

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

El «Coloquio jurídico europeo» ha publicado las ponencias que en su día impartió el profesor Luigi Ferrajoli en la sede del Colegio de Registradores de Madrid, así como también las contraponencias, que corrieron a cargo de los catedráticos José Juan Moreso y Manuel Atienza.

En su debate salen a colación dos de los temas más relevantes en el pensamiento jurídico contemporáneo, por no decir –directamente– los dos temas más novedosos y descolantes en la actualidad. El primero sería el tránsito a la teoría del derecho constitucional, como nuevo paradigma jurídico-político. El segundo, el abandono del positivismo, para situarse en un punto indefinido –dicho en palabras de M. Atienza– «más allá del positivismo», sin entrar directamente en el iusnaturalismo.

Sin duda, el derecho constitucional es, en el tránsito entre los siglos xx y xxi, lo que fue el derecho civil en el xix. Estamos ya situados en el paradigma constitucional, cuyas vertientes son muy distintas en cada país, pero que paulatinamente va incorporando su influencia en todos los órdenes jurídicos. Cada vez más, el derecho constitucional abandona el carácter programático y busca una plasmación positiva de los preceptos que se contienen en las Cartas Magnas. De aquí, precisamente, surge el gran problema de articulación entre un constitucionalismo positivizante y de un positivismo que quiere abandonar las doctrinas de Kelsen y Hart en busca de los rasgos morales que se encuentran en las Constituciones, y que el positivismo clásico (el «paleo-positivismo» que comenta Atienza) no puede identificar.

Estos ejes que acabamos de comentar permiten entender mejor el diálogo entre Ferrajoli, Moreso y Atienza. El primero está entregado a la construcción de una teoría del derecho que no puede ser calificada cómodamente como «positivista», aunque el profesor italiano se arroge ese título; J. J. Moreso, defensor del «positivismo incluyente», intenta reconducir la construcción semántico-formal de Ferrajoli hacia un neoconstitucionalismo que adopte la identificación de reglas y principios, de suerte que puedan aprehenderse en su justo valor los preceptos; y M. Atienza quiere abandonar el positivismo jurídico, presentado como forma *demodé* que no puede explicar adecuadamente todos los aspectos de la teoría del derecho.

La estructura del coloquio se dispone de la siguiente forma: los dos trabajos de Ferrajoli son contestados, respectivamente, por Moreso y Atienza, y, finalmente, el profesor italiano tiene derecho a la contrarréplica para concluir el acto.

El primer trabajo de Ferrajoli es una presentación de su propia teoría del derecho, articulada en tres grandes niveles semánticos, en estrecho paralelismo con la tripartición de Morris: la dogmática jurídica, entendida como «la interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas», la sociología del derecho, que es «la interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas» y la filosofía política, que es «la interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho».

En este sentido, para Ferrajoli, la teoría del derecho engloba todas las disciplinas que se dedican a la reflexión jurídica, bien sea desde el prisma sociológico, filosófico o desde el análisis mismo de las normas jurídicas. La

concepción de Ferrajoli –de forma clara en *Principia iuris*– pone especial énfasis en la supremacía epistemológica de la teoría del derecho como explicación de todos los fenómenos semánticos relacionados con él: el Estado, la política empírica, la «ciencia política»...

De ahí que no sea especialmente complicado el tránsito que Ferrajoli hace en el segundo texto hacia una teoría de la democracia constitucional, basada en la protección de los derechos fundamentales. Dado que a Ferrajoli le interesa fundamentalmente el problema de las garantías, critica a quienes defienden una concepción puramente formal de la democracia. Para él, la democracia, si no quiere caer en el puro formalismo y procedimentalismo, debe pensar los límites de la soberanía. En este sentido, Ferrajoli matiza la rivalidad teórica del paradigma de la soberanía y la del derecho –*expuestos en Derechos y Garantías. La ley del más débil*– mediante la valoración de la «soberanía popular», escorada hacia el significado que tiene en la democracia constitucional. Esta «soberanía popular» es lo que permite que las garantías constitucionales de los derechos fundamentales sean, a su vez, garantías de la democracia misma como expresión de la «soberanía popular».

Suele decirse, sigue Ferrajoli, que una de las máximas garantías de una Constitución es su rigidez. El profesor italiano contraargumenta explicando que la rigidez es un rasgo de una Constitución, que no es intrínsecamente garante, si no se utiliza para proteger a las generaciones futuras. El autor se refiere a las garantías constitucionales negativas, que consisten en la prohibición de derogar, así como también a las garantías positivas, que constituyen la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Según Ferrajoli, si se sigue este itinerario teórico, se puede construir una teoría del derecho en el actual paradigma constitucional, que defienda los derechos fundamentales y las libertades públicas, limitando al máximo el arbitrio de la ley, y las lagunas y vaguedades técnicas en la elaboración de las normas jurídicas. Asimismo, Ferrajoli, para concluir, recuerda que aquellos derechos que no tienen ningún garante no pueden ser considerados como tales.

José Juan Moreso, en su comentario, detalla algunas aporías que observa en el discurso de Ferrajoli, fundamentalmente referidas a la cuestión de la validez, en relación con la vigencia y la justicia. El sistema de Ferrajoli es, a los ojos del profesor catalán, excesivamente cerrado en sí mismo, y propone, para articular algunas soluciones a los problemas de teoría del derecho, un recurso a la filosofía moral y política.

La intervención del profesor Moreso es una invitación a Ferrajoli para que adopte ciertas ideas del «positivismo incluyente». Resulta curiosa la lectura conjunta de ambos filósofos: Ferrajoli quiere que su sistema sea «positivista» en un sentido estricto –entendiéndolo con Hart– mientras que Moreso –a la sazón positivista «hartiano»– intenta reconducirlo hacia la moral. Para éste, la identificación del derecho sólo puede hacerse en estrecha conexión con la moral. Los argumentos aducidos por Moreso están muy cerca de Waluchow –y también de Dworkin– y pasan por atribuir a Ferrajoli un escepticismo en materia moral, que priva a su teoría de una apertura hacia la ética y la política.

Manuel Atienza se muestra, quizás, aún más crítico en su comentario del segundo trabajo. Para el profesor de Alicante, existen, siguiendo de cerca las críticas de Moreso, dos tipos de aproximación al constitucionalismo: la primera, la del positivismo –digamos– «excluyente», representada, entre otros por Ferrajoli, y la del positivismo «incluyente» o directamente no positivista, como la de Alexy, Habermas, Dworkin o C. S. Nino. Para Atienza resulta

claro que para el historicismo de Ferrajoli no es suficiente para dar solidez a su propuesta jurídica. La apertura hacia la moralidad es lo que propugna Atienza, citando el artículo conjunto que escribió con Juan Ruiz Manero: «Dejemos atrás el positivismo jurídico» en *El positivismo, jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Atienza, modo grosso, concluye con una crítica al positivismo jurídico y con una invitación para que el derecho se abra a la moral. Para Atienza los derechos fundamentales no son reglas, sino principios. El profesor de Alicante cree que la estructura de los derechos fundamentales como si fueran reglas jurídicas es excesivamente rígida y apremiante; la consideración de los derechos fundamentales como principios permite articular un planteamiento más sólido en cuanto a la ponderación de los mismos, en caso de colisión.

En su contrarréplica, Ferrajoli expone que su teoría del derecho integra la moral en un sistema que tiene mayor capacidad explicativa que otros. Ferrajoli subsume la moral y la política en una teoría general del derecho que se reconoce garantista e historicista. Al final, Ferrajoli establece dos puntos de vista sobre el derecho: el externo, que reconoce el aspecto historicista, mejorable y siempre imperfecto de la coyuntura política que cristaliza en derecho y, por otra parte, el interno, el prisma que permite que el derecho sea una fuente de exigencias legales y de garantías para el ciudadano. La Constitución es una muestra paradigmática de ese doble enfoque: un texto que responde a unas necesidades y a la coyuntura de un momento histórico, pero que a su vez puede convertirse en un arma para defender los derechos y las libertades públicas.

En definitiva, las ponencias y contraponencias expresan el «paradigma» de la discusión actual en el campo de la filosofía jurídica y política. La crisis del positivismo, el neoconstitucionalismo, el debate entre el derecho y la moral, y la articulación de las diferentes propuestas constituyen los grandes temas de estos últimos lustros.

No podemos acabar sin referirnos al texto introductorio de los editores –Ricardo García Manrique y Gerardo Pisarello– que resume con claridad las ideas centrales del libro. Su lectura ayuda al público menos familiarizado con los autores a contextualizar las paredes maestras de la discusión. En suma, una excelente publicación.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universidad Pompeu Fabra