

ESTUDIOS

SERIE

34

JURÍDICOS

NÚMERO

# Garantismo penal

LUIGI FERRAJOLI



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

SERIE

ESTUDIOS

34

JURÍDICOS

NÚMERO

# Garantismo penal

LUIGI FERRAJOLI



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
México 2006

# COLECCIÓN LECTURAS JURÍDICAS

Serie Estudios Jurídicos  
Número 34

Primera edición: 2006  
© D.R. Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

FACULTAD DE DERECHO

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio,  
sin autorización escrita de su legítimo titular de derechos.

ISBN (Serie Estudios Jurídicos): 970-32-0140-7  
ISBN (núm. 34): 970-32-4131-X

Impreso y hecho en México

## Presentación

### La teoría garantista de Luigi Ferrajoli

Una de las materias que mayor espacio ha ocupado y sigue ocupando en el conjunto de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli es el derecho penal. Para Ferrajoli es en este campo donde se juega su legitimación el Estado constitucional de nuestros días, pues es ahí donde se enfrentan en toda su crudeza y toda su violencia el Estado y el individuo.

Por eso es que desde hace décadas ha venido construyendo un sistema conceptual de alta precisión que sirva para alcanzar un derecho penal garantista. Un derecho penal de este tipo tendría que tener un carácter mínimo, el cual se expresaría al menos en dos sentidos: como minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delito y qué penas deben imponerse a quienes las realicen, por un lado, y para establecer qué respuesta procesal puede dar el Estado frente al fenómeno delictivo, por otro. Ambas cuestiones tienen un único propósito: disminuir la violencia, tanto la perpetrada de los particulares hacia otros particulares, como del Estado hacia los particulares.

La idea de un derecho penal mínimo, y de la correspondiente cultura jurídica garantista que le ofrezca soporte teórico y discursivo, no encuentra muchos adeptos en el México de nuestros días (aunque tampoco en otros países). Tal parece que, lejos de las indicaciones del sistema penal garantista construido por Ferrajoli en muchos de sus trabajos (entre ellos los que el lector encontrará en las páginas siguientes), las autoridades mexicanas de todos los niveles y de todos los poderes parecen empeñadas en continuar con una absurda carrera hacia el incremento de las penas y hacia la inflación de los catálogos delictivos.

Frente a esta tendencia absolutista (que además de poner en riesgo distintos derechos fundamentales es inservible para combatir la de-

lincuencia), son pocas las voces que se alzan y que se ponen del lado de los sujetos más débiles para exigir una racionalización del sistema represor del Estado. Para quienes están convencidos que aumentar los castigos y el número de delitos no es la mejor solución, la lectura de los textos de Ferrajoli seguramente será muy provechosa.

La ideología que está detrás de todo el sistema filosófico de Ferrajoli es el garantismo. El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra del propio Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo aplicado a la materia penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de Teoría General del Garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la Teoría del Estado Constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).<sup>1</sup>

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.<sup>2</sup> Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea —presente ya en Locke y en Montesquieu— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. Ferrajoli ha escrito una extensa respuesta a los trabajos contenidos en el este libro: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

<sup>3</sup> Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 22.

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de “garantía”. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.<sup>4</sup>

Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional.

Precisando el concepto general que se ha citado, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.<sup>5</sup>

Si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos nos encontraremos ante una garantía negativa, que obliga a abstenciones a los sujetos obligados; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a acciones o comisiones a los sujetos obligados.

Existen también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, op. cit., p. 29.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 33.

principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías.

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo,<sup>6</sup> que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.<sup>7</sup>

Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica.<sup>8</sup>

Es claro que si atendemos a los postulados sobre el derecho penal mínimo de nuestro autor, tendríamos que hacer una revisión profunda de nuestras disposiciones penales, tanto las que figuran en la Constitución como las que se encuentran en los códigos penales e incluso las que observamos en la jurisprudencia.

Así por ejemplo, deberíamos limitar a su mínima expresión desde el propio texto constitucional a la prisión preventiva, que vulnera la presunción de inocencia y supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de un individuo que no ha sido declarado culpable de nada.

Como lo señala el propio Ferrajoli, “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 39.

pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.<sup>9</sup>

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, sino fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión. Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar. No parece una norma muy congruente con el modelo de derecho penal garantista.

En una tesis parecida se encuentra el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que permite, de hecho, la imposición de penas de prisión perpetua (sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 20/2003, dictada con mayoría de ocho votos bajo la ponencia del Ministro Juan Díaz Romero). Con este tipo de criterios se amplía de forma irracional el poder sancionador del Estado y se permite que el legislador reduzca a nada el contenido del derecho a la readaptación social establecido en el artículo 18 de la Constitución mexicana. Porque ¿cómo se va a readaptar socialmente una persona que saldrá de prisión cuando haya muerto?

Con estos ejemplos y otros que podrían ponerse se acredita la necesidad de atender las sugerencias de Ferrajoli y avanzar hacia una “desprisonalización”, lo que equivale a racionalizar la medida del castigo que priva de la libertad a las personas.

Hay otra propuesta de Ferrajoli que tiene gran interés para México. Me refiero a su idea de la “reserva de Código Penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal

---

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 559.



(con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

Esta reserva de código habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.<sup>10</sup>

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único

---

<sup>10</sup> “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 112.

ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

En todo caso, las que se han comentado y muchas otras ideas que se derivan del enorme edificio conceptual que ha construido Ferrajoli en los últimos años merecen ser estudiadas y discutidas. Estamos frente a uno de los teóricos más importantes de Europa y, con toda probabilidad, uno de los más importantes del mundo. Por eso es que cada nueva publicación de sus trabajos es un motivo más para el optimismo y para la esperanza. Significa que la cultura garantista no permanece muda ni está secuestrada en los cubículos de los académicos. Por el contrario, publicar, difundir y discutir los trabajos de Ferrajoli significa apelar a los mejores valores de la Ilustración; valores que están dirigidos a alcanzar mayores ámbitos de libertad y de igualdad en las sociedades de nuestro tiempo. Se trata de una causa en la que vale la pena militar.

MIGUEL CARBONELL

## Garantías y Derecho Penal\*

### Garantismo y Derecho Penal mínimo

Desde hace unos veinte años, ha entrado en el léxico jurídico y político italiano una palabra relativamente nueva, ‘garantismo’, con la que se designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos.

Según el tipo de derechos para cuya protección se establecen las “garantías”, es decir las técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, pueden distinguirse aún diversos tipos o significados de garantismo. Se habla así de *garantismo patrimonial* para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el resto de derechos patrimoniales; de *garantismo liberal*, y específicamente *penal*, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias; de *garantismo social* para designar el conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etcétera.

Con todo, la acepción prevalente de la palabra ‘garantismo’ es la de “garantismo penal”. Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la

---

\* Traducción de Marina Gascón.

ilustración jurídica, de *minimización* de ese “terrible poder” —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo.

Precisamente por ello, una tal exigencia se ha venido identificando con el proyecto o programa de un “*derecho penal mínimo*”. “Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al *delito*, estos límites son las *garantías penales sustanciales*: desde el Principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al *proceso*, se corresponden con las *garantías procesales y orgánicas*: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.

Tres son las tesis que defenderé aquí de forma inevitablemente sumaria. La primera es que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, es decir los fines que lo justifican. La segunda es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. La tercera es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política del derecho penal, idóneas ambas para ser generalizadas como filosofía política y teoría crítica del Estado constitucional de derecho.

## Garantismo y justificación externa del derecho penal

Comenzaré por la primera tesis, la del nexo entre garantías y justificación externa o política; es decir, los fines del derecho penal. Precisamente por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa —desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos— que se produciría en ausencia del derecho penal.

Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir o minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Las doctrinas abolicionistas tienen sin duda un mérito en este punto: el mérito, de carácter heurístico y metodológico, de revertir sobre ese artificio que es el derecho penal la carga de su justificación. El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos —cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje—, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas.

Es evidente que un paradigma de este tipo se contrapone no sólo a las tradicionales doctrinas retribucionistas de la pena —à la Kant o à la Hegel— que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean las de la prevención general o las de la prevención especial, que adoptan como punto de vista y parámetro sólo la utilidad de la mayoría no desviada. Frente a este utilitarismo demediado, el paradigma del derecho penal mínimo cifra la justificación del de éste en su papel de *ley del más débil* como alternativa a la *ley del más fuerte* que regiría en su ausencia: no,

por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la *defensa del más débil*, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal es el reo.

De ahí el nexo que vincula el modelo de justificación del derecho penal mínimo —como justificación sólo *a posteriori*, esto es, condicionada a la efectiva capacidad del derecho para minimizar no sólo la violencia de los delitos sino también la de las penas— y el garantismo. Este nexo se funda precisamente sobre el segundo de los objetivos asignados al derecho penal por el paradigma garantista en adición al tradicional de la prevención de los delitos: el objetivo de la minimización de la violencia punitiva. Las garantías, en efecto —todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio—, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas.

De ahí, además, una segunda y no menos importante consecuencia. Todas las doctrinas de justificación de la pena, desde las absolutas o retribucionistas a las relativas o utilitaristas, tienen un rasgo en común. Ofrecen una justificación *a priori*, no de este o aquel concreto derecho penal o de esta o aquella particular institución del mismo, sino del derecho penal o de la pena en abstracto, cualquiera que sean sus contenidos. Y por eso su carácter ideológico. Tales doctrinas identifican, en efecto, los criterios o parámetros de justificación que proponen —por ejemplo, la prevención de delitos o la reeducación del reo— con la justificación misma, resultando así inconfutables por lo que de hecho sucede: por ejemplo, por la no prevención, de hecho, de los delitos, o por la ulterior deseducación de los reos producida por la expiación de la pena.

El paradigma de justificación ofrecido por el garantismo, en cambio, sólo permite fundar justificaciones *a posteriori*: un determinado derecho penal está justificado sólo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal. La justificación del derecho penal con base en este paradigma, es decir la respuesta positiva

a la clásica pregunta de “si y por qué castigar”, depende, en efecto, de la existencia y de la efectividad del conjunto de las garantías —penales y procesales— que equivalen, a su vez, a otras tantas respuestas, a otras preguntas más específicas: cuándo y cómo prohibir; cuándo y cómo castigar; cuando y cómo juzgar. Y es una justificación solo eventual y sectorial —de este o aquel derecho penal; del derecho penal italiano pero no del nazi; de esta o aquella norma o institución— que depende de la satisfacción de los criterios de justificación establecidos por el modelo, es decir de las garantías. Con la consecuencia de que el paradigma vale no sólo como fuente de justificación y legitimación, sino también como fuente de deslegitimación —y, por tanto, de crítica, como se dirá en el último punto de este trabajo— del derecho penal existente o de alguna de sus partes, así como del poder judicial encargado de su aplicación.

## **Garantismo y legitimación de la jurisdicción penal**

Llegamos así a la segunda tesis: la del nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica cuanto externa y política, del poder judicial.

La pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, es decir de la jurisdicción penal? En la opinión común, como en el pensamiento político dominante, “democracia” equivale a primacía de la voluntad popular, y por tanto de la mayoría. Es evidente que el derecho penal es el ámbito donde de manera más emblemática se manifiestan los límites de esta acepción puramente “política” de la democracia. Si el significado de “democracia” equivaliese a “voluntad de la mayoría”, quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, es decir máximamente represivo, carente de límites y de garantías. Ello por dos motivos. Ante todo, porque el punto de vista de la mayoría tiende a concebir el derecho penal esencialmente como un instrumento de defensa social —es decir, de prevención de los delitos y, por tanto, de defensa de los intereses de la mayoría no desviada— contra los atentados a la seguridad causados por la minoría de los desviados;

y es obvio que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no ofrece criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que ofrece, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, afirmaba hace un siglo Francesco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal. En segundo lugar, porque la desviación suscita siempre la movilización de la mayoría, que se ve a sí misma como no desviada, contra la minoría de los desviados, a los que ve como “diferentes” y fuente de oscuros peligros. Si tras la aparición de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* se hubiese realizado un referéndum sobre ella, sólo hubiera obtenido el consenso de Beccaria y de unos cuantos amigos.

Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe de facto una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es “democrática”, si por “democracia” se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. La batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, siempre ha sido una “batalla de la minoría”.

Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la “democracia” —no antitética, sino complementaria de la de “democracia política”— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho.

Esta esfera de lo “no decidible” —“lo que” no es lícito decidir (o no decidir)— no es otra cosa que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. ¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que son los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos a la mayoría, presupuestos de la convivencia civil y al mismo tiempo razones del propio pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean desviados o no



desviados— y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Por consiguiente la garantía de los derechos de todos, que es lo que son, precisamente por su universalismo, los derechos fundamentales. De ahí el carácter “democrático” de las garantías —que hace referencia no ya a la mayoría, según el modelo de la democracia política, sino a la tutela del individuo, donde individuo significa “todos”— y al mismo tiempo la dimensión “sustancial” que éstas introducen en la democracia política o formal: precisamente porque tienen que ver no con el “quién” o con el “cómo” de las decisiones, es decir con su fuente y su forma, sino con el “qué” de las mismas, es decir con su contenido o significado.

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción, no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, es decir la taxatividad y materialidad y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales, de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, es decir del derecho a la refutación conferido a la defensa. No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

De ello deriva también el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad; precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías son, según la feliz expresión de Ronald Dworkin, derechos y garantías “frente a la mayoría”, también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente “frente a la mayoría” Por eso, el

carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ejecutivo del ministerio público están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la frase de Brecht “habrá también un juez en Berlín” es que debe haber también un juez capaz de absolver o condenar contra la voluntad de todos cuando falten o existan las pruebas de la culpabilidad.

### **Garantismo como filosofía política y como teoría crítica del Derecho**

Así pues, las garantías pueden configurarse como fuentes de justificación externa y de legitimación interna y al mismo tiempo —en cuanto ausentes o inefectivas— como criterios de deslegitimación tanto externa como interna.

Se concreta así el sentido de la tercera tesis que he avanzado al comienzo. El garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía utilitarista sobre los fines y los fundamentos del derecho penal y, al mismo tiempo, una teoría del derecho penal mínimo —una y otra sobre el deber ser del derecho penal— que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados los ordenamientos evolucionados.

Como *filosofía política*, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho penal *desde un punto de vista axiológico externo*. De ahí su dimensión proyectiva además de normativa. En efecto, la doctrina filosófica del garantismo elabora —teniendo en cuenta los dos fines justificativos de la minimización tanto de los delitos como de las penas que asigna al derecho penal— los modelos normativos del derecho penal como ley del más débil, es decir, como sistema de garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas. Pero esa filosofía provee también los criterios de crítica y de deslegitimación externa de los rasgos de injusticia de un derecho penal concreto o de sus normas o instituciones particulares, en cuanto sean contrarias o incluso sólo inadecuadas a tales fines justificativos.

Como *teoría jurídica*, el garantismo es, en cambio, una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal *desde el punto de vista jurídico interno* de los principios de justicia

incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en nuestras constituciones. Como tal, el garantismo se identifica en gran parte con el constitucionalismo, es decir, con esa extraordinaria innovación del derecho moderno consistente en regular la creación del derecho desde el propio derecho. Y se configura de nuevo tanto como teoría proyectiva, dirigida a colmar o a integrar las lagunas con garantías que están presentes en el nivel constitucional pero no en el legislativo, cuanto como teoría crítica, dirigida a identificar los rasgos de invalidez y de incoherencia, respecto al modelo constitucional, de la legislación vigente y de la praxis judicial.

Concluyo observando que una tal concepción del garantismo se presta a ser extendida, como paradigma de la filosofía jurídica y de la teoría general del derecho, a todo el ámbito de derechos de la persona. Todos los *derechos fundamentales* pueden, en efecto, ser concebidos como leyes del más débil: como técnicas de tutela de los bienes primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por ‘garantismo’ se entenderá pues un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones.

En este sentido, el garantismo es sinónimo de “estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.

Deseo añadir que hoy la opción entre un uso restringido y un uso amplio de garantismo no es en absoluto políticamente neutral. En Italia, por ejemplo, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos únicamente a la jurisdicción penal se conjuga con frecuencia, entre las fuerzas de la derecha, con el rechazo de cualquier tipo de límite y control jurídico, en particular judicial, al poder político y económico. Significa por ello exactamente lo contrario de “garantismo” como paradigma teórico general, que quiere decir, en cambio, sujeción al derecho de cualquier poder en garantía de los

derechos de todos, a través de vínculos legales y controles jurisdiccionales idóneos para impedir que se formen poderes absolutos, sean públicos o privados.

La idea de la democracia constitucional expresada por el paradigma garantista es, por tanto, opuesta a la imagen de la democracia mayoritaria o plebiscitaria que hoy domina, al menos en Italia, y que se basa en la confusión entre democracia y principio de la mayoría. La democracia constitucional designa un complejo sistema de separaciones y equilibrios, de límites y contrapesos, de garantías para la tutela de los derechos de todos, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones. Desgraciadamente esta imagen de la democracia resulta hoy oscurecida en la opinión común y ha sido sustituida por la idea de “democracia” como omnipotencia de la mayoría, a la que le estaría permitido cualquier abuso, y por la correlativa de “liberalismo” como ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa. Es hoy tarea de la cultura jurídica —no sólo penalista sino también constitucionalista— restaurarla, ante todo en las propias doctrinas y, por tanto, en el imaginario colectivo.

## La pena en una sociedad democrática\*

### El Derecho Penal mínimo como ley del más débil

Una reflexión sobre la pena —es decir sobre el rol y los límites de la sanción penal y específicamente de la pena carcelaria— en una sociedad democrática requiere de una precisión inicial sobre lo que debe entenderse por una “sociedad democrática”. “Sociedad democrática” alude evidentemente a un genérico parámetro axiológico: el deber ser de la pena en una sociedad basada en los valores de la democracia. Debemos decir entonces, que la relación entre derecho penal y democracia es muy particular. En efecto el derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la “democracia política”, entendida ésta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría.

Si este, y sólo este, fuera el sentido de “democracia”, resultaría excluida cualquier posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal, “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, es decir, al máximo represivo, privado de límites y garantías. Ello por dos motivos: Ante todo porque el punto de vista de las mayorías conduce a concebir el derecho penal como un instrumento de defensa social —es decir de prevención de los delitos, y por tanto de defensa precisamente, de las mayorías no desviadas— contra los atentados a la seguridad provenientes de las minorías desviadas; y es claro que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no proporciona criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que proporciona, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, sostenida hace un siglo Francisco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo

---

\* Traducción de Mauricio Martínez.

penal. En segundo lugar, porque la desviación provoca siempre la movilización de la mayoría, que se asume ella misma, como “no desviada”, contra la minoría de los desviados, percibidos por ella como “diversos” y fuente de peligros sombríos. Si después de la aparición de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* en torno a ella se hubiese realizado un referéndum, éste habría recogido sólo el consenso del mismo Beccaria y de alguna docena de sus amigos.

Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del sindicado y luego del enjuiciado y del detenido, existe una antinomia. La batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, ha sido siempre una “batalla de minorías”.

Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor una segunda dimensión de la “democracia” —no antitética, sino complementaria a la de la “democracia política”— que permite entender los fundamentos axiológicos y conjuntamente los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que resalta la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho”, y que tiene que ver no con quién está habilitado para decidir (precisamente la mayoría), sino con lo que no es legítimo decidir por ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión con respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa e históricamente ha sido el terreno emblemático de reflexión y elaboración: el de la construcción del Estado constitucional de derecho. Esta esfera de lo “no decidible” —el sobre qué no es lícito decidir (o no decidir)— no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer de la voluntad de las mayorías. ¿Y qué es lo que las Constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que representan los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos para las mayorías, precondiciones del vivir civilizado y simultáneamente razones mismas del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean ellos desviados o no— y la garantía de sus derechos fundamentales, primero entre todos la vida y la libertad personal, pues no puede existir voluntad de mayorías, ni interés general, ni bien común o público, frente a los cuales ellos puedan ser sacrificados. “Ningún hombre —escribió Beccaria— ha donado gratuitamente parte de la propia libertad a favor del bien público”. En efecto, “[...] fue la necesidad la que presionó a los

hombres a ceder parte de la propia libertad: él está entonces seguro de que nadie quiere poner en depósito público sino la mínima porción posible, la suficiente para inducir a los otros a defenderla, [...]; todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, más no derecho”.

Si este es el límite impuesto al poder punitivo por la razón misma del pacto constitucional que lo ha originado, la sola justificación del derecho penal que pueda ser proporcionada, en alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que él logre ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada; que por ello se configure como derecho penal mínimo, es decir, como técnica de minimización de la violencia en la sociedad: de la violencia de los delitos, pero también la de las reacciones a ellos; en suma, que él cumpla un doble objetivo: no sólo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas.

Es claro que un paradigma similar se contrapone no sólo a las tradiciones de las doctrinas retribucionistas de la pena —Kant o Hegel— que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean ellas de la prevención general o de la prevención especial, las cuales asumen como punto de vista y parámetro la utilidad solamente de la mayoría no desviada. Contra este utilitarismo dividido, el paradigma del derecho penal mínimo asume como única justificación del derecho penal su papel de ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: no, entonces, genéricamente la defensa social, sino la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal, el condenado.

De aquí el nexo que une el modelo de justificación del derecho penal mínimo —como justificación sólo *a posteriori*, es decir, respecto de la efectiva capacidad del derecho de minimizar no sólo la violencia de los delitos sino también la de las penas— con el garantismo. Las garantías penales y procesales, en efecto, no son sino las técnicas dirigidas a minimizar la violencia y la potestad punitiva: es decir, a reducir en lo posible los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la afflictividad de las penas.

## Cuestión criminal y cuestión penal en la actualidad

Si ahora examinamos nuestro derecho penal, debemos constatar que él se encuentra bien lejos de un tal modelo de justificación, precisamente el del derecho penal mínimo. Y lo está hoy más que nunca, después del desarrollo en los últimos veinte años, de dos fenómenos convergentes: la transformación tanto de la cuestión criminal como de la cuestión penal.

Ha cambiado ante todo la cuestión criminal. En efecto, es de estos años el desarrollo de una criminalidad nueva, de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil: la criminalidad del poder, en la doble forma de los poderes criminales; es decir, de la criminalidad organizada de la mafia y de la *camorra*, pero también los crímenes del poder, desde los atentados hasta las intenciones de golpes de Estado, desde las tramas de los poderes invisibles hasta la gran corrupción organizada. Se trata de una criminalidad relativamente nueva, que es tal vez el signo más perverso de la crisis profunda por la que ha atravesado en estos años nuestro sistema político. En un doble sentido: ante todo en el sentido en que esta nueva criminalidad es —directamente en lo concerniente a los delitos de los titulares de los poderes públicos, indirectamente en lo relacionado con los poderes criminales— el producto de una degeneración de la política; en otro sentido, evidenciado tantas veces, pero más recientemente por Rossana Rossanda, por la incapacidad del sistema político de afrontarla con los instrumentos de la política, de tal manera que sólo el derecho penal ha estado interesado, con el inevitable efecto de una acentuación del rol político de la jurisdicción penal.

Pero ha cambiado simultáneamente la cuestión penal. Si ha crecido la criminalidad del poder, no ha crecido para nada, sino al contrario disminuido —al menos para los delitos más graves, como aquellos contra la integridad personal (homicidios, lesiones, violencia sexual)— la criminalidad tradicional de los sujetos marginados. Y sin embargo, no obstante la reforma carcelaria de 1975 y la ley *Gozzini* de 1986, ha aumentado enormemente en estos años el número de detenidos, que en los años noventas se ha casi duplicado en relación con el de hace veinte años, sin que haya habido cambio alguno de la calidad de la población carcelaria, conformada principalmente por sujetos débiles



y marginados —toxicodependientes (en un tercio) y emigrantes (en un cuarto)— condenados por hechos de microcriminalidad. En fin, contemporáneamente ha aumentado, con motivo de la inflación de la legislación penal, el número de procesos, que se cuentan hoy en millones cada año y que sin embargo terminan en un montón de absoluciones, preclusiones, suspensiones condicionales de las penas y similares.

Tenemos de este modo, en Italia, la convivencia de tres derechos penales: el de las grandes investigaciones sobre la mafia y la corrupción, sin duda el más conforme, más allá del sacrificio de las garantías, con la finalidad propia del derecho penal de prevención de los delitos; el derecho penal, que llamaré “burocrático”, que se manifiesta en un trabajo tan inútil —o aún dañoso— como ineficiente y dispendioso, y que corresponde al grueso de la justicia penal; en fin, el de la represión efectiva, manifestado principalmente en la reclusión carcelaria, aunque para delitos no graves, de sujetos débiles y marginados. La cárcel —fuera de la espectacularidad de los grandes procesos y de la enorme cantidad de sujetos involucrados en la justicia penal— en resumen, sigue siendo un instrumento de control y de represión social reservado a los sujetos marginados. Tóxico-dependientes, emigrantes y jóvenes subproletarios son en cantidad creciente los destinatarios principales, con motivo del aumento del desempleo y la pobreza, de la crisis simultánea del Estado social y de sus prestaciones asistenciales, y por otro lado de las crecientes presiones represivas que animan a la opinión pública, movilizándola contra los sujetos débiles y diferentes. Contra ellos la justicia penal es extraordinariamente rápida y “eficiente”. También porque el clima de emergencia en el que vivimos desde hace más de veinte años, junto con el consenso adquirido por la judicatura en las investigaciones contra la gran criminalidad, extendido de hecho a todas sus actuaciones, han legitimado en estos años la pérdida de todas las garantías, ante todo las de la defensa, y han avalado, sobre todo frente a la microcriminalidad marginada, prácticas sumarias y veloces.

De allí ha resultado una desproporción enorme entre la carga de sufrimientos ocasionados con la cárcel y la poca relevancia social de los delitos castigados con la detención preventiva y, por otro lado, entre la gravedad de las ofensas ocasionadas por la criminalidad del

poder y la tan enorme como inútil mole de procesos generados por la inflación de la legislación penal. Dos desproporciones que representan una clamorosa confirmación del nexo señalado, asegurado por el paradigma del derecho penal mínimo, entre eficiencia y garantismo: es decir, entre el papel de defensa social del derecho penal y la reducción tanto de la esfera de los bienes merecedores de tutela penal como del grado de aflicción de las penas.

De aquí la necesidad de un replanteamiento de todo el derecho penal: tanto del sistema de los delitos como del sistema de las penas. Veinte años de legislación de emergencia, de inflación penal y del progresivo decaimiento del sistema de las garantías han producido una pérdida de legitimación de la justicia penal que es sólo contingentemente cubierta por la legitimación falseada, proveniente del consenso popular frente a las grandes investigaciones. De aquí sobretodo, la necesidad y urgencia de que se abra finalmente —después de años de leyes excepcionales, de conflictos y choques institucionales, de tensiones políticas, de incomprensiones y el corporativismo del mundo de la justicia— un período de reformas capaces de refundar sobre bases racionales y garantistas el derecho penal.

La justificación del derecho penal exigido por el modelo ilustrado aquí de derecho penal mínimo, es decir, la respuesta positiva a la clásica pregunta “si, y para qué castigar”, depende, en efecto, de la respuesta racional que nuestro sistema político esté en capacidad de dar a otras dos preguntas: qué y cómo castigar. Dos cuestiones relacionadas respectivamente con los objetivos justificadores del derecho penal —las ofensas por prevenir y las reacciones a las ofensas por minimizar— y que imponen hoy una doble estrategia reformadora: una drástica despenalización de los delitos, con la consecuente supresión de las penas, una drástica desprisonalización, es decir, la limitación de la cárcel solamente para las ofensas más graves e intolerables contra los derechos fundamentales.

### **Qué castigar: la despenalización**

Empezaré por la primera cuestión, “qué castigar” y por el tema de la despenalización. Me limitaré a dos observaciones, ambas banales. La primera relacionada con el nexo entre derecho penal mínimo

y eficiencia, entre garantismo y rol de defensa social del derecho penal. Es claro que nuestra maquinaria judicial podrá afrontar con mucha mayor eficiencia y con mucho mayor respeto de las garantías las ofensas más graves provenientes de la potente y gran criminalidad, entre más sea reducido al mínimo, dirigiéndose exclusivamente a los delitos más graves. La segunda observación se relaciona con el nexo entre derecho penal mínimo y credibilidad del derecho penal. La incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generadas por la inflación legislativa, en efecto han eclipsado los confines entre esfera del ilícito penal y esfera del ilícito administrativo e incluso de lo lícito, transformando el derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, sustrayéndole su función simbólica de intervención extrema contra las ofensas más graves y ofreciendo por ello el mejor terreno de cultura a la corrupción y al arbitrio.

Una despenalización sería debería por ello apuntar, antes que la reducción de la tutela penal sólo para los bienes que consideramos fundamentales, a la reducción de la esfera de los bienes que nos podemos permitir considerar fundamentales sólo a las ofensas, que de manera real, consideramos pueden ser juzgadas decentemente por nuestro sistema judicial, aunque reforzado en sus medios y estructuras. En esta perspectiva serían despenalizados, además de los innumerables delitos bagatelares, todas las contravenciones y todos los hechos castigados con penas pecuniarias, salvo que se considere, por su gravedad —pensamos en las violaciones en el ámbito de la seguridad del trabajo o del medio ambiente— necesario castigarlos más seriamente como delitos de peligro. Pero me doy cuenta que todo esto requiere una más amplia argumentación. Lo que es cierto, es que habría que reescribir la tabla completa de los bienes penalmente protegidos, relacionados por el código fascista y enormemente ampliada por el legislador republicano.

### **Cómo castigar: la desprisonalización**

Mucho más relevante es la segunda cuestión —cómo castigar— y el tema ligado a ella, la desprisonalización.

Creo que los tiempos han madurado para poner en discusión la

centralidad de la cárcel como pena principal en nuestro sistema penal. La cárcel, como sabemos, ha sido una invención moderna: una gran conquista buscada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota pública y otros horrores del derecho penal premoderno. Con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuró como pena igualitaria, legalmente predeterminada, susceptible de medición y cálculo: privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación con la gravedad —en abstracto y en concreto— de los delitos castigados. Pero el grado de civilización de un país, advertía Montesquieu, se mide y progresa según la benignidad de sus penas. Es posible, entonces, dar hoy, a una distancia de dos siglos, un nuevo salto de civilización: destronar la reclusión carcelaria de su rol de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado.

Es necesario reconocer, por otro lado, que la cárcel ha sido siempre, en sentido contrario a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ella ha conservado múltiples elementos de aflicción corporal, manifestada en las formas de vida y de tratamiento, y diferenciadas de las penas corporales antiguas sólo en cuanto no se concentran en el tiempo, sino que se prolongan por toda la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria agrega la aflicción psicológica: la soledad, el sometimiento disciplinario, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y por tanto de identidad, además de la aflicción específica ligada a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigida a doblegar y transformar al prisionero. De hecho, en consecuencia, la reclusión posee un contenido aflictivo que va mucho más allá de la privación de la libertad personal, resultando afectada la mayor parte de los otros derechos vitales de la persona.

Tanto las aflicciones físicas como las psíquicas, en fin, le quitan a la pena carcelaria sus caracteres de igualdad, de tipicidad, de legalidad y de jurisdiccionalidad. “El gran principio que debe regular el uso de

esta especie de pena es que la ley debe determinar la duración y el objeto de la pena”, escribía Filangieri hace dos siglos; y agregaba: “[...] en el estado actual de las cosas ordinariamente el juez es quien fija la primera y un verdugo el segundo”. Obviamente después de dos siglos han mejorado las condiciones de las cárceles: pero no ha cambiado, sino, por el contrario, agravado, la atipicidad e imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Estos contenidos varían profundamente según la clase de detenido, de la discrecionalidad de las autoridades carcelarias, pero sobre todo de las condiciones de vida en los diferentes establecimientos carcelarios, y confieren por tanto a la pena detentiva, en contraposición a la proclamada certeza e igualdad, un carácter sustancialmente arbitrario y desigual: Rebibbia y San Vittore, Poggioreale y Volterra, Ucciardone y Regina Coeli, equivalen cada una a un régimen carcelario diferente. Sin contar las diferenciación de la pena introducida en Italia, como en todos los países avanzados, con la señal de su programática transformación en “tratamiento” individualizado y personalizado sobre la base de la “observación científica de la personalidad” del detenido y de sus “carencias fisio-psíquicas”—según el lenguaje del siglo XVIII y paleopositivista de la ley de 1975— dirigido a corregir al detenido, a transformarlo y a readaptarlo forzando su libertad interior.

La cárcel es entonces una institución al mismo tiempo iliberal, desigual, atípica, al menos en parte, extralegal y extrajudicial, lesiva de la dignidad de la persona, penosa e inútilmente aflictiva. Nacida del proyecto iluminista de mitigación y de racionalización de las penas, ella no parece a su vez idónea —porque no es pertinente o porque es innecesaria— para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: no la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas desde siempre a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; no la prevención de las venganzas privadas ni de las penas informales, satisfecha en las sociedades modernas por los medios de comunicación mucho más que por la expiación de la cárcel, por la publicidad del proceso y por el carácter simbólico y estigmatizante de las condenas. De esta institución, cada vez más pobre de sentido, de esta “máquina enloquecida” como la ha llamado Manuzzi, que produce un costo de sufrimientos no compensado por ventajas apreciables para

ninguno, resulta por ello justificado en una perspectiva de largo plazo, su superación: lo cual no significa —para evitar equívocos— superación de la pena, que equivaldría de hecho, más allá de las ilusiones de sus partidarios, a un sistema de derecho penal máximo, salvaje y/o disciplinario.

Mientras tanto, en espera de los largos tiempos en los cuales está destinada a madurar la abolición de la pena detentiva, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria a corto plazo su drástica reducción, a través, por un lado, de la restricción de su duración, y por otro, de la disminución de sus posibilidades de aplicación, sustituyéndola en muchos casos por medio de un amplio abanico de penas, aunque limitativas de la libertad pero no segregativas.

La reducción cuantitativa de la duración de las penas significa ante todo la supresión de la cadena perpetua, y en segundo lugar una drástica reducción del límite máximo de la reclusión: límite que, como he sostenido muchas veces, no debiera superar los quince años, como lo es en Dinamarca y en Alemania, y sobre todo, como lo es también potencialmente en Italia, cuando se concedan los beneficios discrecionales previstos por la ley ‘Gozzini’.

Se trata del objetivo reformador seguramente más importante. El argumento principal de las sentencias de la Corte Constitucional números 264 de 1974 y 274 de 1983 para mantener la cadena perpetua —e indirectamente el límite de 30 años de la reclusión— consiste de hecho, en que gracias a los beneficios previstos en la reforma penitenciaria de 1975 y luego en la ley ‘Gozzini’, la duración máxima de dichas penas, puede bajar en la práctica a 20 e incluso a 15 años: la pena perpetua —se dijo en sustancia— es legítima porque de hecho no es perpetua. El resultado de la introducción de los beneficios y por tanto de la flexibilidad de la pena, ha sido así el de legitimar teóricamente el mantenimiento de penas elevadísimas, y prácticamente la aplicación de penas más severas en previsión de su reducción en la fase de ejecución.

Por otro lado, la introducción de los beneficios ha estado siempre a su vez justificada, también por quien no comparte las ideologías correccionalistas en que se inspiraron, por el hecho de que una persona, a distancia de decenios de la condena, es de todas formas diferente a la que fue condenada: en otras palabras, como un remedio a la exce-

siva duración de las penas. Existe, en sustancia, un círculo vicioso y perverso en las argumentaciones con las cuales la flexibilidad de las penas y su larga duración se legitiman recíprocamente.

Debemos entonces preguntarnos si no es el caso de romper este círculo vicioso. La reforma carcelaria de 1975 y luego la ley ‘Gozzini’ de 1986 fueron saludadas como conquistas de civilización pues servían para mitigar y humanizar las penas en cumplimiento del artículo 27 de la Constitución. Por años, en el clima de emergencia que ha pesado continuamente en la política penal de nuestro país, una reducción legislativa de las penas ha parecido irrealista y por tanto se ha escogido la vía compromisoria de una posible atenuación en fase de ejecución: con el resultado, agravado por las reducciones de penas introducidas con la institución de la negociación, de una separación estructural entre pena legislativa, pena judicial y pena carcelaria concretamente ejecutada.

Después de veinte años de flexibilidad en el que se ha visto duplicar la población carcelaria, me pregunto si finalmente, antes que defender la enmienda al defecto de la larga duración de las penas, no haya llegado el momento de eliminar el defecto, con todos los costos que ello comporta: la incertidumbre de la pena; su desigualdad; la falta de correspondencia entre pena legislativa, pena irrogada y pena ejecutada, que es además la sustancia del principio de legalidad de las penas; el arbitrio extralegal y extrajudicial a la cual resulta confiada la concreta dosimetría de la pena; en fin, el menoscabo de la libertad interior del detenido, violatorio del primer principio del liberalismo: el derecho de cada uno de ser y de permanecer como es, y por tanto la prohibición para el Estado de entrometerse en la personalidad psíquica del ciudadano y de transformarlo moralmente mediante medidas premiales o punitivas irrogadas por lo que él es, antes que por lo que él hace.

El segundo objetivo de una política de desprisonalización es el de la limitación de la cárcel sólo para los delitos más graves y la previsión para el resto, ante todo para los patrimoniales, de una lista más amplia de penas: limitativas de la libertad o de otros derechos pero no consistentes en la segregación, es decir, en la privación integral de la libertad personal, que deposita cuerpo y alma en una institución total y es por tanto una mezcla de pena corporal y de pena disciplinaria.

Los tipos de pena que pueden ser hipotizados como alternativa a

la detención son numerosos y variados, pudiendo tener por objeto facultades singulares incluidas en la libertad personal, o bien derechos diversos y menos extendidos: como muchas de las actuales medidas alternativas, desde la vigilancia especial hasta la semilibertad y el sometimiento a prueba, que privan sólo parcialmente de la libertad personal y que deberían convertirse en penas directamente previstas por la ley e irrogada por el juez antes que discrecionalmente negociadas en sustitución de la cárcel en la fase de ejecución; o los arrestos domiciliarios, la residencia obligatoria o la prohibición de residencia, los cuales privan de la libertad de circulación; o penas patrimoniales como el decomiso de los instrumentos del delito, por ejemplo del vehículo en los delitos cometidos con él; o, en fin, las penas interdictivas que deberían pasar de penas accesorias a penas principales, las cuales privan o restringen determinadas facultades de las que ha abusado el implicado: el retiro de la licencia de conducción, la revocatoria de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales, la interdicción de cargos públicos, etcétera.

Es además evidente que los enormes gastos representados en el sostenimiento de la población carcelaria actual podrían destinarse a mejorar las condiciones de vida y de sociabilidad al interior de las cárceles y a fomentar las relaciones de los detenidos con el mundo externo, tal como lo prevé la primera parte del párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución.

## **Recodificación penal y cláusula de reserva**

Despenalización y desprisonalización representan evidentemente un compromiso reformador en capacidad de concebir, a una distancia de sesenta años del Código Rocco, un nuevo código penal.

En los últimos veinte años nuestra política criminal ha sido siempre una política de emergencia, sin asesoramiento de un diseño teórico, privada de toda dimensión axiológica, cuyo resultado ha sido un derecho penal máximo, al mismo tiempo inflacionario e ineficaz y una justicia que de hecho golpea preponderantemente la pequeña delincuencia. Una política caracterizada en todos los niveles por una fuga de las responsabilidades, expresada en un conjunto de representaciones en cadena. La doctrina penal parece haber renunciado al papel



crítico y propositivo que la caracterizó en los orígenes iluministas y se conforma en la actualidad con contemplar la legislación existente, a nombre de un malentendido juspositivismo. La legislación, privada de respaldo axiológico y confiada únicamente a la política coyuntural, a su vez ha renunciado a la tarea de escoger los bienes fundamentales merecedores de tutela penal, descargando sobre la jurisdicción funciones de control sobre las infracciones más dispares, incluidas las que deberían someterse a los controles políticos y administrativos. La jurisdicción, en fin, ha delegado a su vez la determinación concreta de la pena para la fase de ejecución, confiándole la función de adecuar el contenido y la duración a la improbable valoración de la personalidad del condenado y, de hecho, a las contingentes exigencias administrativas de la cárcel.

Es significativo además, que en medio siglo de historia republicana las únicas reformas hechas hayan sido la penitenciaria y la procedimental, y que el problema de la inflación de los delitos y del exceso de las penas haya estado siempre rodeado de correctivos extrapenales, como la negociación en la fase judicial o las medidas alternativas en la fase de ejecución: como si el derecho penal —es decir el sistema de delitos y penas— fuese una especie de fenómeno natural y todo replanteamiento hubiese precluido cual espejismo utópico.

Hoy es posible abrir un período reformador, metiéndole mano a una reforma del código penal, orientada a la minimización y a la racionalización del derecho penal como condiciones, simultáneamente, de eficiencia y garantismo. Sin embargo, considero, ni siquiera una seria reforma de los códigos será suficiente para superar la crisis que afecta irreversiblemente hoy al derecho penal. Lo demuestra la breve y desoladora historia del nuevo Código de Procedimientos Penales, en vigencia desde hace sólo cuatro años, pero desarticulado por el decreto 'Martelli' en 1992, con la primera y además previsible reagudización de la emergencia mafiosa.

Por esto quisiera concluir presentando una última propuesta, sobre la cual he insistido muchas veces y deseo repetir hasta el cansancio, siempre que tenga oportunidad de hablar y de escribir sobre derecho penal: la introducción en la Constitución de una *reserva reforzada de código* contra las intervenciones de excepción y de ocasión por parte del legislador ordinario.

Las reformas de los códigos están destinadas a fracasar, como un inútil trabajo de Sísifo, si no van acompañadas de esta nueva y específica garantía: una metagarantía, por así decirlo, dirigida a proteger las mismas garantías penales y procesales frente a la legislación de excepción, y al mismo tiempo, a poner freno a la inflación penal que hoy ha hecho regresar al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, no diferente a la premoderna, en la que el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias y el predominio de la práctica, habían generado en la cultura iluminista la exigencia del código, como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos, en defensa de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces. Hoy —después de la declaración de bancarrota del derecho penal que ha sido la sentencia de la Corte Constitucional N° 364 de 1988 que archivó como irrealista el clásico principio penal de la exculpabilidad por *ignorantia legis*— aquella exigencia se volvió, como entonces, igualmente urgente. Es un imperativo pues, la cláusula de reserva, contra la incertidumbre del derecho generada ahora no sólo por “[...] aquella *juris prudentia* o “sabiduría de los jueces desordenados” de la que hablaba Thomas Hobbes (*Leviathan*, xxvi) hace tres siglos, sino por la misma legislación, no menos inflacionaria, incoherente y ‘desordenada’.

Esta cláusula de reserva debería implicar que todas las normas sobre delitos, penas y procedimientos deben estar contenidas en los códigos penales sustantivo y procesal y que no puedan ser introducidas sino mediante una reforma aprobada por procedimiento legislativo calificado. Se trata de una medida indispensable para retornarle credibilidad al derecho penal y para restituirle a su naturaleza de *extrema ratio*. Por más compleja y voluminosa que fuese una nueva codificación orientada por el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, lo sería mucho menos que el actual cúmulo de leyes especiales; para que por lo menos la prohibición de legislar en materia penal y procesal obligue al legislador a hacerse cargo siempre de la unidad y coherencia del conjunto. Por lo demás, si es cierto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos ello tiene una relevancia *cuasi*-constitucional, y no sería admisible que se le deje cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y al sobrevenir de cada vez nuevas emergencias.

## La ética de la jurisdicción penal\*

(*Apuntes para una definición de la deontología de los magistrados*)<sup>1</sup>

### La separación entre derecho y moral

Los fundamentos de la deontología del juez y de la ética de la jurisdicción penal descansan, a mi parecer y aparentemente en forma paradójica, en el rasgo característico del Estado de derecho, que se expresa frecuentemente en la filosofía jurídica con la tesis de la moderna “separación entre derecho y moral”.

¿Qué quiere decir “separación entre derecho y moral”? Ciertamente no es que el derecho y la jurisdicción no tengan o no deban tener contenidos morales o que en ellos no intervengan inevitablemente juicios morales. Podemos distinguir, analíticamente, dos significados conexos al nacimiento del Estado de derecho y al proceso de laicización y secularización del derecho moderno, de los cuales deriva un conjunto de corolarios que expresan otros tantos valores ético-políticos: los valores o, si se quiere, la específica ética del Estado de derecho.

En un primer significado, de carácter asertivo, la tesis de la separación significa simplemente que una cosa es el derecho y otra la moral; que la validez de una norma jurídica no depende de su justicia intrínseca, sino únicamente de sus formas de producción, esto es, del acatamiento de otras normas del ordenamiento que regulan su formación. *Auctoritas, non veritas facit legem*, proclama Thomas Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un ciudadano*,<sup>2</sup> en contraposición a la tesis de la primacía de las

---

\* Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

<sup>1</sup> Informe del congreso sobre “Ética y deontología judicial” que se llevó a cabo en Roma del 14 al 16 de enero de 1999 en la *Accademia dei Lincei*.

<sup>2</sup> La formulación latina de la máxima “*doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem*” se encuentra en realidad en T. Hobbes, *Leviathan*, (1651) trad. latina (1670) en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, edición de W. Molesworth,

“leyes de la razón” sostenida por sir Edward Coke y que se expresa con la máxima opuesta *veritas, non auctoritas facit legem*. Ésta puede parecer una tesis autoritaria y moralmente contra-intuitiva. Pero en lugar de esto, como escribió Herbert L. A. Hart, ésta no es más que el significado del positivismo jurídico,<sup>3</sup> de manera opuesta a la tesis inversa que bien puede ser considerada el significado del iusnaturalismo. Y equivale a un principio meta-ético y meta-jurídico: por un lado la autonomía de la moral del derecho positivo y, por otro, la sujeción a la ley de cualquier poder, es decir el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y fundamento de la legitimidad de todo poder, y antes que de ningún otro, del poder judicial. A su vez, el principio de legalidad y de la sujeción del juez a la ley, expresa los dos valores ético-políticos fundamentales de la jurisdicción en el Estado de derecho y en la democracia política. Es, antes que nada, el fundamento de la certeza del derecho, pues las normas jurídicas no son aquellas consideradas en su momento justas por la conciencia y el sentido moral del juez (lo que querría decir de su arbitraria autoridad según el modelo del juez de cadí), sino aquellas preestablecidas por las leyes y de las cuales el juez sólo debe comprobar las violaciones según la fórmula inversa a aquella que marca la legislación: *veritas, non auctoritas facit iudicium*. En segundo lugar, es el fundamento —en los ordenamientos que dejan la producción legislativa en manos de órganos políticamente representativos— de naturaleza democrática de las fuentes del derecho: el derecho no es lo que parece justo a la subjetividad de cada juez, sino lo que ha sido convenido y preestablecido por el parlamento como órgano representativo de la soberanía popular.

Existe además un segundo significado —de carácter prescriptivo y por tanto inmediatamente ético o axiológico— de la tesis de la separación entre derecho y moral, independiente del primero aunque conexo a éste por el común modelo ilustrado: el derecho, y en particular el derecho penal, no sólo no es, sino ni siquiera debe coincidir con la

---

[1839-1845], Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202. Pero es retomada por Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra* (1681), en *Obra política*, edición de N. Bobbio, Turín, 1959, I, 397: “No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea la ley” (“*It is not wisdom, but authority that makes a law*”).

<sup>3</sup> H. L. A. Hart, *El positivismo e la separazione fra diritto e morale* (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, edición de V. Frosini, Milán, 1964, 105-166.

moral. Ésta también puede parecer una tesis moralmente contraria a la intuición; pero en realidad es una tesis que limita y minimiza el papel y el ámbito del derecho penal. Con base en ella, el derecho penal no debe ser un instrumento de afirmación o fortalecimiento de la moral. El derecho penal tiene una finalidad más restringida, pero muy importante. No sirve para impedir pecados, sino acciones que lesionen a terceros. Por tanto, si se justifica la tipificación de un hecho como delito no basta que éste sea deplorable como pecado, sino es necesario también que produzca daños o ponga en peligro a otros. Si la tesis de la separación en sentido asertivo representa el fundamento del Estado de derecho y del positivismo jurídico, la tesis de la separación en sentido prescriptivo es el fundamento del liberalismo y, como fundamento del principio de lesividad, del utilitarismo jurídico. La valoración de un comportamiento como inmoral no justifica, con base en esta segunda acepción de la separación entre derecho y moral, la pena. Al contrario, esta segunda tesis equivale a un principio general de tolerancia, aun cuando una conducta haya sido considerada —razonablemente o en forma injusta— inmoral, no produce daños a terceros o produce daños que la intervención penal no puede prevenir: como en el caso de la herejía, los delitos de opinión, el intento de suicidio, la evasión, la homosexualidad, el aborto, el adulterio, el uso personal de droga y conductas similares. Además, las sentencias no son veredictos morales, sino asignaciones de responsabilidad. A través de ellas se juzgan los hechos, no la identidad, y se castiga por la forma en que se actúa y no por la forma como se es.

Pues bien, lo que intento sostener es la tesis, aparentemente paradójica, de que la ética del juicio penal y la moral profesional de los jueces y de los ministerios públicos, tienen su origen por completo en estas dos tesis —una meta-ética y la otra ética— de la separación laica entre derecho y moral, que son la base tanto del garantismo como del respeto a la persona en la forma de ejercicio del poder —que de otra forma sería “terrible” y “odiosa”, como escribió Montesquieu a Condorcet— constituida por la jurisdicción.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> “*La puissance de juger, si terrible parmi les hommes*” (Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois* [1748], en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París 1951, vol. II, XI, 6, 389); “*Le despotisme des tribunaux est le plus odieux de tous*” (M. Condorcet, *Idées sur le despotisme* [1789], en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, tomo IX, 155.

De esto derivan cuatro tipos de implicaciones éticas o deontológicas: la primera, de carácter general, concierne a la ética del juicio como juicio sobre hechos y no sobre personas, y al mismo tiempo como comprensión equitativa de sus circunstancias concretas; la segunda y la tercera atañen a la ética de la búsqueda de la verdad procesal fáctica y a los principios de honestidad intelectual que deben dirigir el razonamiento probatorio, así como cualquier forma de conocimiento empírico, y la cuarta tiene que ver con la ética de la interpretación de la ley en ordenamientos dotados de constitución. Se trata de cuatro reglas tan esenciales como frecuentemente olvidadas, o peor aún, ignoradas por la cultura común de los jueces, al punto de que no hay huella de ellas en ninguno de los códigos éticos de los magistrados aprobados en estos años y que se limitan a pocas reglas de urbanidad y buenas maneras institucionales de los magistrados en sociedad, tan banales como obvias y dadas por descontadas.<sup>5</sup>

### ***Nolite iudicare*: juicios sobre hechos y no sobre personas.**

#### **La equidad**

Comencemos por el primer orden de implicaciones, relativo a la separación en sentido asertivo y meta-ético entre derecho y moral.

Esta separación, se ha dicho, no es sino el efecto —la otra cara, por decirlo así— del principio de estricta legalidad penal y de la sujeción del juez a la ley como criterio de identificación de lo que es delito. De ésta deriva el carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción. Incluso se puede afirmar que gracias a este principio las decisiones judiciales, y en particular las sentencias penales, son las únicas decisiones cuya validez jurídica y legitimación ético-política dependen de su verdad, y precisamente de la motivación como “verdaderas” de las tesis que afirman o niegan la responsabilidad de un sujeto conforme a lo que la ley califica como delito. Las otras decisiones jurídicas

---

<sup>5</sup> Me refiero a los códigos éticos aprobados en 1994 por las diversas magistraturas: al Código Ético de los Magistrados Ordinarios, aprobado el 7 de mayo de 1994 por el Comité Directivo Central de la Asociación Nacional de Magistrados; al Código Ético de los Magistrados Administrativos aprobado el 3 de mayo de 1994 por el Comité directivo de su Asociación nacional y al Código Ético de los Magistrados del Consejo de Estado, aprobado el 28 de abril de 1994 por la asamblea general de su Asociación.

—las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados— son actos exclusivamente preceptivos —ni verdaderos ni falsos— cuya validez jurídica depende sólo del respeto a los procedimientos previstos por las normas para su producción y cuya legitimación política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la pública, de su oportunidad y adherencia a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, gracias a la taxativa predeterminación por parte de la ley, de los hechos que éstas deben comprobar como sus presupuestos, son actos fundados en argumentos cognitivos de hecho y reconocitivos en derecho, cuya verdad, incluso en el sentido relativo y aproximativo que más adelante precisaré, representa la única fuente de su legitimación jurídica y ética.

De esto deriva una primera regla deontológica que el principio de estricta legalidad impone a la jurisdicción penal y que al mismo tiempo es la primera garantía del ciudadano contra el arbitrio judicial: el juez no es llamado a juzgar la moralidad de los reos, sino solamente a comprobar los hechos empíricos por ellos cometidos y previstos por la ley como delitos. Es esta particularidad (al menos tendencialmente) cognitiva la que distingue lo que Beccaria llamó el “proceso informativo”, en el que el juez es “un indiferente buscador de la verdad”, de lo que denominó el “proceso ofensivo” propio del modelo inquisitivo, en el cual “el juez se convierte en enemigo del reo”, aspira a arrancar de cualquier modo la confesión y “no busca la verdad del hecho, sino que busca el delito en el prisionero, lo insidia y cree que pierde si no lo logra y que falta al respeto a la infalibilidad que el hombre se atribuye en todas las cosas.”<sup>6</sup>

Precisamente porque funda el juicio penal en la comprobación como verdaderos o como falsos de los hechos juzgados, el modelo garantista excluye —o al menos tiende a excluir— cualquier valoración moral o política de la subjetividad del reo. Sobre la base de este modelo, el derecho penaliza acciones y no autores, hechos y no sujetos, comportamientos y no identidades. Y el juez no debe indagar en el alma del imputado, sino solamente pronunciarse sobre la veracidad de los hechos que se le imputan. Gracias al principio de legalidad se puede, en resumidas cuentas,

---

<sup>6</sup> *Dei delitti e delle pene* (ed. de Livorno de 1776), edición de F. Venturi, Turín, 1981, xvii, 45-46.

juzgar y castigar por lo que se ha hecho y no por lo que se es. Al menos porque sólo los hechos, y no la moralidad o el carácter u otros aspectos sustanciales de la personalidad del reo, son susceptibles de prueba de refutación empírica y, consecuentemente, de juicio.

En este sentido el modelo garantista comparte con la ética cristiana la máxima *nolite iudicare*, al menos si por “juzgar” se entiende el juicio sobre la identidad inmoral o malvada del sujeto y no la comprobación y la calificación jurídica del hecho cometido por éste y previsto en la ley como delito. Agregando una específica connotación ética de tipo laico, la incuestionabilidad jurídica y moral de las conciencias proviene del principio de estricta legalidad: de la igual dignidad de las personas reconocida tanto a los reos como a los que no lo son, del respeto debido a su identidad por malvada que sea, así como del derecho de cada uno a ser como es. Por esto las garantías penales y procesales son al mismo tiempo garantías de verdad y garantías de libertad y dignidad de la persona. Es más, estas son garantías de libertad y de respeto de la persona en la misma medida en que son garantías de verdad; en la medida como, en otras palabras, la epistemología garantista otorga iguales valores a todos los seres humanos como personas y por tanto excluye, en el ámbito legal y en el judicial, valoraciones que tengan que ver con el carácter del reo, con su moralidad, con su arrepentimiento o actitudes similares, que pertenecen más bien a la epistemología inquisitoria.

Todo esto no excluye que valoraciones justas de las particularidades específicas y singulares de los hechos juzgados existan necesariamente en cualquier juicio; pero no es éste el lugar para un análisis de las relaciones entre legalidad y equidad en el juicio penal.<sup>7</sup> Me limitaré a señalar un error epistemológico que tradicionalmente ha pesado sobre la concepción de equidad, que tiende a configurarla, de Aristóteles hasta nuestros días, como derogación de la ley, como su excepción, corrección o la mitigación de su dureza, entre otras. Por el contrario, la dimensión equitativa pertenece inevitable y fisiológicamente a cada juicio penal, consistiendo también ésta en una actividad cognitiva: en

---

<sup>7</sup> Remito, para una reformulación teórica de la relación entre legalidad y equidad, a mi obra *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 5ª ed., Bari-Milán, 1998, 135-147.



la comprensión de las particularidades específicas e irrepetibles que, más allá del juicio verdadero/falso sobre las tesis que comprueban la responsabilidad, vuelven diferente cada hecho de cualquier otro aunque todos sean subsumibles dentro de la misma especie legal (el robo de manzanas es diferente al robo de mil millones y el robo en estado de necesidad es diverso de aquel que se comete simplemente por abuso).

El juicio verdadero/falso sobre la calificación jurídica de un hecho como delito depende de la semántica del lenguaje legal, esto es, de la exacta connotación por parte de la ley de los comportamientos contemplados por ella como delitos. Pero la comprobación de la verdad procesal no termina la actividad cognitiva del juez, que requiere también la valoración equitativa de aquellas particularidades que diferencian el hecho que juzga de todos los demás señalados por la misma norma en proposiciones igualmente “verdaderas”. Es claro que la valoración de estas particularidades, que la ley no prevé ni puede prever específicamente y a las que sólo puede aludir, como en el artículo 133 del código penal,<sup>8</sup> no puede sino confiarse a la sensibilidad moral del juez y resolverse comprendiendo el contexto en el que el hecho ha ocurrido. Y es claro que esta comprensión está destinada frecuentemente a traducirse en una actitud de indulgencia en la determinación de la pena, conforme al principio *favor rei*.

## La ética en la comprobación de los hechos

Pero ¿cuáles son las condiciones que hacen a un juicio penal un proceso “informativo”, es decir “cognitivo”, dirigido a comprobar antes que nada la verdad de los hechos juzgados? Sin pretender afrontar los enormes problemas conexos al significado de “verdad procesal” y a los criterios de aceptación de una tesis judicial como “verdadera”, será suficiente mostrar, para los fines de nuestro análisis, que estas condiciones dependen completamente del sistema de las garantías penales y procesales, las cuales son garantías de verdad, más que de

---

<sup>8</sup> El artículo 133 del Código Penal italiano señala que en el ejercicio del poder discrecional que tiene el juez para aplicar la pena, éste debe tomar en cuenta la gravedad del delito teniendo en cuenta aspectos como la gravedad del daño, la intensidad del dolo, el grado de culpa, la capacidad para delinquir, etc. (N.T.)

inmunidad del ciudadano contra el arbitrio y de respeto de su identidad como “persona”.

Precisamente, podemos definir las garantías penales —y en particular el principio de estricta legalidad o taxatividad de los tipos delictivos— como las reglas que, imponiendo a la ley la exacta connotación empírica de las acciones indicadas por ella como delitos, garantizan en grado máximo, a nivel legal, la comprobación de la verdad jurídica, es decir, las condiciones de uso de los términos “verdadero” y “falso” y la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias que demuestran los hechos previstos como hipótesis con los tipos delictivos contemplados por la ley. En lugar de esto, podemos definir las garantías procesales, como aquellas que garantizan en mayor medida, a nivel jurisdiccional, la constatación de la verdad factual, es decir, la comprobación de la acusación y el intento por plantear como falsas por parte de la defensa las hipótesis acusatorias, imponiendo las condiciones de su aceptación como verdaderas: *a)* antes que nada la pluralidad de comprobaciones *per modus ponens* por las que se satisface la carga de la prueba; *b)* en segundo lugar la ausencia incluso de una contraprueba *per modus tollens* con la que se ejercita el derecho de defensa, y *c)* en tercer lugar, el desmentir las hipótesis diversas y alternativas a ellas, pero que al mismo tiempo explican el delito puesto en duda y del material probatorio reunido.<sup>9</sup>

Naturalmente la verdad procesal obtenida aún con el máximo respeto de las garantías no es ni objetiva ni cierta, sino solamente relativa y aproximativa por el carácter probabilístico de la inducción probatoria y por ende de la verdad factual, así como por el carácter opinable de la interpretación judicial y por lo tanto de la verdad jurídica. Es entonces esta doble conciencia —de la necesidad de las garantías como técnicas que aseguran máximamente la constatación de la verdad, y además de su propia insuficiencia para alcanzar la certeza objetiva de las hipótesis acusatorias— la fuente de otras dos reglas deontológicas de la ética profesional de los magistrados, que corresponden a tantas otras reglas deontológicas de cualquier actividad cognoscitiva.

La primera de estas dos reglas es la rigurosa observancia de las garantías procesales en materia probatoria como condiciones nece-

---

<sup>9</sup> Remito nuevamente a *Diritto e ragione*, cit. pp. 94-135 y 546-718.

sarias del respeto de la persona llamada a juicio —del imputado pero también de los testigos— y al mismo tiempo, como ya se ha dicho, como condiciones y garantías de la verdad. Las garantías procesales no son más que la traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos de verificación o refutación empírica: las cargas de la prueba de una hipótesis acusatoria por parte de quien acusa no son sino la carga de producir confirmaciones empíricas idóneas para sostener la comprobación como verdadera; la respuesta al imputado en forma clara y precisa de los hechos que le son atribuidos y el derecho de la defensa al contradictorio público no son sino la puesta a prueba de la misma hipótesis de acusación a través de su exposición a las refutaciones, a las contrapruebas producidas por la defensa, y, finalmente, la imparcialidad del juez respecto a las partes en conflicto, la publicidad y la oralidad del rito procesal, así como la obligación de motivar las decisiones judiciales y la pluralidad de grados de la jurisdicción, no son sino las reglas que aseguran la honestidad intelectual del juez, pero también del ministerio público, su independencia de juicio y los controles sobre sus posibles errores y abusos.

La segunda regla deontológica de la ética profesional de los magistrados penales proviene de la conciencia que debe asistirles no solo de la necesidad, sino también de la insuficiencia de las garantías que aseguran la comprobación objetiva de la verdad procesal. Ésta consiste en la negación de toda certeza y presunción de aceptación como verdadera de una hipótesis acusatoria. En cuanto necesarias para conseguir la libre convicción del juez, es decir, la incertidumbre subrogada por la certeza objetiva constituida por la certeza subjetiva, las pruebas no son nunca suficientes para “demostrar” la verdad de una hipótesis acusatoria, la cual sigue siendo una verdad hipotética y probable. Y esta conciencia es necesaria para considerar a la deontología de los jueces —pero también de los ministerios públicos— como contraria a la ilusión de poder obtener o de haber obtenido alguna vez, la verdad absoluta, debido a que la certeza objetiva y la verdad absoluta, como nos enseñó David Hume, son imposibles en materia de conocimiento empírico o factual. De manera diversa a lo que sucede con la verdad lógica, la verdad empírica —de las tesis judiciales, así como de las historiográficas y de las leyes científicas— siempre es solamente una verdad (más o menos) probable.

Insisto en esta segunda tesis, obvia y sin embargo esencial para fundar el hábito deontológico —ético e intelectual— que es la prudencia de los jueces, esto es, su *juris-prudencia*, la cual debe dejar siempre espacio a un margen de duda sobre la verdad de una hipótesis acusatoria. Si es verdad que ni siquiera en las ciencias naturales podemos hablar de certeza absoluta, la incertidumbre y la duda deben caracterizar la costumbre intelectual y moral de toda actividad de investigación empírica, incluso en mayor grado si es decisiva, como la judicial, para el destino de las personas. Recordamos siempre, para comprender la naturaleza de la verdad empírica y del razonamiento probatorio, la hipótesis escéptica formulada por Bertrand Russell que se convirtió en un *topos* clásico de la literatura epistemológica: la hipótesis, lógicamente posible y empíricamente no refutable de manera definitiva, de “que el mundo se creó hace cinco minutos y que se creó exactamente como ahora, con una población que *recuerda* un pasado del todo irreal”.<sup>10</sup> Aun cuando sea del todo inverosímil, una tesis como ésta podría ser verdadera, pues nuestro pasado es enteramente imaginario. Sólo las tesis de la lógica y de las matemáticas son “demostrables” como verdaderas.

Intento decir que una tesis empírica no puede ser comprobada nunca con absoluta certeza. Puede ser, a lo más, confirmada *per modus ponens*; es decir, a través de un razonamiento que —contrariamente al antiguo método de las pruebas legales, con las cuales se deducían las tesis acusatorias de las pruebas obtenidas— asume la tesis acusatoria como una hipótesis, esto es, como premisa de una deducción que, asociada a máximas empíricas, se concluye con las confirmaciones ofrecidas por las pruebas, de manera que no son las tesis acusatorias las que se deducen de las pruebas obtenidas, sino son las pruebas que serán deducidas y su probable confirmación, por las hipótesis de acusación, las que permanecen siempre hipotéticas.

Pues bien, la carga de la prueba no es sino la carga de producir confirmaciones, las cuales son idóneas en la medida en que son más creíbles y concordantes para sostener la hipótesis acusatoria, pero ciertamente no para demostrarla, siendo siempre compatibles con su

---

<sup>10</sup> B. Russell, *L'analisi della mente* (1921), tr. It. De J. Sanders y L. Breccia, La Spezia, 1981, p. 149.

falsedad y con reconstrucciones de hechos diferentes a las ofrecidas por ésta. Por ello el principio establecido por el párrafo 3 del artículo 192 del código de procedimientos, según el cual las declaraciones del coacusado “son valoradas junto con otros elementos de prueba que confirman su credibilidad”, enuncia en realidad un principio general de la lógica inductiva que va más allá de la valoración de las declaraciones de los arrepentidos y cubre todo el razonamiento probatorio, ya que una tesis empírica, si fuese verdadera, es siempre una verdad fecunda, ideal para producir una pluralidad de confirmaciones. Pensemos en las novelas policíacas, en las que, una vez que se descubre la verdad, ésta sirve para explicar no sólo los detalles con que se cuenta, sino también nuevos detalles ilustrados por ella o localizables con base en ella como confirmaciones ulteriores.

Un discurso opuesto vale también para la refutación. La falsedad de una tesis empírica —aunque la verdad es decir demostrable al ser siempre su negación compatible con la verdad de las pruebas obtenidas— puede ser demostrada, sobre la base de una contraprueba, *per modus tollens*: una contraprueba —por ejemplo una coartada— es incompatible con la hipótesis acusatoria o cuando menos con su confirmación, y puede por tanto, si se toma como verdadera, desmentirla directamente o debilitarla de cualquier forma rebatiendo las pruebas que la confirman. De aquí la centralidad del contradictorio en la formación de las pruebas, que no es un elemento accesorio, sino un requisito epistemológico de la prueba que refleja un principio válido en cualquier investigación empírica según el cual una tesis acusatoria, de la misma forma que cualquier otra tesis empírica, se acepta como verdadera sólo si es refutable, es decir, si las pruebas, cuya obtención es una carga para la parte acusadora, resisten las refutaciones de la defensa a las que son expuestas públicamente frente a un juez imparcial.

Es más, este principio popperiano de la refutación, si vale de la inducción científica y en la historiográfica, asume en la judicial un valor ético y epistemológico incluso más decisivo a causa de la relación de poder —asimétrico y desigual— que se establece en ella entre interrogantes e interrogados. También por esto los interrogatorios de los imputados y los testimonios obtenidos por el ministerio público en la fase de las investigaciones no pueden ser considerados pruebas, sino sólo actividades de investigación. Tan es verdad que éstos son sustraídos de las garan-

tías requeridas por el artículo 499 del Código de Procedimientos Penales para la valoración testimonial de las actuaciones con la prohibición de “preguntas que pueden afectar la sinceridad”, “que tienden a sugerir las respuestas”, que no sean pertinentes, o que puedan comprometer “la autenticidad de las respuestas, la lealtad del examen y la honestidad de las contestaciones”.<sup>11</sup> Todas estas reglas, tendientes a garantizar la credibilidad de las pruebas, no valen para los actos de investigación porque éstos tienen una finalidad diversa a la de las pruebas que no tiene que ver con la comprobación de la hipótesis acusatoria, sino con obtener información y descubrir nuevas fuentes de prueba.

Es precisamente en la separación entre pruebas y actos de investigación y en el contradictorio —requerido en las primeras, pero no en los segundos— en los que reside la separación epistemológica y ética entre el proceso acusatorio —fundado en la separación del juez de la parte acusatoria y en la relación triangular entre el primero *super partes* y las dos partes en el procedimiento— y el proceso inquisitorio, basado en el papel activo del juez investigador que al mismo tiempo obtiene, forma y valora unilateralmente las pruebas.

En resumen, el esquema de la inducción probatoria tiene, dentro de las actuaciones públicas, su transposición procesal y, por decirlo así, escenifica los diversos momentos para los diversos actores y los diversos papeles que le son conferidos: la acusación, cuyo papel es producir confirmaciones idóneas para sostener —pero no para demostrar— la hipótesis acusatoria; la defensa, cuyo papel es confutar la hipótesis y producir contrapruebas idóneas, si son creíbles, para refutarla, y el juez, en posición de tercero, que obtiene del contradictorio entre las partes su libre convencimiento subjetivo como subrogado necesario de una imposible certeza objetiva. Cada uno de estos tres momentos requiere otras tantas garantías procesales: la carga de la prueba para la parte acusadora, el derecho de la defensa al contradictorio, así como a la motivación por parte del juez de la congruencia de las pruebas, de la ausencia de contrapruebas y de la no plausibilidad de hipótesis alternativas a la acusatoria y que explican lo que se prueba durante el proceso. Pero estas garantías, antes que normas jurídicas, son reglas

---

<sup>11</sup> La observación es de G. Giostra, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, en esta revista, 1999, pp. 197 y ss.

epistémicas, que tienen el valor de reglas éticas o deontológicas en cualquier actividad de investigación empírica. Desgraciadamente, por la mentalidad legalista de jueces y juristas, las reglas valen solo si están expresamente dictadas por la ley; por ello la oportunidad de su codificación, como sucedió en el ya recordado artículo 192. Pero esta codificación explícita, no añade nada a su carácter vinculante, y al contrario, puede generar el efecto perverso de acreditar la idea de que las otras reglas o garantías epistémicas no sean vinculantes porque no se encuentran previstas expresamente.

Por ello estar conscientes de la necesidad de estos tres momentos sirve para fundar la ética profesional de los jueces y de los ministerios públicos. Antes que nada porque sugieren el esquema del razonamiento probatorio y de la motivación, la cual es una garantía, por decirlo así, de segundo grado que expresa y al mismo tiempo asegura la naturaleza cognitiva en lugar de la potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y en los hechos a la prueba de la hipótesis acusatoria. La motivación de una condena debe documentar todos los argumentos inductivos sugeridos por el esquema nomológico de la inducción: la pluralidad de las confirmaciones *per modus ponens*, la ausencia de contrapruebas *per modus tollens* y la ausencia de plausibles hipótesis alternativas a la acusación y de la misma forma explicativas del material probatorio.

En segundo lugar, la articulación en estos tres momentos de la inducción probatoria y su exposición al control por el trámite de la motivación tienen el valor de una eximente entre métodos procesales opuestos y, como resultado de esto, entre deontologías profesionales opuestas: entre la que Carrara llamó “convicción autocrática”, porque se basaba en la “mera inspiración del sentimiento”, y la que llamó “convicción razonada” habiendo conseguido y expuesto las “razones” jurídicas y factuales; y por esto entre la concepción y la práctica del poder judicial como un “poder inhumano” —para seguir usando las palabras de Carrara—<sup>12</sup> es decir, como el poder puramente arbitrario (y por ende contrario a la ética del Estado de derecho), de la justicia

---

<sup>12</sup> F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, 10a. Ed., Fratelli Cammelli (1859), Florencia, 1907, Parte general, vol. II, *Introducción a la III sección*, pp. 208 y 241.

de cadí, y su fundación como “saber” también bajo el control tanto del imputado y de su defensa, como de la opinión pública.

Pero sobre todo, el valor ético-político de este esquema consiste en fundar una costumbre judicial basada en la conciencia de los límites de la comprobación factual, y por tanto sobre valor de la duda y la disponibilidad a renunciar a las propias hipótesis de frente a las contrapruebas, que además significa la disponibilidad para escuchar las razones del otro. Y en esta disponibilidad de la parte acusadora para exponerse a la refutación por parte de quien debe soportar las penosas consecuencias de la acusación que radican en el valor ético, además de epistemológico, del contradictorio público en la formación de la prueba, cuya aceptación expresa una postura de honestidad intelectual y de responsabilidad moral, alimentada por la conciencia epistemológica de la naturaleza solamente probabilística de la verdad factual, y requerida no sólo a los jueces, sino también a los ministerios públicos.

### **Cultura y prácticas inquisitorias. Las vicisitudes del artículo 513 del Código de Procedimientos Penales**

Desgraciadamente esta conciencia no es del todo difundida en la cultura de nuestros jueces, ni en el plano de los principios, ni mucho menos en la práctica judicial. Son prueba de esto las viejas y tormentosas vicisitudes del famoso artículo 513 del Código de Procedimientos Penales, a través de las cuales se cumplió completamente la parábola de la tentativa de reforma de nuestro proceso penal en sentido acusatorio: de la inicial afirmación, en la formulación originaria del artículo, de la regla del contradictorio en el interrogatorio del debate del coacusado, a la anulación del principio por la sentencia 254 de 18 de mayo de 1992, después de su reintroducción con la ley 267 del 7 de agosto de 1997, hasta su nueva cancelación con la sentencia 361 de la Corte del 2 de noviembre pasado, que ha restituido el valor de “prueba”, por medio de su lectura en el debate, de las declaraciones de los coacusados obtenidas por el ministerio y por la policía en la fase de las investigaciones o bien admitidas en otro procedimiento conexo. El resultado fue la restauración del viejo método inquisitorio del código Rocco, sin ni siquiera el “garantismo inquisitorio” del que había sido templado con las mini reformas procesales de los años setenta.



Para lograr un resultado tal —el disminuir las garantías procesales por debajo de la legislación ordinaria en vez de elevarlas, como se desearía en una jurisdicción de constitucionalidad, al nivel de los valores constitucionales— la Corte ha regresado a principios de los cuales no existe huella en la Constitución y que son en gran medida atribuibles a la epistemología inquisitoria: la “no dispersión de la prueba”, como si pudiéramos llamar “pruebas” a los actos obtenidos en secreto por una de las partes del proceso; la “función del proceso penal” como “instrumento, no disponible para las partes, destinado a la comprobación de los hechos del delito”, como si tal comprobación no debiera ser sometida a reglas y pudiéramos identificar la disponibilidad del proceso por las partes con su disponibilidad para rendir pruebas de acusación; finalmente el frecuente y abusadísimo criterio de “racionalidad” en la aplicación del principio de igualdad, esta vez referido al diverso tratamiento de las declaraciones del testigo y del coacusado, resueltas en la censura como “irracionalidades” de las decisiones políticas del legislador y en la constitucionalización de la idea que tiene la Corte del modelo inquisitorio como único modelo “racional”.

Por lo demás, esta misma idea es compartida por una gran parte de la opinión pública y de la mayoría de los magistrados, los cuales han aceptado con un coro de críticas, la propuesta planteada por un largo despliegue parlamentario para insertar en la Constitución que la Corte, justa o injustamente, ha sostenido en contraste con su texto actual: “nadie puede ser condenado con base en declaraciones obtenidas de quien se ha sustraído siempre de manera voluntaria al examen de parte del imputado o de su defensor”, que además es la sustancia del principio del contradictorio en la formación de la prueba que todos, incluida la Corte, de palabra declaran compartir, salvo cuando lo juzgan satisfecho por el derecho del acusado de hacer preguntas a su acusador, pero no a obtener respuestas.

Se ha dicho, ante todo, que la reforma propuesta soslayaría los pronunciamientos de la Corte constitucional y se ha hablado de una “bofetada a la Consulta”,<sup>13</sup> como si el Parlamento no estuviera legitimado no sólo jurídicamente, sino también políticamente para reformar la

---

<sup>13</sup> El *Palazzo della Consulta* es el inmueble que funge como sede de la Corte Constitucional italiana (N.T.)

Constitución precisamente después de las constantes interpretaciones —cuando éstas se consideran infundadas, pero aún más si se retienen fundadas— que la Corte ofrece de la Constitución. Se ha objetado que normas de carácter procesal, y en mayor medida si son demasiado detalladas, deberían figurar en el código de procedimientos en lugar de en la Constitución: como si no si hubiese visto recientemente el fin que han tenido las normas sobre el contradictorio introducidas en el código y como si, por otro lado, las garantías penales y procesales no fueran siempre —de la Constitución de los Estados Unidos y de la Declaración Francesa de 1789 a la Convención Europea de Derechos del Hombre y a todas las constituciones modernas— la materia privilegiada de las cartas constitucionales.<sup>14</sup> Se ha puesto en evidencia, con la frecuente petición de principio, que la nueva norma incidiría indebidamente sobre los criterios, competentes al juez, de valoración de las pruebas; mientras que ésta tiene que ver con su método de formación, dado que excluye que sean “pruebas”, como objetos de valoración, las declaraciones obtenidas en el contradictorio. Finalmente, se teme que, en su actual formulación, la norma propuesta podría, sobre todo en procesos de mafia o de estupro, volver irrecuperables las declaraciones obtenidas de una persona amenazada o comprada.

Esta última es, ciertamente, una preocupación seria. Por principio, el peligro mencionado debería ser excluido del hecho de que la norma limita la inutilización como pruebas de las declaraciones de quien “voluntariamente”, y por tanto sin coacción, se ha sustraído

---

<sup>14</sup> A las garantías penales y procesales están dedicadas cuatro de los dieciséis artículos de la Declaración francesa de 1789 y también cinco de las primeras diez enmiendas de la Constitución de Estados Unidos (el *Bill of Rights* de 1791), la sexta de las cuales afirma el derecho del acusado “a que se le caree con los testigos que declaren en su contra”. La misma garantía está establecida por el artículo 6, tercer párrafo, letra *d*) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que atribuye al acusado “el derecho de interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra. En lo que se refiere al pretendido carácter no “rígido” ni “detallado” de los principios constitucionales, los ejemplos contrarios podrían ser innumerables: baste recordar la *iv* enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual “no se expedirán mandamientos de ninguna clase a menos que hubiere causa probable, fundada en juramento o declaración formal que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas o cosas que hayan de ser aprehendidas”; o el artículo 13 de nuestra Constitución, que precisa finalmente el número de horas (cuarenta y ocho) previsto para la comunicación a la autoridad judicial y para la convalidación del arresto de policía.

“siempre” a los contrainterrogatorios. Pero si el “voluntariamente” no bastara, toda preocupación podría disiparse por una formulación más precisa de la norma, por ejemplo, previendo expresamente las hipótesis de la amenaza y de la corrupción con una fórmula del tipo “nadie puede ser condenado con base en declaraciones obtenidas de quien, sin haber sido obligado o sobornado, se ha sustraído siempre del examen de parte del imputado o de su defensor”. Por lo demás, nada podrá impedir al testigo o al coacusado amenazado o sobornado de retractarse en la audiencia de las declaraciones dadas al ministerio público en el secreto de las investigaciones. Al contrario, si existieran razones para temer la contaminación de futuras pruebas, podría promoverse la suposición, en el mismo curso de las investigaciones, con el incidente probatorio. Sin contar la posibilidad de limitar el arco de los imputados que, aún sin riesgos de deponer contra sí mismos, tienen hoy derecho a no responder, y además, desalentar el silencio subordinando a la concesión de los beneficios a los arrepentidos y a su leal colaboración también en debate. Y, de cualquier modo, ¿es moralmente aceptable que la condena de un ciudadano se base únicamente en las acusaciones repentinas ofrecidas en secreto por un coacusado? Si estas acusaciones son verdaderas, porque la verdad es siempre fecunda, será posible, en la fase de las investigaciones, encontrarles confirmación y pruebas idóneas para sostener y suplir adecuadamente el silencio eventual.

Detrás de esta resistencia para aceptar los principios del método acusatorio, existe evidentemente una concesión de la prueba y del juicio de tipo inquisitorio que de hecho confuta el valor epistemológico y ético del contradictorio como medida a la prueba de la acusación a través de su exposición a las refutaciones de la defensa. De esto resultan favorecidas y fortalecidas prácticas y métodos inquisitorios que se basan precisamente en este más o menos inconsciente rechazo. Existe de hecho una tentación permanente que anima más o menos conscientemente los estilos argumentativos de muchos jueces y ministerios públicos y que se expresa siempre en lo que es el trato inconfundible y falaz de la lógica inquisitoria: la petición de principio, en virtud de la cual la tesis por probar —que es sólo una hipótesis acompañada en principio de presunción de falsedad (la presunción de no culpabilidad) y que por tanto requiere ser favorecida por pruebas y expuesta a la

refutación mediante contrapruebas— es asumida de manera apodíctica como verdadera, casi como una premisa en lugar de como conclusión de la inducción probatoria. Gracias a este sofisma, que confiere al razonamiento probatorio una evolución tautológica y circular, la tesis acusatoria resulta de hecho irrefutable, funcionando como criterio de orientación de las investigaciones, como filtro selectivo de la credibilidad de las pruebas y de las contrapruebas y como llave interpretativa de toda la materia procesal.

Es de esta lógica y de esta tentación —el temor “de faltarle al respeto a la infalibilidad que el hombre se atribuye en todas las cosas” de la que habló Beccaria— que jueces y ministerios públicos deberían, antes que nada, cuidarse: de esta clase de resistencia apriorística de las hipótesis acusatorias, que no pueden ser refutadas. Se trata de un vicio que está, desgraciadamente, alimentado por la espectacularidad de los procesos y de la extraordinaria visibilidad sobre todo de los ministerios públicos. Uno de los efectos más nefastos de esta espectacularidad es que la defensa de parte de ellos de los propios compromisos acusatorios se convierte más o menos conscientemente —una vez que éstos se han vuelto de dominio público a través de avisos de garantía y de prisión preventiva— en la defensa encarnizada del propio trabajo y, con él, de su reputación. Casi como si admitir el propio error equivaliera a una descalificación profesional. Aquí nos encontramos en la forma quizá más grave de deshonestidad profesional, poco importa si no siempre conciente. Al contrario, la máxima prueba de profesionalidad, de moralidad y, digamos también, de independencia de juicio, es precisamente la capacidad de reconocer el error, de admitir que las hipótesis de acusación son siempre hipótesis, inevitablemente aproximativas, probabilísticas y en todo momento, hasta la conclusión del juicio, refutables.

### **La ética de la interpretación judicial. Garantismo, moralidad subjetiva del juez y arbitrio**

Obviamente, el paradigma cognoscitivo del juicio penal es un modelo límite, regulativo, nunca realizado plenamente y nunca plenamente realizable, a causa del carácter irreductiblemente opinable de la verdad jurídica, es decir, de la interpretación de la ley, y probabilística de la

verdad factual, esto es, de la valoración de las pruebas. Y sin embargo, como he tratado de mostrar, el grado de su realización depende del grado en el cual se satisfagan el principio de estricta legalidad penal por lo que hace a la verdad jurídica y las garantías procesales por lo que hace a la verdad factual.

Por esto, en la medida en que asociamos a este modelo un valor ético-político, la introducción y el respeto de las garantías equivalen a los principios ético-políticos que deben informar, en sus respectivas competencias, tanto la legislación como la jurisdicción. En tanto que, de hecho o de derecho, el modelo garantista no ha sido satisfecho, el poder judicial es un poder discrecional y tendencialmente arbitrario. Los espacios más o menos amplios de la discrecionalidad del juez no son otra cosa que los espacios de las decisiones que se dejan en manos de su conciencia y de su responsabilidad moral en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas y en la connotación equitativa de los hechos juzgados.

Sin embargo, las carencias de la legislación e incluso los límites epistemológicos del modelo cognitivo de la jurisdicción no exoneran al juez del deber moral de someter sus decisiones discrecionales a los criterios dictados de lo que he llamado la específica ética del Estado de derecho. Si, como se ha visto, los criterios meta-éticos y meta-jurídicos que deben guiar la discrecionalidad judicial en la comprobación de la verdad factual son, más allá de su misma formulación en explícitas normas procesales, las reglas epistémicas de la inducción y el *favor rei*, los que deben guiarla en la comprobación de la verdad jurídica son los principios constitucionales y, antes que nada, los principios de igualdad y dignidad de la persona y los derechos fundamentales. Ésta es la cuarta y última regla de la ética de la jurisdicción en el Estado constitucional de derecho: el juez tienen la obligación no sólo jurídica sino también moral, de asociar a las leyes los significados normativos que las vuelvan compatibles con los principios constitucionales y, si retiene que ninguno de tales significados es compatible con éstos, de interponer excepciones de inconstitucionalidad. La ética del juez, en lo que respecta a la interpretación de la ley, es aquella que se encuentra positivizada en la carta constitucional.

Cuando la garantía penal de la estricta legalidad sea enteramente carente, el juicio penal se convierte inevitablemente en juicio moral,

y el juicio moral en puro arbitrio. Es claro entonces que cuando el principio de estricta legalidad se viola por el legislador con tipos delictivos totalmente indeterminados —piénsese por ejemplo en el vilipendio, en los malos tratos o en los delitos asociativos, en la figura de la peligrosidad social o en delitos similares— o, incluso con una legislación pletórica, confusa y contradictoria, la actividad interpretativa del juez termina por ser una actividad creadora, que viola la división de poderes y el principio de la sujeción del juez a la ley. En este caso, faltando con la taxatividad de los tipos delictivos su verificabilidad y refutabilidad en abstracto, el poder judicial se transforma en un poder potestativo, arbitrario, de mandato, ya que la elección de las normas resulta de hecho confiada a sus opciones morales o políticas y, de cualquier modo, extra jurídicas. Podemos decir lo mismo del defecto de las garantías procesales que en concreto imponen la verificación y consienten la refutación: cuanto más carentes son las garantías de la carga de la prueba y del derecho al contradictorio, tanto más espacio se deja a la intuición del juez en torno a la verdad sustancial de los hechos por él juzgados.

Regresamos así a la tesis inicial de la separación entre derecho y moral. El juez moral por antonomasia, aquel que juzga única o prevalentemente según su conciencia, es el juez del cadí, no vinculado a la ley: su moralidad no es sino su arbitrio. El Estado de derecho es la negación de este modelo de juez. Esto puede parecer una paradoja: entre más espacio deja la legislación a la ética del juez, a sus elecciones y a su responsabilidad moral, más se reduce la legitimación ético-política del juicio, debido a que el espacio de la moral subjetiva del juez es el espacio del arbitrio y viceversa. Y este espacio es mucho más amplio, en tanto más carente, débil o de cualquier forma violado, es el sistema de las garantías penales y procesales. Ciertamente, el modelo alternativo al del juez del cadí —el modelo de Montesquieu y de Beccaria del poder judicial como poder nulo— es un modelo limitado, utópico, y no realizable plenamente. Es verdad que existen siempre en la acción de los jueces y de los ministerios públicos espacios insuprimibles de discrecionalidad: espacios fisiológicos y legítimos, como aquellos conexos a la comprensión equitativa, espacios no legítimos pero reducibles gracias a las garantías penales y procesales como las que son inherentes a la verdad jurídica y a la verdad factual. Pero lo

que importa es estar conscientes de que sólo las garantías y la cultura garantista de los magistrados pueden minimizar estos espacios y fundar la legitimidad ético-política de la jurisdicción.

Desgraciadamente, si miramos el estado de la justicia penal en Italia, debemos decir que esta legitimidad está hoy en crisis por la inflación de la legislación penal, por la pérdida de taxatividad de los tipos delictivos, por la demolición de las garantías del contradictorio, y por la prevalencia de las prácticas y cultura inquisitorias que han conducido a la desautorización de la defensa y a la marginación del papel mismo del debate público. Se trata de una crisis que puede minar principios fundamentales de nuestra democracia, como la obligatoriedad de la acción penal, la sujeción del juez a la ley, la independencia de quien actúa con facultades de fiscal y la división de poderes. Pero ciertamente no es una crisis imparable. Depende de todos nosotros —de la política, de la legislación, de la magistratura y de la cultura jurídica— que ésta sea superada a través de una refundación garantista de la legalidad penal y de las reglas del justo proceso. Y no hay una graduación de responsabilidad. Entre legislación, jurisdicción y cultura jurídica existe siempre una relación de intención que puede dar lugar a círculos viciosos o a círculos virtuosos. La cultura antigarantista de los jueces siempre se apoya ( y a su vez apoya, en especial en tiempos como los actuales) en una legislación antigarantista y en una cultura jurídica condescendiente o disminuida. Pero también es verdad lo opuesto. Si los jueces redescubrieran, con el valor de las garantías, las fuentes de su legitimación ético-política y se empeñaran primeramente en su defensa, sería mucho más fácil salir de los apuros de las miles de polémicas —entre jueces y abogados, entre magistrados y políticos, entre derecha e izquierda— que en estos años han envenenado el debate sobre la justicia y comenzar una obra de saneamiento del todo el sistema penal y procesal.

## Crisis de la legalidad y Derecho Penal mínimo\*

### ¿Qué es el Derecho Penal mínimo?

La expresión “derecho penal mínimo” se ha convertido en estos años en una fórmula trillada, tan abundante como malinterpretada y deformada. Quizá éste es el destino que, más allá de la generación de teorías, todas las fórmulas —con frecuencia demasiado ignoradas— tienen a sus espaldas. En este caso, sin embargo, el uso y abuso de la fórmula llega a deformar su significado, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Por un lado, la idea misma de un “derecho penal mínimo” como proyecto normativo para repensar y cambiar por completo el derecho penal, ha encontrado el descontento de una parte de los estudiosos del derecho penal, hasta ahora fieles al método técnico-jurídico de Arturo Rocco y de Vincenzo Manzini, y, por tanto, se aleja de toda reflexión sobre la dimensión axiológica y ético-política del derecho penal. Lo grave es que algunos penalistas llegan a distorsionar increíblemente su significado hasta presentarla, en contraste con lo que he escrito siempre, como una propuesta restringida sólo a los derechos individuales correspondientes a los bienes jurídicos merecedores de tutela. Por otro lado, en cambio, la expresión ha sido compartida por muchos exponentes políticos y de gobierno que, sin embargo, la han utilizado casi siempre para encubrir políticas represivas de derecho penal máximo.

Es por tanto oportuno, de frente a estas deformaciones e incomprendiones, precisar de inmediato qué se entiende por “derecho penal mínimo”, aunque sea sólo porque soy personalmente responsable de la introducción de esta expresión. Entendemos con ella, de acuerdo con la tradición ilustrada, esencialmente dos cosas: sobre todo un pa-

---

\* Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.



radigma meta-teórico de justificación del derecho penal y, en segundo lugar, un modelo teórico y normativo de derecho penal.

Como paradigma meta-teórico, la expresión “derecho penal mínimo” designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Como modelo normativo de derecho penal, la expresión designa el sistema adecuado de garantías —penales y procesales— para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados contra los daños causados por los delitos y de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias. Por esto he definido también el derecho penal mínimo como la *ley del más débil* contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia, como aquella que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el momento de la ejecución penal es el detenido. Es también evidente que se trata de un modelo normativo —que nunca se ha llevado a cabo perfectamente pero que es realizable— respecto al cual existe siempre una distorsión más o menos amplia de la realidad. Podemos incluso afirmar que su grado de efectividad equivale al grado de garantismo de un sistema penal.

### **Una política de Derecho Penal máximo. La cuestión “seguridad”**

Se entiende cómo el “derecho penal mínimo”, así entendido, sea también un programa reformador: de reforma y reconstrucción racional completa del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derechos fundamentales que bien podemos identificar como aquellos sancionados en la Constitución republicana. Hemos trazado las líneas de este programa hasta el aburrimiento. Lo hemos hecho, por ejemplo, en un congreso que se desarrolló del 24

al 26 de enero de 1991 en Abano, en el cual, recuerdo, desarrollé una ponencia intitulada *Por un programa de derecho penal mínimo*. Lo hace también en esta ocasión Gianfranco Viglietta, que vuelve a tomar el título de aquel congreso: *Represión penal y alternativas de tutela: un programa de derecho penal mínimo*.

Sin embargo, ninguno de los puntos de aquel programa, debemos mencionarlo, se ha llevado a cabo hasta ahora, ni siquiera por los gobiernos de centro-izquierda, cuya política de la justicia ha sido decepcionante como nunca. Ciertamente, una importante reforma ha sido, antes que nada, la introducción en la Constitución de la garantía del contradictorio en la formación de la prueba, pero que respondió a la inestabilidad del proceso acusatorio producido por la contrarreforma de 1992 y que desde entonces no ha sido saneada. Pero ninguno de los males estructurales que aquejan la justicia penal ha sido afrontado seriamente. No hemos sido capaces ni siquiera de aprobar la eliminación de la cadena perpetua, que hubiese sido al menos una señal simple y elemental de voluntad reformadora de tipo progresista.

Por el contrario, ha continuado la crisis inflacionaria del derecho penal, no digamos a causa de una consciente política de signo coherentemente regresivo, sino de una ausencia, de un vacío casi total de política, o sea, de la falta de capacidad de proyección e innovación. Este vacío ha sido colmado por el acostumbrado estado de excepción, que se ha expresado en una serie de intervenciones coyunturales, oscilantes, esquizofrénicas —siempre de derecho penal máximo— cuya sola continuidad puede ser encontrada en la constante subalternidad de la mayoría de centro-izquierda o en los diversos desafíos corporativos, incluidos aquellos del orden judicial y los esfuerzos demagógicos de las diversas derechas.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es, como siempre, el de la seguridad, que no por casualidad se ha convertido en uno de los temas centrales de la última campaña electoral. Todos sabemos que la criminalidad ha disminuido en estos años y que nuestras ciudades están entre las más seguras del mundo; que el número de homicidios, de riñas y de actos de violencia contra las personas en relación con la población ha caído respecto a algunos decenios atrás y, más aún, respecto al siglo pasado; que incluso los delitos contra el patrimonio, como los robos y los tirones de bolso

en la calle han disminuido, aunque se haya reducido su cifra negra, dado que casi todos se denuncian, si no por otra cosa, porque la denuncia es requerida por las aseguradoras y para la renovación de documentos. No obstante, todas las calles y las plazas de nuestro país están cubiertas de manifiestos electorales alarmantes de Berlusconi y Rutelli<sup>1</sup> que prometen mayor seguridad contra la delincuencia que existe en las calles.

Los manifiestos y *slogans* electorales son prácticamente idénticos. Pero los de Rutelli son más graves porque son autolesivos. En la campaña de la derecha, hay una lógica política. Más allá del viejo reflejo autoritario, propio de todas las derechas, los manifiestos lanzan dos mensajes precisos, que sería interés de todos, y no sólo de la izquierda, descifrar y contrastar.

El primer mensaje es exageradamente clasista, además de estar en sintonía con los intereses personales de Berlusconi y de todos los que, como él, han tenido que ver con la justicia penal. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que es necesario prevenir y perseguir es únicamente la que ocurre en las calles o la que se da por razones de subsistencia. No se castigan entonces las infracciones de los “caballeros” —la corrupción, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales o el lavado de dinero— perseguidos notoriamente en estos años por una magistratura “sometida a los comunistas”, sino únicamente los tirones de bolsos, los asaltos, los robos de auto, los que se dan en los apartamentos y el pequeño tráfico de drogas cometidos por los inmigrantes y por los desempleados, sujetos marginados identificados hoy con las que alguna vez se llamaron las “clases peligrosas”. Ésta es una operación de gran alcance que pretende una modificación del sentido del derecho como jamás se experimentó en la historia de nuestro país, dado que ni siquiera Rocco y Manzini pensaron jamás que la corrupción y el peculado fueran delitos menos graves que el robo o un tiron de bolso. En suma, el imaginario colectivo sobre la marginación y el sentido común del derecho penal que se deforma por

---

<sup>1</sup> Francesco Rutelli, quien fuera alcalde de Roma y líder de la coalición “El Olivo”, se enfrentó en las elecciones generales de 2001 en Italia a Silvio Berlusconi, líder de la “Casa de las Libertades”, para decidir quién estaría al frente del gobierno italiano (N.T.).

esta propaganda, constituyen el preludeo de una reforma al derecho penal sobre las medidas de la empresa, que implica que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” y se ocupe únicamente de los delitos que atentan contra su “seguridad”.

El segundo mensaje no es menos grave. Se dirige al cambio, en el sentido común, del significado mismo de la palabra “seguridad”. “Seguridad” ya no quiere decir “seguridad social”, esto es, garantía de la satisfacción de los derechos sociales. No significa más seguridad en materia de trabajo, salud, previsión, asistencia o supervivencia. Quiere decir, únicamente, “seguridad pública”, reducida a la forma del orden público de policía, en lugar de la que se refiere al estado social. Y esto es así no porque la seguridad social se haya logrado, sino por el contrario, porque la movilización contra el marginado, el diverso —preferiblemente extra-comunitario— funciona como pasatiempo y al mismo tiempo ofrece satisfacción al sentimiento difuso de inseguridad social generado, más que por la crisis de la política y de los viejos lazos de solidaridad, por la reducción de las garantías de derecho del trabajo y del estado social. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas. Esto tiene un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación engañosa, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, de manera que sea casi posible que la intervención penal pueda producir mágicamente una reducción de los delitos que se presentan en las calles y que en lugar de políticas penales, requerirían políticas sociales, y más que políticas de exclusión, requerirían políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a atacar las causas estructurales de este tipo de desviación de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que agravar las penas.

Obviamente el tema de la seguridad no puede ser ignorado ni subestimado. Sin embargo, son precisamente la campaña alarmista sobre éste, e incluso en mayor medida, la campaña publicitaria con que ha sido últimamente lanzada esa maraña de normas nombrada “paquete de seguridad”, las que agravan los problemas impidiendo toda propuesta racional por dos razones relacionadas con la demanda de seguridad y con la respuesta tendiente a satisfacerla.

La primera razón tiene que ver con los fines de esta campaña. Existe una gran diferencia entre la realidad de la delincuencia urbana —que como todos saben ha disminuido— y su percepción y representación; entre la disminución de la inseguridad objetiva en nuestras ciudades y el crecimiento de la inseguridad subjetiva, es decir, del miedo a causa de la alarma cotidiana que ofrecen la prensa y la televisión a cada suceso. Ahora ¿cuál debería ser la tarea de la política frente a estas diferencias? ¿Favorecerlas buscando demagógicamente el beneplácito de la opinión pública o solamente reducirlas, evitando acreditar la idea de una creciente inseguridad con una legislación que se haga su intérprete? Nos planteamos esta interrogante porque el miedo no disminuye, si acaso se incrementa, a través de leyes inútiles y pregonadas como anuncios electorales. La agravación de las penas, al producirse como respuestas simbólicas y de excepción ante la necesidad de seguridad, termina por alimentar la inseguridad, así como por acrecentar y alterar la demanda de seguridad y los impulsos represivos presentes en la sociedad. En este círculo vicioso hay obviamente una enorme responsabilidad de los medios de comunicación, por la continua conversión de la criminalidad en espectáculo y de la respuesta penal, tanto legislativa como judicial. Pero el resultado es precisamente el crecimiento del miedo y, al mismo tiempo, una regresión política y cultural que se manifiesta en la percepción del marginado como potencial enemigo de la sociedad como fuente oscura de peligros y, por tanto, en la crisis de los lazos sociales sobre los cuales se fundan la convivencia civil y los principales antídotos a la criminalidad misma.

La segunda razón es la absoluta inadecuación de los medios propagandísticos. La agravación de las penas presentada o anunciada no tiene, como bien sabemos, ningún efecto disuasivo. Existe un principio teórico elemental, confirmado por la experiencia, sobre la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasivo de las penas y de su agravación es directamente proporcional al grado de exigibilidad de observancia de las normas violadas, máxime para delitos como el homicidio, la violencia hacia las personas, la corrupción y los delitos de poder; mientras que es nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxicodependencia o a la marginación. En tanto es una delincuencia originada por la pobreza, la inseguridad de las condiciones de vida o peor aún por la necesidad

de la droga, la delincuencia en las calles no es seriamente prevenible con las penas, que aun cuando sean severas, tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar, como ha sucedido, las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarle a ella, en vez de a políticas dirigidas a reducir las causas de la delincuencia haciendo crecer la seguridad social, la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual. Al contrario, toda su ineficacia tiene solamente el efecto de acrecentar la molestia y la desconfianza para con el derecho y las instituciones.

Por tanto, los “paquetes de seguridad” son tanto inútiles en razón de las dimensiones objetivas del fenómeno que pretenden evitar como dañosas en relación con su percepción subjetiva: o sea del sentido de inseguridad y temor que ellos mismos acreditan y alimentan. Ciertamente es más fácil emitir leyes represivas que echar mano a las políticas sociales o al menos abstenerse —en lo que hace a la previsión, instrucción, seguridad en el trabajo, hospitalidad e integración de los inmigrantes— de las políticas antisociales. Pero para los fines de la seguridad, estas leyes no sirven absolutamente para nada. Su sola explicación racional, ahora cándidamente admitida por sus creadores, es desgraciadamente su popularidad: al menos si por “racional” se entiende cualquier política aunque sea irracional respecto a los fines declarados, pero capaz de conseguir consensos.

Pero la seguridad no es el único terreno sobre el cual se ha desarrollado en estos años la expansión del derecho penal. Más allá de los homenajes ceremoniales al derecho penal mínimo, se han producido al final de esta legislatura normas que contrastan con todos los principios garantistas del derecho penal mínimo, desde el principio de lesividad hasta el de proporcionalidad. Me limito a recordar dos de las leyes diseñadas: la llamada ley antidoping, que sanciona con penas desproporcionadas al atleta que ingiere sustancias nocivas, violando de esta forma el clásico principio de la no punibilidad de los actos que se cometen contra uno mismo, y aún más grave, la ley que protege los derechos de autor —un regalo a la industria editorial cuyo máximo exponente es Berlusconi— que sanciona con una pena de seis meses a tres años la fotocopia de libros completos o la reproducción de *cd-roms*.

## La crisis del principio de legalidad

En suma, sigue la deriva inflacionista del derecho penal. Actualmente se cuentan en millares las leyes penales de nuestro país: leyes de excepción, de emergencia, de ocasión, emanadas como emblema de una permanente emergencia y dirigidas prevalentemente a conjurar los problemas con su valor simbólico y propagandístico. En la general ineficiencia de los controles extra penales, por otra parte, no existe una ley importante que no tenga su codicilo penal. Al punto que la Corte constitucional se vio obligada a la declaración de bancarrota del derecho penal, como la he llamado muchas veces, que se dio por la sentencia n. 364 de 1988, con la cual archivó como irreal el principio clásico de la no excusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, que se desarrolla fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación: el principio de taxatividad y con él la certeza del derecho penal y el nexo entre pena y delito; el principio de lesividad y de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad de las actuaciones y el papel del proceso como instrumento para comprobar los hechos en lugar de su función como instrumento para la penalización preventiva, y la misma eficiencia de la maquinaria judicial, ignorada por una infinidad de procesos de papel inútiles y costosos, cuyo efecto es oscurecer el límite entre lo lícito y lo ilícito, además de sustraer tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas siempre con más frecuencia a aquella forma de amnistía subrepticia que es la prescripción.

Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático sigue siendo ineficaz. Si por casualidad todos los delitos denunciados fueran perseguidos y comprobados, es probable que la población carcelaria se decuplicaría. Y no es aventurado suponer que si todos los delitos cometidos (incluidos, por ejemplo, los pequeños delitos sin importancia de falsedad, al firmar o declarar, cometidos cotidianamente en la administración pública) fueran denunciados y comprobados, la mitad de la población italiana estaría bajo proceso o reclusa, y la otra mitad estaría destinada desarrollar funciones policíacas y penitenciarias. Por esta razón, el alto grado de ineficiencia de

la maquinaria judicial es providencial. Pero es claro que un derecho penal afligido por la gigantesca cifra negra de delitos no perseguidos, por un lado, como ha dicho Gaetano Insolera, se impone como una pesada hipoteca sobre las libertades de los ciudadanos, a los que se les tiene como rehenes del peligro de la incriminación, y por otro lado, esta cifra negra es un factor de descrédito en conjunto, que termina por ofuscar en el sentido común el límite entre lo lícito y lo ilícito y con achacar a las pequeñas prácticas ilegales —y en gran parte inevitables—, la verdadera criminalidad, lesiva de derechos y bienes fundamentales.

Existe también un segundo efecto no menos devastante: el colapso del principio de legalidad y con esto de la capacidad regulativa de la ley, es decir, de la “*artificial reason*” que Thomas Hobbes contrapone a la “*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados” de su tiempo. Por el principio de legalidad penal, están desfalleciendo todas las funciones políticas sobre las cuales se basa el Estado de derecho. Estas funciones son esencialmente tres: 1) asegurar sobre todo la *certeza del derecho*, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios e, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la *sujeción del juez a la ley*, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la *primacía de la legislación*, y por lo tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran.

Por tanto, hoy en día estas tres funciones son afectadas, más allá de la inflación de las leyes de la que he hablado recientemente, por la crisis tanto de las garantías penales como de las procesales. Está en crisis, ante todo, la garantía penal de la taxatividad o determinación semántica de los tipos penales, a causa del desorden del lenguaje de la ley. Las leyes penales especiales se confeccionan ahora en términos siempre más vagos y polisémicos, con artículos que abarcan páginas enteras, con intrincados laberintos normativos, aporías y contradicciones. El proceso penal, a su vez, ha sido deformado, más que por la disparidad entre la parte acusadora y la defensa, por todos aquellos mecanismos



de deflación judicial —ritos alternativos, pactos o decisiones prioritarias dentro de los procesos— que han roto el nexo entre pena, prueba y delito. Con esto se han dado espacios ilimitados a la discrecionalidad de los jueces y en mayor medida a la de los ministerios públicos, que frustran, además de la sujeción de los primeros a la ley, la obligatoriedad de la acción penal que realizan los segundos, privando a la jurisdicción de sus principales fuentes de legitimación.

La responsable de la crisis es, sobre todo, la política, que ha sido siempre, en esta materia, una política coyuntural, incapaz de leer los cambios sociales y capaz solamente de un uso demagógico del derecho penal como subrogación simbólica de su incapacidad para afrontar los fenómenos —de la droga a la inmigración— si no eliminándolos, con su penalización. El derecho penal sustancial, por otro lado, ha sido tratado hasta ahora —tanto por la política como por la cultura jurídica— como una especie de mundo natural. Todas las reformas más importantes que se han realizado en estos años han incidido en el proceso o en la ejecución, dejando intacto y extendiendo incluso más allá del límite, el sistema de los delitos y de las penas. Más que modificar este sistema, se ha preferido, para deflacionar los delitos y mitigar las penas, intervenir de raíz, deformando el proceso penal con negociaciones, o bien yendo cuesta abajo, reduciendo las penas con medidas alternativas confiadas a la discrecionalidad de la autoridad carcelaria.

Pero la responsabilidad es también de la magistratura, que en estos años se ha opuesto a cualquier reforma que tenga que ver con el derecho penal mínimo y ha deteriorado el principio de estrecha legalidad exagerando en la interpretación de los casos concretos. La responsabilidad es también de la cultura penal, que asiste pasivamente a lo simple del derecho penal, oscilando entre la lamentable renuncia y la aceptación realista y disfrazando de “científico” y “desencantado” su papel contemplativo de lo existente y con ello su ineptitud y conivencia. Ésta es la vieja y aún dominante corriente técnico-científica, inspirada en la idea anti-ilustrada de que el derecho es un mundo natural, independiente de nuestras teorías y de la renuncia al rol normativo, crítico y proyectivo de la ciencia penal que fue propio de la Escuela Clásica de Beccaria a Carrara.

En resumen, nos encontramos en un círculo vicioso. Se ha resquebrajado la relación entre cultura jurídica, legislación y jurisdicción.

La cultura jurídica ha perdido su función de guía y orientación en relación con la legislación y la jurisdicción, viniendo a menos su autenticidad científica, su capacidad de realizar formulaciones sistemáticas, de solucionar técnicamente los problemas, y también la firmeza en sus principios, antes que ningún otro, del principio de estricta legalidad penal. Esto, sin hablar de la capacidad de proyección teórica, que ha desaparecido —y ésta es la primera razón de su pérdida de autoridad— precisamente a causa de la mezcla del tecnicismo jurídico y del desencanto “realista” y “posmoderno” en el que se abriga gran parte de la moderna cultura penal. La legislación, que no tiene el soporte de la cultura jurídica y que más bien recibe un tácito aval de sus inclinaciones realistas, ha perdido totalmente su racionalidad y coherencia y ha acentuado el caos normativo volviendo aún más difícil la función de sistematización del jurista. La jurisdicción, a través de la cual han crecido enormemente la relevancia política y la función de defensa de la legalidad, ha redescubierto vocaciones antigarantistas y autoritarias que jamás se extinguieron en las prácticas inquisitorias, pero también en la defensa de lo existente y en la oposición a gran parte de las tímidas reformas garantistas.

### **Por un programa de Derecho Penal mínimo. La reserva de código**

De frente a la gravedad de la crisis a la que nos referimos —que corre el riesgo de arrasar con la credibilidad en el derecho y la jurisdicción penal— la única respuesta racional es precisamente la refundación por completo del sistema penal, tendiente a restaurar la eficiencia y garantías que hemos expresado con el modelo normativo del *derecho penal mínimo*. Me limitaré, al respecto, a dos simples observaciones que he desarrollado en varias ocasiones y que son tan obvias como de hecho ignoradas.

La primera observación es que la crisis del principio de legalidad generada por la inflación legislativa, cargando a la maquinaria judicial de una cantidad de procesos que no es posible llevar a cabo, está convirtiéndose ahora en el principal factor de ineficiencia, privándola de los procesos para los actos mayormente lesivos de bienes fundamentales. Bajo este aspecto, como es evidente, un derecho penal mínimo es por definición más eficiente que un derecho penal máximo. Solamente

un derecho penal mínimo que tenga como fin único la prevención y castigo sólo de las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil, estará en posibilidad de afrontar estas formas de criminalidad, asegurando al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal.

La segunda observación es que las garantías requeridas por el modelo normativo del derecho penal mínimo no son solamente garantías contra el arbitrio, sino también garantías contra el error; no son sólo garantías de inmunidad para el ciudadano, sino también garantías de verdad, cuya ausencia o violación produce costos de injusticia inaceptables además de contrarios a las finalidades preventivas del derecho penal que son aseguradas, evidentemente, por la correcta comprobación de las responsabilidades penales y no por la eficiencia represiva de los aparatos judiciales. Más en general, la restauración de las garantías es la primera condición para restituir la credibilidad en el derecho y al mismo tiempo en la jurisdicción penal.

No me detendré en la gran cantidad de propuestas en que se articula el programa de derecho penal mínimo y que he ilustrado muchas veces: la explícita introducción, si es posible en la Constitución, del principio de lesividad sea en abstracto que en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos que se castigan con simples penas pecuniarias; la eliminación de la vergonzante cadena perpetua, la disminución de los máximos legales de las penas de detención y la introducción de penas alternativas a la reclusión y, finalmente, la restauración del proceso acusatorio diversamente utilizado en todos estos años.

Existe, sin embargo, una reforma de la que quiero subrayar, una vez más, tanto su viabilidad como su importancia: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe introducirse a nivel constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas y de procesos penales si no es a través de una modificación o una integración que se apruebe con procedimientos agravados, del texto

del código penal o procesal. Un principio análogo, se recordará, fue introducido en el esbozo de la propuesta de reforma constitucional aprobada por la Comisión Bicameral, pero que no preveía aún procedimientos agravados para modificar el código y ampliaba esta reserva también a las leyes orgánicas. Y ha sido, incluso con estos mismos límites, introducido en el proyecto de reforma aprobado por la Comisión presidida por Carlo Federico Grosso.

Insisto en el valor que tendría una innovación similar. No se trataría simplemente de una reforma a los códigos. Se trataría de una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la *“iuris prudentia* o sabiduría de jueces desordenados” propia del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación de legisladores más desordenados aún, cuyo valor es exactamente el de reproducir, a través del aumento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. De frente a esta regresión premoderna del derecho penal no basta una simple reforma del código penal, que no se ha logrado realizar en cincuenta años de historia republicana. En vez de esto es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para desarrollar los códigos penal y procesal —conceptos de la cultura ilustrada como sistemas normativos relativamente simples y claros para tutela de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio de aquellos que HOBBS llamó los “jueces desordenados”— que han estado al amparo del arbitrio y de la volubilidad de los modernos legisladores “desordenados”.

El código penal y el de procedimientos se convertirían así en textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo siempre el legislador. No se aumentaría la capacidad regulativa en relación con los ciudadanos y los jueces. La drástica despenalización que le seguiría —comenzando por el derecho penal burocrático que está formado por el cúmulo de delitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias— sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y del nivel de garantismo del sistema.

Sólo la refundación de la legalidad inducida por la entera recodificación del derecho penal —acompañada por la restauración de todos los principios garantistas, comenzando por el de la taxatividad de los tipos penales y de su ofensividad hacia bienes y derechos fundamentales— puede restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Esto se daría, de hecho, con aparente paradojismo en tanto la legislación, y por tanto la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley y por lo tanto llevar a cabo la prerrogativa constitucional de la reserva absoluta de ley, en cuanto el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetando las garantías —primordialmente la de estricta legalidad— idóneas para limitar y vincular la jurisdicción, lo que equivale a decir que la ley puede ser efectivamente condicionante en tanto sea también jurídicamente condicionada. Y el hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita valor. El hecho de que todo esto fuera válido dos siglos atrás, cuando la codificación hizo posible el pasaje del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo hace menos válido hoy, que la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.

Desgraciadamente no podemos hacernos muchas ilusiones. Y sin embargo tampoco podemos permitirnos ser pesimistas. Es verdad que en el estado actual, a causa de la falta de sensibilidad de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. No debemos confundir —si no queremos ocultar la responsabilidad de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica— inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” aquello que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Por el contrario, debemos admitir que todos —legisladores, jueces y juristas— somos responsables de la crisis actual; que el pesimismo “realista” y el desencanto resignado y “posmoderno”, del que en estos años se complace una parte de la cultura penal, corresponden a peticiones de principio que se comprueban por sí mismas, y que, sobre todo, de la superación de la inercia proyectiva que aflige de esta forma a la política y la cultura jurídica, depende el futuro no sólo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.

## Criminalidad y globalización\*

### Globalización y crisis del derecho penal

Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global”, o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía; es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario.

Las razones de este desarrollo han sido analizadas en muchas ocasiones: la mundialización de las comunicaciones y de la economía no acompañada de una correspondiente mundialización del derecho y de sus técnicas de tutela; el paralelo declive de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica; el desarrollo de nuevas formas de explotación, de discriminación y de agresión a bienes comunes y a los derechos fundamentales. En pocas palabras, las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general anomia, en un mundo cada vez más integrado e interdependiente y confiado a la ley salvaje del más fuerte; un mundo atravesado por desigualdades crecientes en el que, como señala el Informe de la ONU sobre Desarrollo Humano del año 2000, la diferencia de riqueza entre los países más pobres y los más ricos, que en 1820 era de 1 a 3 y en 1913 de 1 a 11, ha pasado a ser de 1 a 35 en 1950 y de 1 a 72 en 1992;<sup>1</sup> y en el que el patrimonio de las tres personas más ricas

---

\* Traducción de Miguel Carbonell, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>1</sup> UNDP. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Rosenberg e Sellier, Turín, 1999, p. 55.

del mundo es superior al producto nacional bruto de todos los países menos desarrollados y de sus 600 millones de habitantes.

Es claro que todo esto es efecto y causa de una crisis profunda del derecho. Bajo dos aspectos. Está en crisis, en primer lugar, la credibilidad del derecho. Disponemos actualmente de muchas cartas, constituciones y declaraciones de derechos estatales, continentales e internacionales. Los hombres son hoy, por tanto, incomparablemente más iguales, en derecho, que en el pasado. Y sin embargo son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto, a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos, a pesar de lo que dicen esos textos. Nuestro “tiempo de los derechos”, como lo ha llamado Norberto Bobbio, es también el tiempo de su más amplia violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.

Hay un segundo e incluso más grave aspecto de la crisis: la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional; es decir, de un derecho, un sistema de garantías e instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes, tanto del mercado como de la política.

Esta crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus dos fundamentos legitimadores. ¿En qué consisten estas funciones y estos fundamentos? Me parece, como lo he sostenido en otras ocasiones, que consisten en la minimización de la violencia, tanto la producida por los delitos como la generada por las respuestas informales a los mismos; no sólo, como se suele entender, en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de las penas informales y excesivas, es decir de las venganzas, así como de la arbitrariedad y de los abusos policiales que serían infligidos en su ausencia. Por ello he definido el derecho penal como *la ley del más débil*. Es decir, la ley —alternativa a la ley del más fuerte— instituida en tutela de la parte más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la ejecución de la pena es el condenado.

Pues bien, la crisis actual del derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar *cuestión criminal*, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad; y por otro lado, a la que cabe designar *cuestión penal*, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.

### La nueva cuestión criminal

Ha cambiado sobre todo la *cuestión criminal*. La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la *criminalidad del poder*: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades.<sup>2</sup>

Sería útil desarrollar la reflexión teórica, además de la investigación empírica, sobre la criminalidad del poder: analizar, descomponer, inventariar y clasificar sus diversas formas, identificar sus rasgos comunes y sus relaciones por un lado con los poderes legales, por otro con la criminalidad ordinaria. Aquí me limitaré a distinguir tres formas de criminalidad del poder, mancomunadas por su carácter de *criminalidad organizada*: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos. Por un lado, por tanto, los *poderes criminales*, por otro los *crímenes del poder*, tanto económico como polí-

---

<sup>2</sup> *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, (2001), traducción italiana de M. Guareschi, *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Feltrinelli, Milán, 2002, p. 17.



tico. No se trata de fenómenos criminales netamente distintos y separados, sino de mundos entrelazados, por las colusiones entre poderes criminales, poderes económicos y poderes institucionales, hechas de complicidades y de recíprocas instrumentalizaciones.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los *poderes criminales*, es el crimen organizado: el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias y las camorras por otro. La criminalidad organizada, obviamente, ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional.<sup>3</sup> Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico en virtud del cual, como lo ha señalado Jean de Maillard, “el más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta”.<sup>4</sup> “Los mayores beneficios”, dice Maillard, “son generados por la capacidad de valorizar la pobreza a través de la transgresión social de las prohibiciones”.<sup>5</sup> Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores, dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ellas. También la criminalidad organizada presenta, como ha demostrado Vincenzo Ruggiero, una estratificación de clase, pues la pequeña

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 11, donde se calculan las dimensiones de lavado de dinero en un volumen de negocios que va de los 800 a los 2,000 billones de dólares al año. Véanse otros datos en, p. 9.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>5</sup> *Ibidem* y pp. 41-46.

criminalidad empleada es a su vez explotada por la gran criminalidad integrada en los grupos dirigentes.

La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes *poderes económicos* transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Es este el tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización. Justamente porque la globalización es un vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes des-regulados, que tienen como única regla el beneficio y la auto-acumulación. Por esta misma razón es cada vez más incierto el confín entre este segundo tipo de criminalidad y la de los poderes abiertamente criminales de tipo mafioso. También esta criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada o acentuada por la globalización. En ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte. No son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus élites dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y garantías en materia laboral y ambiental.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando también ella organizada, se pone en acción por los *poderes públicos*. Aquí nos encontramos, por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes públicos.<sup>6</sup> El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo. Y existen además los delitos más específicamente públicos: en primer lugar los crímenes contra la humanidad —desde las detenciones arbitrarias hasta las torturas y las desapariciones for-

---

<sup>6</sup> J. F. Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

zadas— cometidos por fuerzas policiales, fuerzas armadas y servicios secretos desde dentro y fuera de los ordenamientos respectivos; en segundo lugar, la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años 60 y 70, e intentadas también en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; finalmente, las guerras y los crímenes de guerra promovidos, en abierto contraste con la Carta de la ONU y, por lo que respecta a algunos países como Italia, también en contra de sus constituciones nacionales. Está claro que, como todos los fenómenos criminales, este tipo de criminalidad es una manifestación no solo de desviaciones sociales, sino también de desviaciones institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y, a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de derecho y de la democracia misma.

En todos los casos los elementos que hacen masivamente amenazadoras estas nuevas formas de criminalidad son su carácter organizado y el hecho de que sean practicadas, o por lo menos sostenidas y protegidas, por poderes fuertes, ocultos, a veces subversivos: no por sujetos débiles y marginados sino por sujetos potentes, en posición de dominio. Y esto apunta hacia un cambio profundo en la composición social del fenómeno delictivo. Al menos por lo que hace a la gran criminalidad, sus connotaciones de clase se han invertido.

Las verdaderas “clases peligrosas” —como solía llamarse a los grupos marginados y proletarios por las leyes italianas de seguridad pública en la segunda mitad del siglo XIX—<sup>7</sup> no son ya las clases pobres, sino sobre todo las élites dirigentes, tanto económicas como políticas. La tradicional delincuencia de subsistencia de los marginados es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que directa o indirectamente la alimenta o por lo menos la instrumentaliza y explota.

Hay además otra razón que convierte en gravemente peligrosa la criminalidad del poder: el hecho de que, en todas sus variadas formas, atenta contra bienes fundamentales, tanto individuales como colecti-

---

<sup>7</sup> “Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad” era el título III (artículos 82-108) de la ley número 6144 del 30.6.1889 que retomaba las disposiciones análogas de la ley número 294 del 6.7.1871.

vos, incluyendo la paz y la democracia. Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes desenfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos. Pero es justamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal la que vuelve más importantes que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal ilustradas en el primer párrafo.

### **La nueva cuestión penal**

Paso a la otra gran cuestión que he mencionado al inicio: la *cuestión penal*, que el cambio de la cuestión criminal nos debería hacer repensar radicalmente, tanto desde el punto de vista de la efectividad como del de las técnicas de tutela y de garantía. ¿Cómo ha reaccionado el sistema penal a la nueva carga de funciones y responsabilidad derivadas del cambio de la cuestión criminal? ¿Qué balance podemos hacer de la función penal hoy en día, en nuestros países? Me parece que el balance es decididamente negativo.

Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal debería ser una mutación de paradigma del derecho penal a la altura de los nuevos desafíos de la globalización. En otras palabras, un cambio que permitiera hacer frente a las nuevas formas de criminalidad del poder y a los peligros y atentados contra los bienes y los derechos fundamentales, que la misma produce. En esta dirección, hay que reconocerlo, el único paso adelante ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Fuera de esa conquista, de enorme importancia, no se ha desarrollado ningún proceso, ni siquiera en forma de tendencia, de globalización del derecho o de los derechos, análogo o por lo menos a la altura de la globalización del crimen. Se ha producido, por el contrario, una acentuación de las tradicionales características irracionales y clasistas del derecho penal. Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxicodependientes,

los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de “Mani Pulite”, ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (*falsi in bilancio*) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales.

Además ha continuado la deriva inflacionista del derecho penal, que actualmente está llevando —en Italia, pero creo que también en otros países— a la quiebra de la maquinaria judicial. Justamente en una fase de desarrollo de la criminalidad organizada, que hacía necesaria la máxima deflación penal y la concentración de las energías, la administración de justicia está colapsada por la sobrecarga de trabajo inútil, responsable al mismo tiempo de la ineficiencia y de la ausencia de garantías. Piénsese en la desconsiderada legislación sobre la droga, que se ha revelado como uno de los más potentes factores criminógenos por su alimentación tanto de la micro-criminalidad de subsistencia como de la macro-criminalidad mafiosa del tráfico. Pero piénsese también en todo el enorme derecho penal burocrático, generado por la tendencia a acompañar cada ley con sanciones penales, en parte por la bien conocida ineficiencia de otras formas de control, de tipo político o administrativo, y en parte por el carácter simbólico y declamatorio de la estigmatización penal.

Asistimos, en todos los países de Occidente, a una crisis de sobreproducción del derecho penal, o incluso del derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. Las leyes se cuentan actualmente, en todos estos países, por decenas de millares, hasta el punto de que nuestros ordenamientos han regresado —a causa del caos normativo, de la multiplicación de las fuentes y de la superposición de las competencias— a la incerteza y a la arbitrariedad propias del derecho jurisprudencial pre-moderno. Y sin embargo, con aparente paradoja, a la inflación legislativa se corresponde la ausencia de reglas, de límites y de controles sobre los grandes poderes económicos transnacionales y sobre los poderes políticos que los alientan. La globalización, como he dicho, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público dentro del que tienen espacio libre formas de poder neo-absolutista cuya única regla es la ley del más fuerte.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, desa-

rollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal; el principio de lesividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confín entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más a esa forma de subrepticia amnistía que es la prescripción. Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático permanece inefectivo. Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, o incluso si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión, o por lo menos encargada de una u otra forma de funciones policiales y carcelarias.

Hay un segundo efecto de la inflación penal, que es no menos devastador. Me refiero al colapso del principio de legalidad y, consecuentemente, a la quiebra de la capacidad regulativa de la ley. De aquél están en crisis todas las funciones políticas que le son propias en el estado de derecho: 1) antes que nada la *certeza del derecho*, que es garantía de la igualdad frente a la ley, y la cognoscibilidad y credibilidad del sistema penal; 2) en segundo lugar la *sujeción del juez a la ley* que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y, conjuntamente, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de los poderes; 3) finalmente, la *primacía de la legislación*, y por tanto de la política y de la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración como de sus lesiones como delitos.

Es claro que una crisis como esa del derecho penal es el signo y el producto de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar, o peor aún a alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica

es el de la seguridad. En todos nuestros países —en Italia como en América Latina— la demanda de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente a hacer frente a la criminalidad de subsistencia. El mensaje político que resulta es de signo descaradamente clasista, y está en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder en todas sus diversas formas. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que hay que prevenir y perseguir es únicamente la callejera y de subsistencia. No, por tanto, las infracciones “de cuello blanco” —las corrupciones, la falsedad en balance, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados contra la salud— sino solamente los hurtos, los robos de coches y de viviendas, y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, desempleados, sujetos marginales, identificados todavía hoy como las únicas “clases peligrosas”. Es una operación que sirve para reforzar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros y de los inmigrantes con los delincuentes y a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el sentido común sobre el derecho penal: que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” —este es el sentido de la operación— y se ocupe por el contrario de los únicos delitos que atentan contra su “seguridad”.

Hay además un segundo mensaje, no menos grave, que se lanza en la campaña por la seguridad. Apunta al cambio en el sentido común del significado mismo de la palabra “seguridad”. No quiere decir “seguridad social”, es decir garantía de la satisfacción de los derechos sociales, y por tanto seguridad del trabajo, de la salud, de la previsión social, de la supervivencia. Quiere decir únicamente “seguridad pública”, conjugada en las formas del orden público de policía en vez de las del Estado social. Y esto justamente porque la seguridad social ha sido agredida por las actuales políticas neoliberales y por ello se vuelve necesario compensar el sentimiento difuso de la inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente extracomunitario. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas.

Con un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera producir mágicamente una reducción de los delitos callejeros que requeriría por el contrario, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión, políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a remontar las causas estructurales de este tipo de desviación y de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que los experimentos de agravación de las penas.

Se sabe que los agravamientos punitivos no tienen ningún efecto disuasorio. Hay un principio teórico elemental, abonado por la experiencia, en el tema de la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: es máximo para delitos como el homicidio, la violencia sobre las personas, la corrupción y los delitos del poder, pero nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxico-dependencia y a la marginación. Al ser una delincuencia originada por la pobreza, por la inseguridad en las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia callejera no es seriamente prevenible con las penas, que aunque sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarles la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de hacerlo a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación. Al contrario, justamente su total ineficacia tiene el único efecto de acrecentar el malestar y la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

### **El futuro del derecho penal. Un programa de derecho penal mínimo**

Frente a esta crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de *derecho penal mínimo*, debería intentar restituir el derecho penal su naturaleza



de instrumento costoso, como *extrema ratio*, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales. En esta perspectiva me parece que se pueden formular, sumariamente, tres órdenes de indicaciones.

1. El primero se refiere a la necesidad de desarrollar, en la perspectiva de la dimensión hoy en día planetaria del “interés general”, una esfera pública mundial y por tanto un derecho penal a la altura de los nuevos fenómenos criminales que debe hacer frente. Precisamente, a la altura de la variada “criminalidad del poder” a la que la *deregulation*, es decir el vacío de derecho en que consiste la globalización, asegura la máxima impunidad. En esta línea, la principal indicación es la defensa, la concreta implementación y el reforzamiento de los medios y de las competencias de esa gran conquista histórica que ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, que todavía no ha entrado seriamente en funciones y que ya ha sido dura y fuertemente cuestionada e incluso sabotada. Las competencias de la Corte, además, deberían ampliarse a muchos otros crímenes, que comparten su carácter transnacional: como el terrorismo internacional, el narcotráfico y el tráfico ilícito de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, los delitos que afectan el ambiente o la salud, los golpes de Estado y las tentativas golpistas, y otros del género; siempre, naturalmente, que estos delitos no sean perseguidos en el territorio en que son cometidos.

2. El segundo orden de indicaciones se refiere al derecho penal sustantivo, y precisamente a su racionalización según el modelo del derecho penal mínimo. Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Solo un derecho penal desburocratizado, limitado como *extrema ratio* únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.

No me detendré sobre las muchas propuestas en que se articula el programa del derecho penal mínimo: la introducción y la actuación del principio de lesividad tanto en abstracto como en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como

elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos castigados con simples penas pecuniarias, por su escasa lesividad; la reducción de los máximos de las penas de arresto y la introducción de penas alternativas a la reclusión; la restauración, en fin, del modelo acusatorio y de las reglas del debido proceso.<sup>8</sup>

Hay sin embargo dos reformas que quiero señalar aquí porque son esenciales para reducir la ineffectividad y para aumentar la racionalidad del derecho penal. El primer orden de reformas se refiere al mercado de los que podemos denominar “bienes ilícitos”. Me refiero, en particular, a dos tipos de tráfico. Antes que nada, a la lógica prohibicionista en materia de drogas. Esta lógica, a causa de la incapacidad de los Estados para garantizar la observancia de las prohibiciones, tiene como único efecto dejar el monopolio del mercado de la droga a las organizaciones criminales e incrementar enormemente sus beneficios. La legislación prohibicionista en materia de droga es por ello típicamente criminógena: representa el principal alimento de la gran criminalidad mafiosa del narcotráfico y de la pequeña criminalidad dependiente de la pequeña distribución. El único modo de modificar de raíz este terreno de cultura de la criminalidad es la legalización y por tanto la liberalización controlada de las drogas.

Un discurso opuesto merece el comercio de las armas. Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende por qué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el modo mejor de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no solo por tanto el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica: pero es tal sólo para quienes consideran intocables los intereses de los grandes *lobbies* de los fabricantes y de los comerciantes de armas y las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas.

---

<sup>8</sup> Remito a mi trabajo “*Crisi della legalità e diritto penale minimo*” en *Diritto penale minimo*, edición de U. Curi y G. Palombarini, Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21.

Hay además otra reforma, a mi parecer urgente y previa a todas las demás, de la que quiero hablar aunque sea sumariamente: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe consagrarse a nivel constitucional, según el cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procedimientos penales si no es a través de una modificación de los códigos correspondientes aprobada por medio de procedimientos agravados. No se trataría de una simple reforma de los códigos. Se trataría más bien de una recodificación entera del derecho penal sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la “*juris prudentia* o sabiduría de los jueces” propia del viejo derecho común,<sup>25</sup> ha sido de hecho disuelta en una legislación caótica e incoherente, cuyo efecto es exactamente el de reproducir, a través del crecimiento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. Frente a esta regresión es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para poner al Código penal y al de procedimientos a salvo del arbitrio y de la volubilidad de nuestros legisladores. El Código penal y el de procedimientos se convertirían en textos exhaustivos y conjuntamente exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. Se acrecentaría su capacidad regulativa, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces. La drástica despenalización así generada —a comenzar por ese derecho penal burocrático representado por las faltas o contravenciones y, en general, las infracciones sancionadas con simples penas pecuniarias— sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

Solamente la refundación de la legalidad inducida por la recodificación integral del derecho penal —acompañada de la restauración

---

<sup>9</sup> “No es por tanto esa *juris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial, el Estado y su mandato, el que dicta la ley”, T. Hobbes, *El Leviatano* (1651), traducción italiana de R. Santi, Bompiani, Milán, 2001, xxvii, p.439 (hay traducción al castellano de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940).

de todos los principios garantistas, comenzando por los de taxatividad de las figuras del delito y por el de lesividad de bienes y derechos fundamentales— puede por otra parte restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Con aparente paradoja, de hecho, en tanto que la legislación, y por ello la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley, realizando así la prerrogativa constitucional de reserva absoluta de ley, siempre que el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetuosas de las garantías, primera entre todas la de estricta legalidad, idóneas para limitar y vincular a los tribunales. En pocas palabras, en tanto la ley puede ser efectivamente condicionante siempre que esté jurídicamente condicionada. El hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita ningún valor. Que todo esto fuera válido hace dos siglos, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo vuelve menos válido hoy en día, cuando la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incerteza del derecho premoderno.

3. El tercer orden de indicaciones se refiere al proceso y al ejercicio de la acción penal. El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los *media* y expresa también un reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que los cometidos por personas pudientes.

Creo que la toma de conciencia de esta sistemática discriminación debería, por un lado, orientar la política criminal, que, por el contrario, parece preocupada solamente por apoyar y alimentar con inútiles agravamientos de las penas la alarma hacia los delitos de los pobres. Y debería, por otra parte, entrar a formar parte de la deontología profesional de los jueces que han de garantizar la igualdad y los

derechos fundamentales de todos, actuando en estos delitos con una mayor indulgencia equitativa para compensar la objetiva desigualdad y selectividad de la administración de justicia. Solo de esta forma la jurisdicción se abriría a los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, superando el tradicional formalismo y el pretendido tecnicismo que sirven en realidad para cubrir el reflejo burocrático e irresponsabilizador que es propio de todos los aparatos de poder.

Naturalmente, a corto plazo no cabe hacerse ilusiones sobre las perspectivas de una reforma del sistema penal a la altura de los nuevos desafíos, y ni siquiera sobre las políticas criminales racionales alternativas a las políticas demagógicas que actualmente prevalecen. Sin embargo, frente a la crisis de la razón jurídica, no podemos permitirnos ni siquiera un pesimismo resignado. Es verdad que en el estado actual, a causa de la sordidez de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. A menos que se quiera ocultar las responsabilidades de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica, no hay que confundir, inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” lo que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Al contrario, hay que admitir que de la crisis actual somos todos —legisladores, jueces y juristas— responsables; que el pesimismo “realista” y el desencanto resignado y “post-moderno”, del que en estos años ha hecho gala una parte de la cultura penalista, corresponden a peticiones de principio que se auto-verifican; que, sobre todo, de la superación de la falta de proyecto que aflige tanto a la política como a la cultura jurídica depende el futuro no solo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.

## Derecho y dolor\*

### Dolor inflingido y dolor sufrido

**E**n un ensayo de hace unos años Salvatore Natoli propuso repensar el derecho sobre la base de sus nexos —en cuanto cura y en cuanto sanción— con el dolor.<sup>1</sup> Me parece muy fecunda y estimulante, en particular, la distinción sugerida por él de las dos figuras del *dolor sufrido* y del *dolor inflingido* —uno natural, el otro producto de los hombres— correspondientes a los dos males en cuya eliminación o reducción reconoce Natoli la razón o justificación del Derecho.

Estas dos figuras del dolor ofrecen una adecuada clave de lectura de las formas o de las líneas de desarrollo del moderno Estado constitucional de derecho. Podemos afirmar, de hecho, que todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Precisamente, los *derechos de libertad*, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal —consistentes todos en expectativas negativas o en inmunidades de lesión— son interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor inflingido, es decir el mal provocado por los hombres, a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva al delito. Por otro lado, todos los *derechos sociales* —a la subsistencia y a la supervivencia— pueden ser concebidos como expectativas positivas, es decir a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia.

---

\* Traducción de Miguel Carbonell.

<sup>1</sup> S. Natoli, “Dal potere caritatevole al Welfare State” en varios autores, *Nuove frontiere del diritto* (edición de Pietro Barcellona), Bari, Dedalo, 2001, pp. 129-145.

Creo que toda la historia del derecho moderno puede ser leída como la historia del desarrollo, en formas siempre más complejas y articuladas, de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor o de males distinguidos por Natoli. Ciertamente el derecho moderno, el del *Estado liberal de derecho*, nace en el terreno del derecho penal, como Estado y derecho mínimos dirigidos a organizar, en tutela de los derechos de libertad y de inmunidad, dos tipos de respuestas al *dolor inflingido*, correspondientes a los dos objetivos justificatorios del derecho penal en los cuales he identificado el paradigma del *derecho penal mínimo*:<sup>2</sup> la minimización del dolor inflingido a los individuos en las relaciones entre ellos, a través de la prohibición y sanción como delitos de las ofensas producidas a los derechos de los demás; y la minimización del dolor inflingido por el Estado bajo la forma de penas, a través de los límites a las mismas impuestos por los derechos de libertad sobre todo a su potestad de prohibir, es decir de configurar como delitos el ejercicio de libertades fundamentales o comportamientos inofensivos, y en segundo lugar a su potestad de castigar, a través de límites impuestos por las garantías procesales.

Pero el derecho contemporáneo se ha desarrollado en el último siglo, además, en las formas del *Estado social de derecho*, como Estado y derecho máximos dirigido a organizar, en tutela de los derechos sociales, un sistema de respuestas al *dolor sufrido* y por así llamarlo “natural”: a las enfermedades a través del derecho a la salud, a la ignorancia a través del derecho al estudio, a la indigencia a través de los derechos a la asistencia y a la previsión. El paradigma del Estado de derecho es siempre el mismo: el desarrollo de una esfera pública, que tutele el conjunto de derechos fundamentales estipulados en esos pactos fundadores de la convivencia social que son las constituciones, como objetivo o razón de ser del derecho y del Estado.

---

<sup>2</sup> Remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, capítulo vi. Formulé por primera vez este paradigma en una ponencia titulada “Derecho penal mínimo” presentada en un coloquio organizado por Roberto Bergalli en Barcelona, del 5 al 8 de junio de 1985, en polémica con las tesis prevalentemente abolicionistas sostenidas por los demás ponentes. El texto fue publicado por el propio Bergalli en el número 0 de la revista *Poder y control*, 1986, pp. 25-48.

Por esto —por las analogías estructurales, aún en la diversidad de contenidos, entre las técnicas de garantía contra el mal inflingido y contra el mal sufrido— es importante el análisis del modelo liberal del Estado de derecho tal como se ha venido formando, en el plano teórico, filosófico y en el institucional, sobre el terreno del derecho penal. Lo que he llamado “derecho penal mínimo” no es otra cosa más que el sistema de normas idóneas para garantizar esta doble minimización de la violencia y del dolor inflingido: del dolor inflingido por los delitos y del inflingido por las penas. El derecho penal se justifica si y solo si previene y minimiza, a través de sus normas primarias o sustanciales, las ofensas y los sufrimientos inflingidos por los delitos y, a través de sus normas secundarias o procesales, las ofensas y sufrimientos inflingidos por las reacciones punitivas a los delitos. Pero no se ha sostenido, de hecho, que realice estas finalidades de prevención y de minimización del dolor que lo justifican. La historia de los procesos y de las penas —pensemos en lo que han sido la inquisición, los suplicios, las picotas, las torturas judiciales— ha sido mucho más cruel e infamante para la humanidad que toda la historia de los delitos.

Son por tanto *ideológicas* todas las teorías de justificación *a priori* como las que justifican el derecho penal en cuanto tal, en abstracto, con el objetivo de la prevención de los delitos, de la defensa social o de la reeducación del reo, más allá de la concreta afirmación de su efectiva realización. Lo cierto es que una justificación consistente puede ser solamente *a posteriori*, contingente, sectorial, es decir atendiendo a la efectiva reducción de la violencia o del dolor conseguida, respecto a la ausencia de derecho o de derechos, no ya del derecho penal en cuanto tal, sino por este o el otro derecho penal, o mejor por esta o aquella concreta norma o institución penal o procesal.

Este modelo de justificación del derecho penal puede ser extendido a todo el derecho moderno. Es en esto que reside el impulso específico del iluminismo jurídico: el haber sometido al derecho, reflejado en la forma paradigmática del derecho penal, a la carga de justificación. El derecho, todo el derecho, siendo un “artificio” construido por los hombres —como derecho “positivo” y no ya “natural”— se justifica racionalmente si y solo si se realiza la minimización del dolor.



## Iusnaturalismo, iuspositivismo, iusconstitucionalismo

Es esta especificidad del derecho moderno la que se ignora por las tesis iusnaturalistas de quienes todavía hoy —pienso, por ejemplo, en Emanuele Severino—, identifican como el rasgo característico del derecho propio de “la tradición occidental” el ser un reflejo del orden natural, es decir de un “ordenamiento inmutable develado por la episteme”.<sup>3</sup> Esto no se puede sostener para el caso del derecho de la edad moderna. Fue verdad hasta el proceso de positivación y secularización del derecho sucedido con el nacimiento del Estado moderno. Solamente hasta entonces, en la edad premoderna, el derecho no podía justificarse más que como reflejo, según la concepción aristotélica, de un orden superior ontológico de tipo racional, divino o natural. Todo el derecho premoderno, desde el derecho romano hasta el derecho común de la edad media era un derecho jurisprudencial, doctrinario, que se legitimaba directamente sobre la base de sus contenidos, es decir de su intrínseca racionalidad correspondiente a una supuesta ontología de los valores.

Por esto, en el modelo premoderno, la validez de las normas jurídicas se identificaba con su justicia y el iusnaturalismo no podía dejar de ser, entonces, la filosofía del derecho dominante: porque en ausencia de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, el criterio de identificación de la existencia misma de las normas era inmediatamente el de su justicia sustancial. Una tesis de Bártolo prevalecía sobre una tesis de Baldo no ya por su mayor autoridad, sino por su mayor importancia. En este sentido, en la célebre contraposición expresada por Hobbes en su *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común en Inglaterra*, tenía razón el jurista al afirmar que *veritas non auctoritas facit legem*: era la verdad, es decir la intrínseca racionalidad o justicia, la que en un derecho inmediatamente jurisprudencial, como lo era el derecho común pre-moderno, fundamentaba la validez de las normas; el principio opuesto proclamado por Hobbes —*auctoritas non veritas facit legem*— expresaba, con aparente paradoja, una instancia axiológica de *deber ser*, es decir de racionalidad y de justicia, que se

---

<sup>3</sup> E. Severino, “Téchne-nomos: l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica” en varios autores, *Nuove frontiere, op. cit.*, pp. 15-24.

llegará a realizar con el positivismo jurídico gracias a la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica.<sup>4</sup>

Ese principio hobbesiano, que puede parecer un principio autoritario, equivale al principio de legalidad, como norma de reconocimiento del derecho existente y a la vez como primer e insustituible límite a la arbitrariedad, garantía de igualdad, de libertad y de certeza, fundamento en suma de toda posible garantía. Tal principio representa la base del Estado de derecho, es decir de un sistema político en el que todos los poderes están sujetos no ya a la subjetiva y arbitraria valoración de la justicia, sino a la ley y limitados por ella.

Por otro lado, el principio de legalidad, justamente por su carácter de norma de reconocimiento puramente formal, que identifica el derecho únicamente sobre la base de su forma de producción y no también por sus contenidos, presenta una irreductible ambivalencia: como condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho. Esta fórmula nos dice que el derecho no incorpora en cuanto tal la verdad o la justicia: que nada garantiza *a priori* que su forma sea llenada de contenidos justos ni que no sea peor que la naturaleza y no produzca más dolores de cuantos evite. Pero nos dice, sin embargo, que el derecho es no solamente un producto del poder, sino también su única fuente y forma de regulación. Nos dice además que todo el derecho es hecho por los hombres y es tal y como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican: por tanto depende de ellos, es decir de la legislación, de la ciencia jurídica y de la política, las cuales tienen la entera responsabilidad de estipular en forma legal y positiva esos principios de justicia que son los derechos fundamentales y la elaboración de las relativas garantías para su efectividad.

---

<sup>4</sup> T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England* (1681) en *The english works*, edición de W. Molesworth (1839-1845), reimpresso por Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: "It is not wisdom, but authority that makes a law"; poco antes Hobbes recordaba la tesis de sir Edward Coke según la cual "nihil quod est contra rationem est licitum, es decir, no es ley lo que es contrario a la razón" y "el derecho común mismo no es más que la razón". La fórmula clásica referida en el texto está en T. Hobbes, *Leviathan, sive de materia, forma e potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, traducción latina en *Leviatano*, edición de Raffaella Santi, Milán, Bompiani, cap. XXVI, 21, p. 448: *Doctrinae quidem verae esse possunt; sed autoritas non veritas facit legem.*

Por lo demás, no por casualidad los llamados “derechos naturales”, primero teorizados y luego formulados en las primeras Declaraciones de derechos y en las primeras cartas constitucionales, nacieron simultáneamente al positivismo jurídico, como cláusulas del contrato social en el que tienen su origen el Estado y el derecho positivo. Su verdadero inventor fue justamente Thomas Hobbes, que teorizó la garantía del derecho a la vida —como derecho igual e indisponible, modelo paradigmático de todos los futuros derechos fundamentales, estructuralmente distintos del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales por su naturaleza desigual y disponible— como razón de ser del contrato social y de ese “gran Leviathan”, como escribió, “que llaman Estado, que no es más que un hombre artificial, aunque de mayor estatura y fuerza que el hombre natural, para la protección y defensa del cual fue concebido”.<sup>5</sup> En este sentido, la idea hobbesiana del contrato social está en el origen de la moderna democracia constitucional: no solo en el sentido de que la legitimidad del poder no emana de arriba, de Dios o de la naturaleza, sino de abajo, es decir del consenso de los contratantes, sino también en el sentido de que ese contrato no es un acuerdo vacío, sino un pacto de convivencia cuyas cláusulas son justamente los derechos fundamentales: antes que nada, en el esquema hobbesiano, el derecho a la vida que justifica incluso la fuga en la batalla o la evasión de la cárcel: luego, en el modelo lockeano, los derechos de libertad y los derechos civiles de propiedad; más adelante, en la experiencia constitucional que comienza con la Declaración de 1789 y sigue en las constituciones rígidas de nuestra posguerra, los derechos políticos, los derechos de los trabajadores y los derechos sociales, todos los cuales, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal, pueden muy bien concebirse, sobre la base de la propuesta de Natoli, como otras tantas negaciones del sufrimiento y del dolor.

Agrego que no solamente en el plano axiológico, propio de la filosofía política, sino también en el fenomenológico, de la historia y de la sociología jurídica, podemos identificar en el sufrimiento y en el dolor el fundamento y el origen de los derechos humanos. Ninguno de estos derechos ha caído nunca desde arriba, como graciosa conce-

---

<sup>5</sup> *Leviatano, op. cit.*, introducción, I, p. 15.

sión. Ninguno de ellos ha sido nunca el producto de simples teorizaciones de escritorio. Todos —desde la libertad de conciencia hasta la libertad personal, desde los derechos sociales hasta los derechos de los trabajadores— han sido el fruto de luchas y revoluciones alimentadas por el dolor, es decir por opresiones, discriminaciones y privaciones precedentemente concebidas como “normales” o “naturales”, que en un cierto punto se vuelven intolerables. Todos se han impuesto como leyes del más débil contra la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. Todavía más. Este papel de “leyes del más débil” vale, en el plano axiológico, para todo el derecho, que está siempre en contra de la realidad o, si se quiere, de la naturaleza, es decir contra lo que acontecería en su ausencia: que no sería la sociedad pacificada que imaginaron muchos utópicos abolicionistas, sino la sociedad salvaje, fundada precisamente en la ley sin frenos del más fuerte. Fue precisamente esta hipótesis, por así decirlo, el experimento mental propuesto por Hobbes, que entonces configuró el Estado y el derecho positivo como convenciones, es decir, como productos artificiales de la razón, dirigidos a poner fin al estado de guerra propio de la sociedad de la naturaleza y a garantizar a todos y cada uno contra la violencia del más fuerte.

Pero ese experimento —no mental sino trágicamente real— ha sido realizado en este siglo por la humanidad, con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. Descubrimos entonces que ni siquiera la mayoría, que consintió la toma del poder por el fascismo y el nazismo, ni siquiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantizan la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, sino está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar, convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas y supresiones de las minorías. Es sobre la base de estas terribles experiencias —los “sufrimientos indecibles de la humanidad” (una vez más, el dolor) que, como dice el preámbulo de la Carta de la ONU, han sido inflingidos a la humanidad por el “flagelo de la guerra” y por las violaciones de los derechos humanos— que al día siguiente de la Segunda Guerra Mundial fue refundado el constitucionalismo a través de su expansión hacia el derecho internacional y por medio de la rigidez impresa a las constituciones estatales. De esta manera se ha

puesto fin tanto a la soberanía externa como a la soberanía interna: es decir una segunda revolución, una segunda mutación de paradigma del derecho, no menos importante que el producido con el nacimiento del Estado moderno y del positivismo jurídico.

Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce al interior del paradigma iuspositivista, no ya como su debilitamiento sino como su complemento: ya que equivale a la sujeción a la ley, es decir a la constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no solo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solamente de su ser sino también de su deber ser, no solo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones decididas por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.

### **La crisis actual del paradigma constitucional**

Hoy en día también el paradigma del Estado constitucional de derecho que nos fue heredado por la tradición occidental ha entrado en crisis. Han cambiado las coordenadas estatales que conforman su presupuesto. Se ha reducido la soberanía externa de los Estados nacionales, tanto en el plano jurídico por su sujeción a la Carta de la ONU y a las grandes convenciones internacionales de derechos humanos, como en el plano de los hechos por su generalizado carácter de “soberanía limitada”, primero por las dos grandes potencias y hoy por la super potencia americana. Pero sobre todo se ha reducido, en todos los ordenamientos, el monopolio estatal de la producción jurídica, y en consecuencia se ha resquebrajado la unidad del sistema de las fuentes, sustituida actualmente por una pluralidad de fuentes, ya no solamente nacionales sino supra-nacionales.

Bajo este aspecto podemos hablar, a propósito del pluralismo de los ordenamientos, por su no clara coordinación y por la incerteza

generada por la sobreposición de las fuentes, de una regresión al derecho pre-moderno. Sin embargo esta transformación del derecho y de la esfera pública, esta des-territorialización y des-nacionalización, no necesariamente comporta, como muchos lo sostienen, una crisis regresiva o peor aún una disolución. Por el contrario, bien podrían ser el preludio de una efectiva universalización. Derribando un argumento comúnmente opuesto a esta perspectiva, puede de hecho afirmarse que es el fruto de una indebida *domestic analogy*<sup>6</sup> la idea de que el único constitucionalismo posible sea el estatal. No hay ningún nexo necesario entre esfera pública y Estado, entre constitución y base social nacional. Esto lo prueba el hecho de que, con todos los límites inevitables ligados a su complejidad, está avanzando el proceso constituyente en Europa y no está lejana la perspectiva de la realización, a través de las oportunas reformas institucionales y sobre todo de la aprobación de una Constitución digna de este nombre, de una esfera pública europea.

Lo que es cierto es que en ausencia de una esfera pública internacional que esté a la altura de los nuevos poderes extra y supra-estatales, de nuevo el dolor —las guerras, la pobreza endémica, los millones de muertos cada año por la falta de alimentación básica y de fármacos esenciales— ha vuelto a ser el signo dramático del vacío de derecho y de su papel garantista. Ciertamente, luego de la ruptura de la legalidad internacional producida por las recientes guerras globales, las perspectivas sobre el futuro del derecho internacional no son muy estimulantes. Sin embargo la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las demás convenciones y cartas de derechos que abundan en el derecho internacional diseñan ya hoy los lineamientos de una esfera pública planetaria. El hecho de que estas cartas y los derechos y principios en ella establecidos sean manifiestamente inefectivos por falta de garantías idóneas no significa que no sean vinculantes, sino solo que en el ordenamiento internacio-

---

<sup>6</sup> Veáanse, para la refutación de la hipótesis de un constitucionalismo global con el argumento de la *domestic analogy*, H. Bull, *The anarchical society*, Macmillan, Londres, 1977, pp. 46-51; H. Sugarami, *The domestic analogy and the world order proposals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán, 1995, capítulo IV, en particular pp. 128-132; id., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 71.

nal existen vistosas lagunas —lagunas, justamente, de garantías— es decir incumplimientos que es tarea de la cultura jurídica denunciar y obligación de la política reparar. Significa, en concreto, si tomamos en serio el derecho internacional, que existe el deber, incluso antes que el poder, de promover un funcionamiento serio de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes contra la humanidad; de orientar las políticas de las instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, a la ayuda y al desarrollo económico de los países pobres en vez de al estrangulamiento, con el pretendido pago de la deuda externa y de sus intereses usureros, de sus economías y de sus sistemas de bienestar estatales; en fin, de identificar y sancionar, como lo establece el artículo 5 inciso *d*) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, todas las guerras de agresión como crímenes internacionales.

Este es el desafío que la crisis actual de los Estados nacionales y de su soberanía lanzan hoy al derecho y a la política. Es un desafío que genera una específica responsabilidad civil e intelectual para la cultura jurídica y política, que no puede seguir en la resignada y desencantada contemplación de lo existente, como si el derecho y la política fueran fenómenos naturales y no, por el contrario, obra de los hombres y antes que nada de las grandes potencias. Siempre, por lo demás, la cultura jurídica ha concurrido a proyectar y a edificar el derecho y las instituciones, incluso cuando se ha presentado como saber técnico y científico y ha intentado ocultar, naturalizando su objeto de estudio, su dimensión pragmática y política. Hoy el papel crítico y proyectual de la ciencia jurídica es todavía más ineludible que en el pasado, ya que está escrito en ese embrión de constitución del mundo formado por las cartas internacionales sobre la paz y los derechos humanos. Está en juego el futuro de miles de millones de seres humanos, e incluso la credibilidad y supervivencia misma, contra el surgimiento de nuevas guerras, violencias y terrorismos, de nuestras ricas pero frágiles democracias.

## Índice

PRESENTACIÓN. La teoría garantista de Luigi Ferrajoli	3
Garantías y Derecho Penal	10
La pena en una sociedad democrática	20
La ética de la jurisdicción penal	34
Crisis de la legalidad y Derecho Penal mínimo	55
Criminalidad y globalización	69
Derecho y dolor	85



*Garantismo penal*, editado por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir en noviembre de 2006, en los talleres de Estampa Artes Gráficas, S.A. de C.V. México, D. F. Para su composición se utilizaron tipos Baskerville. Los interiores se imprimieron en papel cultural de 90 grs. La edición consta de 1000 ejemplares.