

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2005, 542 pp.

Los motivos centrales de la obra de Luigi Ferrajoli han sido ya objeto de análisis colectivos en dos compilaciones *ad hoc*. Si en 1993, Letizia Gianformaggio asumió la edición de *Le Raggioni del Garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* (Giappicheli), el debate entre el profesor de Camerino y otros autores italianos mantenido en las páginas de la revista *Teoria politica* entre 1998 y 2000 fue vertido al castellano en 2001 bajo la coordinación de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta) y, algo más tarde, editado en Italia por Ermanno Vitale (*Diritti fondamentali*, Laterza) en una selección de textos no totalmente coincidente con la castellana.

Compuesto por veinticinco ensayos de temática heterogénea y estructurado en tres secciones de frontera porosa, el volumen que comentamos ahora es una suerte de puesta al día en los diversificados debates generados alrededor de un modelo teórico que se ha ganado con justicia un lugar en la teoría jurídica y política contemporánea.

De las diversas dimensiones del garantismo como «teoría general» de la divergencia entre el ser y el deber ser *del y en* el derecho (del Estado constitucional) ofrece una síntesis clarificadora Marina Gascón en el ensayo que abre el volumen, que no ahorra críticas a la comprensión ferrajoliana de los juicios sobre la vigencia de las normas. Complementa esta presentación el estudio de Perfecto Andrés Ibáñez, que recuerda la raíz penal-procesal del garantismo y analiza detalladamente el exigente modelo de jurisdicción delineado por Ferrajoli. Adicionalmente, todos los autores se han preocupado de glosar las tesis del profesor de Roma III a las que dedican su contribución, algo que es de agradecer. Señalar esto no es gratuito, ya que *Garantismo* es una obra algo distinta a las compilaciones antecitadas. Quizás recorriendo algunas de sus notas diferenciadoras pueda ser posible acometer la tarea de dar noticia de su contenido.

a) En primer lugar, el objeto de este volumen es notoriamente más extenso (o más difuso) que el de las obras arriba mencionadas. *Le Raggioni del Garantismo* fue un libro publicado bajo el impacto causado por la que hasta hoy es la obra mayor de Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, y, en gran medida, centrado en el análisis crítico de los presupuestos y los conceptos fundamentales de la «Teoría general del garantismo» propuesta en su parte V. Por su parte, los debates de *Teoria Politica* después editados en formato libro tenían por objeto el artículo «Derechos fundamentales», en el que Ferrajoli expone su definición formal/estructural de los derechos fundamentales y las cuatro tesis de largo alcance fundadas en la misma. Lo que ahora presentan Miguel Carbonell y Pedro Salazar, editores del volumen, es un vasto conjunto de estudios dedicado a analizar el «pensamiento jurídico» de Ferrajoli. A bote pronto, esta expresión evoca: i) la dilatada producción académica del teórico del derecho iuspositivista, divisionista, frecuentador de la lógica y buen conocedor de la filosofía de la ciencia, que en 1963 publicó *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, y que en la *Teoria assiomaticizzata del diritto* (1970) puso los

cimientos de una ambiciosa empresa teórica que, prolongada ya durante cuatro décadas, debe culminar con la publicación de *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, ii) la experiencia del ex magistrado cofundador de *Magistratura Democratica* y del jurista dogmático versado en varios sectores del derecho, particularmente el penal, experiencia traducida en la concepción crítico-proyectiva de la jurisdicción y de la ciencia jurídica expuesta en innumerables publicaciones, entre ellas *Diritto e ragione*, y iii) la actividad intelectual del filósofo político que ha proyectado sobre múltiples ámbitos temáticos una concepción de la (i) legitimidad del poder sustentada en la reinterpretación del contractualismo clásico y en la específica configuración estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos, concepción cuya divisa (maximizar la garantía de los derechos de los más débiles) tiñe su producción de un profundo compromiso cívico.

Garantismo cumple holgadamente la promesa de cubrir éstas y otras facetas del pensamiento de Ferrajoli, aunque predominan los análisis situados en los niveles metateórico y teórico. Sin respetar estrictamente la estructura del libro, agruparemos temáticamente los ensayos, aclarando que la mayoría de ellos abordan más de un asunto.

La peculiaridad del «positivismo crítico» ferrajoliano, o, más bien, la cuestión de si es *realmente* positivista una teoría que, como ha sostenido Ferrajoli, es una y la misma que la del actual Estado constitucional (lo que la colocaría al lado del conjunto de teorías que han proporcionado cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a este diseño institucional en términos postpositivistas y que, a falta de mejor denominación y más allá de su heterogeneidad interna, se agrupan bajo el rótulo «Neoconstitucionalismo»¹) es abordada por Marisa Iglesias y Alfonso García Figueroa. Marisa Iglesias dedica su extensa contribución a explicar por qué, a su juicio, el constitucionalismo de Ferrajoli es parcialmente incompatible con el iuspositivismo. Por su parte, Alfonso García Figueroa analiza los diversos caminos a través de los cuales el emergente neoconstitucionalismo ha erosionado la dialéctica iusnaturalismo/positivismo, señalando que, más allá de la fidelidad de Ferrajoli a los postulados centrales del positivismo (comenzando por la tesis metodológica de la separación), el criticismo de su teoría compromete aquella adscripción.

El de Ferrajoli es, en efecto, un positivismo crítico que atribuye a la ciencia jurídica las funciones: a) de crítica *interna* del derecho inválido pero vigente y de la ineffectividad del derecho válido, y b) de crítica *externa* de la legalidad (ordinaria y constitucional), unas funciones proyectivas o, digámoslo abiertamente, normativas, que, para Ferrajoli, derivan de los rasgos estructurales de su objeto, el derecho del Estado constitucional. Algunas implicaciones de este modo de concebir a la ciencia jurídica (Ferrajoli no es el primero en hablar de las funciones propositivas de la dogmática, aunque posiblemente es el que más explícitamente ha señalado que la ciencia jurídica «debe ser» crítica en un marco jurídico-político como el Estado constitucional) son objeto de severas objeciones por parte de Riccardo Guastini, críticas respondidas indirectamente por Ferrajoli en una de las preguntas de la entrevista que cierra el libro. Desde otra perspectiva, Santiago Sastre Ariza

¹ Tomo esta caracterización del neoconstitucionalismo, modificándola parcialmente, de GARCÍA FIGUEROA, A., «La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 164-165.

tematiza el tránsito hacia una ciencia jurídica no sólo descriptiva y autoconsciente de su rol prescriptivo, si bien formula alguna reserva frente al constitucionalismo ético que, en su opinión, anida en la actitud que Ferrajoli parece reclamar a la ciencia jurídica a la hora de hacer crítica interna.

Una teoría tan apegada al Estado constitucional como el garantismo queda, paradójicamente, muy lejos de las actuales teorías de la argumentación jurídica. La declarada desconfianza de Ferrajoli hacia el llamado principalismo tiene mucho que ver en esto. Luis Prieto registra el marcado contraste que se da en el seno del garantismo entre una visión conflictiva del sistema jurídico en conjunto y una concepción fuertemente coherentista del texto constitucional. Si la primera expresa la responsabilidad del juez y del jurista de identificar los desajustes «verticales» entre el deber ser constitucional y el ser de las normas inferiores, la segunda tiende a no prestar la debida atención (o a restar importancia) a los conflictos entre derechos fundamentales. Paolo Comanducci señala, en este sentido, que la explicación de la tendencia a minimizar los conflictos entre derechos fundamentales hay que buscarla en las funciones normativas (en sentido ético-político y no sólo metodológico) que Ferrajoli hace desempeñar a su definición y su categorización, ambas en principio estipulativas, de los derechos, comenzando por la distinción (crucial en la teoría ferrajoliana) entre derechos primarios/derechos secundarios. También José Juan Moreso dedica su contribución al tratamiento de los conflictos entre e intra-derechos en la teoría de Ferrajoli, abundando en ejemplos que pondrían en evidencia que el garantismo es una suerte de teoría de los derechos sin teoría de la argumentación (algo que, como parece sugerir Prieto, sería una tanto una debilidad del garantismo como el resultado de una restricción que Ferrajoli se habría autoimpuesto para mantenerse dentro de los límites del positivismo conceptual).

Más allá de la primacía lógica que en la construcción de Ferrajoli tiene el «nivel de discurso» teórico frente a los niveles dogmático, sociológico o filosófico-político, buena parte de los debates que ha generado su definición formal de derechos fundamentales desbordan el ámbito disciplinar de la teoría del derecho. Michelangelo Bovero se ciñe en su estudio al nivel teórico y analiza la relación entre derechos y garantías, introduciendo atinadamente algunos matices en la relación de implicación entre ambas categorías teorizada por Ferrajoli. Comenzando en la teoría del derecho, Adrián Rentería Díaz llega a uno de los caballos de batalla del garantismo, la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales, que Rentería aborda a partir del análisis del vínculo que liga la definición formal y avalorativa de los derechos fundamentales con los valores a los que, según Ferrajoli aquéllos tienden. Valentina Pazé se ocupa asimismo de esta relación, si bien limita su estudio crítico al valor de la igualdad jurídica.

De un modo u otro, la mayoría de los trabajos de *Garantismo* tienen como referencia inevitable la temática de los derechos fundamentales, huelga decir que central en Ferrajoli. Algunos ensayos, sin embargo, tratan específicamente algunas nociones no menos importantes en la red conceptual elaborada por el profesor de Camerino. Merecen destacarse, en este sentido, las dos contribuciones que firman, respectivamente, Bernardo Bolaños y Juan Cruz Parceró, dedicadas a las «expectativas», una noción básica en la teoría del derecho de Ferrajoli (vale la pena recordar que, para Ferrajoli, un derecho subjetivo es una expectativa positiva o negativa) que quizás no había concitado la suficiente atención teórico-crítica. Cabe igualmente destacar el completo estudio de Alfonso Ruiz Miguel sobre las implicaciones de la resemantiza-

ción ferrajoliana de los predicados validez/vigencia en los planos teórico, aplicativo, dogmático y iusfilosófico.

b) La segunda diferencia destacable entre *Garantismo* y las compilaciones de textos críticos arriba citadas es el protagonismo de españoles y latinoamericanos en la autoría de los veinticinco estudios que componen el volumen. Tratándose de controversias situadas mayoritariamente en el terreno de la teoría del derecho, no se puede decir que los libros arriba citados contuvieran sólo discusiones domésticas, pero sí es cierto que, en buena medida, las ideas de Ferrajoli eran en ellos analizadas a la luz de los debates entre las corrientes principales de la filosofía del derecho italiana de filiación analítica, en la que Ferrajoli, siempre más cerca del normativismo bobbiano que del iusrealismo de Tarello, ocupa un lugar propio.

Claramente superior en número a la de los italianos, la presencia de teóricos y filósofos del derecho españoles y latinoamericanos en este volumen es una consecuencia lógica de la difusión de la obra de Ferrajoli a lo largo de la última década. Y aunque es cierto que muchos de los comentarios y críticas que contienen los ensayos de este volumen son deudores de los que aparecen en aquellas obras, la ampliación «geográfica» del campo de discusión supone un renovado sometimiento a prueba de la ambición generalista del garantismo y redundan en el enriquecimiento de los análisis sobre la idoneidad de las categorías y definiciones de las que éste se nutre.

Esto se percibe en los ensayos ya citados, y también en el conjunto de contribuciones dedicadas a la visión ferrajoliana de la dialéctica derechos (constitución)/poderes (democracia y mercado), otro de los aspectos que dotan al edificio teórico garantista de una idiosincrasia peculiar.

Asociada a la positivación de los derechos-expectativas (negativas y positivas) en los textos constitucionales, límites y vínculos, respectivamente, que operan como parámetros de la validez (y como baremo de la deslegitimación) de la actuación de los poderes públicos (léase también de la dimensión formal de la democracia), la connotación «sustancial» que, para Ferrajoli, adquiere la democracia en el Estado constitucional viene dada por la naturaleza de aquellos límites y vínculos, referidos no al sujeto ni al procedimiento, sino al contenido de las decisiones públicas, incluidas las del legislador ordinario. Las dos tipologías de los derechos fundamentales y la redescipción filosófico-política del artificialismo contractualista como germen de esa «metáfora de la democracia» que para Ferrajoli es el pacto constituyente dan a la idea de la democracia sustancial un sólido sustento teórico y resultan coherentes con la supraordenación jerárquica de la constitución en el sistema de fuentes del derecho, uno de los rasgos (empíricos, no inventados por Ferrajoli) del Estado constitucional como Estado de derecho «perfeccionado».

Susana Pozzolo apunta en su estudio que el constitucionalismo democrático de Ferrajoli no está basado en una defensa «fuerte» de los derechos frente al valor intrínseco de la regla de mayorías, sino en la redefinición de la democracia que, para Ferrajoli, viene impuesta por el paradigma institucional del Estado constitucional. Para los autores que enfrentan esta cuestión, sin embargo, la férrea defensa ferrajoliana de la primacía de los derechos fundamentales sobre el poder político aparece informada por una acusada impronta contra-mayoritaria (algún autor la califica incluso como «anti-deliberativa») que traduciría el optimismo normativo y el pesimismo político de nuestro autor. La intensidad de las críticas es, en todo caso, diversa. Pablo de Lora señala que el de Ferrajoli es un constitucionalismo «fortísimo» que

el profesor de Camerino defiende atrincherándose en un formalismo teórico poco útil para resolver las aporías actuales del constitucionalismo democrático. Por su parte, José Luis Martí Mármol dedica su ensayo a reprochar a lo que denomina el «fundamentalismo» de Ferrajoli el insuficiente rendimiento explicativo de su teoría formal/estructural de los derechos fundamentales, que lastraría la teorización de la democracia sustancial tanto en el plano teórico como en el normativo. Más matizadamente, Andrea Greppi ilustra en una extensa contribución algunos contrastes entre el liberalismo político y la reconstrucción filosófico-política de la democracia en el modelo garantista. Por último, Pedro Salazar analiza la interpretación que Ferrajoli ha hecho del constitucionalismo y la democracia como una expresión del modelo contractualista, contrastándola con el pensamiento filosófico-político de Bobbio. Retomando algunas ideas de los clásicos del contractualismo, Salazar formula finalmente la pregunta-dilema ya planteada a Ferrajoli en controversias anteriores: ¿implica el pacto que funda la democracia constitucional la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales?

Al margen del debate constitucionalismo/democracia, identificamos finalmente una serie de ensayos que abordan asuntos diversos sobre los que Ferrajoli ha proyectado el complejo teórico y filosófico garantista y que dan cuenta de la multiplicidad temática del libro. Así, Lorenzo Córdova analiza los problemas con los que puede tropezar la deseable propuesta ferrajoliana de establecer un sistema constitucional de tipo global. Por su parte, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo dedican su contribución a examinar el pacifismo jurídico de Ferrajoli. El ensayo de Miguel Carbonell enfrenta diversas cuestiones relacionadas con la protección de los derechos sociales. Ermanno Vitale analiza las bases filosófico-políticas de la vigorosa crítica de Ferrajoli a la ciudadanía como último factor de exclusión en la titularidad de todos los derechos para todas las personas. En el trabajo que cierra el libro, Rodolfo Vázquez presenta algunas objeciones a determinadas tesis ferrajolianas en materia de reproducción asistida y experimentación con embriones, crítica dirigida también a la concepción metaética que subyace a las mismas.

c) Hay, en tercer y último lugar, una diferencia no menor entre las obras a las que hemos hecho referencia y este nuevo conjunto de textos dedicados a la producción ferrajoliana. Mientras que las primeras contenían una o varias sesudas réplicas de Ferrajoli a las críticas, observaciones y demandas de clarificación hechas por sus comentaristas, en *Garantismo* no hay respuesta alguna de Ferrajoli a los múltiples puntos polémicos planteados a lo largo de los veinticinco ensayos del libro. Únicamente al final se reproduce una larga e interesante entrevista realizada por Alfonso García Figueroa y publicada en la revista «Derechos y garantías» (el influjo de Ferrajoli se extiende ya a los títulos de las publicaciones científicas) en la que, a pesar de las limitaciones del formato, el entrevistador pregunta puntualmente al autor de *Diritto e ragione* por algunas de las críticas formuladas a determinados extremos de su teoría.

La ausencia de réplicas se explica, quizás, por la gran cantidad de textos que contiene el volumen y porque, como se ha dicho, buena parte de las observaciones críticas que alberga esta obra reproducen y/o perfeccionan los reproches vertidos en otros lugares (por ejemplo, que Ferrajoli se refugia en el burladero de la divergencia entre los niveles del discurso jurídico para no dar razón de la naturaleza del nexo que liga una definición estructural de los derechos fundamentales y un conjunto de tesis de nítido contenido normati-

vo). Ahora bien, dado que hay un estimable número de estudios de tono polémico (algunos de ellos, de tono francamente beligerante) respecto a determinadas tesis iusteóricas y filosófico-políticas relevantes (por no decir centrales) en la concepción de Ferrajoli y que las críticas no sólo reproducen objeciones pretéritas o inciden en las respuestas que Ferrajoli ha dado a sus comentaristas, sino que introducen no pocos motivos de debate de nuevo cuño, queda la impresión final de que *Garantismo* es un monumental libro inacabado. Los editores afirman en la presentación que el libro «en cierto sentido también es un homenaje» (lo es, sin duda, si se leen algunas de las contribuciones), pero lo cierto es que se echa de menos alguna respuesta de Ferrajoli a muchas de las censuras y objeciones que pueblan sus páginas.

Todo esto, claro, no dice nada ni de la calidad de los textos ni de la pertinencia de la edición del libro, que el lector interesado no puede por menos que alabar y constatar respectivamente. Acaso muchos de los ensayos hayan provocado la (enésima) demora en la publicación del esperado *Principia Iuris*; éste sería tal vez el mayor elogio que pudiera hacerse a un libro de estas características. Inacabado o no, el lector tiene a su alcance un valioso conjunto de textos que invitan a pensar y volver a pensar la múltiples caras de un pensamiento jurídico del que, como se ha dicho con toda razón, ya no podemos prescindir.

Pablo MIRAVET
Universitat de València