

fundamental es centrar adecuadamente un tema tradicionalmente desenfocado, situando el sistema registral como eje del proceso transmisivo de la propiedad y demás derechos reales.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan, y ATIENZA, Manuel, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 216 págs.

por
IGNACIO TORRES MURO

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, auspiciada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, viene realizando una importante labor en la organización de debates sobre temas jurídicos, en los que han intervenido primeros espadas de la ciencia y la práctica del Derecho a nivel mundial. Completa esta dedicación, en los últimos tiempos, publicando los resultados de dichos encuentros (por ejemplo, el libro de Robert ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007).

El volumen del que nos vamos a ocupar aquí es producto de una de esas sesiones, la que estuvo centrada en la obra de L. FERRAJOLI, uno de los juristas italianos más interesantes de los últimos tiempos, y que goza de una gran influencia en España, como lo demuestra la frecuente traducción de sus obras y la publicación de trabajos sobre el mismo. Estamos precisamente a la espera de que su último esfuerzo editorial de carácter enciclopédico (nos referimos al libro *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007) sea vertido al español, pero ya cabe avanzar que se trata de un trabajo ambicioso y muy completo, que probablemente suscite fuertes discusiones cuando sea definitivamente asimilado.

Ahora los lectores españoles tenemos, sin embargo, ya en nuestras manos un libro, mucho menos extenso, pero también muy interesante, en el que se apuntan algunas de las tesis de su obra magna. Es aquél al que vamos a dedicar esta noticia, en la que a las aportaciones de FERRAJOLI se unen las de otros filósofos del Derecho que reflexionan sobre las mismas, lo que añade calidad al volumen.

El mismo se abre con un trabajo introductorio de G. PISARELLO y R. GARCÍA MANRIQUE (*Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada*), en el que se resume el contenido del libro con una buena exposición de las principales tesis que allí desarrollan el autor italiano y sus comentaristas (MORESO y ATIENZA), para concluir resaltando que la tarea del jurista ferrajoliano debe (pág. 23), por un lado, mantener viva la crítica política, externa al Derecho, frente al positivismo ideológico, incluido el de cariz constitucionalista; y, por otro, mantener viva la crítica jurídica, interna, dentro del propio Derecho, frente a todos los tipos de positivismo legalista que ignoran o reducen el valor normativo de la Constitución. El adversario sería el poder que se quiere «salvaje» y absoluto, sin límites ni vínculo alguno. Los fines a los que se sirve la paz, la igualdad y la libertad de todos, comenzando por los más débiles. Por ello, el programa ilustrado de FERRAJOLI no es, para estos autores, un ejercicio analítico estéril, ni artificioso, sino, por el contrario, una pasión razonada con coherencia.

La primera de las aportaciones del autor italiano al libro se titula «La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos», y en ella trata de explicar qué es para él «aquellos de lo que habla y... aquello para lo que sirve una teoría del Derecho» (pág. 26). Tras unas agudas distinciones entre los diversos aspectos de la misma, con la diferenciación clara entre dogmática y sociología jurídicas, puede destacarse de todo el discurso de FERRAJOLI la afirmación de que «respecto de sistemas complejos como los de los actuales estados constitucionales de Derecho, no basta una aproximación puramente normativista o una aproximación puramente realista» (pág. 42).

Identifica, a continuación, tres tipos de discursos sobre el Derecho (págs. 49-50): la aproximación de la filosofía política, crítica y propositiva en relación con el ser del Derecho en su conjunto, la de las disciplinas jurídicas positivas y la de la sociología del Derecho. En otro nivel completamente diferente se sitúa la teoría del Derecho, que es una teoría formal que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas (pág. 50). En todo este modelo, sin embargo, hay que tener en cuenta que, en lo que FERRAJOLI denomina paradigma constitucional, la dogmática y la teoría del Derecho no pueden limitarse a decir lo que el Derecho es. Y es que no pueden no decir también, por un lado, lo que el Derecho debería ser, ya que esto forma igualmente parte, en un nivel normativo superior, del Derecho que es; y, por otro lado, lo que el Derecho no debería ser y, sin embargo, es, aunque de manera ilegítima (pág. 62). La conclusión sería que el carácter formal de la teoría del Derecho permite un modelo integrado de ciencia jurídica. Este modelo recoge, por un lado, la pluralidad de interpretaciones semánticas que ofrecen las distintas aproximaciones disciplinarias, e introduce, por otro, las dimensiones pragmáticas que comportan los correspondientes puntos de vista críticos y normativos (pág. 68).

El segundo texto de FERRAJOLI que se incorpora al libro, más interesante aún para los constitucionalistas, es uno titulado «Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías». Comienza en el mismo por señalar la insuficiencia de una concepción meramente formal de la democracia, pues ésta no puede identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como democrático y, en particular, como una democracia constitucional (pág. 75). Y ello por cuatro razones principales. La primera, que el poder legislativo se encuentra jurídicamente limitado y regulado, tanto en las formas como en la sustancia de su ejercicio (pág. 77). La segunda, que algún límite sustancial es necesario para la supervivencia de cualquier democracia (pág. 78). La tercera, que la democracia formal ignora el nexo entre soberanía popular, democracia política y los derechos sustanciales que operan como límites o vínculos a la voluntad de otro modo absoluta de la mayoría (pág. 80). La cuarta, que la ecuación entre autonomía y método de decisión basado en los principios de mayoría y representación encierra una concepción comunitarista, organicista y holista de la representación y de la democracia basada en la idea de que el pueblo es un cuerpo político, idea que a FERRAJOLI le parece rechazable (págs. 81-82).

De estas críticas se parte para llegar a una redefinición de la soberanía popular, compatible con el paradigma de la democracia constitucional, que empieza por reconocer que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional, sino con la idea misma de democracia (pág. 84). Hay, sin

embargo, dos sentidos en los que aún puede hablarse de soberanía popular. Aquel en el que equivale a la prohibición de usurparla por ningún poder constituido (pág. 87), y aquel en el que no es otra cosa que la suma de poderes y contrapoderes de todos que la constitución estipula como derechos fundamentales. Estos derechos son fragmentos de la soberanía de todo el pueblo y cualquier violación de ellos es una violación de la propia soberanía popular (pág. 89).

Aborda, a continuación, el autor italiano el tema de la rigidez de la Constitución y las garantías constitucionales. Para él, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, y constituye el presupuesto jurídico de la democracia (pág. 91), y la rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la Constitución (pág. 91), que, contra lo que suelen expresar algunas teorías clásicas, es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. La rigidez, dice con brillantez, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras (pág. 95-96).

Entrando en el tema de las garantías de la rigidez, distingue (pág. 97) entre las negativas, que consisten en la prohibición de derogar, y las positivas, que tienen que ver con la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Las primeras pueden dividirse, a su vez, en primarias (normas sobre la reforma) y secundarias (normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad). En el análisis de las mismas que se hace en el texto cabe destacar la idea de que una ciencia de la Constitución debería teorizar, y proponer, diferentes grados de rigidez para las diferentes normas constitucionales, justificados por su diferente relevancia democrática (pág. 100).

Termina el texto con un apartado que se dedica a las que FERRAJOLI llama garantías constitucionales positivas y a las lagunas de garantías. Aquéllas consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos. Aquí muestra el jurista italiano su mayor originalidad, pues, en crítica de las concepciones clásicas de las relaciones entre derechos y garantías, como la de KELSEN, sostiene que todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías, ya que éstas no se producen, como sucede con los derechos patrimoniales, al mismo tiempo que los derechos garantizados (pág. 112). Para FERRAJOLI las democracias constitucionales están incompletas, pues faltan en muchos ordenamientos las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y, sobre todo, faltan técnicas jurídicas idóneas para obligar a los poderes públicos a introducirlas (pág. 113). En su opinión (págs. 114-115), podemos identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de eficacia de las garantías de los derechos constitucionales que se reconocen en ella. Y podemos, también, identificar su ilegitimidad con sus vulneraciones, o peor, con su laguna. Precisamente, sigue el autor italiano, la identificación de estos rasgos de ilegitimidad es la tarea más relevante, tanto científica como política, que el constitucionalismo confiere hoy a la ciencia jurídica. Ésta no resulta ni concebible ni practicable como mera contemplación y descripción del Derecho vigente, según el viejo método técnico-jurídico. Por el contrario, la propia estructura jerárquica del ordenamiento la inviste de un papel crítico respecto de las antinomias y de las lagunas que

los diferentes desniveles generan en éste, así como de un papel propositivo respecto de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o al menos para reducirlas.

Tras esta aportación de FERRAJOLI, viene en el libro el comentario de José Juan MORESO a la primera, comentario en el que, tras reconocer la importancia y coherencia de la obra del jurista italiano, se formulan algunas críticas a la misma, centradas en considerar que los elementos conceptuales de la distinción entre validez y vigencia estaban ya presentes en el viejo Estado legislativo de Derecho (pág. 122), que vicios y violaciones no son expresiones sinónimas, contra lo que sostiene FERRAJOLI (pág. 124), y que para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen sería preciso formular juicios morales críticos, embarcarse en una argumentación moral (pág. 131). Concluye MORESO (pág. 132) afirmando que la posición escéptica en materia moral del jurista italiano produce algún tipo de inestabilidad en su concepción global, por lo que en la teoría jurídica del garantismo debería habilitarse un espacio para la objetividad de la moral y de la política.

La misma función crítica cumple el texto que aporta Manuel ATIENZA («Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico»), en el que, tras subrayar aquello en lo que coincide con el autor italiano, se apuntan las diferencias, que son en las que nos vamos a fijar. Fundamentalmente, ATIENZA se muestra crítico con los postulados positivistas de los que FERRAJOLI no se aparta, y subraya que los fines que éste persigue se alcanzan también con concepciones valorativas del derecho. Así, por ejemplo, considera insatisfactorio que al ocuparse de los derechos fundamentales no lo haya hecho de su fundamentación moral (pág. 151), siendo éste un problema que no se puede esquivar. La combinación de relativismo axiológico, intuicionismo moral, e historicismo, que, según él, puede rastrearse, aquí y allá, en los escritos de FERRAJOLI, no es para ATIENZA la mejor opción en materia de teoría ética (pág. 161). En síntesis, la opinión del profesor de Alicante (pág. 165) es que la teoría del autor italiano sería más completa, y más coherente, si también FERRAJOLI se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico, lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) derecho natural. Echa en falta en su obra, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus pensamientos jurídicos y políticos. Esa teoría moral no tendría que constituirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad.

El libro se cierra con la respuesta, bastante larga y compleja, de FERRAJOLI a estas observaciones. En primer lugar, se confiesa positivista (pág. 169) en el sentido del positivismo jurídico como aproximación al estudio del Derecho que es, el Derecho puesto, si bien con la complejidad de los ordenamientos actuales, en los que la Constitución representa un papel fundamental.

A continuación (pág. 173) sostiene que nunca ha infravalorado ni menos aún ignorado el punto de vista de la moral y de la política, y de su importancia para cualquier teoría del Derecho. Es más, considera que precisamente el planteamiento iuspositivista pone de relieve el carácter «positivo», es decir, artificial, del Derecho moderno. Para él, la justificación moral y la connotación en términos de valor de los derechos fundamentales y, más en general, del Derecho, de las normas jurídicas y de la democracia, no pertenecen a la teoría

del Derecho, sino a un discurso diferente, y no menos importante, el de la filosofía política y moral (pág. 175).

Rechazando las argumentaciones de sus críticos nos dirá (pág. 186) que la idea según la cual los derechos fundamentales sólo admiten una definición sustancial de tipo axiológico o valorativo equivale a la exclusión de dicho concepto del universo del discurso de la teoría del derecho, en tanto que concepto no jurídico sino filosófico-político; y, por tanto, comporta una abdicación de la teoría de su papel cognitivo específico en relación con un tema jurídico trascendental. Insistiendo en esta línea, y al analizar la separación entre derecho y moral, FERRAJOLI (pág. 189) deja claro que, en su manera de ver las cosas, la exterioridad conceptual del punto de vista de la justicia, en relación al punto de vista del Derecho, representa el presupuesto de la principal conquista de la modernidad: la certeza del Derecho como presupuesto de igualdad y libertad, la laicidad de las instituciones públicas y, por otro lado, el papel crítico, proyectivo y reformador de la política respecto del Derecho positivo. En el mismo apartado se refiere a las que llama tres divergencias deónticas (justicia-validez, validez-vigencia y normatividad-efectividad) a las que aplica los criterios del paradigma constitucional, que supone un nuevo modo de ver dichas relaciones superador de los clásicos.

Muy crítico se muestra (pág. 204) con las doctrinas que reducen la normatividad de los derechos fundamentales, aunque tengan rango constitucional, a genérica normatividad ético-política, como si las normas que establecen dichos derechos fueran, antes que normas de Derecho positivo de rango jerárquico superior a cualquier otra, simples principios ético-políticos externos al propio Derecho.

De nuevo, en tono polémico con MORESO, afirma FERRAJOLI (pág. 215) que la diferencia radical entre las antinomias generadas por la existencia de diversos niveles normativos y las vinculadas a la sucesión de normas en el tiempo y a la relación entre género y especie consiste en que sólo en el primer caso podemos hablar de la ley inferior como de una violación (de la norma superior).

La conclusión de todas estas reflexiones es (pág. 216) que el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo-iuspositivismo —los conceptos de validez, de positividad, de antinomia, de nulidad, de derechos subjetivos— no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional. Contrastado con éste, carece de adecuada capacidad explicativa. No capta su complejidad estructural. Acaba por eliminar de nuestro horizonte teórico sus aspectos más innovadores y progresivos. Si no queremos incurrir en contradicciones y, a la vez, vaciar al constitucionalismo de su alcance garantista, el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado.

Hasta aquí las torpes referencias a las principales tesis del libro, que esperamos orienten al lector de esta noticia sobre su contenido. Debemos ahora cerrar con unas palabras sobre la importancia de la obra. No sustituye la misma, está claro, a la lectura de la ya abundante bibliografía ferrajoliana en español, ni, desde luego, a la de su obra más ambiciosa, a la que ya hicimos referencia (*Principia iuris*, cit.), pero puede servir para introducir en las ideas más importantes del jurista italiano, tal y como las formula de una manera mucho más completa en este segundo libro, cuya extensión y complejidad técnica requieren del lector un esfuerzo que el volumen del que damos noticia no exige. Quizá por ello sea muy recomendable abordar el análisis de esos postulados mediante el manejo de este último, también porque el contraste de

las tesis del autor con las de MORESO y ATIENZA permite comprenderlas mejor, y el diálogo que en él se establece es particularmente útil para asimilar las exigentes formulaciones de FERRAJOLI.

Sobre las mismas sólo cabe decir que son muy sugestivas, y que su revisión del positivismo jurídico en clave constitucionalista resulta muy atractiva, pues parece un paso más en una dirección que ha sido sometida a críticas, aparentemente superadoras, pero que no han conseguido minar sus fundamentos, en los que se sigue moviendo el autor italiano, si bien procede a someterlos a una nueva manera de ver las cosas que podría servir para adaptarlos al momento presente. Pasado el momento álgido del positivismo clásico en el siglo pasado, con la obra de KELSEN y de HART, hacía falta que se insuflara nueva sangre en las venas de aquél, y ésta parece ser la función de la obra de FERRAJOLI, que deberá ser estudiada por todos con cuidado.

Para los constitucionalistas, además, no pueden ser indiferentes unos planteamientos que hablan precisamente de «paradigma constitucional» y de las consecuencias de la existencia de constituciones rígidas. Y lo hacen con una indudable originalidad, planteando soluciones interesantes a problemas clásicos. Está claro que algunas de sus tesis son discutibles, y discutidas, pero es en esa discusión en donde se puede continuar avanzando en el camino de ir, poco a poco, mejorando la efectividad de las normas constitucionales y su influencia sobre el ordenamiento en su conjunto.

La conclusión ha de ser, por ello, que tanto para los que se aproximen por primera vez a las ideas de FERRAJOLI como para los que ya hayan tenido alguna noticia de ellas, este es un libro interesante, y cuya lectura puede recomendarse, en el bien entendido de que se tratará de un ejercicio útil para filósofos del Derecho, constitucionalistas y juristas en general.