

GARANTISMO: FUNCIONES E INSTITUCIONES  
DE GARANTÍA EN LUIGI FERRAJOLI  
*SYSTEM OF LEGAL GUARANTEES: FUNCTIONS AND  
INSTITUTIONS OF GUARANTEE IN LUIGI FERRAJOLI*

*Perfecto Andrés Ibáñez*

*Magistrado emérito del Tribunal Supremo*

RESUMEN

Este texto es un ensayo de aproximación al garantismo de Luigi Ferrajoli. Para él, los derechos fundamentales existen por su consagración constitucional, que obliga al legislador ordinario a dotarlos de las garantías imprescindibles para su efectividad práctica. Cuidar de esta, en el Estado constitucional es la función propia de las instituciones de garantía; una función históricamente descuidada, llamada en este nuevo contexto a cumplir un papel de primer orden: la gestión y la tutela del área de lo políticamente indecible, como sustraída a la discrecionalidad de la política.

PALABRAS CLAVE

Ferrajoli, Estado constitucional de derecho, garantismo, derechos y garantías, funciones de gobierno y funciones de garantía.

ABSTRACT

This text is an essay approaching the theory of the system of legal guarantees developed by Luigi Ferrajoli. According to him, fundamental rights exist because of their constitutional enshrinement, which obliges the ordinary legislator to provide them with the essential guarantees for their practical effectiveness. To guard this effectiveness is the proper function of guarantee institutions in the constitutional state. A function which has been historically neglected, and which in this new context is called to fulfil a role of the greatest importance: the management and guardianship of the area of what may not be politically decided, since it is removed from the discretion of politics.

KEYWORDS

Ferrajoli, constitutional rule of law state, system of legal guarantees, rights and guarantees, government functions versus guarantee functions.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.100>

# GARANTISMO: FUNCIONES E INSTITUCIONES DE GARANTÍA EN LUIGI FERRAJOLI

Perfecto Andrés Ibáñez  
Magistrado emérito del Tribunal Supremo

**Sumario:** 1. Garantismo: apunte sobre el origen del concepto. 2. Derechos y garantías: su constitucional forma de relación. 3. Déficit de garantías: una constante histórica y actual. 4. Derechos y garantías: un nuevo horizonte. Notas. Bibliografía.

## 1. GARANTISMO: APUNTE SOBRE EL ORIGEN DEL CONCEPTO

Guido de Ruggiero, en su espléndida *Storia del liberalismo europeo* (Ruggiero, 1962: 53 y 59), se refiere al «[...] llamado *garantismo*, es decir, a la concepción de las garantías de la libertad», como alternativa a los «[...] formales y a menudo ineficaces enunciados de su ideológica esencia». Más adelante, dirá del garantismo que es «[...] la libertad política concebida como libertad del individuo en relación con el Estado y frente al Estado»<sup>1</sup>. A pesar de que los pasajes transcritos sugieren un preexistente uso del término y de que, a juzgar por el modo de referirse a él, cabría pensar en uno incluso obvio, por conocido, lo cierto es que no puedo asegurar que hubiera tenido semejante grado de difusión. Después de haber indagado al respecto con los medios a mi alcance, lo único que me consta es que, antes de Guido de Ruggiero, la voz «garantismo», en ese caso «garantisme»<sup>2</sup>, remite a la doctrina de Charles Fourier, el socialista utópico francés que propuso la creación de unas unidades de producción y de consumo, las falanges o falansterios, basadas en una suerte de cooperativismo integral y autosuficiente, previendo en su proyecto, en la calidad de etapa intermedia en el camino hacia esa forma ideal de asociación, el «garantismo» como un sistema de seguridad social dirigido a proteger a los sujetos más débiles asegurando sus derechos básicos, comenzando por la subsistencia (Cole, 1964: 69 ss.)<sup>3</sup>.

Ya mucho más cerca de nosotros, el «garantismo» como categoría teórica y como asunto fue objeto de tratamiento en el congreso de Magistratura Democratica, la corriente de izquierda de la italiana Asociación Nacional de Magistrados<sup>4</sup>, celebrado en Rimini los días 3-7 de abril de 1977<sup>5</sup>. Allí, con esta voz se hacía referencia a la actitud asumida por el grupo, consistente en reivindicar el más riguroso respeto de las garantías constitucionales en el tratamiento jurisdiccional de la criminalidad terrorista, que en ese momento atormentaba al país. Como es tópico de todas las emergencias (y cada época tiene las suyas), frente a la representada por aquella, el Estado italiano había hecho uso del socorrido instrumento de la legalidad excepcional, bien representada por la ley n.º 152/1975, de 22 de mayo, conocida como Legge Reale, paradigmática por su reforzamiento de los poderes de la policía, con la consiguiente reducción del régimen de garantías de los derechos<sup>6</sup>. Luigi Ferrajoli (1994: 70-71) ha hablado expresivamente de «[...] una delegación en blanco en la magistratura por parte del sistema político, en la lucha contra el terrorismo» que, en efecto, se dio con traducción en la notable ampliación de los espacios de discrecionalidad de sus actuaciones, extensión de los términos de la prisión preventiva y reducción de las garantías de la defensa. Esta política legislativa fue duramente contestada por quienes, como Magistratura Democratica, veían en ella un claro signo de transformación autoritaria del Estado de Derecho legitimada por un (supuesto) estado de necesidad justificativo de la adopción de esas medidas.

Pues bien, el resurgimiento del garantismo, como ya lo había hecho en su momento la preocupación más general por los derechos y sus garantías frente al sistema penal del *Ancien Régime*, volvió a tener por escenario privilegiado el marco de una reflexión crítica sobre el sistema punitivo. Espacio institucional que es y ha sido siempre el del máximo conflicto entre autoridad y libertad, de cuyas vicisitudes, no por casualidad, brotó el estímulo que dio alimento a los esfuerzos teóricos de los que traen causa los principios centrales del Estado liberal de Derecho: el nexo entre libertad y legalidad, la separación entre legislación y jurisdicción, confirmando la clásica apreciación de Montesquieu (1972: 173) de que «[...] la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas»<sup>7</sup>.

En los mismos medios de Magistratura Democratica se acuñó el sintagma «garantismo dinámico»<sup>8</sup>, que, aunque nacido sin esa pretensión, podría dar nombre a una estrategia posterior dirigida, con toda coherencia, a extender la preocupación y el esfuerzo por el desarrollo y el aseguramiento de las garantías de los derechos más allá del campo penal. Este planteamiento sería asumido por Luigi Ferrajoli en distintas intervenciones<sup>9</sup>, para, finalmente, hacerlo también objeto de un primer tratamiento sistemático de ejemplar rigor en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995: 851 ss.). Aquí, en el punto de partida de sus consideraciones, el autor señala que el garantismo como propuesta tiene unas implicaciones teóricas de tal grado que reclaman la elaboración de una verdadera «teoría general» al respecto.

En su consideración, la garantía es una técnica de tutela normativa del derecho subjetivo, en particular de los derechos fundamentales, y el primer rasgo caracterizador del Estado constitucional de Derecho. De este hay que decir que tampoco es casual que naciera de

la victoria sobre los nazifascismos y como reacción frente a la terrible experiencia representada por ellos, en vista de que incluso el poder propio de la democracia representativa, librado a su propia dinámica política, puede envilecerse e incluso enloquecer.

Así las cosas, y siempre en el pensamiento de nuestro autor (seguido en lo que a continuación se expone), el garantismo como planteamiento responde a una bien fundada idea pesimista del poder, a la evidencia de que este, aun en democracia, para evitar su degradación autoritaria e incluso eventualmente criminal<sup>10</sup>, necesita frenos<sup>11</sup> que, en última instancia, han de ser de Derecho. Porque, ciertamente, no hay poder bueno *per se*, de modo que la única bondad de sus proyecciones posibles que cabría esperar será la que resulte del correcto funcionamiento de un adecuado régimen de garantías, esto es, de límites y vínculos de carácter finalmente jurídicos.

Dado el punto de partida de estas consideraciones, la aludida expansión del paradigma garantista más allá del campo penal debería considerarse algo *natural* por razón de la materia. Y es que su propia lógica demanda la extensión del régimen de garantías a todos los derechos subjetivos, que, en cuanto «[...] expectativas positivas de realización de prestaciones o expectativas negativas de omisión de lesiones» (Ferrajoli, 2011b: 605), precisan de ellas como condición de su efectividad, con particular intensidad los derechos sociales, dado su carácter prestacional. Y con mayor fuerza todavía, los propios del ordenamiento internacional, dada la debilidad, o más bien la carencia, de su proyección más allá de la proclamación normativa.

## 2. DERECHOS Y GARANTÍAS: SU CONSTITUCIONAL FORMA DE RELACIÓN

La idea de garantía, como bien se sabe y se ha anticipado, nació, históricamente, no podría haber sido de otro modo, en el campo del Derecho privado para la tutela de los derechos patrimoniales, esencialmente el de propiedad, derecho por antonomasia (con una particular carga simbólica en su modalidad feudal, donde aparece dotado directamente de los más relevantes atributos de carácter jurídico-político).

Es una singularidad de aquellos que, en su caso, la garantía surge con el derecho mismo. En efecto, pues el contrato, su fuente, lo hace realidad, pero también, simultáneamente, dando existencia a la obligación que es su garantía primaria. Así, desde el primer momento, el derecho patrimonial emerge asociado al derecho de acción ejercitable para su defensa frente a su eventual vulneración.

Aquí se impone llamar la atención sobre un elemento central en el pensamiento de Ferrajoli en la materia (2023: 143 ss.). Es el que se concreta en la denuncia del carácter esencialmente ambiguo de los derechos patrimoniales, que, a diferencia de los de libertad, junto a su condición de derechos universales y fundamentales, tienen también la de «poderes económicos privados»<sup>12</sup>. Esto hace que su *terreno de juego*, el mercado, no sea el espacio de libertad ideológicamente predicado como tal por el pensamiento liberal —y, más aún,

por el neoliberal, en la actual apoteosis del anarcocapitalismo global—, sino un espacio de poder. De este modo, entiendo, podría afirmarse que la supuestamente benéfica ley de la oferta y la demanda, sin eficaces reglas de Derecho que la modulen, está llamada a operar, como ha evidenciado una abrumadora experiencia secular, como desalmada ley del más fuerte. Y la famosa «mano invisible» como una *mano al cuello* de los desfavorecidos.

Por tanto, esa relevante dimensión de los derechos patrimoniales, que hace de su ejercicio un factor de riesgo para los más, que mantienen con sus titulares una relación asimétrica, de inferioridad, demanda, al igual que frente a los poderes públicos, la predisposición de los imprescindibles dispositivos y mecanismos jurídicos de tutela.

De este modo, podría decirse que Ferrajoli ha desvelado, sacándola a la luz, la cara oculta de tales derechos. Y es que, como explica el autor, mientras los considerados fundamentales son universales, inalienables e indisponibles y constituyen la base de la igualdad jurídica, los de naturaleza patrimonial son singulares, alienables y disponibles, que es por lo que constituyen las desigualdades económicas y jurídicas.

En consecuencia, la misma exigencia que llevó a la configuración del Estado como un Estado de Derecho tendría que incidir en el mercado en idéntico sentido. Única forma de evitar que los poderes que tienen a este como escenario —en virtud de su inveterada tendencia a «acumularse y concentrarse en formas absolutas» en ausencia de reglas— sigan siendo lo que han sido hasta ahora y hoy más que nunca: «poderes salvajes» (Ferrajoli, 2011: 24).

Este modo de adjetivar carece de precedentes en la literatura jurídico-política, pero no puede ser más pertinente. Desde luego, en el plano lexicográfico, ya que —se lee en el diccionario— tratándose de animales, es la manera de denotar a los no domesticados y, en el caso de los pueblos o sujetos, a los ajenos a la civilización. Pero también o, sobre todo, a tenor de lo que se sabe de las derivas del poder cuando no encuentra límites que, como se ha dicho, en última instancia, en ausencia o por el fallo de los propios de la política (demostradamente tan maleables), solo pueden ser de Derecho. Esta consideración resulta mucho más pertinente si se piensa en esa forma avasalladora de poder que es el hoy detenido, en el marco de la economía globalizada, por las grandes corporaciones, convertidas, de hecho, en auténticos *leviatanes* deslocalizados, omnipresentes y oscuros, con acreditada capacidad de imponer sus intereses no ya a las ciudadanías sobre las que se proyectan, sino también a los mismos Estados nacionales. Ningún caso más expresivo al respecto que el de los *lobbies* de los fabricantes de armamento, en el caso del americano, con su demostrada aptitud para incidir, condicionándola, la política interior e incluso la exterior del país, hasta el extremo, si no de provocar, sí de alimentar guerras.

Es característica esencial de los derechos fundamentales que, siendo normas en sí mismos, operan como tales, además, desde el vértice de la pirámide kelseniana. Pero ocurre que su garantía depende de la existencia de otras de inferior rango, cuya emanación corre a cargo del legislador ordinario. Esta dependencia de las vicisitudes prácticas de los derechos de la contribución del legislador ordinario ha llevado a numerosos autores a reducir, intuitivamente, en ellos, existencia normativa a efectividad. A considerar que, allí donde los

constitucionalmente proclamados no tuvieran asegurada a sus titulares la concreta posibilidad de disfrute y, en su caso, de eficaz reacción frente a las violaciones, el déficit experimentado no sería solo de protección, sino, por así decir, también ontológico, con afectación, pues, a su existencia misma como tales derechos. Donde no hubiera garantía institucional faltaría el derecho en sentido propio, degradado, pues, a la condición de mero *flatus vocis*.

Tal es el punto de vista de un autor tan significativo como Kelsen, para quien —es el precio que paga por su concepción del derecho «basada en la centralidad de la sanción» (Ferrajoli, 2011b: 863)— «[...] tener un derecho subjetivo significa [...] tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja» (Kelsen, 1994: 142-143). Y, todavía con más contundencia, Zolo (1994: 33), que sostiene que «[...] un derecho formalmente reconocido, pero no *justiciable* —es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos— es, *tout court*, un derecho inexistente».

Esta concepción forma parte de un cierto sentido común de cultura jurídica en general, pero sobre todo en relación con los derechos proclamados en las cartas internacionales y, más recientemente con los derechos sociales, desde que fueran proclamados en las constituciones de última generación. En estos casos, ese tópico jurídico traduce otro de un cierto realismo ingenuo o de sentido común ordinario que priva de valor a las *palabras* e impone atenderse a los *hechos*.

El planteamiento tiene una inteligente proyección en la obra de Häberle (1993: 203). Para él, la exigencia de que «[...] el hombre (no solo el ciudadano) debe ser tutelado de forma óptima frente a las amenazas para su libertad, conduce necesariamente, en las actuales condiciones, a los “derechos fundamentales como garantías procesales”». Y al resultado de que «[...] la afirmación y la tutela procesal de un derecho fundamental pertenecen a su “esencia” [que es por lo que] la idea de una efectiva tutela jurídica procesal se ha añadido al “contenido esencial” del derecho fundamental».

La propuesta es sugestiva y, en apariencia, coherente con la relevancia de la garantía jurisdiccional de los derechos en el vigente constitucionalismo. Según esta idea, la incorporación del momento de tutela a la estructura del Derecho le confiere, con la calidad de verdadera condición *sine qua non* de la propia existencia de este, una dignidad sustancial.

Pero en ese punto de vista, bajo la apariencia de una valorización de aquella, late un engaño. En efecto, pues lo que *gana* en relevancia el papel de la garantía (*a condición* de que el legislador ordinario hubiera decidido establecerla), lo *pierde*, paradójicamente, el derecho mismo, que, aun enunciado constitucionalmente, será débil en su existencia normativa donde aquella sea débil, e incluso inexistente, allí donde no concurra. Es lo que le hace decir a Ferrajoli (1999: 59) que «[...] si confundimos derechos y garantías resultan descalificadas, en el plano jurídico, las que son las más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de garantías adecuadas, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes».

Ferrajoli (2011b: 864) sitúa el fundamento en la propia naturaleza del orden jurídico. En los sistemas normativos nomoestáticos como la moral, la existencia del derecho implica la de la correlativa obligación por simple deducción racional; los sistemas nomodinámicos, como el orden jurídico-positivo, en cambio, se realizan de manera diacrónica; en ellos, cada norma debe ser concretamente *producida*, de tal manera que la proclamación constitucional del derecho *lo constituye* normativamente, lo dota *ya* de existencia como tal derecho.

En efecto, en los ordenamientos de constitución rígida, la enunciación normativa del derecho fundamental es un acto creativo del legislador constituyente que, con ello —tomando esa existencia como punto de partida—, genera, en el ordinario el deber de proveerlo de la garantía correspondiente. Así, en caso de que este lo incumpla, no comprometerá la *existencia* del derecho como tal, blindada por efecto de su propia naturaleza, sino que, como explica Ferrajoli, dará lugar a una laguna. Por tanto, en ordenamientos como los nuestros, el establecimiento de la garantía no queda —*no podría quedar*— librado al gracioso arbitrio del legislador, al ser su configuración legislativa un deber jurídico-positivo constitucionalmente impuesto.

En el planteamiento cuestionado por Ferrajoli, la consagración constitucional del derecho fundamental, en defecto de justiciabilidad, carecería de toda relevancia. Es más, de ser la existencia del derecho fundamental lo que realmente se juega en el establecimiento de la garantía, la falta de previsión de esta produciría un efecto *deconstituyente* de aquel y cerraría el paso a toda posibilidad de protección efectiva. En efecto, en presencia de un derecho constitucional normativamente previsto, aun cuando no eficientemente garantizado, el juez tendría base jurídica para, por vía interpretativa, hacerle producir algún efecto en favor de su titular. Pero donde, por el defecto de la garantía, *no existiera*, ese mismo juez carecería de toda razón jurídica para sentirse interpelado por él.

Así, resulta que lo que deparará al derecho fundamental constitucionalmente consagrado y *normativamente existente* como tal es la aludida —y depresiva— condición de *flatus vocis*: no es la ausencia de la garantía, sino *la banalización doctrinal* del papel creativo del poder y del acto constituyente, que, en el planteamiento que se cuestiona, darían con una mano aquello de lo que, a continuación, privarían con la otra.

### 3. DÉFICIT DE GARANTÍAS: UNA CONSTANTE HISTÓRICA Y ACTUAL

En materia de derechos, en particular de los hoy considerados fundamentales, hay una constante histórica y actual que es la falta de previsión de garantías eficaces, en especial, en el caso del ordenamiento internacional, pero también en una infinidad de ordenamientos nacionales; y el defecto de un correcto funcionamiento de las legalmente previstas, incluso en el caso de los ordenamientos más avanzados. Por eso, a tenor de las consecuencias, no resulta difícil de entender tanto la deriva teórica que se ha examinado como la objetiva relevancia del asunto.

Pues bien, las transformaciones producidas en la geografía institucional del actual Estado de Derecho han llevado a Ferrajoli a proponer una nueva lectura de la tesis de Montesquieu adaptada a las actuales circunstancias y con capacidad de incidir sobre ellas, trayendo a primer plano la necesidad de crear los presupuestos institucionales de la imprescindible garantía de los derechos fundamentales. En esta línea, ha propuesto convertir la histórica tripartición de poderes en una bipartición de funciones e instituciones. Por una parte, las funciones «de gobierno»: legislativas, gubernativas y administrativas debido a que, estrechamente conectadas, tienen la misma fuente de legitimidad (la representación política), a que su papel es de este carácter y se ejerce con un amplio margen de discrecionalidad, y a que operan en la que nuestro autor ha caracterizado como la esfera de lo (políticamente) decidible<sup>13</sup>. Por otra, las funciones «de garantía», que se resuelven en la aplicación de la constitución y de la ley a los supuestos previstos por una y otra, luego de haberlos identificado como tales, y que tienen a su cargo la tutela de la esfera de lo no decidible<sup>14</sup>, es decir, de la efectividad de los derechos fundamentales en los términos constitucionalmente previstos. En concreto, el respeto de las prohibiciones dirigidas a asegurar los derechos de libertad y de autonomía y el cumplimiento de las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales.

Las funciones de garantía deben estar netamente separadas de las de gobierno tanto por razón de sus distintas fuentes de legitimación como por la propia naturaleza de su cometido, al que enseguida se aludirá. Y a tenor del carácter de aquella, serán también primarias o secundarias.

Como explica Ferrajoli (2022: 385), las garantías de los derechos fundamentales de cuya prestación se trata pueden ser «primarias», que consisten en «deberes positivos absolutos, es decir, *erga omnes*, a cargo de la esfera pública»; y «secundarias», consistentes en «los remedios previstos para sus violaciones». Así pues, aquellas imponen obligaciones de prestación y prohibiciones de lesión derivadas de la existencia del derecho en beneficio de su titular. Estas tienen carácter subsidiario porque operan solo en el supuesto de crisis de las primarias, motivada por un acto u omisión inválidos o por una acción ilícita del obligado u obligados. Y son obligaciones impuestas a un sujeto, en este caso institucional, que deberá actuar a instancia del perjudicado para el restablecimiento de su derecho mediante una decisión de anulación o de condena.

Las funciones de garantía primaria son las consistentes en dar satisfacción a los derechos fundamentales, asegurando el cumplimiento de las expectativas de sus titulares, tanto las positivas o de prestación (en el caso de los derechos sociales) como las negativas o de no lesión (en el caso de los derechos de libertad y de autonomía). Y están a cargo de las instituciones administrativas de garantía primaria, encargadas de procurarla, en el estricto cumplimiento de la legalidad, previa verificación de la concurrencia, en cada caso, de los presupuestos normativos a los que aquellas se encuentren condicionadas.

La función de garantía secundaria es, esencialmente, la jurisdiccional, cuyo ejercicio consiste en reaccionar desde la legalidad frente a los eventuales incumplimientos de esta, en concreto, de la obligación de prestar las garantías primarias de los derechos fundamentales, susceptibles de producirse mediante la realización de actos inválidos o de actos ilícitos. La

institución de garantía competente al efecto es, pues, el poder judicial, cuya función se resuelve en el ejercicio de una actividad cognoscitiva, de enjuiciamiento, a fin de constatar, en su caso, la efectiva producción de esa clase de acciones, disponiendo la anulación o la condena con declaración y atribución de las correspondientes responsabilidades, todo ello en aplicación de las normas violadas.

Salvo en el caso de los derechos patrimoniales, histórica y actualmente bien garantizados, los derechos fundamentales, los sociales en particular, han padecido y padecen un esencial déficit de tutela. En el Estado constitucional de Derecho, en los países (pocos) en los que, en época todavía reciente, este alcanzó un razonable grado de desarrollo, los derechos de libertad conocieron un estimable nivel de vigencia y los derechos sociales un grado de efectividad nunca del todo satisfactorio, pero hasta entonces incluso impensable. Esto, allí donde se produjo, hoy comienza a ser historia, debido al desmantelamiento en curso de lo que hubo de Estado social y al avance del mercado global, libre de las *ataduras* de la política y del Derecho, donde los derechos, los prestacionales en particular, solo pueden naufragar.

#### 4. DERECHOS Y GARANTÍAS: UN NUEVO HORIZONTE

Si hay algún término del lenguaje jurídico actual esencialmente asociado al nombre y la obra de Luigi Ferrajoli es el del «garantía» y, consecuentemente, por lógica derivación, también el de «garantismo».

Y, es obvio, por sabido y que resulta de lo expuesto, que esta observación va mucho más allá de lo filológico. En efecto, pues da cuenta del compromiso teórico-práctico de nuestro autor con el imperativo que —como escribiera en *Derecho y razón* (1995: 696)— brota, para el jurista consecuente, del ordenamiento de un Estado de Derecho dotado de una constitución rígida, llamándole a ser un «reformador de profesión» esforzado en promover la progresiva adecuación del ser efectivo al deber ser normativo del Derecho. Esto es algo tan cierto que, creo, cabe afirmar con total fundamento que él es quien ha puesto, por vez primera y con el imprescindible rigor, a la garantía en el lugar que lógica y jurídico-constitucionalmente le corresponde en *la economía* o, quizá mejor, en la *vida práctica* de los derechos, tratándose, como se trata, de hacer que realmente la tengan.

Además, lo ha llevado a cabo de la única manera posible: desbordando los límites convencionales de la habitual demarcación académica de las disciplinas jurídicas y los geográficos propios del Estado nacional, que han sido también los de la habitual consideración de aquellos y los de su siempre más que escasa proyección práctica.

En su proyecto de una Constitución de la Tierra, Ferrajoli traslada su propuesta teórica de tratamiento y desarrollo de los derechos, a fin de dotarlos de la imprescindible efectividad, a la escala que corresponde a su innata pretensión de universalidad. Esta, hoy, reclama la existencia de una democracia cosmopolita y, ahora, no solo por una cuestión de principio, sino también por el hecho dramático de que la suerte de los derechos de todos, de la

propia humanidad, se está jugando realmente a escala planetaria, como consecuencia de las prácticas desalmadas de unos poderes políticos y económicos que operan en este ámbito al margen de cualquier tipo de reglas.

Enfrentarse a ellos con eficacia, a fin de reconducir sus actuaciones a un marco de Derecho, requiere un perfeccionamiento del orden jurídico internacional y una nueva institucionalidad, de los que hay una propuesta detallada en la propuesta de una Constitución de la tierra, que *il Nostro* ha querido someter a un debate abierto. En este punto, opta por la modalidad federal de articulación (Ferrajoli, 2023: 240). Se trataría, escribe, de poner en pie una «federación de la Tierra», réplica de «la “federación de los pueblos” augurada por Kant», en la que «las funciones de gobierno» serían «de competencia de los Estados federados o de autónomas instituciones políticas infraestatales»; y «las funciones de garantía y las correspondientes instituciones de garantía [...] deberían ser creadas a escala global» (Ferrajoli, 2022: 72). Lo primero, explica, porque legitimadas por el principio de representación, es importante que las competencias correspondientes permanezcan lo más posible<sup>15</sup> bajo la responsabilidad de los Estados, dada la imprescindible existencia de cierta relación de proximidad entre gobernantes y gobernados, que no se daría en un macrogobierno mundial. En cuanto a las segundas, tanto las funciones administrativas de garantía primaria como las jurisdiccionales de garantía secundaria, que se resuelven en la aplicación de la ley a los supuestos normativamente previstos, requieren un estatuto de auténtica independencia en sus aplicadores tanto en el marco de los Estados federados como en el de la federación. En fin, las relaciones entre las instituciones de garantía de uno y otro nivel se regirán por el principio de subsidiariedad, de tal manera que las de la federación se activarán cuando las instituciones de ámbito estatal o infraestatal carezcan de medios suficientes para hacer frente a sus responsabilidades (*ibid.*: 92).

En este punto, tanto porque se trata de la más profunda exigencia del modelo y el sistema proyectados como por el imperativo ineludible de salir al encuentro de las más dramáticas necesidades reales, se impone, con la máxima urgencia, la imprescindible puesta a punto de una esfera pública de Derecho a la altura de las relaciones de poder, tan desequilibradas, que se trata de regular. De estas forman parte, con un macroscópico protagonismo, lo que nuestro autor ha teorizado como «crímenes de sistema» (Ferrajoli, 2023: 436 ss.; y 2022: 38 ss.) para denotar las violaciones masivas de derechos fundamentales consagrados como tales en los textos constitucionales nacionales e internacionales, que no son ciertamente fenómenos naturales, pero que, por sus dinámicas comisivas y por su morfología, no tienen encaje en la categoría de delito propia de los códigos penales —y tampoco existe, siquiera, la posibilidad de hacerlos objeto de una denuncia eficaz desde alguna sede institucional autorizada—. Es el caso de las devastaciones del medio ambiente, de los desplazamientos de enteras poblaciones motivados por estas catástrofes, de los millones de muertos debidos a la falta de alimentos y de fármacos esenciales y a las guerras y las amenazas para la paz que hoy hacen invivible la vida de tantísimos miles seres humanos...

La obra que motiva estas reflexiones, como en su momento lo fue la de los *philosophes* y los juristas ilustrados, es una angustiada llamada, profundamente cargada de razón y de sentido, a la responsabilidad de la cultura jurídica, al compromiso de sus profesionales con

los valores capaces de informar y promover la sola alternativa posible, en una oportunidad que podría ser también la última. En efecto, pues, como dice bien Ferrajoli, su advertencia es todo menos utópica, ya que lo que hoy ha pasado a serlo realmente es la idea de que la actual situación del mundo pueda perdurar en sus enloquecidas y disparatadas constantes.

## NOTAS

1. El traductor al castellano, C.G. Posada, hablará de «régimen de garantías» (1944: lxxix).
2. El vocablo está presente en el título del libro de Alhaiza (1894) dedicado a la obra de Fourier.
3. La referencia al «garantismo» se encuentra en la p. 77.
4. Vale la pena señalar que esta toma de posición de Magistratura Democrática se produjo en el contexto de una significativa transformación cultural de la judicatura del país. En efecto, pues reunida, en 1965, en su congreso celebrado en la ciudad de Gardone, la Asociación Nacional —reclamando del juez una clara conciencia «[...] del alcance político-constitucional de la propia función de garantía, para asegurar, dentro de los inviolables confines de la subordinación a la ley, una aplicación de la norma conforme a las finalidades fundamentales queridas por la Constitución»— identificaba como deberes del juez: «[...] 1) aplicar directamente las normas constitucionales, cuando sea técnicamente posible; 2) remitir a examen por la Corte Constitucional, incluso de oficio, las leyes que, en el momento interpretativo, no se presten a ser reconducidas al dictado constitucional; 3) interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que son los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal» (El texto completo puede verse en (Pizzoruso, 1974: 31, nota 47). Vale la pena señalar que este acuerdo congresual provocó una airada reacción de la alta magistratura, empeñada —en clara sintonía con la Democracia Cristiana en sus dos legislaturas— en mantener «inactuado» el texto fundamental de 1948 —*vid.* Calamandrei (2013). Hasta el punto de que este sector de los jueces abandonó la Asociación Nacional, organizándose al margen.
5. Las actas congresuales están recogidas en Magistratura Democrática (1978).
6. Como denunció Salvatore Senese (1978: 42), esta ley comportaba «[...] un desplazamiento de poder de la magistratura a la policía. Muchas de las medidas introducidas o propuestas [por ella] se m[ovían] en esta dirección, siguiendo la lógica impuesta por la legislación excepcional, no solo del todo improductiva de efectos positivos, sino grávida de posteriores estímulos criminógenos».
7. Para una excelente exposición sistemática del pensamiento de Montesquieu en la materia, *vid.* Ippolito (2018).
8. Palombarini (2000: 141) sitúa en el citado Congreso de Rímini su entrada en la escena, atribuyendo su paternidad a Salvatore Senese. Este, en efecto, hizo uso de la fórmula en Senese (1978: 707).
9. *Vid.*, en particular, Ferrajoli (1988: 107-108).
10. La experiencia de años recientes ha puesto de relieve con abrumadora claridad hasta qué punto esto es cierto, como lo demuestra la nutridísima fenomenología delictiva con sujetos públicos como protagonistas que se ha desbordado sobre nuestros países. Con la particularidad de que el número de los procesos abiertos es solamente indicativo de la realidad de un fenómeno de proporciones sensiblemente mayores, pues, según se sabe bien, en este campo de la delincuencia, por una diversidad de razones, la «cifra oscura» es ciertamente importante.

11. «La misma virtud necesita límites», escribiría expresivamente Montesquieu (1972: 150).
12. «Estos derechos [los de autonomía civil], puesto que su ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros además de en la propia, son derechos-poder». Que «[...] están en la base de la democracia económica, del mismo modo que los derechos de autonomía política están en la base de la democracia política» Y, «precisamente por eso, son derechos potestativos, es decir, poderes y no libertades, que deben someterse a vínculos y controles jurídicos» (Ferrajoli, 2023: 332-333).
13. La propia de la producción de las decisiones legislativas y de gobierno y del ejercicio de la autonomía privada, que se desarrolla especialmente en el mercado, mediante decisiones de carácter privado. Una esfera limitada por la de *lo indecidible*, a la que a continuación se hará referencia.
14. Según Ferrajoli (2011c: 22), la «*esfera de lo indecidible*» es «[...] la esfera de lo “*indecidible que*”, es decir, de lo que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos individuales* que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos o reducirlos; y la esfera de lo “*indecidible que no*”, es decir, de lo que no está permitido (o es obligatorio) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos sociales* que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos». Este planteamiento del autor ha dado lugar a que, en más de un caso, se le haya reprochado lo que sería una cuestionable limitación del campo de intervención de la política y una injustificada desconfianza en la democracia. Una objeción que, a mi juicio, no podía ser más carente de fundamento, si se tiene en cuenta que el escenario que a aquella *le deja* nuestro autor va desde lo jurídicamente indiferente hasta el Código Penal, en el que, por cierto, y bien lamentablemente, no ha dudado en precipitarse infinidad de veces en estos años.
15. Lo más posible porque en el proyecto, obviamente, la propia federación deberá contar con algunos órganos propios, encargados de desempeñar las «funciones globales de gobierno» (*vid.* art. 64 y siguientes del proyecto).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALHAIZA, Jean Adolphe (1894): *Historique de l'école sociétaire fondée par Charles Fourier suivi d'un résumé de la doctrine fouriériste et du sommaire du garantisme*, Elucidé par Hippolyte Destrem, París: La Renovation.
- CALAMANDREI, Piero (2013): *La constitución inactuada*, estudio preliminar y traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Tecnos.
- COLE, George Douglas Howard (<sup>3</sup>1964): *Historia del pensamiento socialista. I Los precursores 1789-1750*, traducción de R. Landa, México: Fondo de Cultura Económica.
- DE RUGGIERO, Guido (1962): *Historia del liberalismo europeo*, Prefacio de E. Garin, Milán: Feltrinelli, traducción de C.G. Posada, Madrid: Ediciones Pegaso.
- FERRAJOLI, Luigi (1988): «Garantismo e valori della giurisdizione», en *Magistratura Democratica, Trasformazioni sociali e ruolo della magistratura. Democrazia e cultura della giurisdizione*, edición de G. Palombarini, introducción de S. Rodotà, Rimini: Maggioli.
- (1994): «Per una storia delle idee di Magistratura Democratica», en Nello Rossi (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milán: Franco Angeli.
- (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo pena*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, prólogo de N. Bobbio, Madrid: Trotta.
- (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.

- (2011a): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
  - (2011b): *Principia iuris. 1. Teoría del derecho*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
  - (2011c): *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
  - (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
  - (2023): *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- HÄBERLE, Peter (1993): *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, traducción it. de P. Ridola, Roma: La Nuova Italia Scientifica.
- IPPOLITO, Dario (2018): *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- KELSEN, Hans (1994): *Teoría general de las normas*, traducción de H. C. Delory, revisada por J. F. Arriola, México: Trilla.
- MAGISTRATURA DEMOCRATICA (1978): *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Prefacio de S. Rodotà, introducción de S. Senese, Milán. Feltrinelli.
- MONTESQUIEU (1972): *Del espíritu de las leyes*, traducción de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Madrid: Tecnos.
- PALOMBARINI, Giovanni (2000): *Giudici a sinistra*, introducción de Mario Isnenghi, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PIZZORUSSO, Alessandro (ed.) (1974): *L'ordinamento giudiziario*, Bologna: Il Mulino.
- SENESE, Salvatore (1978): «Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia», Relazione al congreso di Magistratura Democratica del Segretario, *Quale giustizia*, 47-48, 699 y ss.
- ZOLO, Danilo (1994): «La strategia della cittadinanza», en Íd., *La cittadinanza. Apartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari: Laterza.

**Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.**

**Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.**