

ANTÍGONA Y CREONTE, AMBOS DERROTADOS POR LA CRISIS DE LA LEGALIDAD*

Antigone and Creon, both defeated by the crisis of legality

Dr. Luigi Ferrajoli

Profesor Emérito de Filosofía del Derecho
Università di Roma Tre (Italia)
<https://orcid.org/0000-0001-6495-9868>
luigi.ferrajoli@uniroma3.it

Resumen

Justicia y certeza –aquella personificada por Antígona, esta por Creonte– son los dos valores del derecho que siempre han estado en conflicto. Las constituciones rígidas de la segunda posguerra han resuelto la controversia mediante la imposición a Creonte, esto es, a la legalidad ordinaria, principios de justicia, aunque históricamente determinados, sancionados por Antígona, en las cartas constitucionales. Hoy en día, la crisis conjunta de la certeza y justicia equivale a la derrota simultánea, sea de Creonte, debido al colapso de la capacidad reguladora del derecho provocada por la proliferación de las fuentes e inflación legislativa; sea de Antígona, debido a la remoción de la Constitución del horizonte de la política, tan impotente respecto a los mercados financieros globales, como poderosa en la reducción del estado social y derechos de las personas. Una respuesta racional a la crisis demanda, hoy, el desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, idóneo para imponer límites y controles a los derechos del mercado, que nuestra tradición ha configurado como “libertad”, pero que

* Este artículo fue publicado originalmente como FERRAJOLI, Luigi, “Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità”, *Giustizia civile. Rivista giuridica trimestrale*, no. 1, 2014, pp. 27-46. Traducción del italiano al castellano por Augusto Fernando CARRILLO SALGADO, Universidad Nacional Autónoma de México (<https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>; augustoc@ucm.es) y Julio César MUÑOZ MENDIOLA, Universidad Nacional Autónoma de México (<https://orcid.org/0000-0002-8769-7984>; julioderecho@comunidad.unam.mx). Agradecemos al profesor Luigi FERRAJOLI por permitirnos traducir su artículo. De igual forma, externamos nuestro agradecimiento al profesor Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN, así como al equipo editorial de la *Revista Cubana de Derecho*, por la oportunidad de publicar la presente traducción. Por último, deseamos agradecer al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por el financiamiento para traducir este documento.

consisten en “poderes” sobre los cuales se requiere la rígida sujeción a las leyes como garantía de los derechos y bienes vitales de todos.

Palabras claves: Justicia; certeza; Antígona; Creonte; poderes salvajes.

Abstract

Justice and certainty -one impersonated by Antigone, the other by Creon- are the two values of law that have always been in conflict. The rigid constitutions following World War II resolved the conflict by imposing Creon; that is to say, ordinary legality, the principles of justice, though historically defined by Antigone as enshrined in the constitutions. Today, crisis of certainty and justice is equivalent to the simultaneous loss of both, Creon, due to the collapse of the regularity capacity of the law generated by the proliferation of sources of legislative inflation, and Antigone, due to the removal of the Constitution from the political horizon, just as powerless with regard to the global financial markets, as it is powerful in the diminishing of the welfare state and the right of individuals. A rational response to the crisis today requires the development of the constitutionalism of private law, so as to impose limits and controls on market rights, that our tradition has configured as “freedom”, but which consist of “powers” for which rigid subjection to the law is required in order to protect the fundamental rights and property of all.

Keywords: Justice; certainty; Antigone; Creon; savage powers.

Sumario:

1. Certeza y justicia: los dos valores del derecho. 2. La derrota de Creonte y la crisis moderna de la certeza y justicia formal. 3. La derrota de Antígona y la crisis moderna de la certeza y justicia sustancial. 4. ¿Cuáles son las respuestas a la crisis desde la cultura jurídica? A) Una cuestión teórica: libertad, autonomía contractual y propiedad. B) Una cuestión metateórica: ¿método técnico-jurídico o enfoque crítico y prospectivo del derecho? **Referencias bibliográficas.**

1. CERTEZA Y JUSTICIA: LOS DOS VALORES DEL DERECHO

Justicia y certeza son, indudablemente, los dos valores principales perseguidos por el Derecho. Por lo general, estos dos valores son conceptos alternativos uno del otro. En el léxico filosófico-jurídico expresan, de hecho, un contraste que atraviesa la tradición entera de la filosofía política y filosofía del Derecho,

desde la antigüedad clásica hasta la edad moderna: el dilema y la oposición entre razón y voluntad; entre leyes de la razón y leyes de la voluntad; entre sustancia y forma; entre derecho natural y Derecho positivo; entre Antígona y Creonte, donde Antígona es el símbolo de la lucha por la justicia en nombre de las leyes de la naturaleza, mientras que Creonte es el símbolo del orden constituido y el defensor de la certeza de las leyes positivas.

Auctoritas non veritas facit legem es, de hecho, la máxima iuspositivista sostenida por HOBBS¹ en oposición a la máxima iusnaturalista *veritas, non auctoritas facit legem*. Es la autoridad, es decir, la legitimidad de las fuentes y, por tanto, de la forma de producción, lo que garantiza, de acuerdo con la fórmula iuspositivista, la *certeza* del derecho y, con ello, la libertad contra la arbitrariedad y la sujeción de los jueces a las leyes. Al contrario, es la verdad, esto es, la racionalidad intrínseca de los contenidos normativos y, por tanto, de la *sustancia* de las normas promulgadas lo que garantiza, de acuerdo con la fórmula iusnaturalista opuesta, la *justicia* del Derecho y, con ello, la equidad de las decisiones de acuerdo con el caso concreto. Existe un pasaje feliz de Giambattista VICO que expresa lúcidamente esta oposición clásica: “lo cierto –escribe VICO– proviene de la autoridad, como lo verdadero de la razón”;² y poco antes: “la razón de las leyes es aquello que las hace ser verdaderas. Lo verdadero es el carácter propio y perpetuo del derecho que es necesario”, es decir, del derecho natural, mientras que “lo cierto es el atributo propio y perpetuo del derecho que es voluntario”, en otras palabras, del Derecho positivo; “de ahí tenemos la célebre frase de Ulpiano: “la ley es dura, pero es ley”, lo que no significa otra cosa que “la ley es cierta” (tiene autoridad jurídica) “pero no es del todo verdadera”, porque hay alguna razón que no la deja estar del todo conforme a la verdad”.³

Así pues, tenemos dos criterios de reconocimiento o, cuando menos, dos fuentes de legitimación del Derecho –forma y sustancia, autoridad y verdad, voluntad y razón, iuspositivismo e iusnaturalismo, certeza y justicia– que tradicionalmente

¹ HOBBS, T., *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, Santi Romano (Ed.), p. 448. “Doctrinae quidem verae esse possunt: sed auctoritas non veritas facit legem”. Traducción latina en *Leviatano*, con texto inglés opuesto de 1651 y texto latino de 1668.

² VICO, G., “De uno universi iuris principio et fini uno (1720)”, en Paolo Cristofolini (Ed.), *Opere giuridiche. Il diritto universale*, I, cap. LXXXIII, p. 100. El pasaje continua con una tesis análoga a la famosa fórmula de GUSTAV RADBRUCH: “pero la autoridad no puede oponerse completamente a la razón, porque las leyes que se oponen a la razón no serían leyes, sino monstruosidades jurídicas”.

³ *Idem*.

compiten y, a menudo, están en conflicto. La tesis que sostendré es que estas dos fuentes encuentran una feliz, extraordinaria, conciliación en el constitucionalismo rígido actual de nuestras democracias. Las constituciones rígidas, de hecho, han positivizado en normas constitucionales los principios de justicia –igualdad, dignidad de la persona, derechos fundamentales– que son las leyes de la razón, aunque se encuentren históricamente determinados y sean contingentes, han sido estipulados en el pacto constitucional como límites y restricciones a la voluntad política del legislador y, por tanto, como condiciones de la validez jurídica de aquellas leyes de la voluntad que son las leyes ordinarias. En otras palabras, han traducido en certeza la justicia, como históricamente ha sido acordada en el pacto constituyente; han dado forma cierta y positiva a la sustancia racional y a los principios de justicia hasta ahora reivindicados por las instancias iusnaturalistas; han colocado la ley de la razón –aquella que con un término tomado del derecho mercantil he llamado la “razón social” del artificio institucional⁴– por encima de la ley de la voluntad, que en una democracia es la voluntad de la mayoría, y han sometido aquello que llamo la “esfera de lo indecible (qué o qué no)”:⁵ la esfera, por ellos diseñada, de eso que ninguna mayoría puede decidir, como garantía de los derechos de libertad e inmunidad, es decir, de no afectación, y la esfera de eso que ninguna mayoría puede no decidir –o que cualquier mayoría debe decidir– en tanto garantía de los derechos sociales de prestación positiva como son los derechos a la salud, educación y seguridad social. Es en esta supraordenación de la razón, o sea, de los principios de *justicia* sancionados en las constituciones, a la voluntad del legislador ordinario y, por tanto, a la certeza de las leyes, en donde reside el secreto y la sustancia del moderno constitucionalismo democrático.

Y, sin embargo, por muy avanzadas que sean las constituciones, Antígona mantiene siempre su autonomía frente a Creonte, en tanto portadora del punto de vista externo de la justicia, crítica, proyectual en los debates del Derecho vigente, a pesar de su contingente deber ser constitucional. Trato de decir que la autonomía de Antígona, es decir, la independencia del Derecho positivo desde el punto de vista moral o político de la justicia –y, por tanto, la separación entre Derecho y moral– no solo no falla en la positivización de los principios de justicia que reclama y conquista de vez en cuando, sino que es, por el contrario, una ramificación del propio positivismo jurídico, en virtud del cual ni el Derecho se identifica con la justicia, ni la justicia se identifica con el Derecho. El constitucio-

⁴ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. I, § 8, 12, pp. 461-463, donde el concepto es definido en D8. 14 y § 10.9, pp. 630-635.

⁵ *Ibidem*, § 11.18, pp. 819-824.

nalismo jurídico, en suma, no suprime la separación y la virtual oposición entre certeza y justicia, que es el rasgo distintivo del iuspositivismo. Simplemente reduce, de vez en cuando, la distancia entre ambos valores, la cual, sin embargo, siempre vuelve con la aparición de viejas o nuevas opresiones, con la aparición de nuevos reclamos de justicia, con la reivindicación de nuevos derechos.

No solo Antígona, las múltiples Antígonas que han animado la historia, casi siempre son derrotadas, asesinadas o igualmente reprimidas por los diversos Creontes. Por cortos periodos siempre pierden. Pero Antígona siempre renace, encarnándose en nuevos sujetos oprimidos, en defensa de nuevos derechos, contra la arrogancia de nuevos poderes. Y siempre, a largo plazo, está destinada a vencer. Renace y vence, a largo plazo, como portadora de nuevos derechos y nuevos valores cuando aquellos derechos y aquellos valores han sido violados. *Ex malo bonum*. Así ocurrió con la Antígona de SÓFOCLES, que se rebeló contra la injusticia de la ley de Creonte. Así ocurrió con las libertades fundamentales, establecidas durante la época del iluminismo tras las guerras de religión y horrores de la inquisición contra los herejes y brujas. Así ocurrió con las declaraciones de derechos y constituciones, afirmadas todas como solemnes "nunca más" a las discriminaciones e injusticias de los antiguos regímenes y abominaciones de los varios fascismos y totalitarismos. Siempre las reivindicaciones de nuevos derechos y nuevos reclamos de justicia nacen de opresiones precedentes que han resultado, en un cierto punto, intolerables. Y sus afirmaciones y garantías de certeza, poco a poco conquistadas gracias a su formulación en normas de Derecho positivo, no son jamás *octroyées*, sino que son siempre el fruto de la lucha puesta en marcha por las diversas generaciones de Antígona, esto es, de sujetos oprimidos y revolucionarios.

2. LA DERROTA DE CREONTE Y LA CRISIS MODERNA DE LA CERTEZA Y JUSTICIA FORMAL

Así pues, la tesis que ahora intento someter a nuestra reflexión es desconsolante y descorazonadora: hoy se encuentran en crisis tanto la certeza, como la justicia. Hoy han sido derrotados, simultáneamente, tanto Creonte como Antígona. Y esta doble derrota se debe a la crisis de la *legalidad positiva*, esto es, de la capacidad del Derecho para vincular los actores jurídicos y las fuentes de producción normativa, ya sea como reglas formales que garanticen la *certeza*, ya sea como límites y vínculos sustanciales capaces de garantizar la *justicia*.

¿Cómo se consigue, de hecho, en nuestros ordenamientos positivos, la certeza y la justicia? Ambas se consiguen a través de la legalidad, tanto ordinaria como

constitucional, en ausencia de la cual, no se da ni una ni la otra. Precisamente, en virtud de la legalidad ordinaria, un cierto grado de justicia del Derecho, que llamaré *formal*, depende su correspondiente grado de certeza y efectividad para garantizar la igualdad ante la ley. Gracias a la legalidad constitucional, un grado relevante de justicia del Derecho, que llamaré *sustancial*, depende, a su vez, el grado de certeza y efectividad cuyos principios constitucionales consiguen vincular la legalidad ordinaria y, en general, el ejercicio de cualquier poder. De ahí se desprende que la crisis de la legalidad –una crisis de la que siempre se habla porque un cierto grado de ineficacia forma parte, por decirlo así, de la fisiología del Derecho positivo, pero que hoy ha alcanzado dimensiones patológicas– está provocando la crisis tanto de los valores de certeza como de justicia. Está determinando, para volver a nuestros protagonistas de la fenomenología del Derecho, la derrota tanto de Creonte como de Antígona.

Ha sido, antes que nada, derrotado Creonte, hoy ha sido abrumada –por la pérdida del monopolio estatal de la producción jurídica y, por otra parte, la determinación, univocidad y, por tanto, la capacidad reguladora de las leyes– la certeza del Derecho. Es, de hecho, evidente el nexo entre legalidad y certeza y, consecuentemente, entre el actual colapso de la determinación semántica de la legalidad y colapso de la certeza, que es el primero, más evidente e inevitable defecto. Indicaré tres factores de indeterminación semántica de la legalidad: la complejidad del sistema de fuentes y el declive de la soberanía del Estado; la inflación legislativa, sobre la cual, hace ya más de treinta años, Natalino IRTI ha llamado la edad de la decodificación;⁶ la flagrante ruptura del lenguaje jurídico.

Ha devenido, en primer término, más complicado e irracional el sistema de fuentes: por la incidencia de las fuentes comunitarias, por la proliferación de los centros de producción normativa fuera de una estructura jerárquica unitaria, indivisa y, sobre todo, por el sustancial derrocamiento, sobre el cual volveré más adelante, de la soberanía de los Estados por la soberanía de los mercados financieros. Se ha, entonces, desarrollado una sobreproducción de leyes especiales, estatales y regionales, que hoy se cuentan en decenas de miles, a tal grado que, en materia penal, nuestra Corte Constitucional ha tenido que archivar como irreal, con la sentencia No. 364 de 1988, el clásico principio de la inexcusable *ignorantia legis*. Se ha, en suma, producido una verdadera disfunción del lenguaje de las leyes, que ha adquirido la forma de una verdadera inconsistencia a causa del crecimiento de la vaguedad, oscuridad, tortuosidad

⁶ IRTI, N., *L'età della decodificazione*.

y, algunas veces, contradicción de los textos legislativos, así como de su interminable e intrincado laberinto normativo e innumerables referencias, a veces desordenadas, en las que se pierde cualquier intérprete.

Está claro que una legalidad tan accidentada determina una total *incertidumbre* e impredecibilidad del Derecho, resultando en la pérdida de su capacidad reguladora y, por tanto, en un amplio espacio dejado a la discrecionalidad y despotismo. Pero, de este desastre resulta también, debido al nexo que une a la certeza jurídica y justicia, un primer aspecto, de carácter formal, por así decirlo, la *injusticia*: una injusticia formal debido a la pérdida de certeza del contenido regulador del Derecho, tanto para los actores jurídicos como para los jueces. La incapacidad reguladora del Derecho y el consecuente desenfreño o desregulación de hechos, comportamientos y poderes dependen en este caso del acceso a reglas, muy a menudo, confusas y contradictorias, así como de la consecuente inconsistencia lógica del sistema. Y el desenfreño, a su vez, comporta la ventaja de la ley del más fuerte y, entre otras cosas, el carácter inexorablemente arbitrario y desigual de la aplicación de las leyes. Se trata de aquella forma específica que consiste en la arbitrariedad y el trato desigual frente al derecho.

3. LA DERROTA DE ANTÍGONA Y LA CRISIS MODERNA DE LA CERTEZA Y JUSTICIA SUSTANCIAL

Pero hoy, no solo Creonte, sino también Antígona ha sido derrotada, debido a un segundo aspecto de la crisis de la legalidad, que afecta tanto su dimensión sustancial, sea ordinaria o constitucional. Incertidumbre e injusticia, debido a este segundo y más importante aspecto de carácter sustancial de la crisis del Derecho, derivadas en tal caso, no de un exceso, sino de un defecto de las normas reguladoras: no de una legalidad inflada, sino de un vacío de legalidad.

Derivadas, en primer lugar, del proceso de desregulación y deslegitimación. Se piensa en la demolición del Derecho del trabajo generada por la multiplicación de los tipos de relaciones de trabajo y, sobre todo, por su creciente precariedad. La pérdida en la igualdad en las relaciones de trabajo y de aquella metagarantía de todos los otros derechos, que es la garantía para la estabilidad en el empleo, tiene como efecto no solo la desigualdad en las condiciones de vida entre los trabajadores, sino también el desarrollo de un poder desregulado y salvaje de los empleadores: en ambos casos una *incertidumbre sustancial* y una *injusticia sustancial*, sea por la desregulación y disparidad de las condiciones contractuales para las mismas tareas, sea por la mercantilización,

la mortificación y la pérdida de dignidad del trabajo como resultado de la pérdida de derechos y ausencia de los límites a la explotación y arbitrariedad de los empresarios. Se añade que con la pérdida de la igualdad en los derechos y condiciones de trabajo, sustituida por las relaciones de trabajo individuales y diferenciadas, se pierde también la solidaridad entre los trabajadores; su unidad y subjetividad política en la defensa de sus derechos es remplazada, por tanto, por su rivalidad y competencia.

En segundo lugar y, sobre todo, *incertidumbre e injusticia* sustancial como consecuencia de la remoción de la Constitución del horizonte de la política y práctica jurídica y sus sustitución, de *facto*, con las leyes del mercado, esto es, con la *lex mercatoria* como norma fundamental por encima de todas las otras. Hoy, la relación entre política y economía ha dado un vuelco: ya no es más la política la que gobierna la economía, por el contrario; ya no son los poderes públicos los que dictan reglas, límites y controles a los mercados financieros, sino que son los poderes privados de las finanzas especulativas los que imponen al Estado políticas antisociales en favor de sus intereses especulativos. A causa de la asimetría entre el carácter global y a-espacial de los poderes de las finanzas y el carácter todavía prevalente de los poderes públicos estatales y territoriales, la política resulta, de hecho, incapaz en sus funciones clásicas de gobierno y el Derecho resulta ineficaz en sus funciones de garantía. A la impotencia de la política y el Derecho se une una renovada omnipotencia de esta y aquella contra las personas, en detrimento de sus derechos constitucionales, cada vez más ausentes en el horizonte de la acción del gobierno. El orden del Derecho ha sido, por tanto, sustituido por el orden del mercado. De ahí –de esta doble derrota de Creonte y Antígona, del consecuente declive de la soberanía estatal y razón constitucional– el proceso desconstituyente que invierte nuestros ordenamientos y que se manifiesta en las restricciones al Estado social, en los recortes a la educación y sanidad, en la reducción de los servicios públicos, en el aumento de la desocupación y reducción en los salarios y pensiones: en suma, en la negación, o cuando menos en la remoción de la justicia que ha sido incorporada en las constituciones como razón de ser del Estado y, en general, en el aparato jurídico e institucional y, por tanto, en la derrota y exilio, si no es que en el asesinato, de Antígona.

Antígona, por otra parte, ha sido exiliada –eso sí, no por Creonte, esto es, por el poder político y su igualmente derrotada legalidad positiva, sino por los poderes invisibles y anónimos del mercado global– no solamente en Italia, sino también en Europa, como en el resto del mundo, en cuyas tantas cartas supranacionales de derechos había penetrado: en la Carta europea de derechos hu-

manos de 1950, en la Carta de Niza de 2000 y, en otros aspectos, en tantos pactos y convenciones internacionales. No hablaré del proceso desconstituyente a nivel global, que se manifiesta en millones de muertes cada año por falta de agua, alimentación básica, fármacos vitales y en las decenas de millones de personas que han muerto y continúan muriendo en su odisea de migrantes desde países pobres a países ricos. Me limitaré a desvelar el proceso desconstituyente puesto en marcha en la Unión Europea, un sueño transformado en pocos años en un íncubo: no es más la Europa social y civil de derechos, diseñada por las constituciones nacionales y, después, por la Carta de Niza y por los primeros artículos del Tratado Constitutivo de la Comunidad, más bien una Europa dominada por la política de austeridad impuesta por los mercados financieros; retornada a su estado originario de simple mercado común, con la agravante de la pérdida por parte de los Estados de la vieja soberanía en materia económica y monetaria; de nuevo presa de los egoísmos nacionalistas, del rencor y desconfianza recíprocos, como consecuencia de la creciente inseguridad y pobreza y, por tanto, del sentido de *incertidumbre* e *injusticia* provocada por el abandono del proyecto originario europeo de la unificación jurídica e igualdad de los derechos. Con efectos sociales desastrosos, también sobre nuestra democracia, que está bajo la mirada de todos: el aumento de la desigualdad y desocupación; la creciente distancia entre instituciones públicas y sociedad; la desconfianza en la representación y el rechazo cada vez más generalizado de la política; la disgregación de todos los viejos ligámenes de solidaridad social; la exposición sin fin de protestas rabiosas y movimientos de revuelta, que en la incapacidad de la política para ofrecerles una respuesta y representación, son presos de tantos demagogos en circulación.

4. ¿CUÁLES SON LAS RESPUESTAS A LA CRISIS DESDE LA CULTURA JURÍDICA?

A) UNA CUESTIÓN TEÓRICA: LIBERTAD, AUTONOMÍA CONTRACTUAL Y PROPIEDAD

Está claro que esta doble crisis de la legalidad y consecuentemente de la certeza y de la justicia, tanto formal como sustancial, es el reflejo de una crisis de la política, la cual comporta la principal responsabilidad. Empero, la cuestión que importa discutir es el papel que, frente a esta crisis, ha interpretado y podría interpretar la cultura jurídica.

Preguntamos ahora: ¿cómo ha reaccionado la cultura jurídica y en particular la cultura civilista, a esta derrota simultánea de Creonte y Antígona, es decir, a la capitulación tanto de la certeza como de la justicia, que constituyen los dos

valores fundamentales del derecho? Ha respondido, debemos reconocerlo, simplemente tomando nota, con un desencanto pasivo, como si se tratara de un fenómeno natural. A este desencanto, a mi parecer, han contribuido dos factores; por una parte, el tan venerado aparato conceptual civilista y, por la otra, la persistente fidelidad al método técnico-jurídico, basado en la idea de que la ciencia jurídica tan solo debe describir y no criticar el propio objeto de investigación, evitando contaminaciones de carácter filosófico, político o sociológico. A este respecto, empero, hay dos cuestiones de fondo –una de orden teórico, otra de orden metateórico o metodológico– que deseo tratar, aunque sea brevemente.

La primera cuestión, aquella de carácter teórico, corresponde directamente a las categorías fundamentales del Derecho y de la justicia civil. Producida, a mi parecer, por una confusión conceptual, que se remonta a John LOCKE, pero que ha sido recibida por la doctrina civilista hasta devenir un lugar común en toda la cultura, no solo política, sino también jurídica: la confusión, que tantas veces he criticado, entre propiedad, libertad de empresa y derechos de libertad y, por tanto, la configuración de los derechos de propiedad y mercado como libertades.⁷ “Vida, libertad, posesiones, son cosas que denomino, en términos generales, propiedad”, escribe LOCKE:⁸ ya que el derecho a la propiedad –esta es la sugerente tesis lockeana– es, ante todo, la propiedad sobre el propio cuerpo y, por tanto, sobre el propio trabajo y sus frutos, en consecuencia, es simultáneamente libertad, autodeterminación y propiedad.⁹ Esta misma idea de

⁷ He criticado esta confusión desde FERRAJOLI, L., *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, pp. 98-105. Y, después, he retomado y desarrollado esta crítica en FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, capítulo XIV, § 60, pp. 950-960; FERRAJOLI, L., “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e diritto*, III-IV, 2000, pp. 169-185; FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*; FERRAJOLI, L., “Per un costituzionalismo di diritto privato”, *Riv. crit. dir. civ.*, año XXII, No. 1, 2004, pp. 11-24; FERRAJOLI, L., “Diritto civile e principio di legalità”, en AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, pp. 81-91; FERRAJOLI, L., *Principia...*, ob. cit., Vol. I, §§ 10.10 y 11.6-11.8, pp. 635-638 y 752-772, así como en el Vol. II, §§ 14.14 y 14.20, pp. 224-230 y 253-266; FERRAJOLI, L., “Libertà e proprietà”, en G. Alpa & V. Roppo (Eds.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, pp. 91-104.

⁸ LOCKE, J., *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690, cap. IX, § 123, p. 339).

⁹ *Ibidem*, cap. V, § 27, pp. 261-262: “Cada uno tiene la propiedad sobre su propia persona, sobre la cual nadie más tiene derecho. Su fuerza de trabajo y el producto de sus manos, podríamos decir, son propiamente suyos. A todas las cosas, por tanto, que toma del estado en que la naturaleza las ha producido y dejado, les ha añadido su propio trabajo, esto es, les ha añadido algo que le es propio y, con ello, las ha hecho su propiedad. Puesto que son sacadas, por él, del estado común en que la naturaleza las ha puesto, tienen, mediante su trabajo, conectado con él, algo que excluye el derecho común de los demás. De hecho, dado que éste trabajo es propiedad indiscutible del trabajador, nadie más que él puede tener derecho a lo que ha sido añadido por él, al menos cuando son dejadas en común, para los demás, cosas suficientes e igualmente buenas”.

la “propiedad de la propia persona” como libertad o “dominio de la voluntad” fue, por otra parte, retomada en términos extraordinariamente similares por la pandectística alemana, en particular por VON SAVIGNY y por WINDSCHEID;¹⁰ posteriormente se ha consolidado en las nociones civilistas de autonomía privada como libertad de autodeterminación y en la noción liberal del derecho de libertad de empresa como libertad fundamental; ha devenido un “axioma” en la doctrina moderna liberal.¹¹ En suma, el derecho de propiedad, en el doble sentido de derecho real de poseer y disponer de los bienes objeto de propiedad ha estado asociado a los derechos de libertad, incluso en las tipologías más conocidas de derechos del siglo pasado: distinguiendo todos los derechos de la así llamada “ciudadanía” en “civiles”, “políticos” y “sociales”, Thomas Humphrey MARSHALL ha incluido en la primera de estas clasificaciones, por él identificadas como la “dimensión civil” de la ciudadanía, la “libertad personal, de palabra, pensamiento y fe, el derecho de poseer objetos en propiedad y estipular contratos válidos, así como el derecho a obtener justicia”.¹²

Libertad y propiedad son, por el contrario, conceptos estructuralmente distintos. No solo distintos, sino opuestos; por su estructura opuesta, los derechos de libertad y los derechos reales de poseer bienes en propiedad: los primeros son iguales para todos, como derechos universales de todos en tanto personas o ciudadanos, no disponibles, inalienables e inviolables; los segundos son individuales a cada persona, con exclusión de los demás, disponibles, alienables y

¹⁰ VON SAVIGNY, F. K., *Sistema del diritto romano attuale (1840-1849)*, t. II, p. 346: “Son tres los objetos sobre los cuales es posible un dominio de nuestra voluntad y, a estos corresponden tres esferas concéntricas, entre las cuales nuestra voluntad puede ejercer aquél dominio sobre: 1) La propia persona originaria [...]; 2) La propia persona ampliada en la familia [...]; 3) El mundo exterior”; WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette (1862-1870)*, I, § 40, p. 177. Por su parte, Bernard WINDSCHEID teorizó expresamente la categoría de “derechos sobre la propia persona”, entre los cuales incluye el “derecho a la vida, a la integridad corporal y el derecho a disponer del propio cuerpo sin obstáculos (libertad)”.

¹¹ ROTHBARD, M. N., *The Ethics of Liberty*, p. 59: “El axioma fundamental de la teoría *libertarian* es que cada individuo debe ser propiedad de sí mismo”. Cfr. DICCIOTTI, E., “La proprietà di sé”, *Studi senesi*, No. 2, 2002, pp. 215-255. Es esta la tesis que une gran parte de las doctrinas modernas anarcocapitalistas sobre la esencia de los límites a los derechos-poder de autonomía privada.

¹² MARSHALL, T. H., “Citizenship and Social Class”, en T. H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, p. 78. Existe traducción al italiano por MARANINI, P., “Cittadinanza e classe sociale”, p. 9. Esta dimensión diseñada por el Derecho civil, escribe MARSHALL “is composed of the rights necessary for individual freedom -liberty of the person, freedom of speech, thought and faith, the right to own property and to conclude valid contracts, and the right to justice”. La categoría de “derechos civiles”, siempre definidos e inclinados en términos de “libertad”, fue del todo introducida por los artículos 7 y 8 del Código civil de Napoleón como categoría residual, incluyente de todos los derechos no políticos.

transferibles; si los derechos de libertad conforman la base de la igualdad, los derechos reales de propiedad conforman la base de la desigualdad jurídica. Pero los derechos de libertad también son estructuralmente diferentes de los derechos civiles de autonomía e iniciativa económica, esto es, de disponer de bienes en propiedad y emprender actividades empresariales: mientras que los primeros son sencillamente inmunidades, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente a la tortura, o meras facultades, como la libertad de prensa, de asociación y de reunión, los derechos de autonomía de negociación son, de hecho, un derecho-poder, esto es, *un derecho* fundamental porque pertenecen universalmente a todos, al igual que los derechos de libertad, pero también, al igual que los derechos reales de propiedad, *poderes* –previstos con *poder* de alguna facultad cuyo ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros¹³– que, como tal, deben someterse al Derecho, no siendo admisible, en el Estado de Derecho, poderes absolutos, en otras palabras, *legibus solutti*.

¿En qué consisten, precisamente, la autonomía civil, de negociación o contractual y los derechos civiles conexos de autonomía privada o de iniciativa económica? Según la concepción contemporánea que ofrece la doctrina económica, y al mismo tiempo, la dogmática civilista, la autonomía contractual es la libre autodeterminación de las partes contratantes: *las partes*, refiere el artículo 132 del Código civil italiano, *pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley*. Pero esta autodeterminación no siempre es igual para todas las partes contratantes, ya que no son, del todo, igualmente libres para determinar el contenido de lo que contratan. Ciertamente hay muchos contratos en los que las partes contratantes son igualmente libres de suscribirlos y determinar su contenido: por ejemplo, en la compraventa de inmuebles las partes son libres para celebrar el correspondiente contrato, así como para negociar y determinar su precio. Sin embargo, en la mayoría de los casos, sobre todo en los contratos socialmente más relevantes, existe una profunda asimetría entre las partes contratantes que no permite discutirlos de igual manera; por la *libertad de autodeterminación*. Contrariamente, cuanto más libre es una de las dos partes contratantes, más se vincula la libertad de la otra, por lo tanto, esto se convierte en un poder para la parte más libre. Piénsese especialmente en las relaciones laborales, sobre la asimetría de poder entre las partes de los contratos correspondientes. Piénsese en los contratos de seguros en los sistemas jurídicos donde no existe seguridad social pública y gratuita, los contratos que son impuestos como obligatorios en el ámbito de la

¹³ Según la definición de poder formulada en *Principia iuris. Teoría del diritto...*, ob. cit., Vol. I, D10.1, § 10.1, p. 588.

circulación de vehículos por carretera y, en general, todos los contratos diseñados por grandes operadores económicos, como los de suministro de bienes o servicios, prescritos en formularios impresos con cláusulas injustas, que ninguna parte débil puede negociar, modificar o cancelar; sobre todo aquellas que se refieren a cuestiones esenciales. Está claro que en todos esos casos se trata de fuertes poderes privados y no de simple libertad. Y los poderes privados – como todos los poderes o, mejor dicho, más que cualquier otro poder, aunque solo sea porque son abierta y totalmente guiados por el interés propio– tienen siempre, en ausencia de límites, a acumularse y concentrarse de forma absoluta. Recuérdesse la advertencia de MONTESQUIEU: *es un hecho de la experiencia eterna que cualquiera que esté dotado de un poder es llevado a abusar de él, y que su poder se expandirá hasta que no encuentre límites*.¹⁴

Seguramente ha sido este desconocimiento de la naturaleza de los poderes de los derechos patrimoniales y derechos fundamentales de autonomía civil, por lo tanto, la concepción del mercado como el lugar de la libertad en oposición al Estado como único lugar de poder, lo que ha dado vida a un modelo de *Estado de Derecho* dentro del cual, como dicen estas mismas palabras, solo el Estado está sujeto al Derecho y no el mercado; solo los poderes públicos o estatales y no los poderes privados. Ahora bien, me parece, reconocemos la naturaleza de los poderes, hoy más invasivos e intrusivos que nunca, incluidos los poderes económicos y financieros privados, ellos son los elaboradores y promotores de un constitucionalismo de derecho privado comparable a aquel del derecho público, siendo la principal tarea a la cual se enfrenta la cultura civilista en la actualidad. En el vacío del Derecho heterónimo generado por la crisis de la soberanía de los Estados, no acompañado de la construcción de una esfera pública supranacional, los poderes globales de carácter económico y financiero están, de hecho, destinados también al apoyo ideológico que les ofrece su concepción como libertades fundamentales, para desarrollarse como poderes salvajes e ilimitados. Con consecuencias catastróficas, ante nuestros ojos, todos ellos están destinados a agravar: los ataques irreversibles al medio ambiente causados por el desarrollo insostenible que pone en peligro la supervivencia del planeta;¹⁵ el crecimiento exponencial de la pobreza, la

¹⁴ MONTESQUIEU, Ch., *De l'Esprit des lois* (1748), Vol. I, XI, cap. 4, p. 293.

¹⁵ Merecen ser denunciados –la subestimación de tales agresiones con base en la absurda ideología dominante entre los economistas, de un crecimiento económico infinito o, incluso, de cualquier *desarrollo sostenible*– los cálculos de André LEBEAU. Véase LEBEAU, A., *L'engrenage de la technique. Essai sur une menace planétaire*, pp. 154-155, citado en LATOUCHE, Serge, *L'invenzione dell'economia*, prefacio a la edición italiana, IX: "Defender el crecimiento por el crecimiento, como hacen todos los expertos, autoridades y políticos significa [...] ignorar los límites

desigualdad y las millones de muertes que se producen cada año por la falta de agua, alimentación básica y medicamentos para salvar vidas; la regresión, en definitiva, a una especie de estado de naturaleza planetario sometido a la ley del más fuerte. Por tanto, me parece que hay que repensar las categorías de propiedad y libertad, así como el primitivo modelo de Estado de Derecho, extendiéndolo al mercado y a los poderes económicos y globales, que son hoy la más grave amenaza a los derechos y bienes fundamentales de la democracia; es la tarea más urgente que se le impone a la política y, aún más, a la reflexión teórico-jurídica.

B) UNA CUESTIÓN METATEÓRICA: ¿MÉTODO TÉCNICO-JURÍDICO O ENFOQUE CRÍTICO Y PROSPECTIVO EN EL DERECHO?

Arribo a la segunda cuestión trascendental planteada arriba: aquella de la compatibilidad con el paradigma de la democracia constitucional del antiguo método puramente técnico-jurídico, que excluye cualquier papel crítico en la ciencia jurídica con respecto a su objeto de investigación. ¿Es sostenible aún, me pregunto, ante la divergencia entre Constitución y legislación, entre los principios constitucionales superiores al sistema jurídico y las restantes fuentes normativas, el papel acrítico meramente descriptivo y contemplativo, recomendado a la ciencia jurídica por el método técnico-jurídico y, de hecho, impuesto y legitimado como el único método “científico”?¹⁶ O, por el contrario,

del planeta [...]. Con un aumento del PIB per cápita de digamos el 3,5 % anual, que es el de Francia entre 1949 y 1959, hay una multiplicación de 31 veces en un siglo, 961 veces en dos siglos y más de 16.000 veces en tres siglos. Y al hacer una proyección a largo plazo se obtienen cifras improbables. Con una tasa de crecimiento anual del 2 %, considerado el mínimo necesario por todos los responsables de la economía, en 2000 años el PIB se multiplicaría 160 millones de veces [...] Incluso un niño de cinco años puede entender fácilmente que un crecimiento infinito es incompatible con un planeta finito. Sólo una fe tenaz e irracional en el progreso puede explicar que los economistas y sus seguidores sigan sin entenderlo”.

¹⁶ Las conferencias clásicas sobre el método de los grandes maestros –en particular la de 1889 por Vittorio Emanuele ORLANDO [*I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto*, en ORLANDO, V. E., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinado en sistema*, y el de ROCCO, A., “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, *Riv. dir. e proc. pen.*, año I, fasc. X, 1910]– en las que se formuló, en forma abiertamente prescriptiva y perentoria, el proyecto de recuperar la ciencia del derecho público y la del derecho penal del “viejo material filosófico” representado, como escribió ORLANDO, por “las teorías de la ley natural con sus eternas disputas, invariablemente reproduciéndose”, incluso por nuestra más ilustre y prestigiosa tradición filosófica-jurídica, que la Ilustración y el liberalismo inauguraron en materia penal por Cesare BECCARIA, desarrollada en Gaetano FILANGIERI, Mario PAGANO, Giandomenico ROMAGNOSI y Francesco CARRARA, y atacados por ROCCO porque, al principio, “ignoraban y olvidan, pues, las enseñanzas de la escuela histórica del Derecho, que había pretendido estudiar un derecho penal diverso de aquel consagrado en las leyes positivas del Estado”, arrojándose “a la desenfrenada crítica de la legislación y a la reforma de las leyes penales vigentes”. Sobre

¿no debe ser tematizada, por la doctrina jurídica, aquella divergencia y, por tanto, identificarse la ilegitimidad del derecho –de las leyes y práctica judicial– respetando los principios de justicia incorporados en la Constitución?

En contra de la idea de la neutralidad descriptiva de la ciencia jurídica exaltada e impuesta por el viejo método técnico-jurídico, creo que en realidad debemos reconocer que el Derecho es una construcción humana, producida por la legislación y, por tanto, por la política, pero, también, en una proporción no menor, por la ciencia jurídica; que la ciencia jurídica, a diferencia de las demás ciencias, tiene una función performativa sobre su objeto de investigación, es decir, el Derecho; que, definitivamente, nosotros los juristas formamos parte del universo que investigamos y ayudamos a construirlo con nuestras doctrinas y teorías. Pero, sobre todo, debemos reconocer que esta dimensión pragmática que siempre ha existido, en nuestros días se impone a la ciencia jurídica desde las constituciones rígidas de la segunda postguerra, lo que le ha dado un carácter crítico y planificador impensable en el primitivo Estado de Derecho legislativo: crítico en la conformación de las leyes inválidas, esto es, por los vicios en la conformación de las leyes que dan lugar a las antinomias; prospectivo frente a los incumplimientos legislativos, esto es, por las omisiones que daban lugar a *lagunas*, o sea, a la ausencia de leyes de implementación, siempre requeridas por la gramática de los derechos fundamentales. En la conformación de las antinomias, este papel de la ciencia jurídica se manifiesta por la solicitud a la *jurisdicción* para eliminarlas, es decir, para anular las leyes tachadas de inválidas por incoherentes. En cuanto a las lagunas, ese mismo papel se expresa en la solicitud a la *legislatura* para colmarlas, esto es, para introducir las garantías de los derechos fundamentales estipulados constitucionalmente: las *garantías negativas* de los derechos de libertad e inmunidad, comenzando por el derecho a la vida, consistente en la prohibición de lesionarla y el castigo para quienes lo hagan, y las *garantías positivas* de los derechos sociales, como el derecho a la educación o a la seguridad social, que consisten en la obligación de prestar tales servicios en la esfera pública.

En esta perspectiva –la perspectiva de una cultura jurídica que tiene la intención de tomarse en serio las promesas constitucionales– pienso que deberíamos preguntarnos: ¿qué técnicas transmitidas por la gran tradición privada y qué reformas del Derecho vigente provenientes de la doctrina civilista pueden proponerse para restablecer la seguridad y la justicia, como garantía de los

esta operación de esterilización filosófico-política de la ciencia jurídica, véase, FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*.

derechos y bienes establecidos o por establecer como fundamentales a nivel constitucional?

Sin pretender responder exhaustivamente a estas preguntas esenciales, creo que es posible señalar, sucintamente, algunas premisas estratégicas elementales. En primer lugar para garantizar la certeza, para restablecer el valor de la legalidad suplantada por Creonte. Ante el colapso del lenguaje de las leyes, pienso que hoy más que nunca sería necesario retomar el proyecto de la Ilustración, formulado hace más de dos siglos por Gaetano FILANGIERI y Jeremy BENTHAM, de una *ciencia de la legislación* capaz de proporcionar una técnica de formulación de leyes lo más rigurosa posible: por un lado, en el plano cualitativo, una refundación del lenguaje legal capaz de garantizar la claridad, la simplicidad y la univocidad semántica; por otro lado, en el plano cuantitativo, una refundación de la legalidad capaz de impedir la inflación y el caos normativo. En ambos casos, la sugerencia más sencilla es la introducción, si es posible a nivel constitucional, de una rígida *reserva de códigos* o, por lo menos, de leyes orgánicas, mediante las cuales todo el Derecho de una determinada materia debe incluirse en un mismo código, un único texto o ley orgánica – por ejemplo, todas las normas penales y procesales dentro del Código penal o de procedimientos penales y ninguna fuera de estos códigos– para garantizar al menos la coherencia, la sistematicidad y la comprensibilidad del ordenamiento normativo. Junto a bibliotecas enteras que hoy podemos llenar con la interminable literatura sobre el tema de la interpretación y la argumentación jurídica, no estaría mal añadir los estudios e investigaciones sobre la ciencia y la técnica de la legislación.¹⁷ En definitiva, se trata de una refundación de la legalidad, tanto en el plano cualitativo como cuantitativo, que hoy requiere la política y la ciencia jurídica si queremos defender el Estado de Derecho y no resignarnos a describir –de forma avalorativa– su colapso.

En segundo lugar, se requiere que el Derecho y las instituciones políticas encuentren, en la garantía de los contenidos de justicia que Antígona ha incorporado en nuestras constituciones, su razón de ser. El Estado y las instituciones públicas no son empresas comerciales con ánimo de lucro. Su razón de ser no

¹⁷ Pero hay que recordar los estudios de COSTANZO, P. (Ed.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*; COSTANZO, P. (Ed.), "Il fondamento costituzionale della qualità della normazione", en *Studi in memoria di G. Floridia*, p. 177 y ss.; AMATO, G., "Principi di tecnica della legislazione", en *ISLE, Corso di studi superiori legislativi*, CEDAM, p. 77 y ss.; RESCIGNO, G.U., "Tecnica legislativa", en *Enc. Giur.*, XXX; RESCIGNO, G.U., "Qualità della legislazione e principio di legalità", *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, p. 152 y ss.; DI CIULO, V., *La progettazione legislativa in Italia*; DOGLIANI, M. (Ed.), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*; ALBANESI, E., *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*.

reside, como todos repiten, en el crecimiento del PIB o en el balance de los presupuestos públicos, sino en el respeto y la satisfacción de los derechos fundamentales por parte de todos los que representan las instituciones públicas, repito, la *razón social*. No menos necesario y a la par de la rehabilitación de Creonte, si nos tomamos en serio la Constitución, es, en definitiva, la reafirmación de la voz de Antígona que expresa nuestros principios constitucionales: garantizar los derechos fundamentales y, en particular, los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia, pero también, de los bienes que podemos llamar fundamentales, porque son comunes y vitales, pero que son ignorados por la justicia civil y la teoría civilista de las cosas. Me pregunto si sería posible, por ejemplo, ¿qué la población pobre emprendiera acciones de daños y perjuicios contra la devastación de bienes comunes como el aire y el agua, causados específicamente en sus países, en forma de inundaciones y desertificación, por las actividades industriales abusivas de los países desarrollados? Y más allá de daños y perjuicios, ¿serían configurables acciones por enriquecimiento injusto promovidas, nuevamente, por la población menesterosa en razón del uso de bienes comunes como son, sin duda, las compañías aéreas y las órbitas de los satélites por los países más desarrollados? E, invariablemente, referente a los bienes comunes, vitales o fundamentales: ¿no sería posible y deseable constitucionalizarlos para evitar la apropiación, la disipación y en ocasiones la destrucción privada? En particular: ¿no sería oportuno trasladar al plano constitucional la calificación de determinados bienes como propiedad del Estado, actualmente establecida por el Código civil, con la finalidad de evitar su delegación y privatización?

Asimismo, un constitucionalismo tomado en serio requiere que las razones de Antígona constitucionalmente estipuladas puedan conseguirse también en todas las *formaciones sociales donde se desarrollan*, como refiere el artículo 2 de la Constitución italiana, la *personalidad* del individuo: en las esferas civiles de la vida y de poder que el primitivo Estado liberal, confundiendo nuevamente libertad y poderes privados, ha reservado en gran medida a la libertad del ciudadano, como el domicilio, la familia, el trabajo, el lugar de trabajo, las redacciones de los medios de comunicación, los partidos políticos, los sindicatos y, sobre todo, el mercado. Ciertamente, los poderes no regulados que se desarrollan en esos ámbitos de la vida son los principales *obstáculos de orden económico y social* que, como refiere el artículo 3 de la Constitución italiana, limitan *de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos*, y que es *deber de la República suprimirlos*. De ahí la necesidad de las garantías de los derechos de la persona, es decir, la imposición de límites y restricciones también a los poderes que se van estableciendo y acumulando en esas esferas

privadas, incluidas las de origen contractual, mucho más allá de la actual y genérica previsión de interdicción de *causa ilícita* por ser *contraria*, como refiere el artículo 1343 del código civil italiano, *a las normas imperativas, al orden público o la moral*.

Finalmente, tanto Creonte como Antígona deben reafirmarse en el proceso de construcción de la Unión Europea, actualmente en crisis a causa de las fallidas políticas de austeridad impuestas por los organismos comunitarios, a los Estados miembros en obediencia a los dictados de los mercados.

En primer lugar, hay que rehabilitar a un Creonte europeo, mediante una refundación constitucional de la Unión Europea, quizás mediante una Asamblea constituyente europea, o a través de un Parlamento dotado de poderes constituyentes, según el modelo de los Estados federales: con la atribución de funciones legislativas a una asamblea elegida sobre la base de listas electorales europeas; con el establecimiento de un gobierno federal vinculado por una relación de confianza o, al menos, electo sobre una base europea; con una banca central dotada de poderes como todos los bancos centrales del mundo; con una fiscalización y gobierno comunes en la economía; finalmente, con una unificación legislativa progresiva, no solo en el ámbito laboral, sino también en el mercantil, penal y en el ámbito de las garantías de los derechos sociales, para lograr una igualdad en los derechos fundamentales, que es donde reside el presupuesto de la unidad política europea y, al mismo tiempo, para evitar una situación en la que la sombra contagiosa de la fórmula liberal de la *competencia entre sistemas*, capitales y empresas sigan desplazándose hacia donde haya más posibilidades de explotar a los trabajadores, de evadir impuestos, de contaminar el medio ambiente y de corromper gobiernos y administraciones públicas.

En segundo lugar, hay que volver a dar voz a Antígona –la Antígona que ya se ha expresado en la Carta de Niza y en los primeros artículos del Tratado de la Unión Europea, pero que, hasta ahora, no ha sido escuchada– a través de la creación de un sistema adecuado de instituciones europeas de garantía, capaces de asegurar a todos los ciudadanos europeos: la efectividad de sus derechos de libertad y sociales y, por otra parte, reducir el mercado y hacer accesibles para todos los bienes comunes como el agua, el aire y otros bienes vitales. Esa sería la única manera de lograr un cambio de ruta a las políticas económicas comunitarias –ya no más las políticas de austeridad que, hasta ahora, solo han tenido el efecto de aumentar la desigualdad y de agravar de

la crisis, sino las políticas orientadas al pleno fortalecimiento y la garantía de los derechos fundamentales– y así restaurar un sentido común de todos los europeos al sentimiento de cohesión, de unidad y de pertenencia a la Unión Europea.

No sabemos cuándo se darán estos pasos hacia adelante de Antígona y Creonte a través de los procesos que ahora esperamos –el proceso de reconstitución de las democracias nacionales y el proceso constituyente de la democracia supranacional y, en particular, la europea– se cumplan realmente. Sin embargo, sabemos que ante la crisis actual, o se avanza o se retrocede. Por desgracia, de una regresión al pasado de tipo civil y político, hay hoy muchos indicadores: el descrédito de la política cada vez más generalizado, las múltiples formas de protesta en ocasiones violentas, el desarrollo del populismo y la explosión del antieuropeísmo rencoroso en sectores significativos de nuestro electorado. Todos son síntomas o efectos de una regresión profunda de la política, determinada por su persistente subordinación a los mercados y las múltiples formas de corrupción de las clases gobernantes: una regresión que corre el riesgo de abrumar no solo a los valores de la justicia y la seguridad del derecho, sino también a nuestras democracias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- ALBANESI, E., *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2013.
- ALPA, G. y V. ROPPO (Ed.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- AMATO, G., "Principi di tecnica della legislazione", en *ISLE, Corso di studi superiori legislativi*, CEDAM, Padua, 1990.
- CRISTOFOLINI, P. (Ed.), *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Sansoni, Florencia, 1974.
- COSTANZO, P. (Ed.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1999.
- COSTANZO, P., "Il fondamento costituzionale della qualità della normazione", en AA. VV., *Studi in memora di G. Floridia*, Jovene, Nápoles, 2009.
- DI CIULO, V., *La progettazione legislativa in Italia*, Giuffrè, Milán, 2002.
- DICIOTTI, E., "La proprietà di sé", *Studi senesi*, No. 2, 2002.

- DOGLIANI, M., (ed.), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2012.
- FERRAJOLI, L., *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1970.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- FERRAJOLI, L., "Tre concetti di libertà", *Democrazia e diritto*, 2000.
- FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FERRAJOLI, L., "Per un costituzionalismo di diritto privato", *Riv. crit. dir. civ.*, año XXII, No. 1, 2004.
- HOBBS, T., *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, Santi Romano (Ed.), Forgotten books, Milán, 2001.
- IRTI, N., *Letà della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 1999.
- LATOUCHE, S., *L'invenzione dell'economia*, trad. de F. Grillenzoni, Bollati Boringhieri, Turín, 2010.
- LEBEAU, A., *L'engrenage de la technique. Essai sur une menace planétaire*, Gallimard, París, 2005.
- LOCKE, J., *Due trattati sul governo. Secondo trattato (1690)*, Turín, 1968.
- MARSHALL, T. H., *Class, Citizenship and Social Development*, Praeger, Chicago-Londres, 1963.
- MARSHALL, T. H., "Cittadinanza e classe sociale", trad. al italiano por Maranini, Turín, 1976.
- MONTESQUIEU, CH., *De l'Esprit des lois (1748)*, París, 1979.
- ORLANDO, V.E., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinados en sistema*, Giuffrè, Milán, 1940.
- RESCIGNO, G.U., "Tecnica legislativa", en *Enc. Giur.*, XXX, 1990.
- RESCIGNO, G.U., "Qualità della legislazione e principio di legalità", *Rivista di diritto costituzionale*, 2000.
- ROCCO, A., "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", *Riv. dir. e proc. pen.*, año I, fasc. X, 1910.
- ROTHBARD, M.N., *The Ethics of Liberty*, Atlantic Highlands, Estados Unidos de América, 1982.

Antígona y Creonte, ambos derrotados por la crisis de la legalidad

VON SAVIGNY, F.K., *Sistema del diritto romano attuale (1840-1849)*, tomo II, trad. al italiano de V. Scialoja, Turín, 1886-1898.

VICO, G., "De uno universi iuris principio et fini uno (1720)", en Paolo Cristofolini (Ed.), *Opere giuridiche. Il diritto universale*, I, cap. LXXXIII, Sansoni, Florencia, 1974.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette (1862-1870)*, trad. al italiano de C. Fadda e P.E. Bensa, Turín, 1902.

Recibido: 14/12/2021

Aprobado: 21/1/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

