

LA TEORÍA DEL DERECHO EN LA OBRA DE PIERO CALAMANDREI

José Luis Monereo Pérez
José Antonio Fernández Avilés*

SUMARIO

- 1.- *Aproximación biográfica a Piero Calamandrei*
- 2.- *Teoría de los derechos en Calamandrei*
- 3.- *Sobre su concepción de la aplicación del Derecho y la función jurisdiccional*

1. APROXIMACIÓN BIOGRÁFICA A PIERO CALAMANDREI

Piero Calamandrei (Florencia, 21 abril 1889 - 27 septiembre 1956) ha sido una de las figuras más eminentes del pensamiento jurídico italiano y uno de los más insignes exponentes de la escuela moderna de Derecho procesal civil¹, además de un renombrado abogado y hombre de Estado. Tuvo a su cargo la Cátedra de Derecho Procesal Civil de las Universidades de Mesina (1915-18), Módena (1918-20), Siena (1920-1924) y Florencia

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. y Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, respectivamente.

¹ Piero Calamandrei cooperó en la fundación de la *Revista di Diritto Processuale Civile* (1924) de la que fue co-director junto a Giuseppe Chiovenda y Francesco Carnelutti; fundó la revista *Il Foro Toscano* (1926); dirigió y fundó la columna de los *Studi di Diritto Processuale* (1932-38 y 1940-42); y dirigió, junto a Alessandro Levi el *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana* (1950). Fundó (1945) y dirigió la revista político-literaria *Il Ponte*, que él mismo definía como: “*un ponte ideale tra le macerie del passato e le costruzioni dell’avvenire, o anche un ponte fra le rive opposte, necessarie allo stesso fiume, alla comune città*” [una reconstrucción de las vicisitudes de esta revista en L. P. REMAGGI, “*Il Ponte*” di Calamandrei (1945-1956), Biblioteca di storia toscana moderna e contemporanea, Studi e documenti, vol. 49, 2001].

(1924-56), siendo rector de esta última Universidad desde el 26 de julio de 1943.

Se inserta en todo el movimiento de renovación de los estudios de Derecho procesal encabezados por G. Chiovenda –del que fue discípulo en Roma- y que ha llevado, desde la exégesis de los textos legislativos, al estudio histórico-dogmático de las instituciones y a la elaboración sistemática de nuevas leyes sobre la base de los resultados críticos de estos estudios². La escuela chiovendiana ha considerado la experiencia como fundamento indispensable de toda construcción teórica, y las teorías como un instrumento para mejorar la práctica. En torno a Chiovenda se formó una nueva escuela que, en contraposición a la «exegética», ha sido denominada «sistemática» (o «histórico-dogmática») para indicar que, en la dirección chiovendiana, la dogmática no es un fin en sí misma, sino que se considera como un medio para interpretar la realidad histórica del propio tiempo³.

Piero Calamandrei ha destacado por desvelar de manera brillante las raíces profundas que los problemas del proceso tienen en el Derecho constitucional⁴ y en la teoría del Estado, además del mundo mismo de los valores supremos individuales y sociales que convergen en el mismo. Un autor que, más que ningún otro de los grandes representantes de la moderna escuela jurídica italiana, ha sentido y evitado los defectos de la construcción exclusiva sobre la abstracción e imponiéndose a sí misma, en la vana perspectiva de una absurda “pureza”, el empobrecimiento cultural, moral

² Junto a Francesco Carnelutti y Enrico Redenti fue uno de los principales inspiradores del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, donde se formularon legislativamente algunas de las enseñanzas fundamentales de la Escuela de Chiovenda.

³ P. CALAMANDREI, “Los estudios de derecho procesal en Italia”, en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 27. Esta Escuela condujo a la revisión de las instituciones procesales, reivindicando para el Derecho público el proceso civil, estudiado no ya “como expresión de una lucha de intereses privados” (que se correspondería con la concepción liberal del proceso), sino como “instrumento de la más augusta entre las funciones del Estado” (cfr. “El nuevo proceso civil y la ciencia jurídica”, *ibid.*, p. 73). Ello conduciría a reclamar un modelo más intervencionista de proceso, con un papel más activo del juez en la búsqueda de la justicia real (vid. B. S. MARKESINIS, “Introduction” a *Eulogy of Judges Written by a Lawyer*, Princeton University Press, Princeton, 1992, p. xiii).

⁴ Vid. los escritos del autor compilados en P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. III, Morano Editore, Napoli, 1968. Para una profundización biográfica en las facetas menos conocidas de nuestro autor, vid. R. BARZANTI, S. CALAMANDREI, (a cura di): *Dolce patria nostra. La Toscana di Piero Calamandrei*, VI volumen de la colección “Itinerari e proposte”, Fondazione Monte dei Paschi di Siena, 2003.

y científico de un desdén alejamiento de los problemas “sociológicos” e “ideológicos” de la realidad (y de los juristas), sobre la cual necesariamente se funda el fenómeno jurídico⁵. Para Calamandrei el Derecho y el estudio del Derecho no fueron jamás ni mera aceptación exegética de textos, ni pura elaboración dogmática y reconstrucción sistemática de conceptos. Nuestro autor concibe el Derecho como un fenómeno no puramente normativo, técnico, abstracto, sino como un elemento de un más amplio fenómeno cultural, elemento esencial de la cultura del hombre y de la sociedad, profunda e indisolublemente radicado en la historia y en las tradiciones, de un lado, y en las exigencias sociales, económicas y en los ideales de evolución y de transformación de otro⁶. En su obra se aprecia la adopción de una metodología jurídica acorde con una doble perspectiva tanto «estructuralista» como «funcionalista» del fenómeno jurídico⁷.

La obra jurídica de Calamandrei no es sólo una importante obra de pensamiento, sino también una fina obra de literatura, elegante, nítida, aguda y una obra nobilísima de profunda humanidad⁸. Es un autor vivamente interesado por la experiencia práctica del Derecho como por la renovación tanto de los planes educativos⁹ y como de la “moral” de las profesiones jurídicas, realizando ensayos en los que se trata especialmente el aspecto social y moral de ciertos problemas forenses¹⁰.

⁵ M. CAPPELLETTI, “Avvertenza” a P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. I, Morano Editore, Napoli, 1965, p. 7.

⁶ M. CAPPELLETTI, “Presentazione” a P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. II, Morano Editore, Napoli, 1966, p. VI; en este sentido, E. T. LIEBMAN, “Presentazione” a P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. IV, Morano Editore, Napoli, 1970, p. VII, señala que Calamandrei no se ha plegado a posiciones que le han parecido las más aceptables y convincentes solamente desde un punto de vista lógico y sistemático, sino también “desde el punto de vista de la correspondencia de los conceptos a la evolución histórica y a la función social de las instituciones del proceso”, quedando marcada su producción científica por una impronta inconfundible constituida por su sensibilidad a los aspectos político-sociales del derecho.

⁷ Vid. F. CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, Valletta, Buenos Aires, 1990, pp. 45-47; N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1993, pp. 7 y ss.

⁸ Sobre su figura, vid. N. BOBBIO, “Ricordo di Piero Calamandrei”, en *Belgafor*, n. 3, 1958, pp. 589-602, publicado también en *Studi Senesi*, fasc. 1, 1959, pp. 7-35.

⁹ Vid. P. CALAMANDREI, *La Universidad del mañana*, trad. A. S. Bianchi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

¹⁰ Vid. P. CALAMANDREI, *Demasiados abogados*, trad. J. R. Xirau, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1936, donde trata de la crisis de la abogacía; *id.*: *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*, trad. S. Sentís Melendo e I. J. Medina, Góngora, Madrid, 1936 [la primera edición italiana es de 1935; la más reciente reimpression italiana de la última edición (4ª) es de 1989, con introducción de Paolo Barile], donde se contienen ricas reflexiones sobre la interdependencia de abogado y juez y el papel de cada uno en la mutua búsqueda de la justicia. La concepción de Piero Calamandrei sobre la justicia la define en unas pocas líneas esenciales: “//

«La Cassazione Civile» es considerada la obra jurídica maestra de Calamandrei¹¹.

En su faceta política, tuvo un papel muy activo dentro del movimiento antifascista, desde que en 1922 con Gaetano Salvemini, los hermanos Rosselli y Ernesto Rossi fundó el “«Circolo di Cultura»” y colaboró en la elaboración de la revista clandestina de la resistencia “«Non mollare»”. Tras el establecimiento del fascismo formó parte del consejo directivo de la “«Unione Nazionale»” (fundada por Giovanni Amendola). Durante las dos décadas de fascismo en Italia fue uno de los pocos profesores que no tuvo ni pidió el “carné” del partido (PNF), manteniéndose siempre dentro de movimientos clandestinos y siendo uno de los impulsores de la “«Resistenza»” italiana anti-fascista¹². Fue uno de los fundadores del “«Partito d’Azione»” (1942), partido heredero directo del movimiento de “«Giustizia e Libertà»” -al que Calamandrei se adhirió en 1941- y del programa de Carlo Rosselli expresado en su “Socialismo Liberal”.

Además, Calamandrei tuvo una intensa actividad política en Italia durante el proceso constituyente¹³, formando parte de la «Consulta Nazionale» (1945-46); siendo elegido diputado de la «Assemblea Costituente» (1946)

segreto della giustizia sta in una sempre maggiore umanità ed in una sempre maggiore vicinanza umana fra avvocati e giudici nella lotta comune contro il dolore: infatti, il processo, e non solo quello penale, di per sé é una pena, che giudici ed avvocati debbono abbreviare rendendo giustizia”. Sus concepciones y “aspiraciones” tienen hoy plena vigencia, vid. al respecto, L. P. MATTEO, G. CHELAZZI, S. MERLINI, *La giustizia secondo Piero Calamandrei. Attualità del problema del rispetto dei ruoli*, Ed. Le Balze, Firenze, 2003.

¹¹ Vid. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, Comares, Granada, 2006. Para muchos, el más grande tratado que jamás se haya escrito —en cualquier lengua— sobre una de las principales instituciones del ideal de legalidad (cfr. M. CAPPELLETTI, “Dopo vent’anni”, en P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. VII, Morano Editore, Napoli, 1976, p. VI); un innegable efecto práctico de su obra fue la instauración de la Casación única en Italia en aras de la mayor seguridad e igualdad jurídicas (cfr. cap. XIII, de *La casación civil*, cit.).

¹² El significado de la “Resistencia” para Calamandrei se expresa en los siguientes términos: “*Se nel campo morale la Resistenza significò rivendicazione della uguale dignità umana di tutti gli uomini..., nel campo politico la Resistenza significò volontà di creare una società retta sulla volontaria collaborazione degli uomini liberi ed uguali, sul senso di autoresponsabilità... che si stabilisce quando tutti gli uomini si sentono ugualmente artefici... del destino comune*”. En el terreno político “*la Resistenza ebbe anche questo significato: fu tutto un popolo che rivendicò a se stesso... la responsabilità di far la sua politica, comprendendo che solo con la partecipazione collettiva... alla vita politica, un popolo può essere padrone di sé...*”. Reconociendo nuestro autor que su “*resistenza venne mossa da un impulso prima morale che politico: fu l’insurrezione della ragione umana contro il ritorno della bestialità*”. Su diario de aquellos años nos muestra todos los horrores del fascismo [vid. *Diario: 1939-1945*, La Nuova Italia, Firenze, 1997].

¹³ Vid. la reedición recopilatoria de sus escritos en P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, (Firenze 1945), Ed. Le Balze, Firenze, 2003.

en representación del “Partito d’Azione”, donde en calidad de miembro de la «Commissione per la Costituzione» (la denominada “«Commissione dei 75»” encargada de redactar el proyecto constitucional) y de relator sobre el poder judicial y sobre la «Corte Costituzionale», realizó un amplio trabajo en la construcción de la estructura jurídica de la Constitución de la República Italiana. En 1948 fue elegido diputado al Parlamento para la primera legislatura republicana como representante de “«Unità socialista»” hasta 1953, cuando participa en la fundación de movimiento de “«Unità popolare»”.

Como escritor político ha dejado un legado de lucha por la renovación democrática (en la transformación de una Italia simplemente post-fascista, a una Italia democrática), que pudo desarrollarse en la atmósfera de libertad que floreció tras la caída del fascismo: en la lucha por la República y la Constitución, en la lucha por la distensión y por la unidad europea, en la protesta contra la corrupción política o la inactuación constitucional, en la lucha por la creación de la Corte Constitucional, etc.¹⁴

2. TEORÍA DE LOS DERECHOS EN CALAMANDREI

2.1. *La imbricación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales (hacia la “ciudadanía social”)*

Para Calamandrei las libertades políticas se configuran como derechos subjetivos «públicos», «negativos» y «constitucionales». «Públicos», porque se concretan en una relación jurídica entre el ciudadano y el Estado; «negativos», porque el Estado, aceptando tales derechos no se obliga a hacer algo de positivo en su favor, sino que asume solamente un deber de abstenerse, de dejar que el ciudadano cumpla sin perturbaciones ciertas actividades de las que mediante estos derechos se quiere asegurar su libre ejercicio¹⁵; y «constitucionales», porque el reconocimiento de estos

¹⁴ Cfr. P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, N. Bobbio (a cura di), La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1966; sobre esta faceta vid. L. LAGORIO, *L’attualità del pensiero politico di Piero Calamandrei*, Ed. Olschki, Firenze, 1976.

¹⁵ Vid. “Costituente e questione sociale”, en *Opere Giuridiche*, vol. III, Morano Editore, Napoli, 1968, pp. 173-174. Esta concepción de “libertad negativa” no es aceptada por algunos autores al considerar que indica la permanencia antihistórica de la teoría de la autolimitación estatal como fundamento de los derechos de libertad. Frente a esta visión, más centrada en el *deber* de no injerencia que en el propio *derecho*, otros consideran que tales derechos son instrumentos para autodeterminarse y realizar la propia personalidad, lo que excede una visión limitada a la mera pretensión de abstención de terceros en el libre desarrollo del derecho. Esta dualidad se refleja

derechos se sitúa como parte integrante e insuprimible de la Constitución del Estado¹⁶.

Estos derechos no son inmutables y eternos sino «abiertos», pues no se puede definir «a priori» y de una vez por todas las específicas actividades individuales cuyo libre ejercicio deba ser constitucionalmente garantizado para situar al ciudadano en condiciones de participar activamente en la vida política de la comunidad. Se ha asistido a un proceso de gradual enriquecimiento y de especificación de estas libertades, cuyo impulso se identifica por Calamandrei en “la tendencia de la personalidad humana a expandirse en la vida política, que inicialmente parecía satisfecha por pocas libertades esenciales, y que siente la necesidad de conquistar siempre nuevas libertades o de precisar siempre mejor las ya obtenidas...”¹⁷.

Las libertades individuales, en el pensamiento de Calamandrei, desempeñan una doble función: por un lado, son necesarias como “reconocimiento práctico de la dignidad moral de cada persona”; por otro, constituyen el “medio para hacer operativa y fecunda la vida política de la comunidad”, al enriquecerla con la contribución de sus iniciativas. Es destacable que en su pensamiento los derechos de libertad son también básicamente

en las obras de Calamandrei, quien también concibe los derechos de libertad en “positivo”, como medios de afirmación de la autonomía y desarrollo de la propia personalidad (véase al respecto, v. gr. su trabajo: “Appunti sul concetto di legalità”, en *Opere Giuridiche*, vol. III, op. cit., pp. 106, 120 y 124). Para Calamandrei los derechos de libertad aparecen como garantías establecidas para ayudar al ciudadano a formarse una conciencia política y para hacer posible que éste, con sus cualidades individuales, se convierta en un elemento activo de la vida pública (favorecen la expansión del individuo en la vida política de la comunidad). Libertad entendida “no como garantía de aislamiento egoísta, sino como garantía de expansión social” (“L’avvenire...”, *cit.*, p. XV). En consecuencia, verdaderamente en el pensamiento de Calamandrei hay mucho más que una visión estrictamente “negativa” de los derechos de libertad, pues lo que él denomina la “función constitucional” de las libertades civiles y políticas, se relaciona también con los fundamentos de la concepción “individualista” de los derechos de libertad (como instrumentos de afirmación de la propia autonomía).

Aunque ciertamente, en este punto, una carencia importante en la obra de Calamandrei es la falta de profundización o clarificación en las posibles implicaciones de esta idea sobre los derechos políticos (de participación política), de un lado, y los derechos propiamente civiles, de otro, que en la teoría de Calamandrei se tratan de forma unitaria. Centrado Calamandrei en esta vertiente funcional de participación del individuo en la vida política en democracia, es de advertir que aunque presupuesto necesario, la libertad como autonomía no parece que pueda identificarse exclusiva y necesariamente con la participación política (cfr. al respecto, A. PACE, “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 63, 1989, p. 49).

¹⁶ Véase P. CALAMANDREI, “L’avvenire dei diritti di libertà”, Prólogo a la reimpression de F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze, 1946, pp. XVI-XIX.

¹⁷ P. CALAMANDREI, “L’avvenire...”, op. cit., pp. XX-XXI.

un instrumento de oposición política (la concepción de los derechos y libertades públicas como instrumento de “respeto de la minoría” es crucial para nuestro autor), como elemento indispensable de la renovación social y política¹⁸ que conlleva la dinámica democrática. Pero además como reconocimiento de esa dignidad moral inherente a cada persona.

Para Calamandrei, todas las libertades “burguesas” (significadamente la teórica igualdad política de todos los ciudadanos), que arrancan de la Revolución Francesa, encuentran sus obstáculos no tanto sobre el plano político, sino sobre el plano económico, desplazando del uno al otro la lucha por la «libertad efectiva»¹⁹. Las libertades políticas codificadas se revelaron insuficientes para garantizar la libre participación de todos los ciudadanos en la vida de la comunidad. Con el dogmático seguimiento del principio del liberalismo económico en la estructuración social, el nuevo obstáculo a la libertad efectiva venía determinado por el privilegio económico garantizado por todas esas libertades. El liberalismo económico, más que una integración de las libertades políticas de todos los ciudadanos, se convirtió en el instrumento de la burguesía para monopolizar estas libertades políticas en detrimento de todos aquellos que no disponían de los medios económicos para hacerlas valer. Por ello, “no bastaban solamente las libertades políticas, las cuales, cuando se acompañan del privilegio económico, sirven en realidad para hacer del poder político un monopolio cristalizado de los hacendados y a impedir el perpetuo afluir de las más sanas fuerzas populares a la renovación del grupo dirigente que es la esencia misma de la democracia”. Según nuestro autor, en el sistema

¹⁸ Calamandrei denomina “políticas” estas libertades, en tanto que se encaminan a hacer posible y fructífera la participación del individuo a la vida de la *polis*, de la comunidad: “justamente porque solo donde la personalidad moral del individuo tiene modos de manifestarse y de afirmarse a través de ciertas posibilidades de expansión práctica, puede realizarse la verdadera democracia que consiste en el continuo aflorar de las mejores fuerzas individuales por debajo de la pirámide social hacia el vértice, y que transforma la soberanía popular de mayoría mecánica del número en mayoría espiritual de los más dignos” (“Costituente e questione sociale”, en *Opere Giuridiche*, op. cit., p. 173). Las libertades individuales, aunque no fueran reclamadas por los particulares para la defensa del interés privado, aparecen en el pensamiento de Calamandrei como una exigencia primordial del interés público, dado que son inherentes al sistema democrático (cfr. “L’avvenire...”, op. cit., p. XIV).

¹⁹ P. CALAMANDREI, “L’avvenire...”, op. cit., p. XXII. Nuestro autor desvela claramente que la conquista revolucionaria de los derechos del hombre y del ciudadano fue para el Tercer Estado la coronación de un poder que ya se había afirmado en el terreno económico y cultural: la defensa de un bienestar económico ya adquirido, y el instrumento para conservarlo, “no el inicio de una revolución social con la cual el cuarto estado fuese admitido a una más equitativa distribución de la riqueza” (*ibid.*, pp. XXII-XXIII, con cita de C. ROSSELLI, *Socialismo liberale*, ed. U, 1945, p. 92).

político liberal, las libertades políticas eran, «de derecho», escritas para todos, pero en realidad solamente los ricos tenían la posibilidad «de hecho» de valerse de ellas en su propia ventaja²⁰.

La superación de este estadio –dadas las exigencias de «efectiva» igualdad política– viene a través de la denominada “«democracia social»”²¹. Su construcción requiere de una operación que no consiste en suprimir estas libertades (como sucede en las experiencias totalitarias), sino integrarlas y enriquecer su elenco, de manera que se pueda concebir un nuevo tipo de democracia, no solamente política sino también social, más efectiva y plena de aquella nacida de la Revolución francesa²². La aparición de esta nueva concepción se produce a través del reconocimiento de una nueva categoría de derechos del ciudadano que, junto a las libertades políticas tradicionales, han sido denominados como “derechos sociales”: cuya función es esencialmente la de “garantizar a cada uno, como complemento de las libertades políticas, aquel mínimo de “justicia social”, es decir, de bienestar económico, que parece indispensable para liberar a los no hacendados de la esclavitud de la necesidad, y a situarlos en condiciones de poder valerse también de hecho de aquellas libertades políticas que de derecho están proclamadas como iguales para todos”²³.

²⁰ Así describe Calamandrei el descrédito de las libertades políticas en el Estado liberal [“L’avvenire...”, op. cit., p. XXV]. Sobre esta crisis de las libertades políticas, cfr. también “Costituente e questione sociale”, op. cit., pp. 174-175.

²¹ Nuestro autor define este concepto de “*democracia social*” en los siguientes términos: “...un ordenamiento constitucional en el que la participación activa de todos los ciudadanos a la vida política de la comunidad esté garantizada no solamente por las tradicionales libertades políticas, por fuerza de las cuales está paritariamente concedida a cada ciudadano la posibilidad jurídica de participar en el ejercicio de la soberanía, sino además de los nuevos derechos sociales, por fuerza de los cuales se concede igualmente a todo ciudadano la posibilidad económica de valerse de manera efectiva de las libertades políticas. O bien se podría adoptar también otra fórmula: democracia social es aquella en la que entre los derechos políticos figura también el aseguramiento a cada ciudadano de aquel mínimo de bienestar económico sin el cual las libertades políticas, aunque reconocidas jurídicamente, no podrían ser de hecho ejercidas por los desposeídos en condiciones de igualdad con los hacendados” (*ibid.* p. XLIV). Para Calamandrei democracia social es, por consiguiente, aquella en la que los derechos políticos y los derechos sociales se sitúan sobre el mismo plano: en la cual, se podría también decir, un cierto grado de bienestar económico está reconocido como un derecho político del individuo frente a la comunidad (*ibid.* p. XLV). En definitiva, el reconocimiento y la búsqueda de la justicia social como prerrequisito de la libertad individual y política.

²² P. CALAMANDREI, “L’avvenire...”, op. cit. pp. XXVI-XXVII.

²³ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXVII; en esta línea, J. L. MONEREO PÉREZ, *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999, p. 211, ha indicado cómo la liberación de la necesidad está comprendida en la garantía de la dignidad humana y “la disponibilidad de recursos materiales suficientes a través del reconocimiento de derechos sociales de

Es por ello –como indica Calamandrei– que el carácter “social” de estos derechos no debe considerarse como una negación de las libertades individuales, sino como «un desarrollo y una prosecución» de éstas²⁴. Estos derechos tendrían su fundamento en una “exigencia de orden espiritual”: “un mínimo de bienestar económico es una condición para garantizar en la sociedad la dignidad del hombre entendido como persona moral y por consiguiente como sujeto político «activo»”²⁵. La piedra angular está en la liberación de la necesidad («freedom for want»), considerada como una condición indispensable para salvaguardar la dignidad moral de la persona y para permitir su participación activa en la vida política de la comunidad democrática. Es por ello que los derechos sociales “constituyen la premisa indispensable para asegurar a todos los ciudadanos el goce efectivo de las libertades políticas”²⁶.

En el pensamiento de Calamandrei puede observarse esa relación directa entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, el disfrute de un mínimo socio-económico es la condición esencial de la participación civil y política. Para que éstas últimas sean genuinas, ha de partirse de una cierta igualdad socio-económica de base. Ello explica perfectamente la indivisibilidad e interdependencia de esta trilogía de derechos²⁷.

Así pues, un elemento que caracteriza a los derechos sociales frente a los tradicionales derechos de libertad, que tienen carácter esencialmente «negativo» (en tanto que a los mismos corresponde la obligación del Estado de no obstaculizar el ejercicio de ciertas actividades individuales), es que los derechos sociales tienen carácter «positivo», en cuanto que a éstos corresponde la obligación del Estado de remover los obstáculos de orden económico y social que obstaculizan la libre expansión moral y política de la persona humana. Los primeros liberan de la opresión política, los segundos de la económica. Para Calamandrei ambos derechos tienen la

ciudadanía es condición para la efectiva participación política de los ciudadanos”. Ello implica la remoción de los obstáculos que impiden la libertad e igualdad real y efectiva entre los individuos y grupos en los que se integran en las distintas facetas de la vida social, económica, política, cultural.

²⁴ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXX. Así pues, en el pensamiento de Calamandrei, estos derechos se erigen no como una negación, sino como una superación del Estado liberal de derecho, a través de la instauración de un “Estado social de derecho”.

²⁵ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXXII.

²⁶ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXXVIII.

²⁷ Vid. T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, en T. H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *id.*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 22 y ss.

misma orientación teleológica: la «defensa de la libertad individual». Pero los medios de actuación han de ser diferentes porque, para satisfacer los derechos sociales el Estado –como «parte debitoris»- debe comportarse activamente para eliminar el privilegio económico y garantizar la liberación de la necesidad, “la función del Estado en defensa de la libertad no se oculta más en la cómoda inercia del «laissez faire», sino que implica una toma de posición en el terreno económico y una serie de prestaciones activas en la lucha contra la miseria y contra la ignorancia”. No se observa en la obra de Calamandrei una concepción más amplia del Derecho Social, que en cierta medida lo “desestatalice” y lo conecte más ampliamente con una democratización social y económica, vinculada con el pluralismo jurídico propio de la vida real del Derecho y la plural conformación de la sociedad y los grupos en que el individuo se integra²⁸.

Estos derechos “sociales” conforman la «vertiente social de la ciudadanía». Expresión que designaría el conjunto de expectativas que cada ciudadano tiene frente al Estado para obtener las garantías de seguridad en la vida y en el trabajo que son necesarias para dar contenido de dignidad y de libertad a la existencia individual. Son derechos que vinculan el ordenamiento jurídico con la situación real de poder de los titulares, abandonando la configuración tradicional de los derechos como meras posiciones jurídicas individuales independientes de las condiciones reales necesarias para su realización social efectiva²⁹.

²⁸ Cfr. la idea de derecho social en G. GURVITCH, *Elementos de sociología jurídica*, con estudio preliminar: “Pluralismo jurídico y Derecho social: la Sociología del Derecho de Gurvitch” a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001; y especialmente la obra de G. GURVITCH, *La idea del derecho social*, con estudio preliminar: “La idea del “derecho social” en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch” a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005. En el pensamiento de Gurvitch el Derecho social es un derecho de integración, por lo que los derechos sociales proclamados por las declaraciones constitucionales deben ser los derechos de participación de los grupos y de los individuos derivados de su integración en colectividades y garantizando el carácter democrático de estas últimas. Ello se enmarca en la idea de una conformación pluralista del derecho como reflejo de la realidad social plural en lo político y lo económico. Así pues, esta idea de derecho social consiste en el reconocimiento de derechos a productores, consumidores y del hombre (*hombre específico*), conjuntamente en tanto que individuos y en tanto que grupos o colectividades sociales, a una participación efectiva en todos los aspectos de la vida, del trabajo, del bienestar, de la seguridad, de la educación, etc., con las correlativas transformaciones posibles de la autonomía jurídica, de control democrático por los interesados, del autogobierno, etc.

²⁹ Vid. J. L. MONEREO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, pp. 43 y 159 y ss.

2.2. La problemática “constitucionalización” de los derechos sociales

En cuanto a la estructura jurídica de los derechos sociales, no tienen la misma perfección que los derechos tradicionales de libertad (que básicamente requieren de una posición de “no intervención” por parte del Estado), sino que sitúan al Estado como deudor de «obligaciones de hacer» y «de dar» como medios adecuados para la realización de tales derechos, en consecuencia, su satisfacción depende de “profundas transformaciones de las relaciones sociales basadas sobre la economía liberal”³⁰. De forma que el verdadero «problema político» no es el de incorporar en la Constitución el enunciado de estos derechos, sino el de “predisponer los medios prácticos para satisfacerlos y para evitar que estos permanezcan como vacía fórmula teórica, escrita sobre la carta, pero no traducible en la realidad”³¹. Los derechos sociales conllevan prestaciones (acciones) “positivas” del Estado, luego esta tipología de derechos tiene algo sustancialmente diferente respecto de las libertades políticas, y que bajo el aspecto económico es esencial, si la satisfacción de los primeros no cuesta nada al Estado, la satisfacción de los segundos conlleva, antes que una cuestión política, «una cuestión financiera»³². Muy especialmente nos advierte que tales derechos se convierten en letra muerta si a los mismos no les corresponde “«una transformación efectiva de la estructura económica de la sociedad, o sea, una revolución social que pertreche al Estado de los medios para satisfacerlos»”³³.

En este punto el pensamiento de Calamandrei es premonitorio de las profundas transformaciones institucionales que advienen con el Estado social, y que sitúan la acción pública de una posición de obligado a no intervenir -propia del liberalismo político- a la obligación de intervenir cuando se trata de nuevos derechos sociales³⁴. El verdadero problema, según Calamandrei, es el de predisponer los medios prácticos para su satisfacción, de “«encontrar el sistema económico que permita satisfacerlos»”³⁵.

³⁰ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXXIX.

³¹ “Costituente e questione sociale”, op. cit., p. 178.

³² “Costituente e questione sociale”, op. cit., p. 179.

³³ “L’avvenire...”, op. cit., p. XLI. Calamandrei considera, pues, que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales es, más que el punto de llegada de una revolución ya realizada, el punto de partida de una revolución (o de una evolución) cuyo camino se inicia (*ibid.*, pp. XLI-XLII).

³⁴ Véase J. L. MONEREO PÉREZ, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, op. cit.

³⁵ P. CALAMANDREI, “Costituente e questione sociale”, op. cit., p. 178.

Esta es la razón por la que muchos de ellos –a pesar de su formulación constitucional- acaban siendo en realidad vagas orientaciones programáticas y promesas confiadas a un incierto futuro. Desde esta perspectiva -y según Calamandrei- la Constitución no realiza una transformación efectiva e inmediata de las estructuras sociales, sino que constituye más bien una promesa o programa a más largo plazo.

En verdad, la realización práctica de tales derechos se somete a un intenso «condicionamiento economicista», lo que los dota de una mayor debilidad en su aplicación efectiva. Precisamente, la “imperfección” de los derechos sociales ha sido identificada en que su realización depende de opciones de política económica. Estos derechos no vienen definidos de una vez por todas, sino que dependen de las relaciones de poder sociales y políticas (de las opciones de política jurídica que se adoptan sobre las fuentes y mecanismos de distribución del bienestar). Su garantía efectiva depende en gran medida de los resultados de las políticas gubernativas que determinan la asignación de la riqueza de un grupo a otro. La incidencia de estos derechos (en cuanto derechos de “desmercantilización” en los sistemas de provisión del bienestar) conduce a una corrección de la “polarización” que el mercado por sí mismo realizaría³⁶. No se trata de derechos que demanden una inhibición del poder público respecto determinados ámbitos, sino que requieren una determinada clase de legislación positiva y un apoyo financiero de soporte³⁷.

A partir de aquí viene la interesante aporía de nuestro autor, que podría sintetizarse en la expresión: los derechos sociales entre “deseos sentimentales” y derechos constitucionales, y que se refleja en su doble faceta vital: política y jurídica. Esta contradicción verdaderamente constituye el “talón de Aquiles” del reconocimiento jurídico de los derechos sociales y su difícil instrumentación jurídica.

Calamandrei, como se ha visto, concibe la libertad no sólo como la «libertad jurídica negativa» (de pensamiento, de expresión, de reunión, de religión, etc.), sino también como «libertad económica positiva» (derecho al trabajo, a la vivienda, a la sanidad, a la educación, etc.)³⁸. Pero sin

³⁶ P. BARCELONA, “A proposito della cittadinanza sociale”, *Democrazia e Diritto*, nº 2-3, 1988, p. 24.

³⁷ En esta dirección, el régimen de garantías tradicional del Derecho Público resulta notablemente insuficiente para su efectividad, cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2000, pp. 777 y ss.

³⁸ Véase P. CALAMANDREI, “Questa nostra Repubblica”, en *Il Ponte*, año XX, nº 10, octubre 1956, pp. 1633-1634.

embargo luego, como jurista riguroso (con una alta dosis de realismo y consciente de las dificultades político-económicas para la realización plena de tales derechos), considera que “no siempre a esta exigencia que impulsa al Estado a intervenir en el terreno económico corresponde la explícita afirmación de verdaderos y propios derechos individuales a tal intervención: y se adoptarán preferiblemente fórmulas menos comprometedoras, en las cuales, más que de derechos subjetivos del individuo, se habla de poderes o de deberes genéricos del Estado, que pueden tener una relevancia política en relación a la colectividad, pero sobre los cuales no pueden fundarse pretensiones individuales jurídicamente tuteladas”³⁹. Así pues, acepta la formulación constitucional de los derechos constitucionales, siempre que se formularsen de manera concreta y precisa con el fin de facilitar su realización en el futuro, pero no el travestimiento como verdaderos derechos subjetivos del ciudadano de reglas que verdaderamente no tienen tal carácter. Calamandrei teme al reconocimiento de estos derechos fuera del cuadro de los derechos públicos subjetivos, por la ineffectividad real que luego tales derechos conllevan, y que identifica como la principal situación de descrédito de la «parte dogmática» de los textos constitucionales. En efecto, la igualdad y la dignidad sustancial requieren de la expansión de los derechos y sus garantías⁴⁰. Su dejación por parte del Estado no es reparable con técnicas jurisdiccionales de invalidación análogas a las dispuestas para las violaciones de los derechos de la libertad⁴¹.

Nuestro autor admite el valor “político” y “pedagógico” que una enunciación de los derechos sociales tendría, como “una tendencia y un compromiso y, cuando funcionase el control de la constitucionalidad de las leyes, un compromiso semejante escrito en la Constitución serviría de orientación práctica para la futura legislación”. Pero nuestro autor no cree en los derechos subjetivos fuera del cuadro de un derecho “cierto”. Para Calamandrei la proclamación de los derechos sociales, con la enunciación precisa de garantías que los aseguran de hecho, es posible solamente allí donde ya se ha producido una revolución social⁴².

En coherencia con sus planteamientos, en su participación política en la Asamblea Constituyente italiana se opone a la formulación en el texto

³⁹ “L’avvenire...”, op. cit., p. XXXIII.

⁴⁰ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, 1997, p. 934; *id.*: *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

⁴¹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías”, en AA.VV., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 487.

⁴² “Costituente e questione sociale”, op. cit., p. 180.

constitucional de derechos sociales específicos, pues si no son auténticos derechos, sino sólo programas y deseos, con su formulación no se deben generar falsas ilusiones a los ciudadanos. A su juicio, ello supondría un continuismo en el “descrédito” de la legalidad. Para una mejor técnica jurídica, auspiciaría su introducción meramente en el preámbulo, afirmando la necesidad de proclamar en la Constitución únicamente aquellos derechos “que lo son en el sentido técnico y perfecto de la palabra”⁴³, a su juicio, aquellos derechos a los que corresponde un sujeto obligado⁴⁴. Según Calamandrei no debían figurar en el texto constitucional proclamaciones ideales ético-políticas, sino sólo normas jurídicas que tengan eficacia práctica, que sean fundamento inmediato de poderes y de órganos para la garantía de los derechos concretamente sancionados, por lo que consideró oportuno que, como categoría especial de los derechos, figurase la enunciación de aquellas exigencias individuales y colectivas, en el campo económico y social, que aunque hoy no alcancen la madurez de los derechos perfectos y actuales, se presten, a causa de su concreción, a convertirse en derechos auténticos sancionados por leyes, comprometiendo al legislador futuro. Pero sosteniendo que, respecto de cualquier otra disposición general de alcance ético-político, que se considere oportuno mencionar en la Constitución, las exigencias de claridad y técnica obligan a no confundirla con las auténticas normas jurídicas y reservarla para un preámbulo sobrio y sintético⁴⁵.

⁴³ Vid. A. PACE, “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 63, 1989, pp. 35 y ss.

⁴⁴ Además, planteó el problema de un eventual control de constitucionalidad de una ley ordinaria que contrasta con un derecho social insatisfecho, lo que a su juicio concedería a los jueces un poder de control de carácter político sobre toda la legislación presente y futura.

⁴⁵ A.C., sesión del 12 de marzo de 1947, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assamblea costituente*, Segreteria Generale della Camera dei Diputati, Roma, 1970, vol. I, pp. 356 y ss. Calamandrei se explica en “Costituente e questione sociale”, op. cit., p. 181, al indicar que la incorporación de los derechos sociales en un proceso de renovación social todavía por realizar es establecer “promesas consoladoras” (“elenco de tendencias” pero no de hechos realizados), defendiendo que toda Constitución “si quiere tener un significado jurídico”, debe limitarse a registrar en fórmulas poderes ya pertrechados de órganos y derechos ya pertrechados de tutela. Y de forma también preclara en “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Opere Giuridiche*, op. cit., vol. III, p. 457 [trabajo publicado originariamente en *Revista Giuridica del Lavoro*, 1952, pp. 221-224], al referirse a la Constitución italiana como “el documento de una revolución social, *mejor que ausente, no todavía completa*: no completa en el presente, pero *prometida para el futuro*; eso significa (...) la condena de futuro de un régimen económico *que existe todavía*”. Añadiendo que este es el singular carácter de todas las constituciones modernas que contienen disposiciones programáticas sobre los denominados “derechos sociales”: que son un “plano de batalla contra los privilegios económicos sobre los cuales todavía se construye la sociedad en la que vivimos”. Esa promesa de transformación social

Aquí se desvela perfectamente la centralidad que el «principio de legalidad» ejerce sobre el pensamiento de Calamandrei⁴⁶, y su lucha por la «claridad en la Constitución». Esta es la contradicción que le indujo a luchar incluso en contra de sus convicciones socio-políticas, en tema de derechos sociales, en defensa del principio de legalidad. Por un lado, la desilusión por la oportunidad perdida en las reformas estructurales que habrían debido acompañar la instauración republicana, pero por otro, la responsabilidad como jurista y la «fe en la legalidad», y las fórmulas normativas equívocas irritaban a nuestro autor, pues las consideraba carentes de compromiso alguno. Le repugnaban los preceptos genéricos y oscuros de disposiciones no susceptibles de hacer surgir verdaderas obligaciones y de estar protegidos de garantías efectivas⁴⁷, en materia de derechos sociales si no venían acompañadas de los medios necesarios para asegurar su realización.

A todo ello subyacía su preocupación por no involucrar a la Constitución en el descrédito del principio de legalidad, heredado de la experiencia del «cartismo social autoritario», y por recuperar el sentido de legalidad, no presentando lo ficticio como verdadero⁴⁸. La claridad en la Constitución y la certeza del derecho en realidad son obsequios en su pensamiento al mismo «principio de legalidad», distinguiendo entre programas o compromisos de un lado y derechos exigibles de otro. De ahí su propuesta –que sentía como deuda de lealtad a la legalidad– de transferir esas “pseudo-normas” a un preámbulo con explícita declaración de su carácter no actual sino preparatorio del futuro.

Para Calamandrei, uno de los defectos más graves de la Constitución italiana era la falta de claridad: a falta de acuerdo sustancial entre los partidos, los constituyentes se refugiaron en “fórmulas de compromiso”, en disposiciones ambiguas, en propuesta, en programas políticos generales

queda recogida en esas normas programáticas constitucionales, y queda en manos del legislador el cumplimiento de esta función. Más que una realidad, estas normas muestran el largo camino por recorrer para que la libertad e igualdad sean “reales” (vid. *ibid.*, pp. 458-459).

⁴⁶ No es de extrañar que la obra maestra de Calamandrei verse sobre la institución de la casación. La misma constituye típicamente un producto de la gran revolución liberal europea, fue y sigue siendo el símbolo del “Estado de derecho” regido por el principio de legalidad. Uno de sus objetivos fundamentales es la defensa del derecho objetivo o la protección de la ley (*función nomofiláctica*), y la unificación en la interpretación de las normas jurídicas (*función unificadora*). Estas dos funciones se combinan en la institución de la casación, vid. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, caps. III y IV del tít. I de la última parte de la obra [“La Corte de Casación como órgano regulador de la interpretación judicial del derecho objetivo (unificación de jurisprudencia)” y “La combinación de la finalidad de nomofilaquia con la finalidad de unificación jurisprudencial”].

⁴⁷ C. MORTATI, “Presentazione” a P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, vol. III, op. cit., p. XI.

⁴⁸ Vid. A. PACE, “Derechos de libertad...”, op. cit., p. 59.

que no podían ser consideradas normas jurídicas, entre ellas los derechos sociales “travestidos” de derechos del ciudadano, pero sin garantías jurídicas de aplicación efectiva. Para nuestro autor estos artículos engañosos eran una forma de sabotaje a la Constitución, una forma grave para crear desconfianza en las leyes.

Frente a ello, cabe advertir que la opción por la integración del articulado constitucional es una técnica inevitable y necesaria para el reconocimiento de tales derechos, principalmente por las fecundas interrelaciones entre las partes dogmática y orgánica y de cara a una interpretación sistemática de los textos constitucionales. Los derechos fundamentales –incluidos los sociales– incorporan el sistema de valores aceptados generalmente por los miembros de la comunidad, adquiriendo al propio tiempo la condición de normas objetivas (doctrina de la «Werttheorie»); y que según la concepción funcional-democrática, contribuyen al proceso democratizador en el sentido de que no se trata de libertades frente al Estado (concedidos a la libre disposición del ciudadano) sino “en” el Estado (en su calidad de miembro de la comunidad y en bien de un interés público).

Tampoco debe negársele toda eficacia jurídica al reconocimiento de derechos en constituciones que son verdaderas normas jurídicas, pues aunque se trate de declaraciones sin garantías jurídicas expresas, no tienen solamente un valor simbólico puesto que siempre legitiman acciones estatales y son, sin lugar a dudas, elementos significativos de interpretación.

Una formulación constitucional de los “derechos sociales” siempre muestra la perspectiva de aparición de una política de “servicios públicos”. Normalmente la efectividad de los derechos económico-sociales fundamentales implica o presupone un “«derecho de crédito»” frente al Poder Público que exige una acción positiva del mismo. Y también abren la “posibilidad” de instaurar una serie de garantías jurisdiccionales que realicen una tutela eficaz de tales derechos. Aún reconociendo que se trata de derechos debilitados en su eficacia, surgiría la «oportunidad» para una jurisprudencia progresista, esto es, la que anuda la efectividad de los derechos económico-sociales a las garantías previstas para el resto de derechos fundamentales (civiles, políticos) en tanto que precondiciones para la efectividad de los últimos. La posibilidad de iniciar un debate abierto sobre la “«judicialización»” como mecanismo de tutela de tales derechos es dificultosa, aunque sí que se han producido avances (la denominada “«fuerza expansiva»” o “«irradiación»” de tales derechos) cuando se han conectado

con los derechos constitucionales de protección más “privilegiada”⁴⁹. El propio Calamandrei indica críticamente que la distinción entre normas preceptivas y programáticas sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución, pero añade que, sin embargo, esta distinción “no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes, pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial”⁵⁰.

En su última etapa, y una vez vigente la Constitución italiana, la metodología de Calamandrei no consiste en la hermenéutica técnica de las disposiciones particulares de la misma, sino que parece más bien arrancar de la Constitución para mostrar, con un lenguaje accesible, el vacío existente entre ella y la legislación ordinaria vigente y para indicar las metas que la “revolución prometida” había asignado al legislador republicano⁵¹. En coherencia, siempre realizó una profunda e implacable protesta contra la inactuación constitucional⁵².

Si bien no pertrecha nuevos instrumentos conceptuales, quizá por afianzarse en la esperanza de una “transformación” social que instaurase un nuevo orden, el nudo de los problemas de los derechos sociales está magistralmente delineado por Calamandrei. Nuestro autor no percibió que es el Estado social de derecho el que produce instituciones propias, formas y conceptos que deben ser sustancialmente distintos a los del Estado liberal de derecho, y estas nuevas fórmulas implican, por esto, una realidad política profundamente cambiada⁵³. La configuración de las categorías jurídicas debe ser un proceso ininterrumpido, fluido y continuo como lo es la vida jurídica misma. Ciertamente, la funcionalización de instituciones iusprivadas hacia fines sociales (con la difuminación público-privado que le es inherente), las funciones “promocionales” del derecho al objeto de fo-

⁴⁹ Vid. J. VIDA SORIA, *La mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, Publications of the Austrian Human Rights Institute, Engel Verlag, vol. 3, 1991, pp. 299 y ss.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 248.

⁵¹ Cfr. “Significado costituzionale del diritto di sciopero”, en *Opere Giuridiche*, vol. III, p. 457-8; “La Costituzione e le leggi per attuarla”, *id.*, p. 514.

⁵² Vid. P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, N. Bobbio (a cura di), La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1966, especialmente el segundo volumen, “Discorsi parlamentari e politica costituzionale”; “La Costituzione si e’ mossa”, en *Opere Giuridiche*, op. cit., vol. III, pp. 665 y ss.

⁵³ A. PACE, “Derechos de libertad...”, op. cit., p. 60.

mentar determinados comportamientos individuales⁵⁴, la instauración de regímenes fiscales y de protección social inspirados en la solidaridad social y las políticas redistributivas, la propia reordenación de las estructuras y medios de actuación administrativas, etc., que conlleva el Estado “social”, son un contributo posterior propio del Estado social y democrático. Pero tienen su base en esa idea de solidaridad y justicia social tan arraigada en el pensamiento de Calamandrei como premisa para la verdadera libertad e igualdad políticas.

En concreto, uno de los rasgos característicos del Estado social es que el individuo posee unos derechos que exigen una prestación por parte del Estado, que reclaman la «interpositio legislatoris»⁵⁵. Se configura así una trama de derechos que conceden al ciudadano un «status activae sociales» o «status positivus socialis». Estos derechos fundamentales suelen cristalizarse como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación –no accionable, pero sí jurídicamente vinculante- de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal⁵⁶. Así pues, los derechos sociales requieren la predisposición de los recursos y la organización necesaria para su implementación, es decir, presuponen políticas públicas adecuadas. Pero la importancia del reconocimiento constitucional de un derecho social al menos debería sustraer su «esencia», aunque no las modalidades aplicativas, a la discrecionalidad política del legislador.

La eficacia real de los derechos fundamentales depende no sólo del nivel supralegal de su positivización, sino también del sistema de garantías

⁵⁴ En este sentido, resulta de interés la *teoría funcional* del Derecho, como respuesta a las insuficiencias explicativas de las tradicionales concepciones del Derecho (protectora y represiva), y la relevancia que se concede a la función “*promocional*” del Derecho, cfr. N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 51-60 y 367 y ss.

⁵⁵ En conexión con ello, es de especial relevancia la figura de la “*inconstitucionalidad por omisión*” entendida como la “falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” [J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 81 y 85]. Esta figura puede servir de impulso a la activación de los derechos sociales de manera directa, pues éstos normalmente se configuran en normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen en concretas obligaciones de desarrollo ulterior, ello en tanto que promueve –según el mecanismo de reacción previsto- la actividad del poder público aporta un respaldo útil e importante a la construcción de la ciudadanía social [J. TAJADURA TEJADA, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en AA.VV., J. CORCHERA ATIENZA (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, 2002, p. 457].

⁵⁶ H. P. SCHNEIDER, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *REP*, nº 7, 1979, p. 32.

jurídicas para su defensa y respeto. La positivización de los derechos fundamentales de contenido social puede tener una concreción múltiple de garantías según su forma particular de positivización, como derechos subjetivos en sentido propio, como garantías institucionales o como principios de política social o normas de finalidad. Por otra parte, no debe olvidarse que el derecho social reconocido constitucionalmente puede implicar no sólo garantías subjetivas, sino también criterios de validez de las normas y base y fundamento de medidas y de iniciativas legislativas, como programas finalísticos, que legitiman y justifican decisiones de los poderes públicos.

La diferente estructura jurídica entre los derechos fundamentales civiles y políticos y los sociales hace imposible superar esta dicotomía⁵⁷. Pero la misma puede «reducirse» precisamente a través de las «garantías de los derechos», de manera que el «gap» entre «normatividad» y efectividad del derecho social sea mínima, logrando así su máxima eficacia posible⁵⁸. De otro lado es difícil aceptar, con carácter excluyente, la distinción entre derechos de defensa (negativos) y derechos de prestación, pues lo normal es la coexistencia de ambas calificaciones en todo tipo de derechos y libertades, acentuándose, según los casos, uno y otro carácter. La diferenciación entre derechos de libertad y derechos de prestación pierde buena parte de su significado y lo normal es encontrarse con «derechos mixtos», cuyo carácter de derecho de libertad o de derecho de prestación será más o menos acentuado⁵⁹. Este ensanche podría permitir el establecimiento de toda una serie de garantías de los derechos económico-sociales que definen ese «status» básico de la persona y su dignidad en sus diferentes vertientes.

Para concluir, las dificultades jurídicas que presentan los derechos sociales —y que tan agudamente identificó Calamandrei— van a persistir: son normalmente “mandatos al legislador” o “normas de determinación de fines” o “principios rectores” antes que verdaderos derechos subjetivos

⁵⁷ Adviértase que los derechos sociales más vecinos a los civiles son los que para su aplicación requieren exclusivamente o prevalentemente actos normativos y comportamientos negativos (v. gr. el principio de no discriminación), mientras que la mayoría de los derechos sociales requieren prestaciones determinadas.

⁵⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías*, cit., pp. 24-25.

⁵⁹ V. gr. el derecho de libertad sindical requiere, de un lado, un no intervencionismo o injerencia estatal en los espacios de libertad de creación y autonomía sindicales, y por otro, una política de fomento (prestacional) del hecho sindical como factor de participación económico social de los trabajadores y como mecanismo correctivo de una situación de desigualdad socio-económica.

que no necesiten de la interposición de la ley; su justiciabilidad es mucho más frágil (aunque no siempre inexistente); y hay indudables limitaciones presupuestarias a la “socialidad” del Estado y a los derechos de prestación que se reconocen. Pero la ciencia jurídica ha realizado avances en estas cuestiones que no deben soslayarse.

3. SOBRE SU CONCEPCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

3.1. *De la dogmática a la finalidad práctica de la ciencia jurídica (verdad y justicia)*

En esta materia Calamandrei ha tenido una evolución particular en su pensamiento. El “juicio” ha sido un elemento central en su obra, adelantándose a sus coetáneos en desvelar este importante aspecto de la denominada “crisis del derecho”⁶⁰. Nuestro autor ha pasado básicamente de un posicionamiento netamente dogmático⁶¹ y silogístico del proceso⁶² en sus

⁶⁰ S. SATTÀ, “Interpretación de Calamandrei”, en *Derecho Procesal Civil*, vol. III: Soliloquios y coloquios de un jurista, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 444.

⁶¹ Calamandrei sostiene que “La importancia social, la misión humana de los juristas es precisamente (...) conseguir que las leyes, buenas o malas, sean aplicadas de un modo igual a los casos iguales, sin parcialidad, sin olvidos, sin favores. Toda la dogmática jurídica, todo el edificio de distinciones y subdistinciones de que se componen los sistema de los juristas, deben mirar esencialmente a éste: a establecer anticipadamente criterios seguros que valgan para poner en evidencia las semejanzas y las desemejanzas de los casos, y que puedan servir, cuando el caso se presente, para clasificarlo inmediatamente, sin vacilaciones y sin debilidades, en la casilla que la ley le asigna. La dogmática jurídica (...) no es otra cosa, pues, que un instrumento práctico para convertir en concreta aquella voluntad constante que las leyes enuncian por clases, aquella igualdad jurídica que las leyes pueden prometer solamente en abstracto” [“El nuevo proceso civil...”, op. cit., pp. 112-113].

⁶² Cfr. “La genesi logica della sentenza civile”, en *Revista Critica di Scienze Sociali*, Firenze, año I, n° 5, 1914, pp. 209-260 [reimp. en *Studi Giuridiche*, vol. I, op. cit., pp. 1-151]. V. gr. en “Istituzione di diritto processuale civile”, en *Opere Giuridiche*, op. cit., pp. 36-37, sostiene que en el sistema de la legalidad entre legislador y juez hay un reparto de funciones, y una “separación entre justicia y política: al juez (y más en general al jurista) no compete discutir la bondad política de las leyes; compete solamente, en cuanto juez y en cuanto jurista, observarlas y hacerlas observar” [en idéntico sentido en “El nuevo proceso civil...”, op. cit., pp. 98-99]. El influjo del principio de legalidad se refleja en su propia concepción del proceso que considera “el instrumento típico de la libertad garantizada por la legalidad: es el método racional para aplicar la ley preconstituida al hecho comprobado, en un ordenamiento en que el poder legislativo está separado del poder jurisdiccional, o sea en que la justicia está separada de la política” (P. CALAMANDREI, “Advertencia”, en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 15). En el sistema de

primeros trabajos, a la comprensión de los factores ideológicos y sociológicos (“extrapositivos”) que influyen los procedimientos de la actuación judicial del sistema normativo en un momento de mayor madurez. Cuando hablamos de esos factores que inciden en el razonamiento aplicativo del derecho, no se trata meramente de los márgenes discrecionales que permiten las normas al ser aplicadas, sino de supuestos en los que la propia textura del Derecho hace necesaria la formulación de criterios justificadores de la decisión misma, no confiados exclusivamente a operaciones de deducción lógica, sino más ampliamente, a la personalidad del juez, a su grado de sensibilización a la conciencia moral del pueblo del que forma parte⁶³.

En su pensamiento más evolucionado –aunque siempre guiado por el principio de legalidad y la separación de poderes (entre el momento de la producción normativa y el sucesivo de aplicación de la ley a las relaciones concretas)- puede apreciarse un antiformalismo propio de posguerra y una preocupación por la justicia política, advirtiendo –en el plano del Derecho procesal- que las formas que parecen garantía de justicia se han prestado tan dócilmente para hacer aparecer como respetables los más abominables exterminios, que le hacen cuestionarse si es posible “seriamente continuar teniendo fe en la ciencia que ha elaborado estos mecanismos dispuestos para servir a cualquier dueño”, recordándonos que “el proceso no puede ser un fin por si mismo”. De ahí su preocupación para que la ciencia ius-procesal sea esencialmente una ciencia útil, lo que conlleva una continua referencia a los fines prácticos a los que el proceso debe servir⁶⁴.

formulación legislativa, la diagnosis política corresponde exclusivamente al legislador, son exclusivamente ellos, los órganos legislativos, “los filtros que el ordenamiento del Estado prepara para decantar de las confusas y discordes aspiraciones del *ius condendum* la certeza positiva del *ius conditum*” (“El nuevo proceso civil...”, *ibid.*, p. 98). Para el autor, la crisis de las conciencias en torno al fundamento y a los confines del derecho se vincula directamente con “aquellas concepciones según las cuales en el campo filosófico la experiencia jurídica coincide y se identifica con la experiencia política”; esta identificación “reduce todas las leyes al concreto acto volitivo, considerado como la única realidad que existe en la vida del derecho, coloca sobre el mismo plano la actividad de quien crea el derecho y la actividad de quien lo cumple y lo aplica” (“El nuevo proceso civil...”, *ibid.*, p. 87).

⁶³ Cfr. C. MORTATI, “Presentazione” a CALAMANDREI, P.: *Opere Giuridiche*, vol. III, op. cit., p. VI.

⁶⁴ Vid. P. CALAMANDREI, “Processo e giustizia”, en *Riv. Dir. Proc.*, año V, 1950, 1ª parte, pp. 273 y ss.

Esa superación del rigorismo formalista se ha producido desde las distintas corrientes del “realismo jurídico”⁶⁵ o del “sociologismo jurídico”, y también desde las teorías de la nueva dogmática jurídica y las teorías más modernas de la argumentación jurídica⁶⁶. Un rasgo común a todas estas teorías tan heterogéneas es el rechazo de la lógica formal deductiva como modelo sobre el que desarrollar la teoría de la argumentación.

En un plano más general, Calamandrei nos enseña que “la jurisprudencia, si bien es una ciencia, debe ser una ciencia útil, esto es, preordenada a los fines prácticos de la justicia”. Por ello rehúsa de una concepción de Derecho procesal “puro”, y su divorcio del Derecho sustancial con el olvido de que el primero tiene un carácter “instrumental” respecto del segundo y la búsqueda de la justicia concreta (rechazo de la “autarquía” procesalista)⁶⁷. Desde un punto de vista equilibrado, sostiene que ello no significa un repudio de la dogmática jurídica⁶⁸, o una condena de la lógica jurídica o la renuncia al sistema (a la búsqueda de orden, armonía y unidad en las fuentes del Derecho positivo); pero sí afirma que “la ley es el «prius» y la dogmática es el «posterius», y que la dogmática, si no quiere convertirse en abstracción vacía, debe ser no sólo la búsqueda del sistema que potencialmente está comprendido en la ley, sino también método para que aquella ley se traduzca fielmente en concreta justicia”⁶⁹. Para el autor, la “lógica jurídica” es “la más valiosa auxiliar de la justicia, mientras continúe siendo un instrumento al servicio de ella; pero también su más peligrosa enemiga, cuando pretende pasar a ser su dominadora”. Por ello también defiende la necesidad de que la jurisprudencia sea sensible y abierta a las

⁶⁵ Vid. K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, Labor, Madrid, 1980; A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, reimposición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

⁶⁶ V. gr. la tópicos de T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964; *id.*: *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997; la nueva retórica de CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979; o las aportaciones más recientes de R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989.

⁶⁷ Cfr. “La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina”, en *Opere Giuridiche*, vol. I, op. cit., pp. 516-517 [versión castellana en *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pp. 117 y ss.].

⁶⁸ Sobre la dogmática orientada funcionalmente, vid. la obra de N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983, pp. 106 y ss.

⁶⁹ Como función de la dogmática Calamandrei indica los supuestos que no están contemplados como hipótesis típicas en la ley que “son recogidos y recuperados en las mallas de la dogmática que, integrando los espacios blancos de la ley, multiplica hasta el infinito sus casillas, o sea las posibilidades de aplicación” (“El nuevo proceso civil...”, op. cit., p. 104).

«exigencias humanas» del caso individual⁷⁰. Nuestro autor se sitúa así en la encrucijada del paso de la “dogmática jurídica” a una nueva “ciencia” del Derecho, donde el jurista no se limita a la descripción objetiva y axiológicamente neutra del Derecho vigente, sino que ha de reconocerse que las indeterminaciones del sistema no pueden eliminarse sin tomar partido acerca de la mayor o menor adecuación axiológica de cada una de las posibles alternativas⁷¹. La clave de la cuestión reside en la lógica propia

⁷⁰ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 229. Desde esta perspectiva, el autor considera que en la justicia angloamericana lo que cuenta es el hecho, y la justicia es tal cuando aparece adecuada al caso singular buscando la solución más que en criterios generales “en la equidad que mejor se adapta a las circunstancias concretas: más que en la lógica abstracta, en las valoraciones sociológicas de moralidad y de conveniencia económica que brotan de la costumbre de una cierta sociedad, y que en cada incidencia humana descubren un caso imprevisible e irreproducible, un *unicum* viviente, para el cual es necesaria una *lex specialis*, hecha a medida y no creada de antemano” (*ibid.*, pp. 229-230). En el sistema continental la jurisprudencia se asienta –en teoría- más sobre la ley que establece de antemano, de forma general e hipotética, la solución para decidir los variadísimos casos futuros, siendo pocos los casos en que la ley remite expresamente a la equidad del caso singular, por lo que parece que todo fuera cuestión de lógica abstracta (*ibid.*, p. 230). En los casos en que no es posible encontrar la solución en la ley, la jurisprudencia pertrecha la solución, pero –como advierte Calamandrei- en tales sistemas “este trabajo de suplemento jurisprudencial es considerado tradicionalmente por nosotros, no como obra de creación, sino como obra de interpretación: es decir, como búsqueda, en la ley general y abstracta, de algo que ya está allí por voluntad del legislador y que se trata, no de crear *ex novo*, sino de descubrir y reconocer. Nuestra jurisprudencia es esencialmente conceptual: la aplicación de la ley al caso práctico es, ante todo, interpretación de la ley, o sea, descubrimiento, dentro de la norma jurídica, que tiene por definición forma y valor de máxima (es decir, de proposición general y abstracta), de otras normas más sutiles y circunstanciadas, pero también ellas formuladas a semejanza de la norma de la cual derivan, como máximas generales y abstractas” (*ibid.*, p. 231). “La jurisprudencia, en nuestros repertorios, es alabada, no como dispensadora de justicia adecuada a las exigencias del caso individual, sino como reveladora de máximas buenas para el futuro” (*ibid.*, p. 231). Tales máximas jurisprudenciales complementan el precepto legal, y “a medida que por inercia son confirmadas por otros fallos conformes, adquieren de hecho autoridad similar a la de las leyes: vienen a ser (...) máximas *consolidadas*”. El autor critica que a veces estas máximas se aplican a supuestos que aunque formalmente entran en el mismo esquema típico, sin embargo no se fundan en las razones de equidad individual por las cuales aquella máxima había sido sugerida la primera vez. Este fenómeno de “*logicización de la equidad*” puede ser disfuncional en la medida que “una máxima, que nació para justificar las razones de equidad apropiadas a un caso determinado, se encuentra siendo aplicada en el futuro, por obsequio a la coherencia formal, a un caso en que la equidad más apropiada a él sugeriría otra solución distinta, y hasta, quizá diametralmente opuesta” (*ibid.*, pp. 236-237). Sobre los diferentes modos de formulación del derecho: del caso individual o sistema de formulación legal, cfr. P. CALAMANDREI, “Istituzione di diritto processuale civile”, en *Opere Giuridiche*, op. cit., vol. IV, pp. 34-35.

⁷¹ Vid. C. SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1996, pp. 338 y ss.

de las ciencias sociales, entre las que cabe englobar al Derecho, éstas suelen moverse en el terreno de la «lógica argumentativa» (sobre el terreno de lo más o menos razonable, lo más o menos compartible)⁷². La ciencia jurídica es una ciencia “argumental” y no demostrativa en sentido estricto. Si la lógica formal es normalmente válida para el conocimiento de las formas jurídicas puras, la «lógica de lo razonable» en problemas humanos se ajusta mejor a los procesos jurídico-técnicos. El saber jurídico siempre está vinculado a valores, no puede concebirse como un saber neutro y plenamente “objetivo”.

El objeto del Derecho es un conjunto de reglas establecidas para la solución de conflictos, pero la misma dinamicidad de los conflictos hacen que el mismo sufra procesos evolutivos. De ahí que el Derecho soporte la tensión de tener que servir a una idea de justicia (lo que implica cambio permanente) y también de seguridad jurídica (lo que implica una exigencia de estabilidad). Veamos cómo en el pensamiento de Calamandrei se resuelve esta doble exigencia.

Calamandrei expone la controversia entre la «jurisprudencia conceptual» y la «creadora», que refleja la polémica entre los dos valores fundamentales de la experiencia jurídica, la certeza y la equidad, entre el sistema de la legalidad, que puede satisfacer las exigencias de certeza, y el sistema de la justicia del caso singular, que puede satisfacer las exigencias de la equidad, pero destruye la certeza del derecho y pone en peligro, a través del arbitrio del juez, el bien supremo de la libertad⁷³. Además, manifiesta su desconfianza hacia la lógica jurídica (antiformalismo) y desvela que los juristas abusamos de la lógica al indicar que “también en el campo de la justicia hemos heredado, tal vez de la escolástica medieval, más aún que de la «aequitas» romana, la tendencia a las arquitecturas sistemáticas”⁷⁴. Para Calamandrei esta “lógica” es la legalidad, que en cierto momento constituyó su pensamiento dominante, pero que en una

⁷² Téngase presente la historicidad y contingencia de lo “razonable”, cfr. L. WITTGENSTEIN, *Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 42 c) y 43 c).

⁷³ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 232. Para Calamandrei la función de la ciencia jurídica es la de facilitar la aplicación de la norma al caso práctico, y aumentar, con sus sistematizaciones racionales, el grado de certeza del derecho, es decir, hacer más inteligible el alcance de las reglas preestablecidas por el legislador para el actuar humano y situar al individuo en condiciones de calcular anticipadamente, con previsiones cada vez más seguras, las consecuencias jurídicas de sus propias acciones (“La certeza del diritto e la responsabilità della dottrina”, en *Opere Giuridiche*, vol. I, op. cit., pp. 508-509).

⁷⁴ “La función de la jurisprudencia...”, op. cit., p. 233.

etapa más madura su “drama interior” le impulsa a soñar con otros modelos diversos del «mos italicus iura docendi», y precisamente el anglosajón, a templar la razón con la equidad, una equidad generalizada e institucionalizada, a exaltar la función creativa del juez⁷⁵.

Así pues, para nuestro autor el proceso no se concibe sino con una concepción «finalística»: “el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta, o que la sentencia injusta sea cada vez más rara”⁷⁶. Ello en íntima conexión con el propio Derecho constitucional, y sus insitos valores de respeto de la persona humana y la libertad de los ciudadanos⁷⁷. Para Calamandrei el proceso es, en primer lugar y bajo un prisma teleológico, un método de «cognición», esto es, “de conocimiento de la verdad, y de que los medios probatorios que nosotros estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para alcanzar y para fijar la verdad”⁷⁸. Especialmente en los ordenamientos donde el Derecho preexiste (formulado en leyes), el juez actúa más como un historiador (que cualifica según los criterios jurídicos consagrados en las leyes «existentes», un hecho «acaecido») que como un político⁷⁹. No obstante, aclara que su finalidad va más allá pues el fin más relevante “es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”⁸⁰. Por ello reclama una mayor atención a los “hechos” concretos y a la búsqueda de la «jus-

⁷⁵ S. SATTA, “Interpretación de Calamandrei”, op. cit., p. 452.

⁷⁶ P. CALAMANDREI, “Processo e giustizia”, op. cit.

⁷⁷ Como advierte el autor: “Todas las libertades son vanas si no pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado, él mismo, sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí, y por esto inviolable” (P. CALAMANDREI, “Proceso y justicia”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 220).

⁷⁸ Conviene precisar que en este punto Calamandrei se adhiere a la doctrina de WACH (*Vorträge*, 2ª ed., Bonn, 1986, p. 226), al considerar que las pruebas no son más que pruebas de verosimilitud. Una afirmación de *relativismo procesal* –aunque aplicable a todo juicio histórico sobre hechos– consistente en la consideración de que: “cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle la certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido”. Así pues, la “verdad formal” derivada del artificio de las pruebas legales y las reglas de distribución de la carga de la prueba o de las pruebas “libres”, conducen, en todo caso, a un *juicio de probabilidad y de verosimilitud*, no de verdad absoluta (vid. P. CALAMANDREI, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, en *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 461-492; y en *Riv. Dir. Proc.*, año X, 1955, 1ª parte, pp. 164-192).

⁷⁹ “Il giudice e lo storico”, en *Opere Giuridiche*, vol. I, p. 410.

⁸⁰ P. CALAMANDREI, “Proceso y justicia”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 215.

ticia sustancial» frente a la aplicación incondicionada de máximas jurisprudenciales previamente elaboradas⁸¹.

3.2. *La actividad aplicativa del Derecho (la vertiente creativa del juzgador)*

En la aplicación de las leyes nuestro autor ha revelado un posicionamiento moderadamente “realista” al considerar que la finalidad del proceso no es solamente la de traducir las leyes abstractas en legalidad concreta. En su pensamiento se observa un desplazamiento de la ley al juez como centro de gravedad en la concertación del orden jurídico, o más simplemente de la “justicia” en sus palabras. Ello dentro de una unidad esencial del ordenamiento, donde se reabsorbe la ley, la acción, el juicio⁸². En consecuencia, al tener el juez esa función de «viva vox legis» en el Estado moderno, considera que no puede “ser extraña al estudio del proceso la investigación a fondo de las relaciones que tienen lugar entre el juez y el legislador, entre la sentencia como «lex specialis» y la ley como sentencia hipotética”. Para Calamandrei, en el sistema jurídico de los Estados modernos, el derecho nace en dos momentos netamente separados, primero en abstracto como ley y después en concreto como sentencia aplicadora de aquélla, lo que parece hecho para garantizar la certeza y al mismo tiempo la imparcialidad del derecho. Garantía de «certeza» (seguridad jurídica) porque la ley abstracta es “un anuncio preventivo y genérico de lo que a través del juez vendrá a ser el derecho concreto del caso singular”; y de «imparcialidad», “porque el legislador cuando forma la ley obedece a criterios políticos de orden general, sin poder prever cuáles serán en concreto las personas afectadas o dañadas por la aplicación de esta ley”⁸³.

En su explicación sobre la creación de las máximas jurisprudenciales puede observarse un moderado «realismo» del autor sobre la creación del Derecho. Considera que la creación de las “máximas jurisprudenciales”

⁸¹ Reténgase que Calamandrei denunció que la tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, “parece expresamente creada para llevar a la exasperación el culto de la máxima y para prohibir al juez que se deje conmovir por las exigencias equitativas del caso concreto”; cuestionándose además si ese dispositivo “obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social”, P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 249; vid. *id.*: “Il giudice e lo storico”, *Opere Giuridiche*, vol. I, *cit.*, pp. 393 y ss.

⁸² S. SATTA, “Interpretación de Calamandrei”, op. cit., pp. 445 y 449.

⁸³ P. CALAMANDREI, “Proceso y justicia”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pp. 216-217.

tienen en su origen un procedimiento «inductivo»: “un remontarse del caso singular a un juicio que pretende ser de carácter general”. Dado que las leyes no pueden prever puntualmente todos los casos que la realidad suscita, “toda ley deja al juez un cierto margen de discrecionalidad dentro del cual él, mediante la interpretación y la aplicación, viene a ser, aun sin darse cuenta de ello, siempre que se mantenga dentro de aquellos márgenes, creador del derecho”. Calamandrei también habla de los casos en que el legislador omite la regulación de ciertas categorías de relaciones o aspectos de éstas (vacíos del sistema), dejando al juez su integración caso por caso (con ayuda de la equidad), o de los casos en que la norma jurídica está formulada en términos intencionadamente vagos y genéricos, donde el juez deberá precisar la decisión en cada momento “de conformidad con las concepciones que mejor corresponden en aquel momento a la conciencia social”⁸⁴.

Por ejemplo, en el Tribunal Supremo resulta clara su «función o finalidad constitucional», diferente de la del resto de los órganos jurisdiccionales, de «coordinación entre la función legislativa y la función judicial» y que atiende, más que a la fase de aplicación del derecho al caso concreto, a la fase de formación o de formulación del derecho a aplicar en los casos futuros. En tanto se admita que la jurisprudencia tiene una eficacia (en cierto sentido y con ciertos límites) «creadora o transformadora» del derecho, es precisamente el Tribunal Supremo “el centro de esta perpetua creación jurisprudencial, de esta dinámica del derecho que continuamente rejuvenece y adecua la ley a las siempre nuevas exigencias de la vida y de las relaciones socio-económicas”⁸⁵. De esta manera, instituido primitivamente para dar sanción a la ley por las transgresiones flagrantes que trajesen a su texto las decisiones judiciales, la misión del Tribunal Supremo “se ha ampliado poco a poco, tanto por su propia práctica, como bajo la influencia paralela de un movimiento legislativo, que apoyó indirectamente y acentuó todos sus progresos, hasta casi conferirle la dirección

⁸⁴ P. CALAMANDREI, “Istituzione di diritto processuale civile”, en *Opere Giuridiche*, vol. IV, op. cit., pp. 90-91, aunque fiel al principio de legalidad, termina reconociendo que en estos casos “al sistema de la formulación legislativa del derecho se sustituye, en los límites queridos por el legislador, el sistema de la formulación judicial: y la provisión del juez está a medio camino entre la jurisdicción y la legislación, porque, no teniendo aquéllos caracteres de generalidad y abstracción que son propios de la ley, tiene no obstante, aunque dentro de los límites restringidos del caso singular, aquella eficacia *innovadora* o *creativa* del derecho, que es típica de la ley y no del acto jurisdiccional”.

⁸⁵ P. CALAMANDREI, C. FURNO, “Cassazione civile”, *Novissimo Digesto Italiano*, Azara, A., Eula, E. (diretto da), vol. II, UTET, Torino, 1958, p. 1056.

suprema de toda la interpretación jurídica”. El Tribunal de casación se transformó en un Órgano judicial: en el Supremo Tribunal de la Nación, de modo que, decidiendo en apariencia cuál era la solución legal, en cada caso concreto establece el «Derecho real» (legal o extralegal)⁸⁶.

Desde su nacimiento histórico con la Revolución Francesa, puede indicarse que la finalidad principal del recurso de casación ha sido la del mantenimiento del respeto del llamado «ius constitutionis», es más, como se ha visto, aparece históricamente en función exclusiva del «ius constitutionis»⁸⁷. La casación cumple con la función de ir estableciendo «“doctrina legal” jurisprudencial» en la serie continuada de sentencias que resuelven casos análogos de forma análoga⁸⁸. El origen histórico de casación ante el Tribunal Supremo no es otro que la desconfianza del Poder legislativo frente a los Tribunales, de su no asegurada sumisión a lo prescrito en las normas emanadas del propio Parlamento, y consiguientemente, fijar con la casación un instrumento político que garantiza la fiel y uniforme aplicación del Derecho por parte de todos los órganos judiciales⁸⁹. Este origen estrictamente político de la casación evolucionará hacia un carácter más jurisdiccional, pero conservando en todo caso su funcionalidad de permitir la «uniformación de la doctrina legal», utilizando o “instrumentalizando” a tal fin el interés privado de los litigantes⁹⁰. En una inevitable visión «rea-

⁸⁶ Sobre esta transición de originario órgano de control constitucional sobre la actividad del poder judicial, a órgano regulador judicial de la uniformidad de la interpretación jurisprudencial, vid. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, sec. II, tít. V, cap. XXII [“El órgano de casación en su desarrollo (regulador judicial de la uniformidad de la interpretación jurisprudencial)”]; y sobre su configuración como órgano de control jurídico, tít. I, cap. I de la tercer parte de la obra [“Concepto general de la Corte de Casación como órgano de control jurídico”].

⁸⁷ Cfr. F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Positivo Privado*, con Estudio Preliminar sobre “El pensamiento científico jurídico de Gény” a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000.

⁸⁸ Incluso sin necesidad de ello, a través de la resolución de los recursos planteados a través de la modalidad de casación social para la *unificación de doctrina*.

⁸⁹ Vid. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, op. cit., Tít. V, Caps. XIX, XX y XXI; cfr. B. M. CREMADES, *El recurso en interés de ley*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969.

⁹⁰ Vid. P. CALAMANDREI, *La casación civil*, op. cit., Tít. V, Cap. XII. Repárese que en el recurso de casación el interés del particular actúa al servicio del interés público. A través del recurso de casación se ha buscado utilizar el interés individual de los litigantes como estímulo propulsor puesto al servicio del interés público, concebido como derecho de impugnación dada a la parte perdedora para hacer anular la sentencia pronunciada en la instancia. En virtud de ello, el recurrente no viene motivado por el interés teórico a la exacta interpretación de la ley, sino sólo por el interés práctico a la anulación de una sentencia que sostiene injusta, pero, al mismo tiempo esa iniciativa privada se emplea para fines públicos, aunque frecuentemente y en último término el recurrente reciba los beneficios de esa cooperación. Vid. P. CALAMANDREI, *La*

lista» de las cosas, la medida en que la infracción de la jurisprudencia aplicable al caso funda un recurso de casación (frente a las resoluciones de órganos inferiores que se apartan de la misma), es justamente la medida en que «la jurisprudencia es fuente de derecho», incorporada la interpretación en ella contenida a la norma interpretada como complemento de la misma. La admisión de este sistema de creación jurisprudencial otorga una extremada relevancia -podría decirse que «cuasinormativa»- a las resoluciones del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia se erige así claramente en una fuente del ordenamiento jurídico⁹¹. La casación tiene un «predominante matiz público», y que el designio fundamental que se persigue es, por una parte conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente; por otra, mantener la unidad en decisiones judiciales como garantía de certidumbre e igualdad para todos los que integran el cuerpo social. Es decir, como garantía de la seguridad jurídica como sinónimo de certeza en el derecho que es propio de un sistema de legalidad, traducido básicamente “en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos”⁹². La propia doctrina científica ha fundamentado tradicionalmente la unificación de doctrina con la protección del principio de seguridad jurídica. De este principio deriva pues, un mandato constitucional de que la ley establezca los instrumentos imprescindibles para asegurar la unificación de la doctrina legal, evitándose que se dicten resoluciones judiciales antitéticas en la aplicación de idéntica normativa a unos hechos sustancialmente iguales.

El autor muestra así posturas afines al realismo jurídico (y la idea de “textura abierta” del Derecho y la actividad creativa del juez)⁹³, al sostener que en el sistema de legalidad el juez no es simplemente el intérprete o la «bouche de la loi», sino que la ley “deja al juez, no sólo en la reconstrucción del hecho, sino también en la búsqueda de la relación que media entre el hecho y el precepto jurídico, un cierto ámbito de movimiento y de elección dentro del cual el juez, no sólo puede, sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia conciencia”. Consecuentemente, considera que la sentencia no surge directamente de la ley, como algo

casación civil, op. cit., Cap. VI [El interés privado al servicio del interés público como impulso para la casación (recurso en parte)]; P. CALAMANDREI, C. FURNO, “Cassazione civile”, op. cit., p. 1057.

⁹¹ Sobre la problemática distinción entre legislación y jurisdicción, vid. R. GUASTINI, “Legislación y jurisdicción en la teoría del Derecho”, en AA.VV., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 263 y ss.

⁹² Vid. A. E. PÉREZ-LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

⁹³ Vid. H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Porrúa, México, 1980.

mecánico, sino de la conciencia del juez “estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único”⁹⁴. Así pues, admite que el juez y el teórico no pueden contentarse con ser los autómatas inanimados e irresponsables del silogismo formal, sino que son a menudo los historiadores que fatigosa y conscientemente reconstruyen una situación social y cultural en continua transformación, y sobre ella realizan una actividad de la que no pueden evitar el sentirse moral y cívicamente responsables. Para Calamandrei la justicia es el resultado de una opción, que nunca es mecánica ni silogística, sino «responsable y “creativa”», la sentencia es una “«creación de la conciencia del juez»”. Así pues, elude un positivismo que oculte la actividad político-jurídica del intérprete, que también está motivado por exigencias sociales y por consideraciones sociológico-jurídicas⁹⁵.

Desvela la frecuencia con que las sentencias judiciales no son sino una justificación lógica adaptada «a posteriori» a una decisión ya tomada, a una lección ya hecha anticipadamente, por motivos sentimentales antes que lógicos⁹⁶. Por ello puede considerarse a nuestro autor como un procesalista inductor de los estudios psicológicos y sociológicos sobre la práctica forense y su incidencia en la actividad exegética y aplicativa del Derecho. Junto a la inevitable intromisión en todo juicio de inconscientes elementos sentimentales de orden individual (relativos a los grupos o “categorías” sociales en las que se inserta el individuo juzgador), se agregan “factores sentimentales de inspiración colectiva y social, que tratan de conciliar las leyes de la lógica con las exigencias irracionales de la política”⁹⁷.

Para Calamandrei la contraposición entre la legalidad y el derecho libre, concebidos como dos sistemas opuestos e inconciliables entre sí, en la práctica jurisprudencial no es absoluta ni rigurosa. Por un lado advierte críticamente que el sistema del “derecho libre”⁹⁸ en realidad no merece

⁹⁴ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 232.

⁹⁵ Vid. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 193, donde considera: “La “razón jurídica” inmanente o la regla de derecho misma, no puede ser separada del propósito práctico que se encuentra fuera de ella, ni las “consecuencias formales” pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas, en relación con los valores presupuestos”.

⁹⁶ “Crisis de la justicia”, en AA.VV., *La crisis del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 311.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 313.

⁹⁸ A comienzos del siglo pasado y como reacción radical frente a las injusticias e inconsecuencias del riguroso formalismo y legalismo de tiempos pretéritos (producidas por una me-

esta denominación sino por ironía, dado que éste es la negación de cualquier derecho y de cualquier libertad⁹⁹. Sostiene que en el derecho libre, del cual podría uno sentirse tentado a ver un ejemplo en el ordenamiento anglonorteamericano, se dice, efectivamente, que el juez crea la ley («judge made law»), pero ello no quita para que el juez esté vinculado por las leyes¹⁰⁰. Aunque no hay norma “que no consienta al juez un cierto respiro de libertad creadora: el sistema de legalidad es, no la abolición del derecho libre, sino la reducción, y podríamos decir, el «racionamiento» de él dentro de las casillas de la ley”¹⁰¹.

El autor expone que incluso en el sistema de la legalidad, la ley misma ofrece al juez los medios para no perderla nunca de vista, para mantenerse siempre en contacto con ella, aunque cambien los tiempos con más velocidad que las leyes: la interpretación evolutiva, la analogía, los principios generales, son “ventanas abiertas al mundo, por las cuales, si el juez se asoma a tiempo, puede entrar el aire oxigenado de la sociedad que se renueva”¹⁰².

3.3. La función “transformadora” de la actividad jurisdiccional

Calamandrei defendió la necesaria colaboración entre la Corte constitucional y la Corte de casación en orden a la “interpretación evolutiva” de la Constitución¹⁰³, lo que refleja el “espíritu de progreso social” del autor. Parte de la visión de que la norma suprema es de carácter dinámico y programático, dado que «se propone la transformación de una socie-

cánica y literal aplicación de los textos legales), aparece la llamada *Escuela del Derecho libre*, que consiste en un intento de alcanzar el orden y la justicia por medio de decisiones de casos concretos que el juez en cada momento adopta libremente. Ahora bien, esta absoluta libertad del intérprete plantea múltiples dificultades derivadas de la función social que cumple el mismo. Si las decisiones del juzgador están llamadas a producir consecuencias en otras personas, es justo que todas sean tratadas de igual manera ante casos semejantes. El derecho de los justiciables a la seguridad jurídica impone uniformidad en las decisiones sobre supuestos iguales y también la posibilidad de que los ciudadanos puedan conocer de antemano en la mayor medida de lo posible cuáles son los criterios de decisión que han de tenerse preferentemente en cuenta para la resolución de los conflictos.

⁹⁹ “La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina”, en *Opere Giuridiche*, vol. I, op. cit., p. 506.

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pp. 234-235.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 235.

¹⁰² *Ibid.*, p. 240.

¹⁰³ Sobre este tipo de interpretación, vid. SANTI ROMANO: *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 119 y ss.

dad», trazando al legislador un «programa de reformas sociales» que deben ser gradualmente actuadas mediante la legislación ordinaria. De ahí que la conciba como una norma «actuable y perfectible», a través de un trabajo de revisión social que dé una nueva fisonomía a la sociedad post-constitucional¹⁰⁴. Consiguientemente sostiene que el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes ha de realizarse también en términos de contraste con el “espíritu de reforma” que impregna el texto constitucional. Así pues, «relativizando la distinción entre derecho y política», indica que el derecho es un producto depurado (cristalizado) de la política (tanto en fase legislativa como judicial)¹⁰⁵ y advierte que “la interpretación histórica y evolutiva de las leyes, con que cada día la jurisprudencia judicial se hace partícipe y asesora de las nuevas exigencias colectivas”, no podría realizarse si no tuviese en sus mismas bases una valoración «lato sensu» histórico-política de esta progresiva transformación que se advierte en la realidad social antes que en las leyes. El Juez no puede ser extraño a la política e ignorar las corrientes políticas dominantes en el Estado¹⁰⁶. Ello redundaría en la reclamación a los órganos legislativos de una «exigencia de transformación social» que anima el texto constitucional (cooperación activa de la Corte constitucional en la «orientación legislativa»)¹⁰⁷. Así pues, para Calamandrei, tanto la jurisprudencia judicial como la de la Corte constitucional “deben ser las dos fuerzas propulsoras de la transformación jurídica de la sociedad”, para lo que ambas fuerzas deben actuar concurrentemente y de común acuerdo. A su juicio, también la Autoridad judicial debe juzgar directamente la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, y debe tenerlas presentes “a fin de someter a interpretación evolutiva las leyes ordinarias y vivificarlas, infundiéndoles el espíritu

¹⁰⁴ P. CALAMANDREI, “Corte constitucional y autoridad judicial”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pp. 175-176 [reimp. en *Opere Giuridiche*, cit., vol. III, pp. 651-652].

¹⁰⁵ “Processo e democrazia”, en *Opere Giuridiche*, vol. I, op. cit., p. 643.

¹⁰⁶ Cfr. “Il giudice e lo storico”, *Opere Giuridiche*, vol. I, op. cit., pp. 406-408. Para Calamandrei, también en los ordenamientos en que la producción normal del derecho es la formulación legislativa, el juez puede ser excepcionalmente llamado a realizar un trabajo de creación política, cuando la propia ley lo autoriza a decidir una controversia no según el dictado de una norma preconstituida, sino según los adaptables “criterios de conveniencia” que su sensibilidad podrá sugerirle frente a las circunstancias del caso concreto (*ibid.* p. 408).

¹⁰⁷ P. CALAMANDREI, “Corte constitucional y autoridad judicial”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pp. 179-180, actividad que equipara a las sugerencias de la jurisdicción al legislador a través de la constancia de las interpretaciones judiciales, ubicando en la Corte de Casación la estimuladora y correctora por anticipado del progreso de las leyes.

progresivo de la Constitución”¹⁰⁸. Es decir, que ambas vías se conciben por el autor como medios de realización de la Constitución «formal».

Para Calamandrei la jurisdicción tiene encomendada una «función constitucional», pues la Constitución no solamente se dirige al legislador para que a la larga transforme en leyes el programa constitucional, sino que también se dirige «directamente» a los jueces para que, “mediante las explicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias, sin aguardar la obra del legislador, el respeto a las nuevas exigencias sociales que la Constitución revela y consagra”¹⁰⁹. Para nuestro autor en la Constitución se encuentra una polémica de carácter social «no contra el pasado, sino contra el presente». Los preceptos sociales de la norma suprema sitúan en primer plano “la cuestión social en términos tales que significan la transformación de la presente sociedad y la aspiración hacia un orden nuevo”¹¹⁰. De manera valiente indica que la distinción entre normas preceptivas y programáticas sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución, pero “no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes, pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial”¹¹¹.

Calamandrei relativiza la idea de imparcialidad política del juez, pues el mismo –como ciudadano- participa de la evolución social y tiene una cierta “sensibilidad social”¹¹². Así pues, en el debate sobre los poderes del juez y la función del proceso, en realidad lo que pone en discusión es todo el sistema de legalidad, el eterno problema “de las relaciones entre la ley positiva y el derecho natural, entre Estado y sociedad... es la aspiración nunca satisfecha a la equidad social... se vuelve a poner en juego el dilema entre la certeza del derecho y el derecho libre”¹¹³. El autor legitima la actividad creativa del juez en momentos de transformación social rápida

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 181.

¹⁰⁹ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 248.

¹¹⁰ P. CALAMANDREI, “Crisis de la justicia”, en AA.VV., *La crisis del Derecho*, op. cit., p. 319.

¹¹¹ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 248.

¹¹² Considera a la jurisprudencia como el reflejo en cada período histórico de la realidad de las fuerzas sociales en contraste (P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 227).

¹¹³ P. CALAMANDREI, “Proceso y justicia”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 219.

en que el mismo “debe tener el valor de ser su precursor, su heraldo, su conductor”¹¹⁴. En su pensamiento más evolucionado critica la “estaticidad política” del sistema judicial, y en definitiva la “lógica jurídica” (identificable en la legalidad), de la que no vacila en decir que respecto de ella va adquiriendo una desconfianza que se aproxima al terror¹¹⁵.

En períodos de fractura entre el «ius conditum» y el «ius condendum» (entre la realidad y el ideal del derecho) como las derivadas de los cambios de régimen político, que Calamandrei define como períodos de crisis de la legalidad, en los que el juez se ve constreñido a aplicar leyes que ya no corresponden a la realidad social, defiende la actividad crítica del juez respecto la ley: “llevado a hacer comparación entre estos dos términos vueltos tan distantes entre sí, y a plantearse el problema de la ley justa, vacilando entre permanecer fiel a la supervivencia formal de las viejas leyes y el dejarse atraer por las seducciones de la nueva justicia que apunta: éstos son los períodos de tránsito en que la legalidad se halla en peligro”¹¹⁶. Es en estos períodos donde más claramente se revela que los juristas, aún sin quererlo, se sirven de su hermenéutica lógica para hacer política: y que “hasta sus tesis jurídicas (no obstante la ilusión de los mismos de seguir siendo puros juristas) constituyen tesis políticas”¹¹⁷. Situación en que –a juicio del autor- la judicatura puede sellar la fisura entre legalidad y equidad, una realidad a la que los jueces no pueden permanecer insensibles, que viene constituida por la separación entre la ley escrita que ha sido superada por la política y la conciencia social, que aún no ha logrado afirmarse en nuevas leyes coherentes con la misma¹¹⁸. De la misma manera, la “relatividad” de los dogmas y de los conceptos jurídicos que nos enseña supone el fruto de una concepción historicista y sociológica en la cual las doctrinas jurídicas no tienen validez “en sí”, sino en cuanto reflejen adecuadamente y consciente y responsablemente respondan en un momento dado a la evolución de las ideas, de la cultura, de las exigencias prácticas y morales del hombre y de la civilización¹¹⁹.

¹¹⁴ P. CALAMANDREI, “La función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., p. 241.

¹¹⁵ S. SATTA, “Interpretación de Calamandrei”, op. cit., p. 452.

¹¹⁶ P. CALAMANDREI, “Crisis de la justicia”, en AA.VV., *La crisis del Derecho*, op. cit., p. 315.

¹¹⁷ P. CALAMANDREI, “Crisis de la justicia”, en AA.VV., *La crisis del Derecho*, op. cit., p. 321; sobre la actividad creativa –consciente o inconsciente- de la doctrina y la judicatura, es clásico el trabajo de G. TARELLO, *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. y est. preliminar de J. L. MONEREO PÉREZ, y J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, Comares, Granada, 2002.

¹¹⁸ P. CALAMANDREI, “Crisis de la justicia”, en AA.VV., *La crisis del Derecho*, op. cit., pp. 328-329.

¹¹⁹ M. CAPPELLETTI, “Presentazione” a CALAMANDREI, P.: *Opere Giuridiche*, vol. II, op. cit., pp. IX-X.

El sistema jurídico no es un sistema cerrado, aislado del contexto cultural y social en el que se inserta. Hay una dialéctica implícita en la búsqueda de una solución convincente e instauradora de la paz judicial, porque es al mismo tiempo razonable y conforme a derecho, coloca al poder judicial en un nuevo sistema de relaciones con el poder legislativo. Pero en cualquier caso ello supone la aceptación de que el derecho no es un «datum» que nos viene dado, sino un «quaesitum» que hay que buscar. El poder judicial no está enteramente subordinado, ni simplemente opuesto al poder legislativo. Constituye un aspecto complementario e indispensable de éste, que le impone una tarea no sólo jurídica, sino también política, como es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un medio dado. Por esta razón, la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales¹²⁰.

Toda la problemática de razonamiento jurídico, y especialmente del judicial, se esfuerza por elaborar una dialéctica, en la cual la búsqueda de soluciones satisfactorias enriquece el arsenal metodológico y permite el mantenimiento de la coherencia del sistema al mismo tiempo que lo flexibiliza.

Así pues, de la conclusión jurídica no puede pedirse la total predictibilidad, ni siquiera la absoluta lógica, el mundo del Derecho reposa sobre una simple razonabilidad de las soluciones, en el sentido de que éstas sean humanamente razonables, y ahí se detiene cualquier afán de matematizar lo jurídico. Es la lógica de lo razonable, no de lo racional de tipo matemático, y encierra sólo el grado indispensable de certeza y seguridad para la vida social¹²¹.

RESUMEN

La obra de Calamandrei además de una destacada y brillante labor de pensamiento, es un elegante, nítido y agudo trabajo de literatura, y de profunda humanidad. Tras una aproximación biográfica de Calamandrei, el trabajo se centra en su Teoría sobre los derechos desde la perspectiva de la imbricación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, así como en su pensamiento sobre la problemática “constitucionalización” de los derechos sociales. Por otro

¹²⁰ Vid. CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

¹²¹ Vid. A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, CEC, Madrid, 1991.

lado, de la concepción de Calamandrei sobre la aplicación del Derecho y la función jurisdiccional, el presente estudio destaca la evolución del pensamiento del autor que pasa de una posición dogmática y silogística del proceso a una concepción finalística de verdad y justicia, así como su postura moderadamente “realista” sobre la vertiente creativa del juzgador y sobre la necesaria colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en su defensa sobre la función “transformadora” de la actividad jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: Teoría de los derechos, libertades individuales, derechos sociales, proceso, aplicación del Derecho, función jurisdiccional.

ABSTRACT

The Works of Calamandrei are not only a brilliant thinking labour but also an elegant clear and witty literature work with a profound humanity. After a biographic approximation to Calamandrei's life, this study focuses on his Theory about rights from the perspective of the imbrications between political and civil rights and social rights, and on his thinking about the problematic “constitutionalization” of the social rights. On the other hand, this article describes the evolution of the author's thinking which progresses from a dogmatic and syllogistic position of the process to a modern and realistic position about the creative role of the judge and the need of collaboration between the ordinary and constitutional jurisdiction in defence of the transforming jurisdictional activity.

KEY WORDS: Rights Theory, individual freedoms, social rights, process, application of Law, jurisdictional function.