

para luigi ferrajoli

DARIO IPPOLITO
FABRIZIO MASTROMARTINO
GIORGIO PINO
LUIS PRIETO SANCHÍS
TECLA MAZZARESE
TAMAR PITCH
GIOVANNI FIANDACA
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
RICCARDO GUASTINI
MANUEL ATIENZA
MARINA GASCÓN ABELLÁN

EDITORIAL TROTTA

Para Luigi Ferrajoli

Para Luigi Ferrajoli

Dario Ippolito
Fabrizio Mastromartino
Giorgio Pino
Luis Prieto Sanchís
Tecla Mazzaresé
Tamar Pitch
Giovanni Fiandaca
Perfecto Andrés Ibáñez
Riccardo Guastini
Manuel Atienza
Marina Gascón Abellán

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2021
<http://www.trotta.es>

© Los autores, sus colaboraciones, 2021

© Los traductores, sus traducciones, 2021

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN (EPUB): 978-84-1364-049-5
Depósito Legal: M-24990-2021

CONTENIDO

Introducción. Una filosofía del derecho para el estado constitucional: Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino y Giorgio Pino

El constitucionalismo en la teoría del derecho de Ferrajoli: *Luis Prieto Sanchís*

Derechos y bienes comunes o fundamentales. Un binomio de referencia para una respuesta sistémica a los desafíos de la era global: *Tecla Mazzaresse*

Teoría y sociología del derecho: en diálogo con Luigi Ferrajoli: *Tamar Pitch*

Luigi Ferrajoli y el derecho penal: *Giovanni Fiandaca*

Luigi Ferrajoli: derechos fundamentales, jurisdicción y democracia constitucional. Una mirada desde el mundo de habla hispana: *Perfecto Andrés Ibáñez*

Garantismo y teoría pura confrontadas: *Riccardo Guastini*

Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli: *Dario Ippolito*

Positivismo jurídico, transformación social y no objetivismo moral. La concepción de Luigi Ferrajoli: *Manuel Atienza*

La teoría general del garantismo: rasgos principales: *Marina Gascón Abellán*

Procedencia de los textos

Introducción

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO
PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL*

*Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino y Giorgio Pino***

Ciertamente, Luigi Ferrajoli no necesita presentaciones. Su fama tiene una dimensión planetaria, que le ha llevado a coleccionar doctorados *honoris causa* por el mundo, que ya se cuentan por decenas. Sus obras han sido traducidas en numerosas lenguas y han alimentado encendidos debates —de nuevo, en todo el mundo—, algunos recogidos en volúmenes que, a su vez, se han convertido en importantes referencias para los estudios de filosofía del derecho. El pensamiento de Luigi Ferrajoli ha influido en la formación de varias generaciones de estudiosos de filosofía del derecho, filosofía política, derecho penal y derecho constitucional.

Pero Luigi Ferrajoli no es *solo* un filósofo del derecho. O mejor: su peculiar modo de ser filósofo del derecho lo ha llevado a salir de los recintos de la academia, y a hacer oír su voz bastante más allá de los debates entre estudiosos. En primer lugar, Ferrajoli ha mantenido siempre un estrecho diálogo con el mundo de la magistratura, especialmente la penal¹, sin escatimar críticas a las que siempre ha considerado degeneraciones de la función jurisdiccional: de la espectacularización de las actuaciones judiciales a la caída en formas de populismo por parte de algunos sectores de la magistratura, de peligrosas fusiones de magistratura y política a perniciosas desviaciones de la estricta sujeción a la ley, que para Ferrajoli es la única fuente de legitimación del juez. En segundo lugar, Ferrajoli no ha dejado nunca de alzar su voz sobre cuestiones de actualidad política, en particular

cuando afectan a la tutela de los derechos fundamentales y al respeto de la igualdad y de la dignidad humana, o a los fundamentos estructurales del estado constitucional.

En las páginas que siguen, se ofrece al lector una brevísima panorámica de algunos temas generales y recurrentes en la obra de Luigi Ferrajoli.

1. *La filosofía del derecho*

Gran parte de la producción filosófico-jurídica de Luigi Ferrajoli está animada por un proyecto, tan ambicioso como riguroso, que él ha perseguido incansablemente: construir una teoría del derecho y de la democracia para el estado constitucional, un ordenamiento jurídico dotado de constitución rígida que codifica un catálogo de derechos y principios fundamentales (PiI y PiII; Ferrajoli 2014; 2016).

La constitución rígida (rígida, supraordenada a la ley ordinaria, y que positiviza un elenco de derechos y principios fundamentales) es para Ferrajoli la gran novedad del siglo XX, que ha determinado un profundo cambio de paradigma en la forma de estado: del estado «legislativo» del siglo XIX y de la primera mitad del siglo pasado, al estado constitucional, caracterizado por el advenimiento de la legalidad «en sentido fuerte» o legalidad constitucional. El nuevo paradigma del estado constitucional determina a su vez, según Ferrajoli, un necesario replanteamiento del («viejo») positivismo jurídico, en gran parte plasmado sobre el molde del estado legislativo decimonónico, y el tránsito a un nuevo positivismo («garantista», «constitucionalista»); y determina también, según Ferrajoli, un nuevo modo de concebir la democracia: la democracia constitucional, que se articula en una dimensión formal y en una sustancial. Además, en la obra de Ferrajoli no solo hay una relación bastante estrecha entre la constitución y, por un lado, el positivismo jurídico y, por otro, la democracia: hay además una estrecha relación también entre el positivismo jurídico y la democracia.

Por consiguiente, la filosofía del derecho de Ferrajoli se mueve constantemente por una doble vía: una propuesta *política*, a veces de amplio espectro, en ocasiones muy detallada; y una construcción *teórico-jurídica*, que prosigue y al mismo tiempo renueva la tradición más noble del positivismo jurídico (Hans Kelsen y Norberto Bobbio son los maestros con los que Ferrajoli mantiene un continuo diálogo crítico), y está destinada a constituir la espina dorsal de la propuesta política. En efecto, pues, según Ferrajoli, el cometido de la filosofía y de la teoría del derecho no es en modo alguno «neutro» con respecto a su objeto (el estado constitucional): los discursos de la filosofía y de la teoría del derecho tienen, para él, una relevante dimensión «pragmática», contribuyen a construir su referente (es decir, en último término, el derecho)².

Así pues, como salta a la vista, Ferrajoli es por supuesto, y declaradamente, un positivista; pero al mismo tiempo un profundo y resuelto innovador de la tradición filosófico-jurídica positivista.

En efecto, por un lado, Ferrajoli reivindica con orgullo la persistente superioridad epistemológica y también «política» de la filosofía del derecho positivista respecto de las alternativas históricamente propuestas, en primer lugar, frente al iusnaturalismo y sucesivamente —como veremos enseguida— al neoconstitucionalismo. Con este fin, Ferrajoli reconoce como principal mérito del positivismo la circunstancia de que ha acompañado y estimulado un proceso de secularización y laicización del derecho (la distinción entre delito y pecado; *auctoritas, non veritas, facit legem*); además, el positivismo jurídico ha hecho posible concebir el derecho como una construcción enteramente artificial, desmitificando así la presunta majestad del derecho y subrayando la primacía del «punto de vista externo» (el punto de vista de la justicia) sobre el «punto de vista interno» (la fidelidad al ordenamiento jurídico, la obligación de obediencia al derecho [Ferrajoli 2014: 35, 100-102]); y, además, según Ferrajoli, el positivismo jurídico también ha hecho posible la democratización de los ordenamientos jurídicos modernos (*ibid.*: 30, 32-35).

Pero, por otro lado, Ferrajoli ha llevado adelante un importante programa de renovación del aparato teórico positivista: una renovación dirigida a adecuar el positivismo a la nueva realidad jurídica representada por el estado constitucional. La renovación propuesta por Ferrajoli ha consistido, sobre todo, en dos innovaciones principales en relación con la tradición positivista: en una sofisticada articulación del concepto de validez jurídica, que Ferrajoli ha desdoblado en validez «formal» y validez «sustancial» (articulación requerida porque, en el estado constitucional, las condiciones de validez de la ley no pueden limitarse al hecho de que esta haya sido producida siguiendo los procedimientos previstos, sino que deben incluir también la coherencia con las normas constitucionales en el plano de los contenidos); y una radical puesta en discusión del ideal positivista de la «objetividad», «neutralidad», «carácter descriptivo» de la ciencia jurídica. En efecto, para Ferrajoli, en el estado constitucional es del todo fisiológica la presencia del derecho ilegítimo (derecho inválido desde un punto de vista formal y más aún desde un punto de vista sustancial) y la ciencia jurídica, al tomar conciencia de ello, no puede dejar de constatar la violación de las pertinentes (y superiores) normas constitucionales; la consecuencia es que en el estado constitucional la ciencia jurídica no puede ser exclusivamente descriptiva, porque la «descripción» del derecho ilegítimo deberá ser al mismo tiempo una denuncia de la violación de las normas jerárquicamente superiores.

Lo que de aquí resulta es un positivismo «constitucionalista», o «garantista», que Ferrajoli contrapone al constitucionalismo «principialista», o neoconstitucionalismo, imputado a autores muy en boga en el debate jurídico internacional, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Gustavo Zagrebelsky. El constitucionalismo «principialista» se basa, según Ferrajoli, en la idea de que los derechos fundamentales no son verdaderas y propias normas jurídicas («reglas»), sino valores o principios morales, estructuralmente diversos de las reglas en cuanto dotados de una

normatividad más débil, destinados a ser indefinidamente «ponderados», sopesados, en sede legislativa y judicial. En otras palabras, según Ferrajoli, se trata de una posición criptoiusnaturalista que, además de exhumar la infausta tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, debilita la normatividad de las constituciones contemporáneas, confiándolas a dudosas operaciones de ponderación —es decir, en efecto, de inaplicación— legislativa o judicial.

En cambio, el constitucionalismo garantista defendido por Ferrajoli es una posición puramente positivista, y este afirma su neta superioridad sobre la construcción rival (el constitucionalismo principialista), tanto desde el punto de vista de la mayor capacidad explicativa del primero con respecto al segundo (por ejemplo, los principialistas ven principios y ponderación por todas partes, mientras que el papel de los principios y de la ponderación estaría, en realidad, mucho más circunscrito), desde luego, desde el punto de vista «normativo», porque solo el constitucionalismo garantista estaría en condiciones de preservar la normatividad de la constitución, mientras que los principialistas favorecerían, en definitiva, su vaciamiento.

Pero hay otro nivel, en cierto sentido, aún más profundo, en el que Ferrajoli reivindica su adhesión al positivismo jurídico, y es el relativo a la tesis de la separación entre derecho y moral. Como se sabe, esta tesis tiene un estatuto un poco problemático, y en cierto sentido casi misterioso. En efecto, pues, por un lado, es (casi) unánimemente considerada como la marca de fábrica del positivismo jurídico, una de las dos tesis de necesaria suscripción para ganarse el acceso al prestigioso club del positivismo jurídico (siendo la otra la tesis de la identidad entre «derecho» y «derecho positivo»). Pero, por otra parte, no hay un amplio acuerdo acerca de lo que esta tesis pueda significar, pues de ella existen versiones bastante diferentes, defendidas en ocasiones por positivistas de diversa extracción (excepción hecha, obviamente, de las versiones más caricaturescas, que ningún positivista ha soñado nunca defender)³.

Ahora bien, para Ferrajoli la tesis de la separación entre derecho y moral significa esencialmente que la validez de una norma jurídica no es función de su justicia, y viceversa: que una cosa es la validez y otra el valor moral de una norma jurídica⁴. Para Ferrajoli esta tesis no resulta de ningún modo desmentida por el hecho de que los estados constitucionales contemporáneos codifican un amplio catálogo de derechos fundamentales y de principios morales. También en el estado constitucional, una norma dotada de validez sustancial (es decir, que no contradiga la constitución), no es justa solo por esto. Por lo demás, tampoco los principios constitucionales son necesariamente justos (Ferrajoli pone a menudo el ejemplo del derecho a portar armas, garantizado por la Constitución estadounidense). En consecuencia, si el derecho no es nunca (ni siquiera en el estado constitucional) necesariamente justo, si el derecho no está dotado (ni siquiera en el estado constitucional) de un intrínseco valor moral, entonces no hay (ni siquiera en el estado constitucional) un intrínseco deber de obediencia al derecho.

Todavía más. Para Ferrajoli, como para la mejor tradición positivista, la tesis de la separación de derecho y moral se resuelve en la defensa de una suerte de actitud laica, desencantada del derecho. Se trata de la idea siguiente: el derecho, en cuanto derecho positivo, no tiene nada de misterioso ni de sagrado; es un producto humano, una «específica técnica social» (Kelsen), un instrumento de organización social producido por quien tiene el poder de imponerlo dentro de la sociedad. En consecuencia, el derecho no solo es algo moralmente falible, como todo lo que hacen los seres humanos, sino que es también algo sobre lo que siempre hemos de mantener nuestro escrutinio moral (Hart): el punto de vista jurídico no debe confundirse nunca con el punto de vista moral. Parafraseando a Norberto Bobbio, podemos llamar a esto un «antilegalismo ético», es decir, la inversión de ese positivismo «ideológico» que, como es sabido, para Bobbio (como también para Alf Ross) representa en realidad una variante del iusnaturalismo⁵.

Es, según se ha visto, en este sentido en el que Ferrajoli reivindica la superioridad del punto de vista externo sobre el punto de vista interno, reafirma la autonomía de Antígona, «portadora del punto de vista moral y político irreductiblemente externo, crítico y proyectivo en relación con el derecho vigente» (Ferrajoli 2014: 35-36). Basta además una rápida ojeada a la ilimitada producción de Ferrajoli, por ejemplo, la relativa al ámbito penal, para darse cuenta de que nada es más ajeno a su pensamiento que una actitud de acrítica deferencia hacia el derecho positivo, o la idea de que el derecho positivo tenga un intrínseco valor moral.

En pocas palabras: el positivismo jurídico en su mejor versión.

2. *La filosofía política y la teoría de la democracia*

En cuanto teoría general del derecho, el garantismo se caracteriza, pues, por ser un «positivismo crítico». Es el propio Ferrajoli quien así lo ha representado, contestando el «positivismo dogmático» de quien predica la validez del derecho vigente o asimila las nociones de existencia y efectividad de las normas (Ferrajoli 2018: 871). Sin embargo, la ampliación del horizonte teórico del positivismo es solo una de las perspectivas desde las que puede contemplarse el edificio del garantismo. Las geometrías complejas de su diseño arquitectónico se apoyan en pilares de una sólida filosofía política y convergen en una original teoría de la democracia.

En más de medio siglo de actividad intelectual y de militancia civil, ciertamente, las ideas, las aspiraciones y las posiciones políticas de Ferrajoli no han permanecido inmutables; pero los fundamentos filosóficos de su reflexión sobre la *civitas* son reconocibles del primero al último (mañana ya penúltimo) de sus escritos. Liberalismo, igualitarismo, laicidad del derecho y de la moral se unen y se corroboran en la oposición a toda forma de organicismo político y de estatalismo ético; en la desmitificación de las retóricas de legitimación naturalista o religiosa de las instituciones y del poder; en la repulsa de

las doctrinas que hipostatizan el cuerpo político y que celebran al estado como fin: como ente superior respecto de sus fines, intereses y valores, el ordenamiento jurídico es instrumental y los sujetos del ordenamiento son subordinados⁶.

Bajo el prisma filosófico-político, el garantismo recupera y renueva la concepción contractualista del estado, liberándola de los escombros metafísicos del iusnaturalismo y declinándola en clave utilitarista. Se trata, conviene señalarlo, de una recuperación y de una renovación maduras en plena independencia con respecto a los más influyentes replanteamientos de tales doctrinas producidos en el siglo pasado: ninguna deuda con el neocontractualismo de Rawls, ningún ligamen con el utilitarismo de Harrod o de Brandt. Es con los grandes teóricos del racionalismo político y del pensamiento jurídico ilustrado con los que Ferrajoli gusta confrontarse: con el «pensamiento constituyente» (Ferrajoli 2013: 537) de Hobbes y de Locke, de Montesquieu, de Beccaria y de Bentham. Las citas y los reenvíos a sus obras se cuentan por decenas en *Derecho y razón* y en *Principia iuris*. Pero sería un error de planteamiento considerarlos reductivamente como fuentes de su garantismo. La relación de Ferrajoli con los clásicos es mucho más fecunda, porque vivifica su pensamiento contaminándolo con el suyo propio.

Antes aún de ser reinterpretada como «gran metáfora de la democracia» (DR 882-883) y como paradigma ideal del constitucionalismo⁷, la doctrina del contrato social es valorada como arquetipo de las concepciones heteropoyéticas del estado, que condicionan la legitimidad de las instituciones políticas y de las normas jurídicas a las expectativas de los individuos reunidos en sociedad. Si el estado es un ente artificial, si es el producto de la acción humana (el fruto de una alianza entre voluntad y razón), entonces, el centro gravitacional del universo político no es él sino la sociedad de los individuos. Así, a la naturalización de la *polis*, a la teología de la *potestas*, a la representación holística de la *communitas perfecta*, subyace el reconocimiento de la primacía axiológica del ser humano.

El garantismo hace fructificar la herencia de esta «revolución copernicana» (Bobbio 1990: 56) de la modernidad, perfilándose como doctrina del estado-instrumento: precisamente, como doctrina de la fundación externa del estado sobre las necesidades y los intereses primarios de las personas (DR 883-886).

De la valorización de la persona como fin y de la finalización del artificio político a la tutela de sus artífices, se deriva la doctrina ilustrada-liberal del estado de derecho. Que, en una primera aproximación, el garantismo sea encuadrable dentro de este linaje filosófico, resulta del hecho de compartir otros tres postulados doctrinales: *a*) la idea de que el poder político, si bien es necesario para la pacífica convivencia, está peligrosamente inclinado a exorbitancias despóticas (con independencia de quien lo ejerza); *b*) la inversión en el derecho positivo como instrumento de organización, regulación y limitación del poder; *c*) la tesis de que el reconocimiento jurídico de la centralidad de la persona en el consorcio civil exige la tutela de sus necesidades e intereses fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos sustraídos al arbitrio potestativo. A partir de estos presupuestos, Ferrajoli limpia la fórmula del «estado de derecho» de los equívocos semánticos y de las incrustaciones tradicionales, comprometiéndose en la teorización de un modelo político-institucional caracterizado por la «funcionalización de todos los poderes del estado a la garantía de los *derechos fundamentales*, a través de la incorporación limitativa de los deberes públicos correspondientes en la constitución» (DR 856-857).

El garantismo, en cuanto doctrina del estado de derecho, tematiza el cambio de paradigma jurídico-político generado en la configuración del ordenamiento jurídico, por la transición del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho: dos modelos de organización política unidos por el ideal regulativo del «gobierno de la ley», pero bastante distintos en el modo y en el grado de tutela de los sujetos, así como en la concepción de los poderes públicos (cf. Ferrajoli 2002: 349-386).

En la reconstrucción ideal-típica de Ferrajoli, la génesis del estado legislativo coincide con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. Sobre esta base, es derecho todo y solo el conjunto de las normas producidas por los órganos competentes de conformidad con las normas sobre su producción. El estado adquiere así el monopolio de la producción jurídica, poniendo fin a la época del derecho jurisprudencial, caracterizada por la centralidad de la doctrina y de la jurisdicción como fuentes del derecho y por la prevalencia de un criterio de individualización de las normas jurídicas de tipo sustancialista, informado en la concepción ético-cognoscitivista para la que *veritas, non auctoritas, facit legem*. Aunque tal principio iusnaturalista pueda aparecer intuitivamente más justo y más racional que el postulado positivista *auctoritas, non veritas, facit legem*, solamente este último, o sea, el principio de legalidad en la base del estado de derecho, está en condiciones de asegurar, junto con la soberanía de la ley, esa precondition de la libertad y de la igualdad que es la certeza del derecho. En cambio, el criterio de la intrínseca justicia tiende a resolverse (como muestra la experiencia jurídica premoderna) en el caos normativo y en el arbitrio potestativo, al no ser el *ius* deducible de la *iustitia*, ni esta predicable de *veritas*: radical es la desconfianza de Ferrajoli en las (siempre vivas) pretensiones sapienciales del derecho jurisprudencial.

Sin embargo, el estado legislativo no constituye la completa institucionalización del paradigma normativo del estado de derecho, en el que el ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos el fin de salvaguardar los derechos subjetivos. Su falta de plenitud con respecto a un similar modelo estatal consiste en el hecho de que el carácter meramente formal del principio de legalidad no vincula a la ley a ningún fin determinado y no circunscribe de manera alguna su radio de intervención. La ley, que condiciona los actos jurídicos subordinados a ella (sujetando a los poderes jurisdiccionales, administrativos, ejecutivos y negociales de los que aquellos actos son

ejercicio), carece de condicionamientos: por consiguiente, el poder del que ella emana es un poder absoluto, de cuya discrecional voluntad imperativa va a depender la existencia y la tutela de los derechos subjetivos. Por tanto, el estado legislativo de derecho puede definirse como un estado legal más que estado de derecho en sentido estricto, en cuanto formaliza un sistema de gobierno *per leges*, pero no *sub lege* (cf. DR 855-857).

La sujeción de todos los poderes al derecho (incluida la potestad legislativa) se cumple solo con el paso al estado constitucional de derecho, caracterizado por el ordenamiento jurídico de constitución rígida. La rigidez y la superioridad jerárquica de las normas constitucionales, aseguradas por la institución de un control jurisdiccional de constitucionalidad, condicionan la ley a la coherencia con los significados de las normas de grado supraordenado, introduciendo un principio de legalidad sustancial que integra el principio de legalidad procedimental relativo a las competencias y a las formas de la producción legislativa. Esta doble dimensión de la legalidad, subraya Ferrajoli, crea una disociación entre existencia y validez de las normas legales, haciendo que esta última dependa no solo, como la primera (con lo que en el estado legal coincidía), de la observancia de las normas formales sobre la creación del derecho, sino también de la adecuación de los contenidos normativos de las leyes a los contenidos normativos de la constitución. Así, la existencia de normas jurídicas supraordenadas al derecho legislativo reconduce *sub lege* también los actos de ejercicio del poder legislativo, condicionando su validez al respeto de los derechos subjetivos positivizados en el vértice del ordenamiento.

Ferrajoli evidencia, analiza y valoriza las repercusiones estructurales en el plano de la forma de gobierno democrática fruto de este cambio en la forma del estado, producto de la juridización de la *summa potestas* y de la constitucionalización de un catálogo de derechos fundamentales. En virtud de este nuevo orden jurídico, la democracia deja de identificarse con la sola dimensión política del sufragio

universal, de la representación y del principio de mayoría, es decir, con las modalidades, los procedimientos y los sujetos de las decisiones, y adquiere una dimensión sustancial relativa al contenido de lo que puede, no puede o no puede no ser decidido. De este modo, al incorporar los principios del estado de derecho a través de la normatividad de la constitución, el ordenamiento democrático viene a configurarse como democracia constitucional.

Dando un vistazo a la producción ensayística de Ferrajoli, se advierte fácilmente que el problema de la democracia ha estado siempre en el centro de su reflexión: de los años sesenta, cuando polemizaba con Norberto Bobbio sobre la realidad efectiva de la democracia representativa y reflexionaba con Danilo Zolo sobre la estructura económica de la democracia autoritaria (cf. Ferrajoli, en Ferrajoli y Zolo 1980), hasta nuestros días, cuando se dispone a sacar a la luz una comprometida teoría general del garantismo constitucional, titulada *La construcción de la democracia****. Por lo demás, la continuidad de intereses y programas de investigación es un rasgo característico de la actividad intelectual de Ferrajoli: en 1963, a los veintitrés años, publicó su ensayo «Sulla possibilità di una teoria del diritto como scienza rigorosa» (Ferrajoli 1963); después de más de cuarenta años, llevaría a cabo su ambiciosísimo proyecto de axiomatización del discurso teórico con la aparición de *Principia iuris*. Obviamente, este dato de continuidad tiene relación con los problemas afrontados a lo largo de esos decenios, no con las soluciones que ha ido proponiendo. Del mismo modo que han cambiado el léxico, las categorías y las articulaciones de la teoría del derecho, así han cambiado también las coordenadas de su reflexión sobre la democracia.

Confrontando los documentos más significativos de aquella reflexión con sus aportaciones más recientes, los cambios resultan ser muy notables. Distantes quedan los juicios sobre la relación entre democracia y economía de mercado, entre democracia y estado social, entre democracia y representación política. Profundamente

transfigurado resulta el par conceptual pueblo/soberanía popular. Distinta es la concepción del poder jurisdiccional. En síntesis, en los años setenta, Ferrajoli piensa la democracia como lugar de igualdad y libertad, con la óptica revolucionaria del socialismo, afirmando su absoluta incompatibilidad con el orden capitalista: la democracia existente no es democracia⁸. Sus flamígeros escritos de la época son encuadrables en aquella polifónica tradición del pensamiento democrático que Giovanni Sartori denomina «normativismo de oposición» (Sartori 1995: 33): definen el ideal de la democracia por oposición a la democracia real.

Difícilmente encuadrable en las clasificaciones canónicas es, en cambio, la originalísima teoría de la democracia constitucional que Ferrajoli comenzó a elaborar en los años ochenta, delineada en *Derecho y razón*, que sistematiza en *Principia iuris* y desarrolla, refina y actualiza en todas las obras sucesivas (entre otras, Ferrajoli 2011c y Ferrajoli 2014). Es una teoría jurídica de la democracia que mira a reflejar, elucidar y poner en ejecución el paradigma normativo inmanente a los ordenamientos democrático-constitucionales edificados en Europa occidental en la segunda posguerra. Compartiendo en lo sustancial las tesis ético-políticas que tienen en ellos expresión institucional, Ferrajoli replantea la soberanía popular en el horizonte del orden constitucional, reelabora en sentido garantista la separación de poderes, propugna una refundación de la representación política en el marco de una reconfiguración de la democracia como sistema sinérgico de derechos políticos, civiles, sociales y de libertad. Colocados en el vértice de la jerarquía de las fuentes por las normas constitucionales de las que son el significado, tales derechos fundamentales componen una red de límites y vínculos al poder e imponen la puesta a punto de garantías que aseguren su efectividad.

Desde esta perspectiva, el garantismo se presenta como una teoría de la democracia constitucional que, tomando los derechos en serio, pone en el centro de la reflexión jurídica y de la proyección política el

tema de las garantías; es decir, de las técnicas normativas funcionales a la tutela de las inmunidades, las facultades, las expectativas y los poderes que las normas constitucionales atribuyen a todos, en cuanto personas o ciudadanos.

En tal sentido, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo (Ferrajoli 2018: 25).

3. *La teoría de la igualdad*

En el ámbito de una filosofía del derecho informada en el mejor positivismo jurídico, como es el dirigido a dar cuenta de la estructura de nuestras democracias constitucionales, Luigi Ferrajoli ha elaborado una influyente teoría de los valores centrada en el principio de igualdad. Recientemente, le ha dedicado un afortunado volumen — *Manifiesto por la igualdad* (Ferrajoli 2019a)⁹— que es el resultado de una empresa intelectual de al menos treinta años de duración.

En el comienzo del volumen se lee que «el principio de igualdad es el principio político del que, directa o indirectamente, pueden derivarse todos los demás principios y valores políticos» (Ferrajoli 2019a: 9), tan articulado es su significado y tantas son sus dimensiones e implicaciones conceptuales. Es quizá el libro más político de la obra de Ferrajoli: la propuesta política es radical, incluso revolucionaria, tan rupturista es la transformación social que el principio de igualdad puede suscitar. Pero, por otra parte, la igualdad —valor político *par excellence*— es calificada de «principio de razón» (Ferrajoli 2019a: 10). Y como tal es tratado por Ferrajoli, que lo hace objeto de un finísimo análisis conceptual y de una precisa argumentación sin concesiones a la retórica y que se despliega sobre las seguras vías de la lógica: lo que hace de la teoría de la igualdad de Ferrajoli el enésimo ejemplo de una filosofía declaradamente militante pero siempre conducida bajo la enseña del rigor del discurso.

En el libro, Ferrajoli retoma, pero desarrollando completamente sus implicaciones, la redefinición del principio normativo de igualdad —

formulada en otras obras¹⁰ — que algunos, con razón, consideran ya «clásica» (Zanetti 2018: 18). Como se sabe, él distingue dos significados prescriptivos del principio: de un lado, la igualdad es el principio normativo que prescribe la igual valorización de las diferencias de identidad, a realizarse a través de la garantía de los derechos de libertad; del otro, es el principio normativo que prescribe la reducción de las disparidades económicas, a realizar a través de la garantía de los derechos sociales¹¹. En estos dos significados prescriptivos consisten las «dos igualdades», como las ha llamado Ferrajoli en su *Manifiesto* (Ferrajoli 2019a: 18): la igualdad «liberal», que dicta el igual reconocimiento de los derechos de libertad, prohibiendo las injustas discriminaciones de las diversas identidades personales valorizando así su singular especificidad; y la igualdad «social», que dispone el reconocimiento de los derechos sociales, ordenando la reducción de aquellas disparidades que pueden impedir de hecho el libre desarrollo de la persona según el propio plan de vida.

Así como el *garantismo democrático* de Ferrajoli no es una doctrina filosófico-política del buen gobierno o de la óptima república, sino una teoría jurídica de la democracia, su teoría de la igualdad no es (ni quiere serlo en la intención de autor) una doctrina de la justicia. Es, en cambio, una construcción teórico-jurídica desarrollada a partir de una redefinición de la igualdad que —como precisa Ferrajoli— «refleja enteramente la noción de igualdad formulada por el artículo 3 de la Constitución italiana» y que, por esta razón, aspira a ser explicativa de la dimensión sustancial de nuestras democracias constitucionales (Ferrajoli 2019b: 262).

De aquí resulta una absoluta centralidad de la igualdad, convertida en piedra angular de todo el edificio constitucional. Por lo demás, no es casual que el principio normativo de igualdad, así redefinido, vaya a coincidir sustancialmente, en el léxico de Ferrajoli, con la noción de dignidad de la persona: los derechos por cuyo cauce se realiza la igualdad liberal —los derechos de libertad, los derechos civiles y los derechos políticos— «son —escribe Ferrajoli— todos derechos al

respeto y al reconocimiento de la dignidad de todas las *diferencias de identidad*, cualesquiera que sean»; los derechos a través de los que se realiza la igualdad social —los derechos sociales— a su vez «son todos derechos dirigidos a reducir las *desigualdades económicas y sociales* que ‘impiden el pleno desarrollo de la persona humana’ y por eso comprometen su dignidad» (Ferrajoli 2019b: 264).

Puesto que todos los derechos (fundamentales), del mismo modo que todos los valores políticos que constituyen su presupuesto, se hacen descender de un único principio normativo que constituye su fundamento, se ha reprochado a la teoría de la igualdad de Ferrajoli estar informada por un «monismo ético» (Barberis 2018: 534) que acabaría por sacrificar otros valores (presuntamente concurrentes), en especial la libertad (Pintore 2019: 248). Pero Ferrajoli, obviamente, de la igualdad sin libertad —como es, por ejemplo, la situación en la que se es igual en la condición de esclavo¹²— no sabe nada. El arsenal conceptual que pone a nuestra disposición está enteramente dirigido a afirmar, con precisión analítica, una antropología igualitaria que fomenta una «lucha por la igualdad» dirigida «a sus determinaciones en los derechos» (Ferrara 2013: 297): en los derechos sociales *así como* en los derechos de libertad. Es la antropología universalista proclamada solo de palabra en las grandes revoluciones atlánticas de nuestra modernidad jurídica y que, con las constituciones de la segunda posguerra y las cartas internacionales de derechos, se ha convertido en el pilar central de las actuales democracias pluralistas: una antropología de la igualdad que identifica el elemento común a todos los seres humanos en la dignidad, moral y social, de la persona. Y precisamente esta «primacía de la *persona como valor*» (DR 905) está en la base de nuestra gramática de la igualdad, compendiada en uno de los pasajes más célebres de la obra de Ferrajoli, la idea por la que todos los seres humanos son iguales en sus «diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás» (Ferrajoli 2009 [2020, por la que se cita]: 182).

Además, el hecho de que Ferrajoli atribuya mayor alcance normativo a la dimensión liberal de la igualdad que a la social, no es en absoluto irrelevante. Mientras la primera impone que se reconozca igual valor a *todas* las diferencias que forman la identidad de cada uno (cuyo desarrollo es tanto más auténtico cuanto más *libre*), la segunda impone que se asocie desvalor a *algunas* desigualdades, en las condiciones materiales y sociales, para eliminarlas, reducir las, o, al menos, compensarlas a través de la garantía de los derechos sociales, que significativamente Raymond Aron llamó «libertades sociales» en cuanto «condiciones necesarias para el ejercicio» de las libertades (Aron 2015: 39-40): instrumentos esenciales para la «liberación de la libertad» —ha escrito Étienne Balibar— para su plena realización en el desarrollo de la personalidad de cada uno (Balibar 2010: 71-72). Esta asimetría entre los dos significados prescriptivos en que se descompone el principio de igualdad (Barberis 2018: 534-535) sirve para desmentir la vocación totalizadora que, según los críticos, pretendería tener la teoría de Ferrajoli. Ya en *Derecho y razón* escribía: «En efecto, no todas las desigualdades jurídicas [...] son intolerables. Lo son solamente aquellas que *obstaculizan* la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas; y la identificación del límite, cualitativo y cuantitativo, más allá del cual son por eso intolerables es una de las cuestiones más difíciles de la filosofía jurídica y política»¹³.

Si bien es cierto que «la igualdad es más el nombre de un problema que el de una solución» (Zanetti 2018: 5) —precisamente el nombre que la modernidad jurídica ha dado al problema de la justicia—, tomar en serio la igualdad, como hace Ferrajoli, puede ser una solución para muchos problemas. Reafirmar hoy su centralidad es algo bien distinto de un expediente retórico. Al contrario, significa orientar hacia una seria política de la igualdad el proyecto de sociedad prefigurado por el texto constitucional, partiendo de nuevo de su fundamental lugar de origen.

La propuesta por Luigi Ferrajoli es una operación cultural más urgente que nunca ante la crisis que aflige al principio de igualdad,