANTISMO

Por cuestión de coherencia metodológica haremos primero una alusión a algunos factores específicos implicados en la crisis de la tesis alternativistas y, enseguida, los conectaremos con la óptica de análisis ulteriormente propuesta.

Los primeros síntomas de crisis del paradigma alternativista empiezan a manifestarse a finales de la década de los setenta. Lo curioso es que esta crisis no es provocada por los detractores del movimiento sino por sus propios creadores y defensores. Precisamente en el tercer Congreso de *Magistratura Democratica* (MD) ¹, celebrado en Rimini en abril de 1977, en torno al tema «Crisis institucional y renovación democrática de la justicia», se pone en tela de juicio las estrategias alternativistas que eran el baluarte de esa corriente. Puestos a resumir con brevedad lo acaecido en este Congreso, podría decirse que éste inaugura uno de los períodos más arduos y atormentados en la vida del grupo. Y no sólo y no tanto a causa de los conflictos dialécticos internos, sino sobre todo en razón de enfrentamientos con la cúpula política de la izquierda ². El punto central de las discusiones y desavenencias se dan entre aquellos que continúan defendiendo la necesidad de una actuación o mediación política en clave socialista por parte del grupo y aquellos que defendían una actuación desvinculada y autónoma del mismo. Más adelante especificaremos los motivos de este roce, por

¹ «Magistratura Democratica» es una corriente de opinión existente en el interior de la «Associazione Nazionale de Magistrati Italiani», configurada como una agrupación de magistrados progresistas, y siendo protagonista por excelencia del movimiento del uso alternativo del derecho.

² Cfr. SENESE, S., *Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia*, *Quale Giustizia*, n°47-48, 1979, p. 699. Las polémicas suscitadas en este congreso pueden ser encontradas en: MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Crisis istituzionale e rinnovamento democratico de la giustizia. Atti del Congresso de Rimini, aprile de 1977*, Milano, Feltrinelli, 1978.

ahora es suficiente con mencionar que en el centro de esta controversia está la jurisprudencia alternativa, que empieza a encontrar detractores en su propio hábitat.

De hecho los que defendían una retracción del vínculo político con las fuerzas políticas y sociales que actuaban en el área de la izquierda, sostenían la necesidad de una actuación jurisprudencial más rigurosa y prudente, incluso incitando a una cierta recuperación de algunos valores tradicionales de la cultura jurídica, como, por ejemplo, los caracteres del Estado de derecho o ciertos valores de garantía jurisdiccional como la vinculación de juez a la ley (aunque entendida en su dimensión eminentemente constitucional). En definitiva, a partir de este Congreso el grupo de *Magistratura Democrática* comienza a adoptar actitudes explícitamente autocríticas con su programa jurisprudencial alternativo. Tal postura va paulatinamente erosionando las bases de la teoría alternativista hasta su definitivo arrumbamiento³.

Pero, tal como ya sostuvimos, esa crisis interna conecta con múltiples y variados fenómenos externos, que actúan como catalizadores de la misma. Entre ellos se puede citar: la consolidación efectiva del proceso democrático, la ya referida crisis de la izquierda, nuevos fenómenos de violencia y delincuencia tanto institucional (corrupción, clandestinidad e ilegalidad político-económica, uso abusivo de las legislaciones de emergencia, etc.) como ciudadana (especialmente la criminalidad organizada – terrorista y mafiosa). A todo ello se suma un desmesurado protagonismo del sector judicial, implicado en un considerable aumento de su espacio de discrecionalidad, combinada con una cierta instrumentalización política del mismo, que empieza a demostrarse, de cierta forma, incontrolable y altamente lesivo y adverso para determinados valores jurídico-democráticos, como es el caso de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Abundaremos en estos puntos en lo que sigue.

Con relación al primero de los factores mencionados –la consolidación efectiva del proceso democrático– interfiere en la jurisprudencia alternativa quitándole parte de su sentido y significado. El argumento esgrimido era más o menos éste: el uso alternativo del derecho era producto de un momento histórico específico, cuya pretensión era favorecer a las clases más débiles y desfavorecidas social y económicamente, ayudándolas a consolidarse como fuerza hegemónica. Este objetivo se realizaba a través de la utilización de las contradicciones de la estructura capitalista, sea para provocar un desequilibrio y desajuste en el armazón de la ideología político-burguesa; sea para la conquista de espacios de poder y, como consecuencia, la afirmación de los intereses y valores de las clases subalternas. Sin embargo, estos objetivos han perdido su sentido en las condiciones actuales, dado que se asiste a una «dilatada hegemonía de los grupos democráticos» que se traduce en la modificación de los aparatos institucionales y en la creación de nuevos

³ Cfr. «La alternativa “tomada en serio”», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 30, 1990, pp. 176-177.

instrumentos capaces de expresar esta hegemonía ⁴. De ahí, como dirá Barcellona, que en tal contexto «la referencia a la jurisprudencia alternativa y a la suplencia del juez aparece obviamente inadecuada» ⁵.

En suma, los teóricos alternativistas comprenden que el protagonismo judicial ligado a las estrategias revolucionarias/emancipadoras, tan importante en un pasado reciente como táctica de democratización de la sociedad, representaba en aquellos momentos un peligro para la propia democracia y su sistema de garantías legales. Zolo condensa magníficamente este cambio de conciencia de los jueces alternativistas: «Si la racionalidad del derecho moderno es una racionalidad frágil y expuesta a riesgos, la primera tarea de un magistrado y de un jurista «democrático» es, en mi parecer, la de empeñarse en una «lucha por el derecho». Interpretar y aplicar el derecho a la luz de sus valores fundamentales heredados de la tradición iluminista (...) es su verdadero modo de ser democrático y, por así decir, «alternativo» ⁶.

De tal forma que una importante parte del aparato doctrinal alternativista entra en crisis a raíz de la efectiva democratización de la sociedad italiana, especialmente aquellos caracteres revolucionario-transformadores de inspiración marxista. Y, para agravar aun más los problemas de los planteamientos alternativistas basados en los presupuestos del marxismo, se instaura una crisis en los propios sectores de izquierda. Ésta en parte esta motivada por el desgaste político sufrido al haberse alzado con el comando político del país, y por otra, por el fracaso de la experiencia de los regímenes comunistas y un, consecuente, declive del marxismo ⁷.

Justamente esta crisis de la izquierda es uno de los factores centrales determinantes de la liquidación de las tesis alternativistas. Y esto porque, la «jurisprudencia alternativa estaba inspirada en una hipótesis de transformación en clave marxista: tal posibilidad está definitivamente afectada con la disolución del socialismo real» ⁸. Por otro lado, conforme ya mencionamos, hay un enfrentamiento entre los alternativistas y las fuerzas políticas y sociales de izquierda. Como apunta Senese, los alternativistas habían nacido en el interior de la izquierda, de «una izquierda articulada y que aunque dividida estaba aglutinada por contraposición a un adversario común. Hemos crecido bajo las grandes batallas de oposición, comunes a todo el escuadrón de izquierda: la lucha contra la represión en el 69/70; contra los arrestos policíacos del 72/73; a favor del divorcio en el 74» ⁹. Pero, continúa el autor, ahora todos estos ideales y luchas parecen desvanecerse, haciendo que

⁴ Cfr. BARCELLONA, P.: «Il magistrato, la politica e lo Stato», *Rinascita*, núm. 18, 1977, pp. 4-5.

⁵ «Ruolo del giudice e mutamenti sociale», en *Studi in memoria di Mario Condorelli*, vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 21.

⁶ «Cittadinanza democratica e giurisdizione», en *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli, 1994, p. 80.

⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁸ SCARPARI, G., «Crisi della sinistra e prospettive della giurisdizione», *Questione Giustizia*, núm. 1, 1992, p. 188.

⁹ «Istituzione giudiziaria...», *cit.*, p. 702.

también la experiencia de la jurisprudencia alternativa sea aniquilada como hipótesis y experiencia de lucha, por la que ayer peleábamos. Éste es el motivo por el que las crisis en las relaciones entre el grupo de *Magistratura Democratica* y las fuerzas de izquierda ponen en peligro la propia existencia de los primeros, dado que ésta siempre fue una relación fundamental y esencial ¹⁰. Empero, dada las circunstancias y por cuestión de supervivencia, urge que se opere una independencia respecto al proyecto político de la izquierda, como única forma de hacer operativa, dar funcionalidad y garantizar una jurisprudencia abierta, promocional y libre que contribuya a una real y verdadera legitimación de la dinámica social y de los proyectos de transformaciones democráticas por ésta gestados ¹¹.

Pues bien, puede decirse que éste es uno de los factores centrales que aceleran el proceso de crisis de las tesis alternativistas. Efectivamente, la mencionada presencia de un colateralismo partidista que tendía a una instrumentalización político-partidista de lo judicial, era particularmente nociva para los sectores judiciales identificados con la izquierda, como era el caso de los jueces alternativistas, dado, por un lado, que ellos mismos defendían explícitamente un necesario compromiso y/o coligación con las fuerzas de izquierda y, por otro, que las fuerzas políticas de izquierda habían logrado alzarse como poder político. De ahí el dilema, ya que la bandera emblemática de los alternativistas era justamente fomentar que los sectores subalternos lograsen la hegemonía política; pero, por otro, precisamente el hecho de que la izquierda fuese la fuerza gobernante terminaba inevitablemente por denotar y exigir un guiño de complicidad de los jueces alternativistas para con la misma. Y éstos viendo el peligro de esa complicidad, que era como dar un cheque en blanco a las fuerzas políticas, retroceden en la defensa de una jurisprudencia de «signo político clasista».

De ahí, justamente, nace la propuesta de una línea de actuación judicial alejada de todo tipo de injerencia, sea política o social, de izquierda o de derecha, de la mayoría o de la minoría. Una línea, como expresa Senese, «que considera irrenunciable, en el proceso de transformación de la sociedad, aunque sea una sociedad socialista, el mantenimiento de fuertes garantías institucionales en las relaciones entre ciudadanos y aparatos de coerción del Estado, que considera

¹⁰ Es interesante la reflexión de Ferrajoli sobre la influencia que ha ejercido el marxismo en el grupo de «Magistratura Democratica», afirmando que éste «ha contribuido sólo en negativo, en la “pars destruens”, a la cultura de MD: la cual, en sustancia, fue aun en aquellos años una cultura mucho más liberal que marxista, aunque sea un liberalismo “*sui generis*”, que intentaba conjugar garantía de los derechos de libertad y garantía de los derechos sociales y anclar a ambos tipos de derechos al punto de vista de los sujetos débiles...»; «Per una storia delle idee di Magistratura Democratica», en *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1994, pp. 61-63.

¹¹ «Istituzione giudiziaria...», *cit.*, p. 706. Sobre la crisis de la cultura jurídica de izquierda en el contexto italiano puede consultarse el interesante y sugestivo artículo de Rossana Rossanda, «La política del derecho en la cultura comunista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 30, 1990, pp. 205-220.

que las transformaciones de las relaciones de producción y el acceso de las clases populares a la dirección del Estado no es condición de por sí suficiente para evitar desviaciones y abusos siempre posibles por parte de las instituciones represivas del Estado (...) sólo la salvaguardia de la libertad puede asegurar la crítica y el control de la masa sobre la transformación, la efectividad de la misma. (...) El garantismo para nosotros, en tal caso, no es un momento defensivo puramente táctico usado para derribar este Estado; sino un elemento indefectible de la nueva forma de Estado que queremos construir para el futuro, comenzando a luchar aquí y ahora para afirmar algunos caracteres y salvaguardar otros ya existentes (...) introducidos por la resistencia victoriosa contra el fascismo y por las sucesivas luchas populares»¹².

Otro de los motivos determinantes de la crisis alternativista, estrechamente conectado con el anteriormente expuesto, es la afloración de fenómenos de ilegalidad y corrupción en el ejercicio del poder político. Dichos fenómenos generan importantes consecuencias y repercusiones en los medios judiciales. Una de ellas es un notable enfrentamiento de la judicatura con las fuerzas políticas, que, conforme lo ya apuntado, supone una ruptura e independencia de los magistrados progresistas con el proyecto político de la izquierda. Otra, es que las vicisitudes (o ilegalidades) políticas van a ser, mayormente, afrontadas judicialmente, dando lugar a fenómenos de espectacularización y protagonismo de este sector.

Estos factores, a su vez, han tenido incidencia en la aparición de un importante y grave fenómeno de degeneración de la legalidad. En efecto, por estos años nace, en Italia, la llamada *cultura della emergenza* basada en una utilización proselitista del proceso penal como instrumento de descalificación de ciertas posiciones políticas¹³. Como explica Pellegrini, «La crisis político-institucional que sigue a la ruptura de la izquierda ha acentuado la separación entre sistema de legalidad y estado de legalidad: sea porque los procesos que ha generado son –de por sí– criminógenos, sea porque la ingobernabilidad lleva a recurrir a formas de intervenciones no políticas (...) sino directamente coactivas. La sanción penal resulta, así, el único instrumento utilizable en el intento de gobierno de la sociedad, se hace a ella un recurso cada vez más amplio; (...) [ocasionando] un proceso de expansión

¹² *Ibidem*, p. 708.

¹³ El mismo fenómeno ocurre en España, como resalta Andrés Ibáñez: «En estos años se ha producido una sensible judicialización de la política (...) [que] ha ido precedida de una sensible previa degradación criminal de momentos significativos de aquélla. Esa degradación criminal de momentos significativos del actuar político; la crisis de los controles preventivos internos a los aparatos; la ausencia de controles políticos externos eficaces y el vacío de responsabilidad política (que se contrae a la simple conjugación del verbo “asumir” con tono de jaculatoria de cínico aire penitencial), es lo que ha llevado a la revalorización de la jurisdicción penal como instancia de control»; «Tangentopoli tiene traducción al castellano», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1966, pp. 107-108.

de la función y del área de incidencia de la norma penal en nuestra organización social»¹⁴.

Este juego instrumental del proceso penal¹⁵ supuso una elevada restricción del nivel de garantías y de los derechos individuales, tales como el derecho de defensa, la libertad provisional, el secreto del contenido de los actos procesales y la ampliación de las potestades policiales en detrimento de las judiciales, además de un uso abusivo de legislación de emergencia en materia penal¹⁶.

En este contexto, los propios alternativistas se dan cuenta de que, ante semejante cuadro histórico, ciertos presupuestos tanto teóricos como prácticos de la teoría alternativista se revelaban altamente deletéreos e incluso contraproducentes, dado que se prestaban (aunque de forma indirecta y no intencional) a alimentar y reforzar ciertas distorsiones de la legalidad así como conductas profesionales desviantes. De tal manera que se vieron en el dilema de tener que renunciar, o por lo menos neutralizar, ciertas categorías por ellos defendidas, como única forma de evitar la creciente tendencia degenerativa de la legalidad, y con ello, salvaguardar el derecho y el sector judicial de la «malversación» político-partidista de que estaba siendo objeto. De ahí que abandonen el hogar alternativista¹⁷ y

¹⁴ «Crisi política ed economica, tutela della legalità, compiti della magistratura», *Questione de Giustizia*, núm. 4, 1983, pp. 985-987.

¹⁵ Este fenómeno se da, básicamente, en tres tipos de procesos penales: 1) Los procesos contra los terroristas de izquierda, donde se dan resultados muy espectaculares y donde se empieza a usar con excelentes efectos la figura del «arrepentido». 2) Los procesos contra la criminalidad organizada, que en algunos casos supusieron la utilización de métodos no del todo legales. Esos casos fueron ampliamente explotados por los medios de comunicación y dieron una imagen a la opinión pública de que la Justicia, aunque luchaba contra los criminales, lo hacía con métodos ilegales. 3) Por último, los procesos contra los políticos por crímenes de corrupción y por posibles vinculaciones con organizaciones criminales. Cfr. GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996, pp. 223-224.

¹⁶ Cfr. BERGALLI, R., «Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”», *El Otro Derecho*, vol. 4, núm. 1, marzo de 1992, p. 23. Sobre el tema, *vid.* también «Stato di diritto, caratteri dell'emergenza e cultura della trasformazione. (7 tesi per il VI Congresso Nazionale di Magistratura Democratica)», *Questione Giustizia*, núm. 3, 1983, p. 636; MARTINELLI, P. y ROPPO, E., «Magistratura e proceso penal nella crisi del sistema político», *Democrazia e Diritto*, núm. 3, 1982; VVAA, «Giurisdizione, garantismo, proceso penal», *Poteri e giurisdizione (Atti del Sesto Congresso Nazionale)*, Napoli, Jovene Editori, 1985, pp. 51-178; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El papel de la justicia penal en el estado de crisis», *Jueces para la Democracia*, núm. 10, 1990, pp. 6-8.

¹⁷ Es interesante observar que incluso autores tan comprometidos con las tesis alternativistas, como es el caso de Ferrajoli y Barcellona, restan importancia a las mismas. Ferrajoli llega, incluso, a afirmar que el uso alternativo del derecho fue fruto de la deformación y vulgarización hecha en torno a una cierta posición antiformalista del grupo de «Magistratura Democratica»: «la imagen de MD como grupo contestador, ideologizado y politizado, ha dado origen a innumerables equívocos y malas interpretaciones que en Italia, y más aún fuera de Italia, fueron acompañados de la vulgarización de la fórmula “jurisprudencia alternativa” y “uso alternativo del derecho”. En realidad el “uso alternativo del derecho” (...) fue sólo, en principio, el título de un convenio entre juristas de izquierda (mayormente civilistas) desarrollado en Catania en mayo de 1972 y de dos libros que recogen las ponencias presentadas, en los cuales es difícil encontrar, más allá

busquen guarida en una morada más sólida y segura, la del garantismo»¹⁸.

Tal como sostuvimos en la parte introductoria, estos cambios operados en la realidad social son los que determinan el giro pragmático de las tesis alternativistas a las del garantismo. Lo cual también confirma nuestra hipótesis de que tal giro responde a un cambio de estrategia de los magistrados democráticos. Cambio ciertamente forzado o impuesto por circunstancias exteriores, como las constantes amenazas de involución político/jurídico/institucional o aun ciertos tipos de «usos» instrumentales/políticos del sistema legal, que minaban muchas de las garantías básicas afirmadas constitucionalmente; pero también por limitaciones y debilidades teóricas de las propias tesis alternativistas. En este particular se puede decir que el uso alternativo del derecho ha sido más el resultado de la experiencia práctico-profesional de los magistrados democráticos que de la elaboración de una nueva metodología jurídica¹⁹. Precisamente, el parco campo doctrinal de la teoría

de las muchas indicaciones progresistas en las diversas disciplinas jurídicas, el calificativo de “derecho libre” que a aquella fórmula fue inmediatamente y permanecerá para siempre asociado. La fórmula, que recibía el nombre de “jurisprudencia alternativa” por nosotros usada el año anterior, ha no obstante obtenido éxito propio gracias a su vulgarización: en la cual venía a designar en su conjunto y a alimentar, aun dentro de MD, efectos, tentaciones y subcultura antiformalistas, que tenía un sentido muy distinto (...) [ser] una alternativa constitucional a las orientaciones autoritarias entonces prevalecientes»; «Per una...», *cit.*, p. 67. Ya Barcellona dirá que: «El uso alternativo del derecho, en cuanto fungibilidad y manipulabilidad del texto normativo, es ahora ya un concepto superado, presentando dos límites: uno de carácter teórico, porque el mismo permanecería siempre limitado a la interpretación; y uno de carácter práctico, en cuanto aseguraría a los magistrados un papel meramente defensivo y de suplencia»; *cit.* por R. CERAMI en «L'uso alternativo del diritto: prospettive e metodi», *Magistratura Democratica*, núm. 2, IV/1977, p. 27.

¹⁸ Manifiesta Pellegrino que: «Desde el Congreso de Rimini de 1977, Magistratura Democratica vive bajo la consigna del garantismo. La fórmula garantista ha significado, no sin una vivaz polémica, una elección de fondo de autonomía de la pretendida hegemonía política del PCI. Reivindicar la función de garantía de la magistratura significó refutar la credibilidad y la legitimación de una garantía política conexa a la presencia de la izquierda en la mayoría de gobierno, oponerse al proyecto de adecuar la línea de intervención judicial a la exigencia del cuadro político» (*op. cit.*, p. 982).

¹⁹ La percepción de esta debilidad teórica se da por parte de sus propios teóricos, que reconocen que la jurisprudencia alternativa es más el resultado de la experiencia práctico-profesional de los magistrados democráticos que el resultado de elucubraciones teórico-filosófico-doctrinales. Valgan las siguientes citas como ejemplo: «el uso alternativo del derecho, allá donde es posible, es para nosotros un problema político antes que teórico; y la discusión metodológica no nos debe hacer perder de vista el fin político»; PULITANO, D., «Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura Democratica per l'attuazione dei valori democratici», *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973, p. 63. «La teorización puede ser contraproducente porque no se puede llegar a justificar, lógicamente, tal uso alternativo sin justificar el uso alternativo opuesto (...) El uso alternativo jurisprudencial es obra de prácticos pero no se puede buscar justificaciones teóricas porque, entonces, ofrece un arma a quien, en tesis, está en mejor posición de usarla: o sea la clase dominante. (...) Por otro lado, la teorización generalizante del uso alternativo eliminaría no sólo la certeza del derecho (que puede ser un mito) sino la misma previsibilidad del resultado, que, ofreciendo reglas de comportamiento, constituye un valor que no puede ser descuidado. Tampoco se puede ocultar que tales generalizaciones desvanecerían la

alternativista, constantemente afectado y atravesado por propósitos y propuestas político-ideológicas de carácter práctico, la hace incapaz de resistir al cambio de los tiempos. De tal forma que fuera de su marco contextual originario las tesis alternativistas no sólo pierden su sentido, sino que incluso resultan peligrosas y perjudiciales para los propios objetivos defendidos. Por eso, la única salida viable es su conversión al garantismo.

Ahora bien, conviene también mencionar que la temática garantista no es un descubrimiento improvisado y tardío de los alternativistas, sino que, en cierta medida, formaba parte del programa teórico de éstos. Sin embargo, se había quedado relegada a un plano secundario, al margen de las fórmulas político-estratégicas de su programa jurisprudencial. Sólo que, ante una situación político-jurídica cambiada, el «mantenimiento» de semejante programa resultaba incoherente y un contrasentido. De ahí que se vean en la imperiosa necesidad de recuperar ciertos principios vinculantes asimilados a la cultura tradicional. Pero esta recuperación no constituye tanto un retorno defensivo al pasado, cuanto un cambio de estrategia frente a los problemas (nuevos e imprevistos) del presente ²⁰.

Los argumentos hasta ahora esgrimidos sirven para explicar el porqué del cambio pero dejan abierta la cuestión de si de hecho hubo una ruptura entre las dos teorías o si, por el contrario, hay una línea de continuidad o complementariedad. La respuesta a este interrogante se dará en el epígrafe contiguo.

III. PUNTOS PARADIGMÁTICOS DE INTERSECCIÓN Y/O DIVERGENCIA ENTRE LAS DOS TEORÍAS

Reflexionar sobre los lugares de intersección y divergencia entre las dos teorías es una tarea ardua y difícil, dado que supone utilizar un juego argumental polimorfo. Por ello, afrontar los derroteros argumentales que den cuenta de las grandes similitudes y también de las grandes diferencias existentes, exige comprender e interpretar las intenciones y objetivos, a veces ocultos o disimulados, implicados en el trasfondo de dichas teorías. Plantear esta cuestión requiere, en consecuencia, una revisión de las bases axiológicas en que se asientan ambas tesis, elucidando y matizando los puntos nodales más conflictivos tanto para la asimilación como para la diferenciación de las mismas. Empezaremos con las bases teóricas que inspiran la arquitectura de ambas teorías.

relativa cientificidad de la jurisprudencia: la posibilidad de controlar el "iter" lógico seguido por el Juez para llegar a sus conclusiones sobre las bases de la correspondencia de esto a los parámetros de argumentación comúnmente recibidos»; CATAUDELLA, A., «L'uso alternativo del diritto privato e del diritto del lavoro e i pericoli di interpretazioni «involutive», *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973, p. 139.

²⁰ Cfr. «La alternativa...», *cit.*, pp. 199-200.

El principal alegato utilizado por los alternativistas para la construcción de sus categorías teórico-doctrinales es que los paradigmas jurídicos tradicionales son artífices enmascaradores de la verdadera naturaleza clasista del Derecho. Partiendo de presupuestos inspirados en la doctrina marxista, el uso alternativo del derecho denuncia y declara la naturaleza política del derecho, afirmando que el derecho es ante todo una forma política que condensa la voluntad de los sectores dominantes en una sociedad ²¹. Por esta razón los alternativistas rechazan el modelo teórico ofrecido por el formalismo positivista, en función del apoyo que éste presta al sistema de poder dominante, proponiendo un modelo alternativo que funcione en contraposición a los módulos tradicionales de la justicia de clase.

Otra de las bases de sustentación del programa alternativo es el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas, en donde se reflejan y se reproducen todo género de contradicciones y aporías de una sociedad dividida en clases. Tales contradicciones son producto de las relaciones antagónicas entre los distintos estratos sociales, de su correlación de fuerzas, de las conquistas democráticas de las clases más desfavorecidas en la escala social, de los pactos entre élites, etc. De tal forma que el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas en una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria.

La retórica hermenéutica alternativista se desarrolla sobre la base de la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales. La lectura de la Constitución tiende a su vez, al menos en el contexto italiano, a asumir como canon privilegiado lo preceptuado en el artículo 3 de la misma: «remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política,

²¹ «La justicia burguesa como conjunto de actividades que cumple una función esencial para la conservación del Estado y del ordenamiento jurídico capitalista, no puede, lógicamente, dejar de participar de los caracteres clasistas típicos de tal Estado y de tal Derecho. El mismo principio base de la justicia burguesa, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley (por lo demás bastante a menudo contradicho por las situaciones de privilegio y las concentraciones de poder que genera el capitalismo y que son fuente de llamativas negaciones de aquél), es ya por sí, (...) la más expresiva connotación clasista del orden burgués». Además, la propia cultura jurídica dominante se encarga de reforzar el dominio burgués del Derecho, ya que es la que hace posible «el contrabando de la ciencia del derecho positivo burgués como teoría pura o formal, es decir, como teoría general de las formas y estructuras necesarias del derecho en cuanto tal. En virtud de esta doble operación de mistificación ideológica, el positivismo jurídico llega, pues, a acreditar el modelo formal del derecho burgués como «modelo ético-político» y al mismo tiempo como «modelo científico» de la juridicidad»; ACCATTATIS, V.; FERRAJOLI, L. y SENESE, S., «Por una magistratura democrática», *Política y Justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Libros de Confrontación, 1978, pp. 127-128.

económica y social del país». La comprensión en clave marxista de este artículo lleva a los alternativistas a postular que impone el principio de la «igualdad sustancial» como criterio ordenador de las operaciones judiciales, o lo que es lo mismo, una jurisprudencia alternativa a la inspirada en los principios normativos burgueses. Pero no sólo esto, sino que él mismo inspira un ordenamiento y una sociedad alternativa a la capitalista, estructuralmente fundada en la desigualdad ²².

Por su parte, el garantismo individualiza en el iluminismo la principal matriz histórica de su modelo ²³, asumiendo muchos de los principios y valores informadores de la propia cultura jurídica de ahí derivada: el positivismo jurídico ²⁴. En este sentido, como ya destacamos, la aportación doctrinal del garantismo quiere hacer frente a las crisis que aquejan el nivel de legalidad, destrozando y desplazando derechos. De ahí que traten de radicalizar los valores y principios del sistema de garantías ideados por la cultura liberal-burguesa, refundándolos o reconfigurándolos sobre la base de una noción más amplia y porosa de legalidad. La premisa de esta operación radica en el reconocimiento de que la estructura de legalidad del derecho moderno contiene substratos no sólo formales sino también sustanciales. De acuerdo con esto, hay un doble nivel de legalidad que no sólo programa las formas de producción del derecho mismo, a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones, sino que también programa sus contenidos, vinculándolos a un plano superior de juridicidad donde están ubicados los derechos y principios básicos del sistema. Este plano superior no es otro que el de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

El garantismo también atribuye una dimensión axiológica al propio modelo político configurado como democracia. En este aspecto parten de la presuposición de que el Estado democrático forma parte del núcleo del pacto por el Estado de derecho o, como claramente expresa Ferrajoli, «el Estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades de todos» ²⁵. Tal configuración implica la concepción

²² Cfr. ACCATTATIS, V., FERRAJOLI, L. y SENENE, S., *Op. cit.*, pp. 133-134, y COSTA, P., «La alternativa...», *cit.*, pp. 187-188.

²³ COSTA, P., «Un Modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e compresione storico-teorica della "modernità" penalistica», en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, G. Giappichelli, 1992, p. 17.

²⁴ Ferrajoli escribe que: «Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del estado de derecho, aquél no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico» (FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN MOHINO, J. TERRADILLOS BASOCO y R. CANTERO BANDRÉS, Madrid, Trotta, 1994, p. 868). Costa también afirma que la construcción del modelo «garantismo» se da «en el interior de la tradición filosófico-jurídica de inspiración positivista, tomando en serio la distinción entre moral y derecho, asumiéndola como uno de los postulados irrenunciables de la modernidad» («Un modelo...», *cit.*, p. 18).

²⁵ *Derecho y...*, *cit.*, p. 864.

del Estado de derecho como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de democracia política. A la vista de esta formulación, el propio concepto de democracia es redefinido. El marco de dicha redefinición es la distinción entre dos modelos de democracia: la formal o política y la sustancial o social. El primer modelo se corresponde al Estado político representativo, donde el principio de mayoría es la fuente de legalidad, o sea, establece la validez de cualquier decisión, sea del contenido que sea, adoptada mayoritariamente por los miembros de la comunidad política. Mientras el modelo de democracia sustancial está formado por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho, y, por tanto, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos²⁶.

Este complejo sistema de vínculos y equilibrios entre la dimensión formal y sustancial es el principal vector de garantía de la democracia, ya que permite modelar la democracia como sistema idóneo para atar los poderes públicos a la tutela de los derechos fundamentales y como garantía frente a los abusos y desviaciones cometidas por la democracia política. De este modo, dice Ferrajoli, «la relación entre Estado de Derecho y el principio de mayoría, o, dicho de forma más simple, entre Derecho y Política, aparece invertida si se compara con las imágenes politicistas de la democracia, porque el Derecho ya no puede ser instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho»²⁷.

Precisamente esta configuración del derecho como sistema de garantías es la clave que permite articular el paradigma garantista con un nuevo modelo normativo de Estado —el Estado constitucional de derecho—. En este sentido se puede decir que la mutación del modelo normativo del Estado de derecho al del Estado constitucional de derecho, es, paradójicamente, el resultado de una exigencia axiológica y estructural de realización y optimización de los valores o principios informadores del propio Estado de derecho²⁸. Esta modelación del

²⁶ PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 74, y FERRAJOLI, L., *Derecho y...*, cit., pp. 864-865.

²⁷ «Estado constitucional...», cit., p. 24.

²⁸ Muchos autores sitúan este cambio de modelo normativo en la segunda mitad de este siglo, sobre todo después de la segunda guerra mundial, con la introducción de constituciones rígidas que incorporaron principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo. Entendiendo que este sometimiento del poder legislativo a la ley constitucional supone una complementación del paradigma del Estado de derecho y su consecuente transformación en Estado constitucional de derecho. Es interesante el argumento desarrollado por Fernández Viagas respecto de este trasiego de sentido de la concepción decimonónica clásica de la Constitución. Según este autor esta innovación acaecida en la posguerra en los sistemas europeo-continentales tiene su origen en el sistema constitucional norteamericano. Precisamente en la doctrina que fue enunciada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la famosa sentencia del Juez Marshall dictada en 1803 en el asunto *Marbury v. Madison* según la cual: «la base sobre la que ha sido levantada toda la

paradigma garantista del Estado de derecho es la base conformadora de este otro modelo. Por este motivo muchos autores defienden que en éste no se da una ruptura o superación radical de los postulados básicos del Estado de derecho, sino, como apunta Peña Freire, «un pronunciamiento de sus aspectos más característicos como es el principio de legalidad como imperio de la ley y del derecho»²⁹.

Los rasgos o características estructurales configuradores del Estado constitucional de derecho como un modelo normativo son: (a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social; (b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos, sin excepción; (c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los derechos de carácter social³⁰.

Estos tres rasgos caracterizadores del Estado constitucional de derecho son los que configuran a éste como sistema o modelo del garantismo por excelencia. Esta inherente función de garantía de la legalidad se realiza gracias a la innovación introducida en la propia estructura de la legalidad positiva, de modo que la misma ya no es sólo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. En consecuencia, este doble vínculo habilita y confiere a este modelo el papel de actuar como expediente de garantía del derecho legítimo y como expediente deslegitimador del derecho ilegítimo y, por ende, como limitación de la propia legitimidad jurídico-política de los poderes de Estado.

Todo ello exige la revisión del esquema conceptual de la validez, que supondrá una escisión o disociación de dos dimensiones comúnmente integradas, las de vigencia y validez. Así, dentro de esta formulación, estos dos conceptos no se confunden, sino que son asimétricos e independientes entre sí. La vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspon-

estructura política americana es que el pueblo tiene un derecho original a establecer para su gobierno futuro los principios que en su opinión sean más conducentes a su propia felicidad. El ejercicio de este derecho original supone un gran esfuerzo que no puede ser repetido frecuentemente. Por consiguiente, los principios que han sido así establecidos son considerados fundamentales. Y como la autoridad de la que proceden es suprema y sólo puede actuar rara vez, estos principios se proyectan para ser permanentes». Pues bien, esta aportación de la doctrina norteamericana estará en la base del constitucionalismo europeo de la posguerra, donde la Constitución pasa a ser considerada como una dimensión normativa directa y, lo más importante, que el texto constitucional es un parámetro normativo superior y vinculante que condiciona a todos los poderes públicos, incluyendo el poder normativo del parlamento. Cfr. *El juez imparcial*, Comares, Granada, 1997, pp. 59-65.

²⁹ *Ibidem*, p. 37 (nota p. 1). Aunque para Zagrebelsky si se compara «los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho» (*El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 34).

³⁰ Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, *Corrupción y...*, cit., p. 10, y PEÑA FREIRE, cit., p. 37.

dencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación. La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción³¹. A partir de esta disociación la validez de una ley ordinaria no puede ser deducida de una actividad meramente cognoscitiva que se limite a verificar los aspectos puramente formales del acto normativo, sino que requiere en su juicio la incorporación de aquellos vínculos sustanciales que condicionan el contenido producido. Estos vínculos sustanciales, que como vimos, derivan de aquellas coordinadas o imperativos establecidos por los derechos fundamentales, son los que permiten que se declare inválida una norma que esté en disconformidad o contradicción con el contenido de éstos³².

Como se puede deducir de todo lo expuesto, hay diferencias radicales en los presupuestos teóricos de base de una y otra teoría, que, a simple vista, parecen denotar la existencia de un foso insuperable entre las mismas. Ahora bien, si profundizamos un poco, veremos que el foso no es abismal o, por lo menos, que hay posibilidades de establecer algún pasadizo de comunicación o ligación entre ella. En este sentido, cabría argüir una serie de matizaciones. La primera es que el modelo del garantismo, aun retomando ciertos elementos tradicionales de cultura jurídica positivista, trata, conforme ya expresamos, de redimensionarlos en una perspectiva más dinámica, actualizándolos y orientándolos no sólo como instrumento formal de tutela de la legalidad existente, sino también como instrumento sustancial para la efectividad y promoción de programas normativos insatisfechos o irrealizados³³.

En este sentido, volvemos a repetir, el garantismo trata de resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en el principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Esta postura, tiene ciertas afinidades con la teoría alternativista, que ha sido pionera en la defensa de la Constitución como punto de partida y como punto de confluencia de toda y

³¹ «El derecho...», *op. cit.*, p. 64.

³² Así, por ejemplo, una norma que viole un principio constitucional, aunque tenga existencia formal o vigencia, es inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.

³³ En este sentido manifiesta Ferrajoli que «garantismo no quiere decir legalismo, o formalismo o procesualismo, sino rehabilitación de los derechos fundamentales como valores jurídicos fundantes del Ordenamiento y fuente primaria de legitimación política del Estado y particularmente del poder judicial», «Precarietà dei valori di riferimento ed emergenza», en *Crisis della giurisdizione e crisi della politica*, Milano, Franco Angeli Editore, 1988, p. 173. En otro contexto también afirma que: «En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal –y por tanto irrealizado y pendiente de realización– de sus propias fuentes de legitimación jurídica» (*Derecho y... cit.*, p. 852).

cualquier interpretación de las normas jurídicas. Incluso se puede decir que la valorización de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad es patrimonio de los alternativistas³⁴.

Ahora bien, si se profundiza un poco en el tema, veremos que esta similitud es más virtual que real, dado que los fundamentos de base o las estrategias argumentativas y operativas de una y otra concepción son muy distintos. Así, el uso alternativo, partiendo de un específico valor constitucional (el art. 3) intenta transformar el sistema normativo y las estructuras socio-políticas que lo mantienen, de acuerdo a un uso instrumental del derecho como arma para la revolución social. La prefiguración de una sociedad socialista es su imperativo. Sobre esta preeminencia tratan de radicalizar los conflictos y contradicciones internas y externas del sistema jurídico para desestabilizarlo, y con ello, los propios valores liberal-burgueses conformadores de la estructura opresiva del derecho y del estado capitalista. Sin embargo, el garantismo, haciendo hincapié en una necesaria separación del derecho de las ideologías (sean morales, éticas o jurídicas)³⁵, intenta justamente neutralizar los factores sociales, económicos o políticos, desestabilizadores y desintegrantes de la legalidad positiva. Con lo cual el derecho (especialmente el de raíz constitucional) actúa como límite o freno a las influencias socio-políticas desestabilizadoras y, por ende, como mecanismo garantizador de una determinada estructura legal y política, que para los garantistas está configurada por un modelo preciso –que es el del Estado constitucional de derecho–. Ésta es una diferencia sustancial, dado, como se puede ver, que uno enmarca los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, mientras el otro como mecanismo de defensa, estabilización e integración del mismo.

Pero nuevamente es posible matizar y acortar diferencias. El uso alternativo del derecho se desarrolla en un contexto socio-jurídico desi-

³⁴ Tal opinión es defendida por Andrés Ibáñez, que sostiene que la conciencia y denuncia del desolador déficit de realización y efectividad de los imperativos constitucionales en los niveles normativos ordinarios fue apuntada, ya hace algún tiempo, por algunos jueces y teóricos del derecho, sobre todo en Italia. Esta «actitud fue denunciada como una forma de violencia sobre el derecho. Se habló de “asalto” al orden jurídico, cuando sólo se trataba de recorrer hacia arriba la pirámide normativa. Lo cierto es que, al margen de las apasionantes vicisitudes concretas de unas prácticas que tienen un punto de referencia inolvidable en Lelio Basso, la idea de “lucha por el derecho”, formulada por Ihering en otro contexto, cobró una actualidad que sigue vigente. Se incorporó a la cultura del Estado constitucional de Derecho, en tanto modelo –de un «constitucionalismo emancipador» (Dogliano y Di Giovine)– que debe ser realizado por mandato del más alto rango, puesto que es claro (diría que ahora incluso para el jurista) que el mismo no se hace real por aparecer postulado en lenguaje real» («Introducción», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 10-11).

³⁵ Como afirma Ferrajoli, la teoría del garantismo es también «una crítica de las ideologías: de las ideologías políticas, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor a la inversa; y de las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la efectividad»; *Derecho y...*, *cit.*, p. 855.

gualitario, conflictivo y con fuertes residuos de autoritarismo, razón por la cual propone un modelo antitético a éste; mientras que el garantismo se desenvuelve en un contexto democrático más o menos igualitario y justo, pero con fuertes tendencias regresivas o degenerativas, y de ahí que quiera proteger este orden contra toda y cualquier vulneración o involución³⁶. Resulta así que, para el uso alternativo del derecho, muchos de los mecanismos edificados y defendidos por la cultura legal-positivista, incluido su sistema de garantías, sean instrumentos ideológicos y funcionales al mantenimiento de la estructura legal-burguesa y de las desigualdades y opresiones que ésta genera. En cambio para los garantistas dichos mecanismos son precisamente la base fundamental de protección y defensa del individuo frente a la omnipotencia autoritaria y opresora de las estructuras de poder y, especialmente, de garantía de los derechos sociales (que cobran gran relevancia en los momentos actuales en que se asiste la involución y desmantelamiento del Estado social). En suma, para una concepción los principios de la cultura legal-positivista de raíz liberal tienen un valor predominante negativo y, para la otra, positivo. Como consecuencia, una desestima la legitimidad de dichos principios, mientras la otra los revitaliza como valores fundamentales tanto para la salvaguardia como para la potencialización de los derechos vitales del ser humano.

Como se puede ver, aunque el énfasis en la utilización de las normas constitucionales para la relectura de las normas ordinarias es uno de los puntos comunes entre las dos teorías, los alegatos justificadores son muy distintos. En pocas palabras, el uso alternativo intenta utilizar el sistema jurídico positivo para realizar objetivos extrajurídicos, mientras que el garantismo rehabilita los mecanismos internos de control y garantía de la legalidad, para que actúen de modo correctivo y proyectivo sobre el sistema de legalidad.

Otro punto bastante ambiguo de comparación es la cuestión del papel y función atribuidos a los jueces. En este particular, el uso alternativo del derecho, defiende, básicamente, las siguientes concepciones: (a) dada la incertidumbre, incompletud y contradicción de los sistemas normativos, las tareas de interpretación y aplicación de las leyes se dan más sobre la base de criterios axiológicos que propiamente científico-formales; (b) la neutralidad, imparcialidad y apoliticidad de

³⁶ La siguiente cita de Ferrajoli sirve para ilustrar esta idea: «Mientras en el pasado, hasta hace un par de décadas, el Estado de Derecho parecía un valor liberal y burgués en cuanto concebido preferentemente para la tutela de las libertades civiles y la democracia política parecía un valor socialista, dado que la mayoría estaba formada por trabajadores dependientes y sujetos pobres, hoy el sentido de esa relación se ha invertido. En la sociedad de los dos tercios, la democracia política corre el riesgo de favorecer todavía más a los sectores fuertes y ricos, que en cuanto mayoritarios se inclinan siempre hacia el principio de la mayoría y a la resistencia frente a cualquier regla, límite o control. Mientras es el Estado de derecho, con sus vínculos y límites impuestos al Estado y al mercado, para tutela no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, el que ejerce un papel de defensa y garantía de los sujetos más débiles» («El Estado constitucional hoy», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, p. 21).

los jueces no pasan de mitos teóricos contruidos con el objetivo de enmascarar la subordinación de este sector a los ideales de la burguesía; (c) la ambigüedad del sistema normativo unido al gran margen de discrecionalidad que tiene el juez a la hora de dictar una sentencia, le confiere poder suficiente para adaptar las leyes a los valores y/o ideales que quiera concretar, sin que eso signifique trastocar el principio de vinculación del juez a la ley; (d) todo ello hace que sea posible manipular alternativamente las leyes burguesas para forjar la apertura democrática del derecho y de la práctica judicial, al mismo tiempo que ofrecen apoyos jurídicos a las distintas prácticas sociales que luchan contra el yugo opresor y dominador del sistema burgués-capitalista.

En definitiva, el uso alternativo del Derecho, negando la objetividad científica tanto del conocimiento cuanto de la práctica jurídica, en razón de los condicionamientos del derecho al campo económico y político, reconoce que la actividad jurisdiccional tiene una fuerte carga de funcionalidad política. Tal reconocimiento permite, por un lado, la denuncia de las falacias de los esquematismos científicos puramente técnicos, y, por otro, la posible reorientación de dicha funcionalidad política. Dicho en otros términos, por un lado se critica los métodos tradicionales de interpretación por tener una orientación que se presta a garantizar un determinado *status quo* dominante —el burgués-capitalista—; y, por otro, su pretensión es la de revertir estos efectos político-clasistas en beneficio de las clases sin poder.

Ahora bien, el garantismo también propone un cambio en el papel institucional asignado a la jurisdicción. El primero y más importante de los cambios se produce en la relación del juez con la ley. Ésta ya no se da en términos de una sujeción meramente formal a la ley (independientemente de su contenido, como en el paradigma positivista), sino sujeción a la ley sólo y en cuanto válida, o sea, coherente con la dimensión sustancial de validez. Semejante concepción transforma la función jurisdiccional en garante, por excelencia, de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador. De ello se sigue un refuerzo de la propia posición institucional del juez, en cuanto le asigna la tarea de garantizar y proteger al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos. Precisamente esta naturaleza de la jurisdicción exige que el Juez sea totalmente independiente y desvinculado del poder político. En efecto, se demanda que el poder judicial actúe o funcione, al mismo tiempo, como freno a la dominación y arbitrio de la mayoría³⁷ y, como lugar de legitimación y

³⁷ Y esto porque, como explica Rossi, los derechos sociales en los países con una mayoría de ciudadanos que gozan ampliamente de sus privilegios son «derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y al interés de la mayoría, susceptibles de valoraciones y de efectiva tutela sólo por obra de un poder judicial dotado de reales garantías de independencia» («Verso una democrazia maggioritaria. Magistratura e mutamento istituzionale», *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli, p. 20).

de distribución de recursos o ventajas prometidos por el Ordenamiento pero no concretados u obtenibles de hecho. De ahí que las fuentes de legitimación de este poder no deben y no pueden, a diferencia de los otros poderes, estar condicionadas o vinculadas a los tradicionales mecanismos de democracia política (ligada a la representación político-social)³⁸. Su fundamento reside, únicamente, en la intangibilidad de los derechos fundamentales.

Por último es importante tener presente que este modelo reconoce que en la actividad judicial existe siempre, en mayor o menor grado, un inexorable margen de elección práctica respecto de las diversas y variadas hipótesis interpretativas existentes en el ordenamiento, por lo que conviene tener un modelo límite, que aun siendo largamente ideal y utópico (dado que nunca es plenamente realizable), sirva para acotar la discrecionalidad y, con ello, los riesgos de arbitrariedad e ilegalidad por parte de los jueces. Así lo que hace el garantismo es subordinar el Juez a las dos dimensiones justificadoras y legitimadoras de todos los poderes de Estado –la formal y la sustancial–. La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del Juez a la ley, en tanto que la legitimidad sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de las dos fuentes «puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera»³⁹.

De tal forma que estas dos dimensiones se autocontrolan y se limitan mutuamente, evitando que se caiga tanto en el mero formalismo legalista –vinculación pura y absoluta del Juez a la ley (cualquiera que sea)–, como en un desmedido antiformalismo. En este sentido, hay una dialéctica complementariedad entre legalidad formal y sustancial/legitimidad formal y sustancial que permite conjugar legalidad y discrecionalidad, cognición y prescripción.

Puestos ahora a comparar dichas tesis, podemos decir que hay tantos puntos de convergencia como de divergencia. Lo primero que sobresale es que las dos teorías defienden que la práctica judicial no tiene un carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supedita-

³⁸ Como expresa Saavedra López: «Ni una supuesta voluntad popular, ni la opinión pública, ni ninguna otra instancia representativa de las ideas jurídicas o ético-jurídicas socialmente dominantes pueden suministrar al juez los criterios de su decisión. (...) Así pues, la función jurisdiccional se considera legítima en tanto en cuanto se realiza bajo unas condiciones que contribuyen todas ellas a una aplicación objetiva de la ley, de unas condiciones que garantizan que todo el proceso de búsqueda de una solución para el conflicto entre los distintos intereses en pugna, se desarrolle con la imparcialidad requerida para que la decisión pueda ser aceptada por los contendientes, y también con la precaución necesaria para que no sean violados en la búsqueda de la verdad del caso otros derechos e intereses legalmente protegidos» («La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, p. 4).

³⁹ *Derecho y...*, cit., p. 918.

da a la ejecución de los principios y valores formulados en el nivel normativo superior. En este sentido, ambas teorías cuestionan y rechazan los dogmas tradicionales que reservan al Juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el derecho vigente, defendiendo, en contrapartida, la bipolaridad de dicha actividad, o sea, como una actividad cognoscitiva y como actividad de denotación y de dicción del derecho. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades comunes, hay también diferencias acusadas entre ambas. La principal es que el uso alternativo del derecho desacredita los parámetros formales limitadores de la manipulabilidad normativa, con el objetivo de permitir una efectiva funcionalidad política de la jurisdicción simétrica con una línea político-institucional representada por el socialismo. Mientras el garantismo trata de desvincular y preservar la función jurisdiccional de cualquier influencia politizante, incluso contra las fuerzas democráticas mayoritarias, con el objetivo de frenar y corregir los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas que pueden incurrir tanto los sujetos políticos como sociales.

Otro aspecto diferenciador es la forma de concebir la propia legitimidad del poder judicial. Los alternativistas incidían en propuestas que giraban en torno a maximizar la participación y control democrático popular en la Administración de Justicia. El garantismo, a su vez, excluye la ubicación de la legitimidad judicial en los mismos cauces de los procedimientos de legitimación de los demás poderes políticos, ya que ese tipo de legitimidad pondría el poder judicial a merced de las influencias políticas y sociales, imposibilitándolo de cumplir, con autonomía e independencia, su misión garantista. De tal forma que para éstos la legitimidad del poder judicial adviene única y exclusivamente de su vinculación a las exigencias y determinaciones constitucionales.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, conforme ya pusimos de relieve, el contexto histórico de actuación de las dos teorías, se verá que estos distintos y divergentes matices de la concepción de la función jurisdiccional tienen un mismo núcleo pragmático que es la realización efectiva y real del programa normativo constitucional, considerado como máxima expresión de los valores de libertad e igualdad constitutivos de una sociedad verdaderamente democrática. En fin, para no caer en innecesarias repeticiones, diremos que estas dos teorías, aunque recorriendo caminos teóricos distintos, tienen una misma meta práctica.

Este juego argumental desarrollado a lo largo de las últimas páginas sirve para demostrar que hay una ambivalencia y ambigüedad que imposibilitan establecer con claridad y exactitud los marcos de intersección o separación entre una y otra teoría, hasta tal punto que resta casi imposible determinar si son teorías convergentes o divergentes. Hay argumentos para justificar tanto uno como otro parecer. De ahí que, dependiendo de los argumentos teóricos utilizados, o bien se puede considerar la jurisprudencia alternativa como antagónica del garantismo, dado que defiende ciertas concepciones no sólo incom-

patibles sino incluso contraproducentes a los objetivos garantistas ⁴⁰; o bien como una teoría conexas y complementaria de aquella ⁴¹.

De todas formas, sea cual sea la hipótesis de que se parta, lo único que parece innegable es que el debate sobre el garantismo ha sido generado y desarrollado, casi enteramente, por los propios creadores y defensores del movimiento alternativista: *Magistratura Democratica*

⁴⁰ Como expresa Borre, si, por un lado, la lucha desarrollada por la magistratura italiana contribuyó a que ésta conquistase una centralidad en la articulación de las instituciones y un gran prestigio en el ámbito social, por otro, como efecto perverso, ha creado espacios y ocasiones para desviaciones sustanciales y procesales, encubiertos por el secreto de instrucción y del consenso de la opinión pública, que ha dado lugar a fenómenos de protagonismo de signo diverso, algunos de ellos degenerativos de la legalidad y de la propia función (progresista) asignada a la jurisdicción. Cfr. «Speciale: magistratura e trasformazione il VI Congresso di MD. Introduzione», *Questione Giustizia*, núm. 3, 1983, pp. 636-639. Por otro lado, como enfatiza Flores D'Arcais: «El último y costoso peaje de una izquierda autolesiva que por el menosprecio ideológico de una legalidad que, en cambio respetaba más que nadie, ha regalado al *establishment* político – y a los vértices judiciales más comprometidos – el monopolio retórico de la legalidad. En efecto, la crítica democrática a la «justicia del Palacio» en vigor en tantos órganos judiciales, resultaba neutralizada precisamente avanzando sospechas de extremismo, ideologismos anti-jurídicos, sesentayochismo (...). Sospechas que las ya evocadas teorizaciones sobre los «forzamientos» interpretativos ayudaban a hacer plausibles. El *establishment* hace de ellas un instrumento más para ocultar y garantizar la impunidad de las violaciones cada vez más sistemáticas perpetradas por una trama del poder que se afianza progresivamente en el camino del régimen» («Izquierda y legalidad», *Jueces para la democracia*, núm. 19, 2/1993, p. 29).

⁴¹ En esta perspectiva, afirma Senese que la jurisprudencia alternativa, defendida por el grupo de *Magistratura Democratica*, no implicaba «forzar el texto o, peor, su grosera manipulación sino solamente empeño en la sustitución de los modelos jurisprudenciales consignados de una tradición (todavía presente) que prescinde del texto constitucional, o lo relega a posición subalterna, por modelos inspirados en la elección del texto constitucional y a sus valores y, en sentido más general, módulos de intervención judicial orientados a la priorización constitucional. En éste está la alternativa, no en otra cosa» («Introduzioni», en *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Milano, Franco Angeli, 1982, pp. 44-45). Ferrajoli también encuentra una conexión entre las tesis alternativistas y garantistas: «Esto y no otra cosa (...) entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa» (...): interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad» («El derecho...», *cit.*, p. 66). En otro contexto también afirma que: «Nosotros nunca contestamos, ni cuando hablábamos de “jurisprudencia alternativa” o de “uso alternativo del derecho”, la legalidad positiva; contestábamos, al contrario, el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detenido por la jurisprudencia conservadora, reivindicando la positividad primaria de la legalidad constitucional y acusando la ilegitimidad del derecho vigente y la praxis judicial. La Constitución irrealizada, o peor negada por los códigos fascistas y por la jurisprudencia dominante fue en suma impugnada como instrumento de oposición legal a la legalidad viciada y a las orientaciones judiciales consolidadas. Los derechos fundamentales insatisfechos y por otro lado la instancia igualitaria expresa por el artículo 3 de la Constitución, fueron a su vez percibidos como fuente de deslegitimación sobre todo del orden político y económico existente. No se comprenderá la contestación de los Jueces desarrollada en aquellos años si no se tiene en cuenta este doble horizonte axiológico: aquel constitucional de los derechos fundamentales enunciados por la Carta de 1948 y aquel político y social de los intereses subalternos y de la perspectiva de transformación social que de aquel derecho reclamábamos y legitimábamos» («Precarietà dei...», *cit.*, pp. 171-172).

en Italia y Jueces para la Democracia en España, así como por algunos intelectuales vinculados o afines (como es el caso, para citar dos ejemplos paradigmáticos, de Luigi Ferrajoli⁴² y Perfecto Andrés Ibáñez).

Personalmente juzgamos que hay una línea de continuidad entre las tesis alternativistas y las del garantismo, a pesar de ciertas rupturas paradigmáticas habidas entre las mismas. La base de nuestro razonamiento es que los cambios paradigmáticos habidos responden, en el fondo, a un cambio de estrategia frente a una realidad social, política y jurídica diferente de aquella que daba sentido a estos mismos presupuestos. De tal forma que la metamorfosis era la única salida viable a la teoría alternativista, si quería ser fiel y coherente con su meta fundamental: la defensa de una sociedad más justa, donde los derechos fundamentales estuviesen protegidos, garantizados y realizados, y, muy especialmente el logro de una «democracia radicalmente democrática».

Por esta razón también juzgamos que estas rupturas y giros de formulación más que un contrasentido son el precio de la coherencia, y para pagarlo los teóricos alternativistas tuvieron que sacrificar su teoría para salvar sus fundamentos más verdaderos. Y, a su vez, el garantismo para salvar estos fundamentos tiene que hacer tantas piruetas que parece como si hubiese renunciado a los mismos. Pero esto no es así, la fuerza residual de estos presupuestos está presente en él, alimentando implícita y subrepticamente los mismos ideales de antaño. Tal vez lo que sí ha cambiado es que el garantismo ha perdido la ingenuidad utópica de los alternativistas respecto al poder político. Ya no se deja llevar e instrumentalizar por los designios de las lógicas libertarias de origen político-partidista, sino que profesa

⁴² Que por estas fechas había dejado la magistratura para dedicarse a la docencia. Aunque pueda resultar superfluo, conviene recordar que este autor ha sido uno de los grandes exponentes de las tesis alternativistas y el «padre», por así decir, de la teoría del garantismo. Es interesante al respecto el comentario de López Calera con relación a este teórico y que denota, una vez más, la conflictividad de posturas en torno a las conexiones entre alternativismo y garantismo: «me parece que en el Ferrajoli de hoy hay una fe especial en el derecho. A diferencia de sus creencias más jóvenes, Ferrajoli huye de todo lo que pudiera ser un cierto desprecio y depreciación del derecho. Quiere olvidar el antijuridicismo marxista que había alimentado la práctica alternativista de los años setenta. Y toma nota de algo muy grave que está pasando en los Estados de las sociedades avanzadas. Se trata de que hay una “crisis de legalidad” que se expresa en la ausencia o la ineffectividad de los controles jurídicos del poder, esto es, en una variada y vistosa fenomenología de la ilegalidad del poder. Sobre todo cuestiona los límites e imperativos constitucionales que reglamentan el ejercicio de los poderes. En estas circunstancias no hay mucho lugar para volver al uso alternativo del derecho, cuando estamos asistiendo –según Ferrajoli– a “crisis de la razón jurídica”, esto es, a la crisis de la propia capacidad reguladora del derecho sobre todo en sociedades avanzadas enormemente complejas que está llevando a poderes incontrolados» («¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 72, 1997, p. 34). Pero, más adelante, afirma que «la “refundación garantista” del derecho que Ferrajoli propone conecta con muchos de los ideales alternativistas de los setenta» (*ibidem*, p. 35).

una saludable desconfianza frente a éstas, creyendo que la defensa a ultranza de la legalidad es la táctica emancipadora más deseable para el presente ⁴³.

En fin, terminamos con la idea de que la transmutación de las tesis alternativistas a las garantistas, no constituye, en sí misma, ninguna gran paradoja, sino que tiene un sentido y una causa justificante. Así, cuando esa realidad era desigual, injusta y opresora, la lucha era por su desmantelamiento y supresión. Pero cuando era más igualitaria, democrática y justa la estrategia es de defensa, mantenimiento y preservación. De ahí que la táctica del uso alternativo se dé en clave antiformalista o progresista mientras que la del garantismo en sentido formalista o de conservadurismo (en sentido de conservación) ⁴⁴. Sin embargo, en el fondo, el objetivo es el mismo: una, lucha para conseguir la democratización de la sociedad y la plena afirmación y vigencia de los derechos constitucionales, en cuanto la otra, pelea para que no se desvirtúen los derechos constitucionales y el nivel de democracia felizmente existentes en su realidad.

Por eso consideramos que el uso alternativo del derecho y el garantismo conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i)lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital; de poderes políticos siempre propensos a desvíos, arbitrariedades e injusticias; frente a una

⁴³ Una defensa ardorosa de la legalidad como única política revolucionaria posible es la realizada por Flores D'Arcais. Creemos que merece la pena reproducir algunos fragmentos de ésta: «Hoy la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder. Podría incluso afirmarse lo siguiente: la revolución no ha amado nunca la legalidad, pero una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables (y sin prejuizar si no habría que desear que sea también la última) por ser previa a cualquier otra». «(...) No es una causalidad. La legalidad aplicada coherentemente y sistemáticamente es, en efecto, un bien material por excelencia para los sin poder. Irrenunciable y quizá el más precioso». «(...) Con esto se ha dicho lo suficiente para que caiga en el ridículo cualquier objeción que pretendiera sostener que llamando a la izquierda a hacer de la legalidad su propio sextante, se limitase a invocar el "monstrum" de una izquierda que asume los valores de la derecha (...) La derecha, en efecto, no ha sido nunca esta legalidad (...), más bien ha proclamado "law and order", es decir el rigor con los débiles y no frente a todos. La liturgia de la legalidad para negar la carne de la legalidad, y por tanto también su espíritu» (*op cit.*, pp. 28-30).

⁴⁴ Como bien ha demostrado Bobbio, formalismo y antiformalismo «no tienen un valor o un disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos (o rechazamos)». Así, formalista quiere, en general, «decir simplemente que se está en contra de los cambios; si el cambio es en sentido de progreso, el formalista es conservador. Si es en el sentido de la reacción o de la restauración, el formalista es progresista» (*El problema de positivismo jurídico*, 2.º ed., México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 31). O aún, como magníficamente expresa Lacasta Zabalza, es «necesario creerse que el formalismo y el legalismo (y la certeza jurídica) poseen o pueden poseer también aristas positivas. Esa virtud de sujetar al poder. Que es una dimensión que hay que adjudicar, parece que hoy más que nunca, al derecho» («Antiformalismo jurídico "fin de siglo": su gracia e inconvenientes. Contrapunto jurídico y moderadamente formalista al ideario plenamente antiformalista de António Hespanha», *Ius Fugit*, núm. 3/4, 1994-95, p. 450).

sociedad que fácilmente se deja doblegar por manipulaciones de toda índole, haciéndose cómplice, directa o indirectamente, de barbaries y despotismos. En definitiva, el uso alternativo del derecho y el garantismo tienen un común horizonte de sentido: la fe que profesan en la democracia y en los derechos fundamentales como base emancipatoria de la organización jurídica de la vida social. Son dos formas de una misma «lucha por el derecho» o, si se prefiere, de tomar el derecho «en serio».