Luigi Ferrajoli

Editorial Trotta

Justicia y política

Crisis y refundación del garantismo penal

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

Justicia y política
Crisis y refundación del garantismo penal

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

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

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche
Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it



COLECCIÓN **E**STRUCTURAS Y **P**ROCESOS
Serie **D**erecho

Título original: Giustizia e politica.
Crisi e rifondazione del garantismo penale

© Editorial Trotta, S.A., 2025
http://www.trotta.es

© Luigi Ferrajoli, 2025

© Perfecto Andrés Ibáñez, traducción, 2025

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

ISBN: 978-84-1364-327-4 (edición digital e-pub)

A Marina, en memoria

CONTENIDO

Introducción

Primera parte
EL MODELO GARANTISTA DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ACTUAL CRISIS

I. Jurisdicción y garantismo
II. Las fuentes de legitimación de la justicia penal. El papel garantista del positivismo jurídico
III. Crítica de la concepción de la jurisdicción como creación de nuevo derecho
IV. La crisis del modelo garantista de la jurisdicción penal

Segunda parte
POR UNA REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL

V. El programa de un derecho penal garantista. Las garantías en materia de delitos, penas y procesos
VI. Ordenamiento judicial y deontología de los jueces
VII. La prevención de la criminalidad: derecho penal mínimo y políticas no penales
VIII. La jurisdicción internacional. Crímenes de sistema y constitucionalismo global

Índice de nombres
Índice general

INTRODUCCIÓN

1. En Italia, en los últimos treinta años, la criminalidad, ha caído. Los homicidios, que en 1991 fueron 1938, hoy son poco más de 300 al año, y también los demás delitos han disminuido en gran medida. Al mismo tiempo, sin embargo, la población carcelaria casi se ha duplicado: los presos eran 31 053 en 1991 y hoy son 58 083; las cadenas perpetuas casi se han cuadruplicado, pasando de 408 en 1992 a las actuales 1867, dos tercios de las cuales son agravadas (*ergastoli ostativi*) porque no admiten la aplicación de los beneficios previstos en el ordenamiento penitenciario de 1975 y por la reforma Gozzini de 1986. Al mismo tiempo, en Italia ha retrocedido la cultura de la clase política. Todavía en los años noventa, el 30 de abril de 1998, el Senado aprobó por amplísima mayoría la abolición de la cadena perpetua, luego, lamentablemente, no sometida al voto de la Cámara de Diputados. Veinticinco años después casi todas las fuerzas políticas en el Parlamento rechazan con desdén la acusación de estar a favor de la abolición, ya no de la cadena perpetua, sino incluso de la agravada, que impide la concesión de cualquier reducción de la pena.

Es difícil no ver en estos cambios extraordinarios el efecto de una reducción de las garantías del correcto proceso, como límites al arbitrio punitivo, y del declive del garantismo en la cultura tanto de la clase política como de la judicial. Son múltiples las causas de la regresión política, cultural y moral, que se manifiesta en tales cambios: la pérdida de calidad de los gobernantes; el clima de constante emergencia alimentado por ellos; las incesantes campañas sobre la seguridad dirigidas a aterrorizar a la opinión pública a fin de obtener el apoyo a inútiles exasperaciones de las penas; la mayor dureza, hasta la inhumanidad, tanto de las leyes como de los juicios

en el tratamiento, sobre todo, de la criminalidad de la calle; la difusión de la demanda social de castigos severos y vindicativos inducida por los populismos, y la degradación del sentido moral a escala de masas que tiene en esta un indicio.

Por otra parte, la justicia penal ha estado en el centro del debate político desde que, hace treinta años, hizo frente a las múltiples formas de corrupción de los máximos exponentes políticos del gobierno. Fue entonces cuando se produjo la confrontación entre justicia y política. Los magistrados[a] fueron acusados de politización. Pero sucedió exactamente lo contrario: los jueces y los fiscales dejaron de hacer política cuando comenzaron a aplicar la ley a todos por igual y, por tanto, a contener el desarrollo de la ilegalidad pública y de los poderes ocultos subyacentes a esta, y a salvaguardar, de este modo, el orden del estado de derecho y de la democracia.

No obstante, es innegable que la quiebra del sistema político provocada en los primeros años noventa del pasado siglo por investigaciones judiciales milanesas fue un fenómeno de patología institucional, sin precedentes en la historia y sin equivalente en otros ordenamientos democráticos. Los escándalos suscitados por las diversas formas de corrupción arrojaron un descrédito sin precedentes sobre la clase política, que se proyectó sobre los partidos y las propias instituciones representativas, percibidas como cada vez más ajenas a la sociedad. Además, en el subsiguiente enfrentamiento entre política y justicia, la magistratura y una parte de la opinión pública, a menudo, opusieron, a la imagen de un poder político corrupto e ineficiente, la idea del poder judicial como poder bueno y salvífico; cuando, por el contrario, es siempre un factor de salud institucional la conciencia, sobre todo entre los jueces, de que, como escribió Montesquieu, el suyo es un poder terrible que, por eso, debe ser rodeado de garantías rigurosas. De este modo, la defensa incondicionada de la jurisdicción ha acabado por dejar en la sombra prácticas judiciales iliberales y antigarantistas. Ha ofrecido de la magistratura la imagen de una corporación de poder. Ha avalado indebidas interferencias de la justicia penal en la esfera de

la fisiológica discrecionalidad de la política y de la administración contrarias a la separación de poderes; que, obviamente, debe defenderse no solo de las invasiones de la jurisdicción por la política, sino también del control por parte del poder judicial de los legítimos espacios de competencia de las funciones políticas y administrativas de gobierno.

Es por lo que hoy se impone a la cultura jurídica y a la clase política una reflexión racional, dirigida a repensar las fuentes de legitimación de los distintos poderes del estado y las condiciones de un respeto recíproco entre estos, a identificar los daños producidos en el tejido democrático por la antipolítica y los populismos y, al mismo tiempo, la rehabilitación del modelo garantista de la jurisdicción penal. Este libro tiene como fin mover a una reflexión a la altura de la crisis en curso. En los treinta y cuatro años transcurridos desde que, en *Derecho y razón*, formulé una primera teoría del garantismo penal, en Italia, pero no solo, se han producido transformaciones profundas y todas regresivas, tanto en la sociedad como en las instituciones: el crecimiento de las desigualdades y las restricciones de los derechos sociales y del trabajo; la quiebra de la representatividad del sistema político y la desconfianza generalizada en la esfera pública; la inflación incontrolada de la legislación y la crisis del principio de estricta legalidad y taxatividad; la involución clasista y policiaca de la justicia penal debida al aumento de las penas contra la criminalidad de subsistencia, a las leyes de favor en relación con la delincuencia de los poderosos y al creciente espacio asumido por los procedimientos de prevención *extra* o *ante delictum*; la introducción y luego la progresiva agravación de la cárcel dura[b] en virtud de los arts. 4 *bis* y 41 *bis* del ordenamiento penitenciario; el largo, extenuante conflicto entre el mundo de la política y el de la justicia; la reacción corporativista del estamento judicial, el protagonismo de muchos jueces y, sobre todo, fiscales, y el crecimiento del poder de las fiscalías[c]; la centralidad adquirida, en el sistema político italiano, por la cuestión penal y por el poder punitivo, y el peligro de que la jurisdicción acabe configurándose o, al menos, siendo percibida

como una indebida función de gobierno y no como una función de garantía; la mutación, en fin, de la cuestión criminal, caracterizada cada vez más por la reducción de la vieja criminalidad individual y por el desarrollo de las múltiples formas de criminalidad de los poderosos: debido, de un lado, al crecimiento de los poderes criminales organizados y de los delitos de los poderes, tanto públicos como privados y, del otro, a las violaciones masivas de los derechos fundamentales y de los bienes comunes, causadas por poderes globales salvajes, tan devastadoras como no percibidas como ilícitos, solo porque no tratadas y en gran parte no tratables por el derecho penal.

2. No es extraña a esta crisis del garantismo penal la contribución de una parte relevante de la cultura penalista —tanto de la doctrina como de la magistratura— que en estos años ha asistido a las involuciones de su propio objeto de estudio, oscilando entre resignación pesimista y aceptación realista y, de este modo, archivando o, en todo caso, adaptando los principios garantistas a los muchos cambios del derecho penal en trasformación: desde la actitud acrítica ante la crisis del principio de legalidad determinada por la inflación legislativa a la teorización del creacionismo jurisdiccional con violación de la separación de poderes y de la sujeción de los jueces a la ley; del aval prestado a los distintos regímenes de cárcel dura y las lesiones de los derechos humanos de los migrantes, a las normas sobre las medidas de prevención, contradiciendo los principios de retribución y de legalidad, hasta la opción expresa en favor de las distintas modalidades de justicia negociada y de procedimientos alternativos introducidos, para hacer frente al marasmo de los procesos, contra los principios del juicio contradictorio y del derecho al silencio del imputado; de la teorización de las diferentes formas de tutela anticipada de los bienes jurídicos, mediante el abuso de los delitos asociativos y de las figuras de peligro abstracto o presunto, hasta el apoyo ofrecido a las diversas modalidades del proceso penal y la ejecución de la pena por tipo de autor o de detenido.

Se plantea, al respecto, una cuestión epistemológica de fondo que guarda relación con el estatuto de la ciencia jurídica y, en particular, de la doctrina penalista: si esta debe limitarse a interpretar las normas penales, según recomendaba el viejo método técnico-jurídico, o debe también preguntarse por sus fundamentos ético-políticos y desarrollar el papel crítico y proyectual que fue propio de la Escuela Clásica, de Beccaria a Carrara, y que, además, viene hoy impuesto por la constitucionalización de gran parte de los principios garantistas. Si, dicho de otro modo, su aproximación al derecho debe ser puramente descriptiva o comportar también la crítica de sus perfiles de ilegitimidad política o jurídica y su diseño normativo, de acuerdo con los principios teóricos de justicia de los que depende la legitimación del sistema penal en su conjunto. Y todavía más: si la ciencia penalista puede desarrollarse bajo la enseña del desinterés por los demás saberes sociales —la filosofía jurídica y política, la sociología, la criminología y la historiografía— o si, por el contrario, debe también reflexionar sobre los grandes problemas filosóficos del *por qué*, el *cuándo* y el *cómo* castigar, prohibir y juzgar, así como mirar al concreto funcionamiento de la justicia penal, a sus condicionamientos extrajurídicos, a sus trasformaciones determinadas por razones políticas o culturales, a la concreta naturaleza de las penas y los tratamientos carcelarios, al grado de efectividad y de inefectividad de las normas, y a las desigualdades en su aplicación.

Estas alternativas han marcado toda la historia moderna del pensamiento penalista. Durante todo el ochocientos la ciencia del derecho penal, de Cesare Beccaria a Gaetano Filangieri y a Mario Pagano, de Giandomenico Romagnosi a Anselm Feuerbach y a Francesco Carrara, fue, más que cualquier otra, una disciplina jurídica dotada de vocaciones filosóficas. Con la afirmación del método técnico-jurídico, promovido por Arturo Rocco en su célebre lección de Sassari de 15 de enero de 1910, esta se trasmutó en un saber puramente técnico, carente de fundamentos axiológicos externos, cuya «autonomía», tanto de la cultura filosófico-política como de la sociológica, fue incluso asumida, reivindicada y

recomendada como condición de su cientificidad. En los primeros decenios de la segunda posguerra la Constitución italiana, en la que se positivizaron gran parte de los principios de justicia que configuran el modelo garantista del derecho penal y del estado de derecho, puso en crisis, entre los juristas más advertidos, aquel viejo método técnico-jurídico, basado en la presunción apriorista de legitimidad del derecho existente. En efecto, pues la rigidez de la Constitución retroactuaba sobre la ciencia jurídica atribuyéndole el cometido, científico y político al mismo tiempo, de controlar la legitimidad de su propio objeto y proponer desde dentro las correcciones permitidas por las técnicas garantistas, de las que está dotado el ordenamiento, y de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía idóneas para actuar el proyecto constitucional.

Tengo la impresión de que en estos últimos decenios la demagogia de la seguridad, la difusión de las instancias punitivas y el clima de constante emergencia generado por el desarrollo del terrorismo y del crimen organizado, han determinado, no solo la involución de nuestro sistema penal, sino también su aval por gran parte de nuestra cultura penalista. Frente al derecho que cambia, el modelo garantista del derecho penal recibido de la tradición ilustrada, desde distintas perspectivas, ha sido considerado y declarado obsoleto o abiertamente superado. De nuevo, este cambio se ha producido con la tácita exclusión de ambos puntos de vista externos al derecho penal, aquellos que el viejo método técnico-jurídico había abiertamente desterrado a comienzos del siglo pasado y que fueron redescubiertos por el pensamiento penalista progresista de los años setenta y ochenta: el punto de vista filosófico sobre los fundamentos de la legitimación ético-política del derecho penal y el punto de vista sociológico sobre la divergencia entre su modelo garantista, hoy en gran parte constitucionalizado, y los aspectos más inicuos, discriminatorios y clasistas de su funcionamiento de hecho.

No puede producirse una refundación del garantismo penal sin la superación de este doble aislamiento de la ciencia penalista —de la filosofía del derecho penal y de la sociología jurídica— por lo demás incompatible con el constitucionalismo rígido de nuestras

democracias, que hunde sus raíces en la filosofía política ilustrada y al que la sociología de la desviación ofrece el banco de pruebas de su efectividad. Integrar la ciencia penalista con el enfoque filosófico sobre los fundamentos y con el sociológico sobre el funcionamiento de hecho del derecho penal, quiere decir promover el rol crítico generado por la triple divergencia deóntica entre justicia y validez, entre validez y vigencia, y entre vigencia y efectividad de sus normas. Esta es la revolución epistemológica impuesta a la ciencia penalista y, más en general, a toda la ciencia jurídica, por la doble artificialidad del derecho de nuestras democracias: ante todo de su *ser* legislativo y después de su *deber ser* constitucional, es decir, de los valores que las constituciones han positivizado, transformando en una divergencia deóntica interna al derecho positivo la que en el pasado era solo una divergencia externa entre validez y justicia. De aquí el nexo de las disciplinas penalistas con la filosofía, que no puede ser ignorado sin la pérdida de sus fundamentos en los valores constitucionales. Pues ha sido la filosofía política la que ha definido y hecho objeto de reflexión a las clásicas palabras que los designan: la libertad, la igualdad, los derechos humanos, la dignidad de la persona, la separación de poderes, la representación política, pero también, en el sector más estrictamente penalista, las garantías penales de la estricta legalidad, la lesividad, la materialidad de la acción y la culpabilidad, y las procesales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el juicio contradictorio y los derechos de la defensa. La ignorancia o, lo que es peor, el rechazo consciente de estos fundamentos, son un factor no secundario de la crisis en curso de las garantías penales y procesales.

3. Todo esto impone una actualización de la teoría del garantismo penal, a partir de una reflexión sobre sus fuentes políticas y constitucionales de legitimación y, por otra parte, sobre los gigantescos problemas generados por la crisis de la legalidad penal, por las transformaciones de la fenomenología criminal en la era de la globalización, y por las tensiones y conflictos, ásperos y venenosos, entre el poder judicial y los otros poderes, políticos y económicos, que no soportan su independencia.

Con este fin volveré a proponer y defenderé, en la primera parte de este libro, el modelo clásico del derecho penal —el paradigma Beccaria, como lo han llamado Philippe Audegean y Dario Ippolito— cuyo abandono, tanto por parte de la legislación como por la jurisdicción, está en el origen del giro autoritario de nuestro sistema punitivo, al mismo tiempo iliberal y antisocial. Analizaré, sobre todo, las tres dimensiones cognoscitivas del juicio —la interpretación, la prueba y la equidad— aseguradas por las garantías penales y procesales del modelo garantista del derecho y el proceso penal. Mostraré cómo este modelo está en la base de la legitimidad política del derecho y de la jurisdicción, y reclama, en el orden metodológico, un positivismo crítico dirigido a identificar las leyes y las prácticas que lo contradicen y a proyectar su superación. Criticaré, como fruto de graves equívocos epistemológicos y contrarias a la separación de poderes y a la sujeción de los jueces a la ley, las distintas doctrinas del creacionismo judicial que se han afirmado con éxito en estos años. En fin, analizaré las formas y las razones de la crisis del modelo garantista, identificando como los principales factores su desaparición o regresión en la cultura política y en la práctica judicial, la crisis de la legalidad penal como límite frente al arbitrio, el desarrollo del populismo y de sus opciones por un derecho penal máximo, el anómalo crecimiento de las medidas y los procedimientos *ante* o *extra delictum*, y el desarrollo del populismo y sus opciones demagógicas por un derecho penal máximo y el consiguiente aumento de las formas de subjetivización y administrativización del derecho penal.

En la segunda parte propondré una refundación del garantismo penal mediante el reforzamiento y la ampliación de las garantías sustanciales y procesales en materia de delitos, penas y procesos y, a la vez, mediante una redefinición y una reforma del papel y los poderes del ministerio público. Después discurriré sobre las garantías orgánicas y las reglas deontológicas dirigidas a asegurar la imparcialidad y la independencia de la función judicial de cualquier otro poder y el papel progresista desarrollado por el asociacionismo judicial como antídoto frente a las involuciones burocráticas,

sectarias y corporativas de la magistratura. En fin, en los dos últimos capítulos, criticaré una triple ilusión y falacia penalista: la idea de que la eficacia disuasoria de las penas se incremente con su dureza y, por otra parte, que el derecho penal sea el principal instrumento de prevención de los delitos y la única fuente de identificación de los crímenes. Frente a estas ilusiones, sostendré la necesidad de repensar el garantismo penal junto con las demás dimensiones del garantismo, y los mucho más benéficos sistemas no penales de prevención de los delitos y de garantía de los derechos y los bienes fundamentales: de un lado, un garantismo social y político, capaz de reducir las causas materiales tanto de la criminalidad de subsistencia como de la de los poderosos; del otro, un garantismo global capaz de reducir o eliminar las causas, no solo de la criminalidad transnacional, sino también de las demás violaciones criminales de los derechos humanos y de los bienes comunes, mucho más amenazadores para el futuro de la humanidad que todos los delitos en su conjunto.

Por eso, el garantismo penal será solo un capítulo, y no el más importante, de una teoría general del garantismo. Nacido en el terreno de los delitos y de las penas, como sistema de límites al arbitrio punitivo, el paradigma garantista se presta a ser ampliado, como garantismo constitucional, en dos direcciones: por una parte, frente a cualquier poder, por otra, en garantía de cualquier derecho. En efecto, pues todas las garantías son límites o vínculos, esto es, prohibiciones u obligaciones lógicamente implicadas por esas expectativas negativas y positivas en las que consisten todos los derechos fundamentales —no solo los de libertad, sino también los sociales— y normativamente impuestos, por su rango constitucional, al ejercicio de cualquier poder, tanto judicial como político, público como privado, tanto estatal como supraestatal. De aquí la centralidad de las garantías dentro de la teoría de la democracia constitucional y, por tanto, también en la teoría de un derecho penal constitucionalmente fundado. Entre garantías y derechos la relación es de medios a fines. Si los derechos fundamentales son los fines, sus garantías y las correspondientes funciones e instituciones de

garantía son los medios. Sin los medios no se realizan los fines; sin garantías, los derechos se quedan en el papel. Tomar en serio los derechos fundamentales y asumirlos como vinculantes equivale, en todos los sectores del derecho, incluido el derecho penal, a concebir como una obligación la introducción y el respeto de sus garantías. Ignorar esta obligación equivale a no comprender el espíritu del constitucionalismo.

Por tanto, cabe concebir el garantismo como la otra cara —la cara operativa y activa, por así decir— del constitucionalismo, de la que depende enteramente la efectividad de los principios constitucionalmente establecidos. Se configura como la dimensión sustancial de la democracia constitucional, por oposición, tanto a las ideologías populistas que identifican la democracia con la omnipotencia de las mayorías, como a las ideologías liberistas[d] que ven el mercado como un espacio de libertad y no de asimétricas relaciones de poder. Así pues, no tiene nada que ver con las pretensiones de impunidad o de limitación de la independencia de la jurisdicción, en apoyo de las cuales es invocado por los poderes políticos y económicos en ese sentido perverso insostenible. Por lo demás, resulta incompatible con cualquier forma de poder absoluto. Implica la sujeción a la ley de todos los poderes para la tutela de los derechos de todos. Designa el conjunto de las garantías capaces de actuar en concreto, también en materia penal, el principio de igualdad y los derechos fundamentales de todos. Es, en definitiva, todo uno con el paradigma de la democracia constitucional, negado y convertido en su contrario por el *garantismo de la desigualdad y del privilegio*, que asegura impunidad a los ricos y a los poderosos, y promueve la inhumanidad en relación con los pobres y los marginados, destinados a sufrir penas draconianas y lesiones de su dignidad como personas.

De aquí la necesidad de refundar la teoría del garantismo penal y de proponer un consecuente proyecto reformador dentro de la teoría general del garantismo, capaz de superar la centralidad asociada a los procesos y a las penas como instrumentos primarios de defensa social. El derecho penal es la última y la menos feliz de las técnicas

de garantía que los sistemas políticos deben asegurar a los derechos y a la seguridad pública. Mucho más que con las políticas penales, la criminalidad se previene con políticas económicas y sociales y con reformas institucionales adecuadas. Mucho más que con las penas, los derechos fundamentales, incluida la inmunidad frente a ofensas y castigos injustos, se aseguran con potentes sistemas de garantías sociales cuya introducción, junto con la de las correspondientes funciones e instituciones de garantía, viene impuesta por su previsión constitucional. En efecto, existe una sinergia entre los distintos tipos de derechos y entre sus diferentes garantías: cada derecho se beneficia de la efectividad de los demás y resulta debilitado por su infectividad. Es por lo que el garantismo penal tiene su máximo sustento en el garantismo constitucional que, a su vez, requiere el soporte de un constitucionalismo a escala global. Por muchos motivos: porque las garantías penales y procesales tienen el más sólido fundamento en su previsión constitucional; porque la prevención de los crímenes más graves y la seguridad de las personas en todos los significados asociables a este término polisémico, dependen, sobre todo, del conjunto de las garantías de todos los derechos fundamentales; porque, en fin, la humanidad está cada vez más integrada y es más interdependiente, unida por la necesidad de las mismas garantías de libertad y de supervivencia frente a idénticos desafíos y agresiones.

Esto es algo que hoy debería ser evidente para todos, dado el carácter transnacional asumido por los poderes que cuentan y por sus agresiones a la civil y pacífica convivencia. Por eso, las numerosas cartas internacionales de derechos humanos y las nuevas violaciones criminales de los derechos fundamentales y de los bienes comunes debidas a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales, imponen la concreta extensión tanto del constitucionalismo como del garantismo, en todas sus dimensiones, a la nueva geografía de los poderes diseñada por la globalización. No solo imponen, sino que implican un garantismo que, en actuación de la lógica universalista del constitucionalismo y a la altura de los nuevos catastróficos desafíos globales, se configure como sistema de

límites y vínculos a los poderes supraestatales además de los estatales, a los poderes económicos privados y no solo a los poderes políticos públicos, a la garantía de los derechos fundamentales de todos, pero también de los bienes vitales. Corresponde a la política hacer real este garantismo. Diseñar sus líneas maestras teóricas es el cometido primario de la cultura jurídica.

a. Mientras que en España con la voz «magistrado» se denota exclusivamente a los integrantes de una categoría dentro de la carrera judicial, a la que se accede por antigüedad o por oposición entre jueces, en Italia se llaman y tienen el estatuto de magistrados, además de a los jueces, es decir, quienes ejercen la función propiamente jurisdiccional, también a los integrantes del ministerio público, entre nosotros, fiscales. Por eso, cuando en este libro se hable simplemente de «magistrado(s)», se hará en este sentido amplio. [*N. del T.*]

b. Se trata de un régimen más riguroso que el ordinario. Inicialmente, fue previsto para los condenados por delitos relacionados con la criminalidad organizada con el objeto de reducir drásticamente las posibilidades de contacto entre presos y con el exterior a fin de eliminar o, al menos, reducir las posibilidades de relación con los grupos criminales de pertenencia. En el curso de los años, se ha extendido a otras figuras de delito con fines puramente aflictivos. [*N. del T.*]

c. Las fiscalías (*procure*) son las competentes en Italia para el ejercicio de la acción pública y la instrucción penal. [*N. del T.*]

d. *Liberismo* es un término italiano —sin uso en castellano— que puede equivaler a «liberalismo económico». Va referido, por tanto, no a los derechos de libertad, sino a los derechos de autonomía en la esfera del mercado, que son derechos fundamentales pero también poderes. Ciertamente, pues su ejercicio consiste en actos jurídicos que producen efectos en la propia esfera y en la de los demás. [*N. del T.*]

Primera parte

EL MODELO GARANTISTA DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ACTUAL CRISIS

Capítulo I

JURISDICCIÓN Y GARANTISMO

1.1. *Una definición estipulativa del concepto teórico de jurisdicción*

En la voz «jurisdicción», escrita en 1970 para *Enciclopedia del diritto*, Salvatore Satta expresaba su desconfianza de los intentos de formular una definición de jurisdicción capaz de captar «los infinitos aspectos» de esta[1]. Calamandrei había expresado, treinta años antes, la misma tesis escéptica[2]. Para Satta, ese recelo y el consiguiente rechazo de una definición estarían justificados por el carácter siempre incompleto o parcial de las múltiples definiciones hasta entonces propuestas, cada una de las cuales captaba uno o más rasgos esenciales, pero no todos, del concepto de jurisdicción[3].

Tengo la impresión de que el origen de esta desconfianza está en la incomprensión de la naturaleza y el papel de las definiciones teóricas. A diferencia de las definiciones léxicas de los términos normativos de las disciplinas jurídicas positivas, ancladas a las reglas de uso establecidas por el legislador, las definiciones de los términos teóricos, como sucede, precisamente, con «jurisdicción», son definiciones estipulativas, cuyo fin no es captar el «verdadero» significado del término por definir o identificar todos sus «infinitos aspectos», sino solo estipular de él una noción capaz de dar cuenta lo más posible del fenómeno designado por ella, dentro de la teoría en construcción[4]. Así se explica la variedad de las definiciones propuestas, cada una de las cuales identifica uno o más aspectos de la jurisdicción considerados esenciales —a veces de carácter sustancial, más a menudo de carácter formal— dentro de la teoría

específica a la que pertenece la definición, supuesta y requerida por tal teoría como la más apropiada y fecunda[5].

Así pues, la definición de jurisdicción que propondré aquí no pretende abrazar todos los aspectos esenciales del fenómeno jurisdiccional y, menos aún, ser una definición verdadera y tampoco completa. En efecto, pues no quiere ser una definición descriptiva que trate de ofrecer una imagen a partir de las normas que regulan sus múltiples formas, o sobre la base de lo que de hecho hacen los jueces, es decir, de sus prácticas aplicativas, argumentativas, interpretativas, probatorias y valorativas. Al igual que todas las definiciones teóricas es simplemente el fruto de una estipulación, esto es, de una asunción, como tal ni verdadera ni falsa, sino solo dotada, dentro de la teoría del garantismo que, con ella como punto de partida, se desarrollará aquí, de una mayor capacidad explicativa del papel de la jurisdicción con respecto a otras definiciones posibles e igualmente ni verdaderas ni falsas.

Según esta definición, «jurisdicción» es el ejercicio de una función pública, disciplinado por normas y consistente en un procedimiento que concluye con una decisión que dicta la solución de una controversia sobre la base de la comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho[6]. Esta definición de la jurisdicción identifica: *a*) el carácter de procedimiento público que termina con una decisión sobre el fundamento o la falta de fundamento de una determinada pretensión judicial; *b*) la naturaleza cognoscitiva, en sus múltiples dimensiones y significados que serán ilustrados en los parágrafos que siguen: *c*) el objeto de la comprobación judicial, consistente en los presupuestos fácticos y jurídicos de la decisión en orden, por ejemplo, en la jurisdicción penal, a la aceptación como verdadera o al rechazo como falsa de la tesis que enuncia la responsabilidad de una persona concreta por la ejecución de un delito. Naturalmente, siendo la cognición judicial siempre imperfecta y relativa, el modelo de la jurisdicción que se expresa en esta definición es un modelo normativo límite, nunca realizable a la perfección y, no obstante, tanto más realizable cuanto más riguroso

sea el respeto de un sistema adecuado de garantías sustanciales y procesales, como las que aquí serán objeto de examen.

Por tanto, en esta noción relativamente restringida de jurisdicción, entran todas las principales actividades habitualmente designadas por ella: de la jurisdicción civil a la jurisdicción penal, de la jurisdicción administrativa a las jurisdicciones disciplinarias, de la jurisdicción constitucional a las jurisdicciones internacionales. En cambio, no entran la jurisdicción arbitral, confiada a sujetos privados y no a órganos públicos, ni gran parte de la llamada jurisdicción voluntaria, de carácter precisamente voluntario y no cognoscitivo. Como haré ver más adelante, esta noción de jurisdicción —no compartida por gran parte de la doctrina, a causa de múltiples equívocos epistemológicos que criticaré en el capítulo III— es la más idónea para identificar sus fuentes de legitimación y para fundar el entero edificio teórico del garantismo penal.

1.2. *Tres dimensiones de la cognición judicial: la interpretación, la prueba, la equidad*

Así pues, la jurisdicción consiste en una decisión sobre la aceptación o no como «verdadera» de una hipótesis judicial avanzada por un sujeto legitimado para accionar en juicio. Es, por esto, un *saber-poder*, compuesto por una actividad cognoscitiva y por una actividad potestativa consistente en la decisión de aceptar o rechazar como plausiblemente verdadera la tesis, por ejemplo, de la comisión de una determinada violación del derecho de la que se siguen los efectos jurídicos previstos para ella por el derecho mismo, sostenida por una de las partes de la causa. Se entiende que, en esta endíadis, cuanto más amplio es el saber, tanto menor es el poder y tanto mayor la legitimación jurídica y política del juicio; y viceversa.

Este saber-poder y, consecuentemente, la que llamamos «verdad procesal» representan, por eso, el tema más relevante de toda teoría del garantismo judicial. Su análisis no es solo una cuestión de

derecho procesal y tampoco una cuestión de carácter solamente jurídico. Es, por un lado, una cuestión epistemológica, quizá la más relevante de la ciencia jurídica. Pero, por otro lado, es un tema de filosofía política, puesto que guarda relación con una condición esencial del estado de derecho y de la separación de poderes: la máxima limitación posible de los espacios de arbitrio del poder judicial, a través de las garantías idóneas para anclar la jurisdicción a la determinación más fundada posible de la verdad procesal.

Para comprender las razones de esta centralidad del problema de la verdad procesal en la teoría, no solo del proceso, sino también del estado de derecho y de la democracia, hay que partir de una tesis elemental, muy a menudo descuidada. La aplicación de la ley en la jurisdicción no es solo *formal*, es decir, relativa a las formas de producción de los juicios, sino también *sustancial*, esto es, relativa a sus contenidos, y consiste en la obtención de la «verdad» procesal, cualesquiera que sean los criterios sobre cuya base aceptamos o rechazamos una tesis judicial como «verdadera»[7]. En efecto, a diferencia de las demás actividades jurídicas, en un estado de derecho, la jurisdiccional es una actividad cognoscitiva además de práctica y prescriptiva. Más precisamente, es una actividad prescriptiva que tiene como fundamento una motivación de tipo cognoscitivo, argumentada como plausiblemente verdadera. Las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados son todos ellos actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende principalmente de la aplicación de las normas procesales sobre su formación y cuya legitimación política depende, no de alguna verdad, sino, en el caso de los actos públicos, de su idoneidad para satisfacer los intereses generales y/o de su adherencia a la voluntad y a los intereses representados y, en el caso de los negocios privados, de la autonomía de sus autores en la persecución de sus personales intereses.

Las sentencias, en cambio, son decisiones cuya validez jurídica y, antes aún, su justicia, dependen de su «verdad» y, más precisamente, de la verdad de sus motivaciones. Se dirán, no solo

válidas, sino también justas, si y solo si sus motivaciones en hechos y en derecho se consideran plausiblemente «verdaderas». Esta «verdad» es mediada por la ley, en el sentido de que lo que el juez debe comprobar como verdadero es lo que la ley predispone como objeto del juicio. Cognición judicial y aplicación de la ley son por eso expresiones equivalentes. En efecto, pues no hay jurisdicción donde no se dé la comprobación de los presupuestos de su ejercicio consistente en una *aplicación sustancial de la ley*. Así como, a la inversa, no hay política, legislación ni administración en ausencia de discrecionalidad en cuanto a los contenidos de las decisiones, no ya predeterminados, sino solo sujetos a la *aplicación formal* de las normas sobre su formación y al *respeto* de todas las normas supraordenadas a ellos[8]. Se entiende que esta naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción, en materia penal, sea la principal garantía de ese específico derecho fundamental que es la inmunidad de la persona no culpable frente a puniciones arbitrarias. En fin, como se verá en el último capítulo, en el estado de derecho, aquella constituye el principal fundamento teórico de la legitimación de la jurisdicción, de la separación de poderes y de la independencia del poder judicial de cualquier otro poder.

Distinguiré tres dimensiones de este saber-poder en que consiste la jurisdicción. Hablaré, en primer lugar, de la *verdad jurídica* como verdad solamente *opinable* producida por la *interpretación operativa*[9] de la ley, que opera desde el inicio del proceso cognoscitivo, cuando los hechos objeto del juicio, antes de ser comprobados empíricamente, son hipotetizados como relevantes sobre la base de las normas que los prevén. Hablaré de la *verdad fáctica*, como verdad solo *probabilista* alcanzada mediante las pruebas, es decir, a través de la *inducción probatoria*. En fin, hablaré de *valoración equitativa*, correspondiente a una tercera dimensión de la jurisdicción, habitualmente ignorada, referida a la *comprensión* de la singularidad irrepetible del hecho justiciable[10].

1.3. *La interpretación. Verificabilidad y falsabilidad en virtud del principio de estricta legalidad*

¿De qué fuente deben provenir los parámetros de la verdad jurídica? De los precedentes judiciales, de la doctrina, de las costumbres consolidadas y del sentido de justicia de los jueces, o bien de un texto escrito de derecho positivo, ¿cuál es la ley preexistente al juicio?

Estas dos distintas respuestas a nuestras preguntas corresponden, *grosso modo*, a dos diferentes fases de la historia del pensamiento y de las instituciones jurídicas. La primera respuesta es la ofrecida por el derecho jurisprudencial premoderno, cuando el derecho aplicado por los jueces estaba formado no solo y ni siquiera prevalentemente por las leyes, sino también y sobre todo por los precedentes, la doctrina jurídica y el llamado «derecho natural». La segunda respuesta es la que ofrece el derecho moderno basado en el principio de legalidad, en virtud del cual la calificación jurídica de los hechos sometidos al juicio está confiada a la ley y por eso, en materia penal, nadie puede ser castigado si no es por un hecho que haya sido antes previsto por la ley como delito.

La afirmación de este principio ha cambiado la naturaleza del derecho, cuyas fuentes ya no consisten en las precedentes sentencias de los jueces y en las tesis de la doctrina, sino en la autoridad del legislador, es decir, en la predeterminación legal, antes del desarrollo del juicio y específicamente del juicio penal, de lo que es punible o, en todo caso, jurídicamente relevante. Se ha tratado de un verdadero cambio de paradigma. Recordamos las palabras de Hobbes, «no es la sabiduría, sino la autoridad la que hace la ley» en el *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, oponiéndose a las del jurista *sir* Edward Coke, «nada que sea contrario a la razón es derecho»[11]. *Auctoritas, non veritas facit legem*, es la clásica fórmula hobbesiana[12], alternativa a la opuesta máxima iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*, en virtud de la cual es la verdad, dictada por el derecho natural y por la *sapientia iuris*, y no la autoridad del soberano, lo que funda la ley.

Entonces tenía razón el jurista, ya que la doctrina del derecho natural era la teoría del derecho a la sazón vigente, mientras la máxima hobbesiana expresaba el proyecto de la positivización del derecho y del monopolio estatal de la producción jurídica. En efecto, pues con la máxima hobbesiana nacía el moderno principio de legalidad, como límite y vínculo al poder judicial y como garantía fundamental de la certeza del derecho y, con ella, de los derechos de la persona frente al arbitrio de los jueces. En cambio, la opuesta máxima iusnaturalista, según la cual *veritas non auctoritas facit legem*, confiaba, la «veritas» de los pronunciamientos judiciales —la llamada «razón jurídica» o *summa ratio* en el *Diálogo* hobbesiano— a la sapiencia del juez, esto es, a sus opciones y a su sentido de la justicia[13], resolviéndose de hecho en el principio *auctoritas*, *non veritas facit iudicium*. Por el contrario, es solo el principio positivista de legalidad, *auctoritas non veritas facit legem*, por cuya virtud es la ley la que prefigura exactamente el objeto de los juicios, el que hace realizable la opuesta máxima garantista *veritas*, *non auctoritas facit iudicium*, y transforma el juicio en la comprobación fáctica y en la calificación jurídica de los hechos previstos en ella[14]. Así pues, el cognoscitivismo judicial supone el positivismo jurídico, es decir, el voluntarismo y el anticognoscitivismo de las normas aplicables; mientras el pretendido cognoscitivismo normativo, en ausencia de criterios en los que anclar la supuesta fundación objetiva de las normas, comporta el voluntarismo y el creacionismo judicial.

Pero es claro que no basta la previsión legal del hecho sometido al juicio para impedir el arbitrio de los jueces. A tal fin se necesitan otras dos condiciones. La primera se refiere a la semántica del lenguaje de las leyes. Estas pueden ser sustancialmente en blanco. Por ejemplo, es bien posible que la ley permita que sea declarado punible quien contravenga los preceptos del soberano cualesquiera que sean; o que alguien sea considerado reo por el juez en cuanto estigmatizable, con apoyo en la ley, como peligroso o sospechoso, o considerado autor de vagas e imprecisas acciones desviadas legalmente previstas como delitos. Es imprescindible que el legislador formule los enunciados normativos en un lenguaje lo más

claro y preciso posible para reducir al máximo la incertidumbre de su interpretación.

La segunda condición, injertada en el estado de derecho por las constituciones rígidas, consiste en el anclaje de la validez de las normas legales a la coherencia con las normas constitucionales y, con ello, en el respeto de los principios expresados en estas, como el de igualdad, el de igual dignidad de todos los seres humanos y sus derechos fundamentales. Cuando un texto normativo admita varias interpretaciones, corresponde al juez excluir, por inválidas, las contrarias a la constitución, elegir la más coherente con los principios constitucionales y promover su declaración de inconstitucionalidad, cuando cualquier interpretación plausible sea incompatible con ellos.

Así pues, para que de las tesis judiciales pueda predicarse plausiblemente la verdad, no basta el que cabe llamar *principio de mera legalidad*, que es una regla dirigida a los jueces prohibiéndoles la punición de hechos no previstos en la ley como delitos. Para tal fin es, además, necesario el que llamo *principio de estricta legalidad*, que es una regla semántica de formación de la lengua penal dirigida al legislador imponiéndole, de una parte, la coherencia con las normas constitucionales y con ello el respeto de los principios establecidos en ellas y, de otra, el uso de términos dotados de connotación empírica exactamente determinada de modo que sea posible, en sede de juicio, la máxima verificabilidad y falsabilidad jurídica de las hipótesis de delito denominadas mediante tales términos. La identificación del hecho que probar, es decir, el objeto de la prueba, depende de la semántica del lenguaje legal. Si la ley se expresa en términos vagos, equívocos o polisémicos —como «malos tratos», «vilipendio», «actos obscenos», «asociación subversiva», «peligrosidad social» o similares—, se abre el camino al arbitrio, dado que las hipótesis acusatorias resultan no falsables y el juicio se transforma de cognoscitivo en potestativo. Utilizando la conocida distinción de Frege entre la «extensión» o «significado extensional» de un signo, que consiste en el conjunto de los objetos denotados por él, y su «intensión» o «significado intensional», que

consiste en el conjunto de las propiedades connotadas por el signo y poseídas por los objetos que entran en su extensión[15], diré que la estricta legalidad impone que los *nomina iuris* utilizados por el legislador para denominar las figuras de delito estén dotados de la intensión más precisa posible para que su extensión resulte lo más determinada posible, de modo que los hechos denotados por ellos sean claramente identificables sobre la base de sus connotaciones legales y así resulte la prueba o el desmentido empírico.

Se puede caracterizar las *garantías sustanciales* como las reglas que aseguran al máximo grado, en el plano legal, *la verificabilidad* y la *falsabilidad en abstracto* de las hipótesis judiciales. La más importante de estas reglas es la garantía de la estricta legalidad que impone al legislador el uso de términos que, gracias a la precisión de su intensión y a lo determinado de su extensión, puedan ser utilizados como predicados de hechos empíricos denotados por ellos en proposiciones plausiblemente «verdaderas». Es, pues, evidente que, en materia penal, la taxatividad de las denotaciones requerida por la estricta legalidad solo puede ser garantizada por su referencia a hechos empíricos determinados, como resulta de todas las demás garantías penales sustanciales: por la materialidad de la acción, por la lesividad del resultado y por la responsabilidad del autor. Naturalmente, se trata de una taxatividad siempre relativa, del mismo modo que la verdad jurídica alcanzada con la interpretación es siempre más o menos opinable y requiere, por tanto, una decisión argumentada en orden a la opción interpretativa considerada más plausible.

Añadiré que el principio de estricta legalidad —es decir, la taxatividad y la precisión de las normas como condiciones de la verificabilidad y la falsabilidad jurídica de las tesis judiciales— no solo es el mayor límite al arbitrio y por eso la primera garantía de la inmunidad de las personas frente a decisiones infundadas, No solo es una condición de la libertad de las personas. Es también una condición fundamental de su igualdad ante la ley. En efecto, no seremos iguales ante la ley si esta es tan indeterminada como para permitir interpretaciones operativas opuestas, según los diversos

jueces y juicios, por ejemplo, en materia penal, tanto la condena por un hecho calificado por un juez de delictivo como la absolución por el mismo hecho porque, al parecer de otro juez, no constituye delito.

1.4. *La prueba. Confirmación por* modus ponens *y refutación por* modus tollens

También a propósito de la comprobación de la verdad fáctica, con el proceso moderno, se ha producido un cambio de paradigma respecto del viejo proceso inquisitivo: el reconocimiento del carácter siempre relativo y solo probabilista de las pruebas judiciales, no por casualidad simultáneo a la revolución epistemológica en materia de conocimiento empírico, producida en los mismos años. Esta revolución consistió en el descubrimiento de que todas las verdades empíricas son fruto de inducción y no de deducción y, por ello, son siempre verdades relativas, de las cuales es siempre posible hipotetizar la falsedad. Solamente la verdad de las tesis de la lógica o de la matemática son absolutamente ciertas. Pero lo son en cuanto tautológicas en relación con las premisas de las que se derivan.

Es un cambio de paradigma no menos radical que el producido con la afirmación del principio de legalidad en materia de verdad jurídica. El derecho premoderno estaba informado por la idea de que, en el proceso, era posible alcanzar una verdad objetiva y absoluta. Es la ilusión que subyace siempre a la epistemología inquisitiva: la idea de que el juez inquirente puede llegar a una verdad absolutamente cierta y objetiva, gracias a la comprobación de la verdad fáctica como deducción. Esta concepción fue posible por la configuración de las pruebas judiciales como *pruebas legales*, así llamadas en cuanto dotadas, cada una, de un grado de relevancia probatoria cuantificado por el derecho mismo: la confesión, por ejemplo, equivale a una prueba plena si resulta confirmada por otros testimonios. Se elaboraron verdaderos tarifarios de las pruebas —piénsese en los muchos tratados de los siglos XVI y XVII, como el

ejemplar de Flaminio Chartari[16]— que asignaban un coeficiente probatorio a cada tipo de prueba. De este modo, el juicio de culpabilidad se transformaba en una deducción de las pruebas recogidas: recuérdese la confesión del imputado, o bien dos o más testigos concordes o, en cualquier caso, un número de pruebas de un grado probatorio en su conjunto igual a uno, en cuyo caso el imputado es culpable y debe ser condenado; de otro modo, tendrá que ser absuelto.

Naturalmente, todo esto es absurdo. Fue un mérito del pensamiento ilustrado acabar con este método probatorio, suprimido formalmente, junto con las pruebas legales, en los años de la Revolución francesa mediante los decretos de 8-9 de octubre de 1789 y de 16-19 de septiembre de 1791. Se debe a Locke, a Leibniz y, sobre todo, a Hume y, en el plano de la teoría del proceso, a Gaetano Filangieri, Mario Pagano y Giovanni Carmignani[17], el reconocimiento del carácter inductivo y no deductivo y por ello solo probabilista de cualquier verdad empírica, incluida la verdad procesal fáctica, que nunca puede ser demostrada, como sucede con las tesis de la lógica y de la matemática, sino solo probada, es decir, confirmada por pruebas. En virtud de este carácter inductivo de la verdad fáctica, una tesis acusatoria puede ser aceptada como verdadera solo de ser coherente, por *modus ponens*, con múltiples pruebas y no resultar contradicha, por *modus tollens*, por ninguna contraprueba: donde el *modus ponens* y el *modus tollens* consisten en la inducción probatoria, con el auxilio de máximas de experiencia, el uno de las confirmaciones y el otro de los desmentidos de la hipótesis que habría que probar.

Es claro que el conocimiento así alcanzado no es ni objetivo ni cierto, sino solo opinable en el plano jurídico y probable en el fáctico. Con la consecuencia de que se requieren *decisiones argumentadas sobre la verdad* de las tesis judiciales formuladas sobre la base tanto de la interpretación de la ley como de la valoración de las pruebas. Sin embargo, la discrecionalidad de tales decisiones puede reducirse. Esto gracias al conjunto de las garantías sustanciales y procesales, que no son más que la traducción en

normas jurídicas de las reglas lingüísticas de una rigurosa semántica de la lengua legal y de las epistémicas de la lógica inductiva, dirigidas las primeras a la legislación y las segundas a la jurisdicción[18]. Por tanto, estas garantías operan no solo como garantías de libertad, sino también como garantías de verdad contra el arbitrio. En consecuencia, como haré ver en el próximo capítulo, representan otras tantas fuentes de legitimación de la jurisdicción.

Precisamente, mientras las *garantías sustanciales*, primera entre todas, la estricta legalidad o taxatividad, son las reglas que, como se ha visto en el § 1.3, en el plano legislativo, aseguran al máximo la *verificabilidad* y la *falsabilidad jurídica* o *in abstracto* de las hipótesis judiciales, las *garantías procesales* son las reglas que aseguran al máximo, en el plano jurisdiccional, la *verificación* o *falsación fáctica* o *en concreto* de las mismas hipótesis. En efecto, si una tesis es verdadera, entonces son muchas y heterogéneas —como acontece de manera ejemplar en las conclusiones de las novelas policiacas— las confirmaciones capaces de sufragarla, sin que concurra desmentido alguno, como sucede, en cambio, merced a las pruebas recogidas, con las hipótesis alternativas a ella. Por eso se dirá que la prueba de una hipótesis acusatoria es suficiente solo si concurren, en su apoyo, tres condiciones que cuenten con el sustento de una motivación adecuada: *a*) en primer lugar, una pluralidad cuanto más amplia posible de confirmaciones por *modus ponens*, mediante las que se satisface la carga de la prueba; *b*) en segundo lugar, la ausencia de un solo desmentido por *modus tollens* por parte de quien ejerce la defensa; *c*) en tercer lugar, la prevalencia de la hipótesis acusatoria sobre todas las hipótesis explicativas alternativas a ella, pero presumiblemente desmentidas por el material probatorio acopiado[19].

Son los tres momentos de la lógica inductiva, que generalmente forman parte del mismo razonamiento, pero que, en la transposición escénica del proceso, corresponden a tres roles procesales, cuya rigurosa separación viene exigida por una epistemología garantista, que impone que se mantengan netamente separadas como portadores de distintos intereses y funciones personificados por los

tres protagonistas del proceso. En primer lugar, la separación entre juez y acusación, que es un rasgo característico del proceso acusatorio y que requiere la neta distinción de sus funciones y carreras de modo que se asegure la correcta fijación de la verdad judicial, a través de la paridad de las partes y la imparcialidad del juez en la valoración de las pruebas, que la acusación tiene la carga de producir y la defensa el derecho de refutar. En segundo lugar, la separación entre acusación y defensa, que excluye la implicación del imputado en la recolección de pruebas de cargo, e impone la garantía de su derecho al silencio, así como que no se recurra a reducciones de pena o al uso de la prisión preventiva como instrumentos para obtener confesiones o denuncias de coimputados. En tercer lugar, la separación entre defensa y juez, que impone el más amplio poder de recusación de este por parte de aquella cuando tenga algún motivo de desconfianza, y excluye cualquier interés personal del juez en el resultado del proceso. La configuración escénica de estos tres roles —distintos, separados y no confundibles — está bien expresada en el art. 111,2 de la Constitución italiana, según el cual «todo proceso se desarrolla en régimen de contradicción entre las partes, en condiciones de paridad, ante un juez tercero e imparcial». Todas las garantías procesales están dirigidas a realizar y a salvaguardar estas tres separaciones en las que se basa el método acusatorio de averiguación de la verdad procesal.

Por más perfeccionado que esté el sistema de las garantías, quedan, no obstante, límites intrínsecos e irreductibles a la averiguación de la verdad procesal, que hacen de esta una verdad siempre relativa y aproximativa en cuanto probabilista en lo fáctico y opinable en derecho[20]. Pero, como haré ver en el capítulo III, esto no justifica la huida en el escepticismo cognoscitivo y, con ello, en el creacionismo judicial, del mismo modo que el reconocimiento del carácter relativo y probabilista de cualquier tesis empírica, sea científica o historiográfica, tampoco justifica la fuga en el irracionalismo. Por el contrario, el carácter inevitablemente relativo de la verdad procesal conlleva dos consecuencias opuestas en

apariencia: la ética de la duda como hábito deontológico del juez y, al mismo tiempo, la necesidad de que la imposible certeza objetiva sea compensada por su débil, pero indispensable subrogado que es la certeza subjetiva, es decir, la llamada «libre convicción del juez». La expresión «libre convicción» puede resultar engañosa. Como ha escrito Perfecto Andrés Ibáñez, con ella no se quiere «dar cobertura a ejercicios de discrecionalidad incontrolable y de decisionismo inmotivado y autoritario cargados de arbitrariedad»[21]. Se trata exactamente de lo contrario, de que la convicción del juez, «libre» en cuanto no vinculada a pruebas legales, debe estar acompañada por la consciencia epistemológica de que es siempre posible el error, y adecuadamente motivada por valoraciones de las pruebas que satisfagan las tres condiciones antes enunciadas.

Por tanto, los límites de la verdad procesal generan una responsabilidad específica de la cultura jurídica y de la legislación: el deber de elaborar e instituir un sistema de garantías idóneo para reducir, ya que no eliminar, los posibles errores y los inevitables espacios de arbitrio abiertos a la decisión sobre la aceptación como «verdaderas» de las conclusiones judiciales. Están en juego la legitimación de la jurisdicción y con ella la separación de poderes. Lamentablemente, sucede que algunas orientaciones teóricas, que no merecerían siquiera ser discutidas si no ejerciesen una inexplicable influencia, persiguen el objetivo exactamente opuesto. Recordaré la que me parece más extravagante. Partiendo de la extraña tesis de que en Estados Unidos «los índices de detención y castigo son extremadamente bajos» (más de dos millones de presos), Larry Laudan sostiene que para reducir el número de delitos, se necesitaría un mayor número de condenas[22]. Y, a tal fin, propone, apoyándolos en razones de carácter epistemológico, métodos más expeditivos de valoración de las pruebas sin los obstáculos a la disminución de los errores que son, en realidad, elementales garantías procesales: reducción del grado de probabilidad asociado a una hipótesis acusatoria para considerarla probada, mediante el abandono del criterio expresado por las fórmula más allá de toda duda razonable en favor de un misterioso

criterio o «estándar objetivo» que, obviamente, remite al antiguo método de las pruebas legales; el debilitamiento de la presunción de inocencia en el caso de los reincidentes; la negación del derecho del investigado al silencio, en favor del opuesto principio de un deber de colaborar con la acusación; la eliminación de la inadmisibilidad de las pruebas formadas ilícitamente, en favor de su admisibilidad, incluidas las que son fruto de las investigaciones policiales, obtenidas sin garantías de defensa. Las conquistas garantistas de tres siglos resultan así ignoradas y sacrificadas a las razones de una insensata eficiencia represiva[23].

1.5. *La equidad. La comprensión equitativa de la singularidad del caso*

Hay, en fin, una tercera dimensión cognoscitiva de la jurisdicción, fundamental, a mi juicio, en el plano epistemológico, pero totalmente ignorada por las teorías corrientes y a menudo violada por el ejercicio burocrático del poder judicial. Es la dimensión equitativa, que debería estar presente en cualquier juicio, dado que está asociada a la relación entre la universalidad de las normas aplicadas y la singularidad de los casos concretos que son objeto del juicio. En el capítulo III, su análisis se revelará decisivo en la crítica de las concepciones creacionistas de la jurisdicción y, especialmente, de las tesis sobre la ponderación de los principios normativos. Para entender su alcance y significado, es útil recordar la paradoja generada por su total negación en el Código Penal francés de 1791 cuyo art. 3, en nombre de un absurdo principio de igualdad legal, estableció penas fijas e invariables para cada tipo de delito, sin reconocer al juez ninguna posibilidad de graduarlas según la gravedad del hecho concretamente cometido. Pero, incluso tras la superación de esta absurdez, la dimensión equitativa del juicio permanece incomprendida.

¿En qué consiste la equidad? En nuestra tradición filosófica, la relación entre legalidad y equidad, entre abstracción de la norma y singularidad del caso concreto, se ha concebido siempre como una relación de oposición o, al menos, de integración o corrección extralegal: la equidad, como justicia del caso concreto, estaría en contraposición con la dura legalidad expresada en las reglas generales y abstractas. Esta concepción de la equidad como remedio a la abstracción de la ley requerido por la concreción del caso enjuiciado se remonta a Aristóteles. Lo que es equitativo, escribe en la *Ética nicomáquea*, «si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino con una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. [...] Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. Esta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley»[24].

Lo que he considerado siempre insostenible en esta concepción aristotélica de la equidad —tomada de Aristóteles, Muratori, Genovesi, Kant y Hegel, y que llega hasta nosotros con las tesis de Perelman y Bobbio, y después con el enfoque hermenéutico de Gadamer— es la oposición entre equidad y legalidad, basada en la idea de que la forma universal, es decir, general y/o abstracta de las normas, conllevaría una «laguna», una «insuficiencia» o incluso una «omisión» o un «error» de los que la equidad sería «un correctivo»[25]. De donde resulta una concepción de la aplicación equitativa de la ley al caso concreto como una operación no *intra*, sino *extra* o *ultra* o incluso *contra legem*; si bien es cierto que basada en el dato estructural de «prescribir en general», propio de las leyes, y de decidir sobre casos particulares, en el caso de los juicios: una «indeterminación» tal que «se le pasaría la vida» en el intento al que tratase de eliminarla[26].

Creo que esta singular oposición entre legalidad y equidad, entre universalidad de la ley y particularidad del caso sometido al juicio, puede superarse con una tesis elemental: entre ley y sentencia,

entre legislación y jurisdicción, entre derecho vigente y derecho viviente, entre *law in books* y *law in action*, entre previsión normativa en abstracto y calificación jurídica del caso concreto existe la misma relación que entre *lengua* y *lenguaje*, o sea, haciendo uso del léxico de Ferdinand de Saussure, entre *lengua* y *habla*[27]. La legislación, formulando los enunciados legislativos, crea la lengua: define las reglas de uso, por ejemplo, de las palabras 'hurto', 'estafa' o 'comodato', enunciando sus elementos constitutivos. La jurisdicción hace uso de la lengua legal para nombrar, en el lenguaje operativo y específicamente judicial, los hechos objeto de enjuiciamiento: en nuestros ejemplos, para llamar a tales hechos 'hurto', 'estafa', 'comodato' o similares. En el lenguaje jurisdiccional empleado en la práctica judicial y, más en general, en el lenguaje utilizado en cualquier práctica jurídica, se hace uso de la lengua legal, es decir, de las reglas de uso de las palabras definidas por la ley, para denotar una infinidad de hechos todos diferentes entre sí, del mismo modo que en el lenguaje común se hace uso de la lengua que se habla para denotar con las mismas palabras innumerables hechos o cosas distintas entre sí.

Esta forma de concebir la relación entre norma general y abstracta y calificación normativa del caso concreto como relación entre lengua y lenguaje, permite una reconstrucción alternativa de la relación entre norma y hechos apta para dar cuenta, al mismo tiempo, tanto de la verdad jurídica de las tesis judiciales y de la sujeción del juez a la ley, sin derogaciones, ni correctivos ni ponderaciones, como de la centralidad del caso concreto y de su valoración en el momento del juicio. Tómese una sentencia penal de condena por el delito de hurto. «Hurto» es el término de la lengua legal que, como en los diccionarios, está definido en abstracto por la ley, y es utilizado en el lenguaje jurisdiccional para denominar todos los hechos que presentan las connotaciones esenciales o los elementos constitutivos del hurto denotados por su definición legal. Pero la calificación como hurto del hecho sometido al juicio no agota la actividad cognoscitiva de la jurisdicción. El juez no juzga el hurto en abstracto, sino los concretos hurtos que se producen en la vida

real y que —más allá de la calificación normativa, es decir, de las connotaciones del concepto legal de hurto propias de todos ellos— son irreductiblemente distintos entre sí. En efecto, pues cada (caso de) hurto presenta, además de los rasgos previstos por la ley, connotaciones o circunstancias singulares, que corresponde al juez entender y valorar, aun cuando ellas no estén previstas y, sobre todo, no sean previsibles por las normas que dictan las reglas de uso de la palabra «hurto».

En esta comprensión y valoración consiste la ineludible dimensión equitativa del juicio, que requiere una argumentación diferente y ulterior a la propia de las opciones interpretativas y de las valoraciones probatorias. En efecto, la *argumentación interpretativa*, al igual que la *argumentación doctrinal*, guarda relación con el significado de las normas de las que depende, en el plano operativo, la verdad jurídica de las calificaciones normativas. La *argumentación probatoria*, a su vez, tiene que ver con la existencia o no de pruebas creíbles en apoyo de la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento y de la responsabilidad de su autor. La *argumentación equitativa* se refiere, en cambio, a las connotaciones específicas que hacen del caso concreto, empíricamente probado y jurídicamente calificado, un caso siempre diferente de todos los demás, por más que unidos por las mismas connotaciones legales y designados por los mismos *nomina iuris*. A diferencia de la argumentación interpretativa y de forma análoga que la argumentación probatoria, aquella se refiere a los hechos y no a las normas; tanto es así que, como la probatoria, está ausente de la argumentación doctrinal, relativa siempre y solo a las normas, y no, por cierto, a los hechos concretos que forman en cada caso el objeto de los juicios.

Retomando la ya recordada distinción de Frege entre significado extensional de un término, consistente en la clase de los individuos denotados por él, y significado intensional, consistente en el conjunto de las propiedades por él connotadas, diré que la *legalidad* de una tesis judicial reside en la verdad jurídica de la denotación del hecho sometido al juicio con las palabras connotadas por la ley, mientras su *equidad* consiste en la valoración del mismo hecho sobre

la base de sus rasgos singulares e irrepetibles. Tanto el hurto de un diamante como el hurto de una manzana entran igualmente en la extensión de la palabra «hurto», en cuanto ambos presentan los rasgos y los elementos constitutivos mediante los que la ley denota el delito de hurto; pero son claramente diferentes las particularidades singulares de los dos hechos y, en general, de los infinitos hechos denotados por la palabra «hurto» en los infinitos juicios penales. Por tanto, el juez denota lo que la ley connota y connota lo que la ley denota; mientras que la ley connota lo que el juez denota y denota lo que el juez connota[28]. En efecto, el juez denota los hechos sometidos a su juicio con los *nomina iuris* connotados por la ley cuando considere probada su existencia. Pero, más allá de la denotación legal, debe, además, identificar, comprender y valorar los rasgos específicos y singulares de estos mismos hechos que, aunque relevantes en cada caso a los fines del juicio, no están ni pueden estar previstos por ninguna ley porque difieren de un caso a otro. También en el lenguaje ordinario denotamos con las palabras de la lengua lo que los diccionarios connotan con sus definiciones y, al mismo tiempo, nos referimos y estamos interesados en las particularidades, siempre distintas y singulares, de aquello de lo que hablamos.

Es por lo que no tiene sentido contraponer legalidad y equidad, verificación legal y comprensión equitativa, subsunción y concreción de la ley, como si una pudiera darse de forma separada o incluso como alternativa a la otra. Por eso la equidad no consiste en una integración extraordinaria de la legalidad, en una derogación o una corrección del error de la ley, como escribió Aristóteles, y tampoco en un medio para completarla[29] o en la «adaptación de la ley general y abstracta a la singularidad de los hechos» y «a las peculiaridades del caso»[30], del mismo modo que nuestro lenguaje no consiste en una derogación, una corrección o un perfeccionamiento de la lengua en la que hablamos ni en una adaptación de ella a lo que decimos. No es, pues, una integración extraordinaria, sino una dimensión ordinaria e inderogable de cualquier juicio. Consiste, simplemente, en la comprensión y en la valoración de las circunstancias singulares

e irrepetibles que hacen de cada caso, de cada vicisitud sometida al juicio, un caso y una vicisitud irreductiblemente distintos de cualquier otro, aunque uno y otra sean subsumibles en la misma previsión legal, como es el caso del hurto de una manzana y el de un diamante. Porque cada hecho difiere de cualquier otro, y los jueces, y más aún los fiscales, juzgando el hecho concreto sometido al juicio y no su figura abstracta, no pueden sustraerse a la comprensión equitativa de los rasgos específicos e irrepetibles que lo distinguen de cualquier otro caso. Los códigos penales prevén atenuantes y agravantes para connotar mejor cada hecho previsto como delito. Pero ningún conjunto de circunstancias normativas es suficiente para sustituir la dimensión equitativa del juicio, ligada a la infinidad de las particularidades fácticas de los diversos hechos, cada uno de los cuales impone al juez el deber de valorar su complejidad y singularidad a la luz de los valores constitucionales. Es, pues, evidente que la comprensión del contexto, de las concretas circunstancias y las singulares razones del hecho enjuiciado comporta siempre una actitud de *indulgencia*, sobre todo a favor de los sujetos más débiles, cuya debilidad es un rasgo del que no cabe desentenderse.

1.6. *Las tentaciones de la verdad absoluta*

El modelo de jurisdicción aquí ilustrado como actividad cognoscitiva de aplicación de la ley, es un modelo teórico y normativo, ampliamente contradicho por los notables espacios de discrecionalidad generados por la debilidad de las garantías de nuestros sistemas judiciales. Como se verá en el próximo capítulo, este modelo-límite representa la principal fuente de legitimación de cualquier jurisdicción. En el derecho penal, su actuación cumple un papel insustituible de garantía de las libertades fundamentales frente a los abusos y castigos arbitrarios. Por otra parte, esto no asegura en modo alguno la obtención de una verdad absoluta, sino solo de

una verdad relativa, probabilista en lo fáctico y opinable en derecho, cuyo banco de pruebas es la falsabilidad de las hipótesis judiciales en la confrontación de las partes en el juicio. De aquí el carácter inevitablemente imperfecto de la legitimación de la actividad jurisdiccional.

El principio general de la epistemología y de la lógica inductiva, según el cual no es posible alcanzar verdades absolutas, sino solo verdades relativas plausiblemente argumentadas, debe afirmarse y defenderse a propósito de la inducción procesal, frente a insensatas pretensiones de absolutidad, incluso más de cuanto pueda serlo cualquier otra inducción empírica, a comenzar por las inducciones propias de las ciencias naturales o de la historiografía. En efecto, pues las tesis judiciales, a diferencia de las científicas y las historiográficas son las más refractarias a la falsación, las más expuestas a la fuerza del prejuicio y, además, cuando se formulan en el último grado del proceso, no son modificables, sino que quedan consagradas por el carácter definitivo de la cosa juzgada. Bastante más que las hipótesis científicas y las historiográficas, siempre en discusión por el gusto de la investigación y del descubrimiento, las hipótesis judiciales, sobre todo una vez publicadas por los medios, tienden a resistir las refutaciones y a hacerse impermeables a la duda. En la indagación procesal, el riesgo es que se inicie yendo en una búsqueda despreocupada de la verdad, es decir, de las confirmaciones de las propias hipótesis de investigación y se termine defendiendo de cualquier modo la verdad de estas.

Hay que detenerse en este riesgo siempre inmanente en la jurisdicción. Es un riesgo en el que se cae cuando se persiguen dos ilusorias e infundadas certezas: la primera, de antigua data, proviene de la potente y nunca extinguida tentación de la lógica inquisitiva; la segunda, moderna, tiene su origen en las tentaciones inducidas por las innovaciones de la actual tecnología de la inteligencia artificial.

1.6.1. *La perversión inquisitiva*

El primer peligro para la jurisdicción, proveniente de la ilusoria pretensión de alguna certeza absoluta de sus pronunciamientos, es el de una perversión inquisitiva. Ya fue señalado por Beccaria, cuando contrapuso al llamado por él «proceso informativo», basado en la «investigación indiferente del hecho» y en la disposición a la escucha de las opuestas razones, el que calificó de «proceso ofensivo» en el que, escribió, «el juez se convierte en enemigo del reo» y «no indaga la verdad del hecho, sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas»[31]. Se trata de un riesgo producido por el espíritu partidario y sectario, frecuente en muchos fiscales, que anima a menudo las investigaciones judiciales y que, en los casos límite, se expresa en la concepción del imputado como enemigo y del proceso como una arena en la que se vence o se pierde. Cuando debería estar claro que el fiscal no es un abogado, y que el proceso no es un partido en el que, como dice Beccaria, el inquirente pierde si no consigue hacer que prevalezcan sus tesis.

Esta tendencia, más o menos consciente, al proceso ofensivo es el principal factor de regresión de la lógica inductiva a la lógica de la inquisición, por lo demás, bastante difundida en el sentido común. Se trata de una lógica diametralmente opuesta a la lógica inductiva propia de la epistemología falsacionista tal como fue recibida del proceso acusatorio, basado en la paridad de las partes y en su confrontación —la parte activa gravada con la carga de la prueba, es decir, con las confirmaciones, y la pasiva dotada del derecho de defensa mediante desmentidos y contrapruebas—, así como en la condición de tercero del juez y en la publicidad y la oralidad del juicio. La lógica inquisitiva transforma siempre la inducción probatoria en una deducción. Como he recordado en el § 1.4, en el proceso premoderno esta transformación resultó posible merced al método de las pruebas legales, en virtud del cual la tesis de la culpabilidad se deducía, en vez de inducirse, de las pruebas

recogidas. De aquí el carácter absoluto y no hipotético ni probabilista de la verdad procesal, la no necesidad del juicio contradictorio, el esquema monádico y monologante y no triádico y dialogante del proceso. En efecto, pues para demostrar, es decir, para deducir la que se considera una verdad absoluta, no hay necesidad ni de separación entre juez y acusación, ni de juicio contradictorio, sino solo de un justo inquisidor con el que todas las partes, incluso el acusado, están llamadas a colaborar, y se admite cualquier medio —en el pasado la tortura, hoy la colaboración premiada y, para obtenerla, la prisión preventiva— para acceder a esa verdad. Esta burda y primitiva epistemología caracterizó el proceso penal en la época de la Inquisición, *grosso modo* comprendida entre los siglos XIII —al que se remontan las Constituciones de Federico II, las decretales *De accusationibus* y *De judicis* de Inocencio III, y la bula *Ad extirpanda* de Inocencio IV— y XVIII. Fue, en efecto, con la época de la Ilustración y después con las codificaciones del primer ochocientos cuando se suprimieron las pruebas legales y se afirmaron en toda Europa, al menos en la fase del juicio oral, la oralidad, la publicidad, la separación de juez y acusación, el deber de probar a cargo de esta última, el principio de contradicción, el derecho de defensa, la paridad de acusación y defensa, y la libre convicción del juez.

Pero la tentación de jactarse de alcanzar una verdad a través del proceso, se mantiene y se manifiesta hoy en una aproximación a las investigaciones aún más insidiosa que la propia del sistema de las pruebas legales, que al menos dejaba abierta la puerta a la imposibilidad de deducir la hipótesis judicial por insuficiencia de pruebas practicadas. El actual enfoque inquisitivo es el fruto de una aún más grave epistemología autorreferencial y monologante que sigue caracterizando la mentalidad de muchos magistrados, poco importa si de un modo inconsciente, e imprimiendo en el razonamiento probatorio un carácter de nuevo sustancialmente deductivo, cual si sus conclusiones fueran «teoremas» y no convicciones sustentadas por pruebas. Se trata de un fenómeno cultural y de un hábito mental que persisten más allá de las mismas

reglas procesales y contra ellas. Es una tentación permanente, suscitada por la fuerza sugestiva del prejuicio, resistente a cualquier desmentido o contraprueba, capaz de hacer vano el entero sistema de las garantías procesales y de condicionar, no solo el proceso penal, sino también la información y el debate político.

Esta tentación, que anima, de forma más o menos consciente, los estilos argumentativos de muchos jueces y fiscales, sobre todo en los procesos penales por hechos de extrema gravedad, como los crímenes de las organizaciones criminales[32], se expresa en un planteamiento argumental marcado por el rasgo inconfundible y falaz de la lógica inquisitiva: la *petición de principio*. En virtud de este enfoque, la tesis que probar, que es solo una hipótesis, acompañada, además por una presunción legal de falsedad —la presunción de inocencia— y que, por eso, requiere ser probada y no desmentida por contrapruebas, resulta en cambio asumida apodícticamente como verdadera, al funcionar como criterio de selección y de valoración de las pruebas. Merced a este sofisma, que conferiría al razonamiento probatorio una andadura tautológica y circular, la tesis acusatoria resulta de hecho no falsable, funcionando como criterio orientador de las investigaciones, como filtro selectivo de la credibilidad y la relevancia de las pruebas y las contrapruebas, y clave de lectura de todo el material procesal. Es así como el prejuicio, asumido en tanto postulado, condiciona rígidamente las conclusiones del juicio, derivadas de él como un teorema[33].

En esta epistemología autorreferencial se expresa una inclinación a la presunción de culpabilidad que es, de siempre, una tentación típicamente propia de la mentalidad inquisitiva. Es la más grave tentación en la que puede caer un juez, dado que contradice todos los principios —jurídicos, lógicos y deontológicos— del correcto proceso como procedimiento inductivo de verificación empírica, sujeta a la carga acusatoria de la prueba y expuesta a la falsación por parte de la defensa. Es la tentación de la que, sobre todo, jueces y fiscales deben guardarse: de esta suerte de resistencia apriorística a la falsación de las hipótesis judiciales como no susceptibles de ser

refutadas, al contrario de lo que impone el método probatorio aquí ilustrado.

Lamentablemente, este vicio está hoy fuertemente favorecido por la espectacularidad de los procesos y por la extraordinaria visibilidad de los jueces y sobre todo de los fiscales, en virtud de las cuales su defensa de las propias posiciones acusatorias, una vez que estas pasan a ser de dominio público, se convierte, más o menos conscientemente, en defensa de su trabajo y con ella de su reputación. Como si admitir el propio error equivaliera a confesar una escasa profesionalidad o, peor aún, a reconocer una derrota. Cuando la máxima prueba de profesionalidad y, también, de independencia de juicio y de honestidad, es precisamente la capacidad de reconocer el error y de admitir que las hipótesis de la acusación son siempre hipótesis, en cuanto tales no siempre verdaderas.

1.6.2. *La inteligencia artificial y la ilusión de una justicia predictiva*

El segundo peligro es no menos grave y quizá todavía más inquietante. La innovación digital es una revolución tecnológica irreversible que no puede ser ignorada. Es un cambio general en las condiciones de vida y en las relaciones sociales que no puede ser ni acríticamente exaltado, ni pasivamente sufrido. Sus ventajas con ciertamente innegables: la facilidad y la rapidez con que pueden obtenerse informaciones sobre precedentes judiciales; el crecimiento del poder de las personas a la hora de conocer sus derechos y de actuar en su defensa sin necesidad de la mediación de profesionales; el acceso directo y gratuito a los datos jurídicos y en un lenguaje comprensible y no solo en el críptico de los juristas; la mayor rapidez de los procesos facilitada por la superación de los problemas ligados al espacio y al tiempo; la posibilidad ofrecida a las personas de redactar por sí mismas actos negociales, como contratos, testamentos, estatutos societarios y similares, y quizá de recibir asesoramiento gratuito sobre sus propios casos y vicisitudes

jurídicas; la información, en fin, que puede proporcionar un algoritmo sobre la posibilidad de éxito de una causa y sobre su posible duración, utilizando bases de datos de millones de precedentes de los últimos decenios[34]. En estos aspectos, las tecnologías digitales no solo contribuyen a una mayor eficiencia de la justicia, sino que tienen también un valor democrático.

No obstante, los peligros representados por una utilización de estas nuevas tecnologías en el desarrollo de los juicios, son enormes. En efecto, pues la idea de una justicia exacta además de justa, acreditada por una ingenua confianza en la tecnología más que en los jueces, crea el riesgo de alterar todo el edificio de las garantías procesales y de generar la ilusión de una mayor objetividad, imparcialidad y credibilidad[35]. Cabe distinguir dos ámbitos en los que las nuevas tecnologías pueden dar lugar a estos peligros y a esta ilusión: el primero es el relativo a las pruebas, es decir, a su obtención, formación y valoración; el segundo se refiere a la perspectiva de la llamada «justicia predictiva» basada en la inteligencia artificial.

Sobre todo, en materia de obtención de las pruebas, las nuevas tecnologías hacen posible la adquisición de una mole ilimitada de datos e informaciones, no todos relevantes para el proceso penal, mediante el secuestro de documentos informáticos, de mensajes electrónicos, pero también a través de su captación oculta y fuertemente intrusiva con violación del derecho a la privacidad de las personas, su domicilio, correspondencia y, en general, su vida de relación[36]. Las pruebas así adquiridas se sustraen a la plena valoración de la defensa, al juicio contradictorio entre las partes y, con ello, a la posible refutación, aunque solo sea por el secreto que pesa sobre el funcionamiento de los programas informáticos de captación de datos, normalmente de producción y propiedad privada, y la consiguiente privatización de esas potentes tecnologías de indagación judicial. Es, pues, evidente que la policía y la acusación pública tienen un acceso a tales tecnologías incomparablemente mayor del que resulta posible a la defensa, de modo que desaparece la «paridad de armas» que constituye un

principio básico del correcto proceso[37]. En fin, la adquisición oculta de la ilimitada cantidad de datos relativos a los hábitos de vida, tendencias sexuales, relaciones sociales, gustos comerciales, opiniones políticas y religiosas, y a la entera actividad en red del imputado, viola de hecho su derecho al silencio, es decir, el viejo principio garantista *nemo tenetur se detegere*.

Pero la idea de que una justicia digital y predictiva como «fuente alternativa de normatividad jurídica» pueda sustituir a la justicia tradicional es sobre todo ilusoria y contradice todos los principios del correcto proceso[38]. Lo es con respecto a los tres momentos de la cognición judicial: la interpretación, la prueba y la equidad. Ya he dicho que en el plano sociológico las tecnologías digitales, gracias al papel predictivo de los *big data* en materia de precedentes, pueden servir, tanto a los ciudadanos como a los abogados, para regular sus conductas en previsión del acogimiento o el rechazo de sus pretensiones. En cambio, para los jueces, el condicionamiento o, lo que es peor, el desvanecimiento, por la adopción de estas tecnologías, de la interpretación de la ley a los fines de la decisión sobre la verdad jurídica, equivaldría a la abdicación de su propio cometido[39]. Acabaría inevitablemente por favorecer la cristalización de la jurisprudencia y la homologación, el conservadurismo y el conformismo judicial[40]. No solo. Contemplado desde el punto de vista del ciudadano, un uso semejante de la tecnología digital y predictiva, basado esencialmente en datos estadísticos, violaría el principio del juez natural preconstituido por la ley, es decir, el derecho de cada uno, establecido por el art. 25,1 de la Constitución italiana, a ser juzgado por su propio juez y no por los jueces que juzgaron casos precedentes.

A su vez, la dimensión probatoria y, más aún, la equitativa del juicio resultarían totalmente comprometidas por esta pretensión de justicia predictiva. En efecto, pues si, en materia de verdad jurídica, las tecnologías digitales y la idea misma de una justicia predictiva anulan o, cuando menos, reducen el alcance del momento de la interpretación y la capacidad de innovación interpretativa que puede tener la jurisdicción, carecen de algún papel en lo que se refiere a la

comprobación de la verdad fáctica y a la valoración equitativa de la singularidad de los casos objeto de enjuiciamiento en cada ocasión. En efecto, cada caso es diferente de cualquier otro. Como diferentes son sus fuentes de prueba y su relevancia y credibilidad, que ninguna indagación estadística puede preestablecer. De este modo, no pueden no ser distintas y específicas en cada caso tanto la argumentación probatoria como la valoración equitativa de sus innumerables rasgos singulares.

En particular, una fuerte deformación del juicio es la producida por los algoritmos predictivos propuestos, sobre la base de un elevado número de datos estadísticos, en materia de peligrosidad social y de peligro de fuga. Se trata de previsiones que, basándose en las características de los autores y no de los delitos, acaban por volver a proponer modelos de derecho penal basados en el tipo de autor y no en el tipo de «hecho cometido», que es lo que requiere el art. 25,2 de la Constitución italiana. De aquí su carácter antiigualitario, dado que el peligro de reincidencia o de fuga del imputado se calcula sobre la base de sus condiciones económicas y de sus estilos de vida, obviamente ligados al carácter clasista o racista de nuestras sociedades. De aquí la violación, no solo del principio de transparencia y de la reserva absoluta de ley en materia penal, dado que tales algoritmos predictivos acaban por integrar o, peor aún, sustituir a la ley[41]. Por fortuna, en Italia, tales algoritmos, al consistir en ayudas de tipo técnico similares a las procuradas por las pericias, pueden considerarse prohibidas por el art. 220,2 del Código Procesal Penal (CPP), según el cual, «salvo en lo previsto para la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, no se admiten pericias para establecer la habitualidad o la profesionalidad en el delito, la tendencia a delinquir, el carácter y la personalidad del imputado y, en general, las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas».

En suma, la delegación en las máquinas a la que querría llegarse con tales tecnologías, si en las funciones de gobierno equivale a la negación de la política, en las funciones jurisdiccionales equivale a la negación de la justicia. Equivaldría a la realización, de las formas

más perversas e ilusorias, de la idea de Montesquieu de los jueces como «seres inanimados»[42]. Fórmulas como «libre convicción del juez», «más allá de toda duda razonable» y «comprensión de la singularidad del hecho» no tendrían ningún sentido dentro de semejante modelo de justicia predictiva. Al respecto, se hace patente el contraste entre el carácter descriptivo de las previsiones y el carácter normativo del derecho[43]. Palabras cono «predictivo», «prever» y similares pertenecen al léxico de las ciencias empíricas, incluida la sociología, pero son del todo extrañas al universo del discurso del derecho y de la ciencia normativa del derecho. Decir que una cierta solución jurídica de una vicisitud judicial es previsible no equivale en modo alguno a decir que es jurídicamente válida. No es casual que la justicia predictiva como modelo alternativo a la justicia tradicional sea hija de la ideología liberista, ya solo porque los algoritmos los producen empresas privadas. Con su pretensión de calculabilidad estadística de los resultados de los procesos y con sus automatismos, está al servicio del mercado y, más precisamente, de los depredadores de *big-data*, más que de la justicia. Su única lógica y su único valor son la lógica del provecho y el valor de la eficiencia y del éxito económico[44].

1. S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1970, vol. XIX, § 1, pp. 218-219.
2. P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padua, 1941-1944, vol. I, p. 24 [trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, prólogo de H. Alsina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973].
3. S. Satta, *Giurisdizione*, cit., p. 218: «Así, se ha hablado de actuación del derecho, de composición de la *Litis*, de realización de las sanciones, de sustitución por la actividad pública de la actividad de otros, etc.; así como se han puesto en evidencia ora la garantía exterior de la función (independencia del funcionario, juicio contradictorio, etc.), ora el procedimiento lógico que precede al acto (vínculo a la norma legal y discrecionalidad), ora la prevalencia del juicio sobre la voluntad, etc. Son todos caracteres que evidentemente contienen elementos de verdad, porque cada uno de ellos se encuentra en la jurisdicción, aunque, como se ha observado, no sea exclusivo de ella».
4. Las dos clases de definiciones que se citan, las léxicas de las disciplinas jurídicas positivas y las estipulativas de la teoría, pertenecen a dos distintos niveles de discurso: el de la dogmática, cuyos conceptos —por ejemplo, el concepto de hurto, el de mutuo o el de locación— son el fruto de la interpretación de los enunciados normativos de que hacen uso; y el nivel de la teoría, cuyo lenguaje es completamente artificial, como construido por el teórico mediante asunciones o convenciones definitorias. Para esta distinción de los dos niveles de discurso —la teoría del derecho y las disciplinas jurídicas positivas—, remito a mis «La semantica della teoria del diritto», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, § 5-7, pp. 104-130; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, ^{2}2016, vol. I, Introducción, § 5, pp. 19-24 y § 9 y 10, pp. 41-50 (en lo sucesivo, los tres volúmenes —I, *Teoría del derecho*; II, *Teoría de la democracia*; III, *La sintaxis del derecho*— serán citados como *PiI*, *PiII* y *PiIII*, y las definiciones y los teoremas desarrollados en ellos lo serán con las letras D y T seguidas de numeración progresiva); *La construcción de la democracia*. *Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, Introducción, § 3, pp. 17-21.
5. Así, por ejemplo, Enrico Redenti identifica el aspecto sancionatorio como rasgo distintivo de la jurisdicción («Intorno al concetto di giurisdizione», [1916], en Íd., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Giuffrè, Milán, 1962, vol. I, pp. 229 ss.). La misma tesis es sostenida por C. Mandrioli, «Appunti sulla sanzione e la sua attuazione giurisdizionale»: *Jus*, 1956, pp. 362 ss. En cambio, Enrico Tullio Liebman concibe la jurisdicción como la actividad dirigida a la tutela objetiva del ordenamiento (*Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milán, 1957, vol. I, p. 3). Mauro Cappelletti, por el contrario, ve el rasgo distintivo de la jurisdicción en su naturaleza de actividad promovida por la acción de las partes («Controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato», en *Studi in memoria di G. Zanobini*, Giuffrè, Milán, 1965, vol. III, pp. 95 ss.). A su vez, Enrico Allorio halla el carácter distintivo de aquella en la formación de la cosa juzgada («Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato», en *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padua, 1958, vol. III).
6. Es análoga la noción propuesta por Michele Taruffo, que, después de haber visto la «función» del proceso y la condición de su «eficacia» en la «resolución de una controversia», define la jurisdicción como «la comprobación de la verdad de los hechos» en tanto «condición necesaria de la justicia de la decisión» que «resuelve la controversia» (*La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 107, 114, 123, 194 [trad. cast. de D, Accatino Scagliotti, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010]). Es la concepción de la jurisdicción que, si bien en términos excesivamente simplificados, se expresa en este icástico pasaje de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § XIV, p. 159: «Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en comprobar un hecho».
7. «Significado del término verdadero» y «criterios de aceptación de una tesis como verdadera» son nociones y cuestiones independientes entre sí. La concepción semántica aquí acogida, la elaborada por Alfred Tarski de la verdad como «correspondencia» —según la clásica fórmula «la proposición 'la nieve es blanca' es verdadera si y solo si la nieve es blanca»—, no nos dice nada acerca de los criterios sobre cuya base podemos afirmar que la nieve es blanca, y menos aún ofrece un criterio objetivo de verdad,

que no existe, y es compatible, dice Tarski, con cualquier concepción del mundo y del conocimiento, sea realista, idealista, fenomenológica o escéptica (*La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, [1944], trad. it. de A. Meotti, en L. Linsky [ed.], *Semantica e filosofia del linguaggio* [1952], Il Saggiatore, Milán, 1969, pp. 27-68 [trad. cast. de E. Colombo, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1972]). En síntesis, la palabra «verdadero» *significa* (pero *no equivale a*, según la incomprensión corriente de la tesis tarskiana) «correspondiente a la realidad», y los criterios de verdad que adoptamos, como, por ejemplo, el de la coherencia (con lo que sabemos) o el de la mayor plausibilidad, son siempre criterios solamente subjetivos (de acuerdo, observo en inciso, con el principio de la «libre convicción del juez», en materia de verdad procesal). Sin ánimo de incomodar a Tarski, diré que entiendo «verdadero» en el mismo sentido en que lo entiende un juez cuando pide a un testigo que diga la verdad: no le pide que sea coherente o persuasivo, sino que cuente lo que vio y que según él es lo acaecido. Sobre la cuestión, remito a: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, § 3-5, pp. 45-70; «Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre 'Derecho y razón'», en L. Gianformaggio (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, coordinación y supervisión de la trad. cast. de P. D. Eiroa y N. Guzmán, Temis, Bogotá, 2008, § 2 A, pp. 496 ss.; P. Ferrua, «Contraditctorio y verdad en el proceso penal», *ibid.*, pp. 218 ss. Véase también N. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

8. Sobre las nociones de 'aplicación', 'respeto', 'aplicación formal' y 'aplicación sustancial', predicables de los actos, y sobre las a ellas, respectivamente, correlativas de 'correspondencia', 'coherencia', 'conformidad' y 'subsunción', predicables de sus formas o de sus significados, remito a *PiI*, § 9.15-9.16, pp. 525-534 y a *La construcción de la democracia*, cit., § 2.3, pp. 104-109.

9. Introduje esta expresión, para designar la denotación judicial del hecho con los *nomina iuris* definidos por la ley, en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Revista internazionale di filosofia del diritto* I (1996), pp. 290-304.

10. Para una reconstrucción analítica de estas tres dimensiones de la cognición judicial, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. III, § 9, 10 y 11, pp. 117-178.

11. T. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista* [1681], estudio preliminar, trad. cast. y notas de M. A. Rodilla, incluye escritos autobiográficos del autor y de M. Kriele, «La controversia entre Hobbes y los juristas ingleses», Tecnos, Madrid, ^{3}2018, pp. 7 y 6.

12. «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed authoritas non veritas facit legem» (T. Hobbes, *Leviathan, sive De Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, en *Leviatano, ossia la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, con texto ingl., *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, de 1651, ed. de Raffaella Santi, Bompiani, Milán, 2001, cap. XXVI, § 21, p. 448). Así como: «Por lo tanto, lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos estado, y lo que él manda» (T. Hobbes, *Leviatán*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXVI, p. 219).

13. *Diálogo*, cit., p. 6. Y más adelante, p. 7: «Oscuras son también las palabras *razón jurídica*. No hay otra razón en las criaturas terrenas que la razón humana. Pero supongo que lo que él quiere decir es que la razón de un juez o de todos los jueces juntos sin el Rey es esa *summa ratio* y la verdadera ley, cosa que niego, porque nadie puede hacer una ley sino el que tiene el poder legislativo».

14. Sobre estos dos pares de fórmulas y sus implicaciones remito, de nuevo, a *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 1 y 2, pp. 33-45. Es una paradoja aparente: la concepción sustancialista y iusnaturalista del derecho, mientras reivindica una fundación racional y cognoscitiva —moral o natural o en todo caso ontológica— de las normas jurídicas, acaba confiando la identificación a la jurisdicción y, por eso, avalando el subjetivismo, el voluntarismo y el creacionismo judicial; en tanto que la concepción formalista y positivista del derecho, basada en el principio de legalidad y con ello en la predeterminación convencional o legal de lo que el juez debe comprobar, es la única apta para fundar el carácter lo más cognoscitivo posible, y no potestativo, de la jurisdicción.

15. G. Frege, *Senso e significato* [1892], trad. it. de L. Geymonat y C. Mangione, en Íd., *Logica e aritmetica*, Boringhieri, Turín, 1965, pp. 374-404 [trad. cast. de U. Moulines, «Sobre sentido y referencia», en Íd., *Estudios sobre semántica*, introd. de J. Mosterín, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 7 ss.].

16. F. Cartari, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum, libri quattuor* [1590], Ruffinelli, Roma, ^{2}1594, lib. I, cap. I, p. 4.
17. J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano* [1690], trad. it. de M. y N. Abbagnano, Utet, Turín, 1971, lib. IV, caps. XIV y XV, pp. 745-762 [trad. cast. de E. O'Gorman, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, prólogo de J. A. Robles y C. Silva, FCE, México, 2005]; G. W. Leibniz, *Nuovi saggi sull'intelletto umano* [1765], en Íd., *Scritti filosofici*, trad. it de D. O. Bianca, Utet, Turín, 1968, vol. II, lib. IV, caps. XV-XVI, pp. 597-661 [trad. cast. de J. Echevarría, *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, Alianza, Madrid, 2021]; D. Hume, *Trattato della natura umana* [1739], trad. it. de E. Lecaldano y E. Mistretta, Laterza, Roma-Bari, 1982, lib. I, parte III, sec. XIV, pp. 169 ss. [*Tratado de la naturaleza humana*, ed. de F. Duque, Tecnos, Madrid, 1992]; Íd., *Ricerche sull'intelletto umano e sui principi della morale* [1748], trad. it. de G. Prezzolini, Laterza, Bari 1910, I, secs. IV y VII, pp. 31 ss. y 64 ss. [trad. cast. de C. Ors y V. Sanfélix, *Investigación sobre el entendimiento humano*, Akal, Madrid, 2004; trad. cast. de C. Mellizo, *Investigación sobre los principios de la moral*, Alianza, Madrid, 2014]; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* [1783], trad. cast. de J. Ribera, ed. de L. Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2018, vol. I, lib. III, cap. XIII, pp. 707 ss.; F. M. Pagano, *La logica dei probabili. Per servire di teoria alle pruove nei giudizi criminali* [1806], Spadafora, Salerno, 1924, I y II, pp. 5-7; G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal* [1848], trad. cast. de A. Forero, rev. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, § 500, p. 203.
18. «El derecho procesal, civil o penal», escribió Piero Calamandrei, «no es sino un método» (*Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1960, p. 29); «constituye sustancialmente una técnica del buen razonar en juicio» (p. 32); es «una especie de 'lógica codificada'» (p. 35), o «la traducción de las experiencias recogidas en fórmulas jurídicas por la razón común» (p. 36).
19. Francesco M. Iacoviello, ha sostenido que «algunas de estas condiciones son demasiado rigurosas y harían remota la posibilidad de probar la acusación» (*La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, trad. cast. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Palestra, Lima, 2022, p. 258). Se trata de las condiciones ilustradas en *Derecho y razón*, cit., pp. 149-152, que son las mismas requeridas por la lógica inductiva para la aceptación de cualquier tesis empírica como verdadera. La primera condición está expresada (*ibid.*, p. 150), por la tesis de que «como conclusión de la investigación [...], al igual que en las novelas policíacas, todos los datos disponibles deben cuadrar con la hipótesis descubierta»; que es una tesis diferente de la frase, no mía, que me atribuye Iacoviello con la tesis de que «es más que dudoso que la acusación deba explicar todos los datos disponibles» (*ibid.*). La segunda condición es de pura lógica inductiva: el desmentido por *modus tollens* falsa obviamente la hipótesis de «si es aceptada como verdadera», según he escrito al comienzo de la p. 151 de *Derecho y razón*, cit., que Iacoviello ha ignorado. Así, dice Iacoviello, «si, por ejemplo, cinco testigos reconocen al imputado como autor material de un robo y, en cambio, un sexto testigo reconoce a otra persona, ¿bastará esta contraprueba para desarmar al fiscal?» (*ibid.*): ciertamente, si la deposición del sexto testigo, a diferencia o en cualquier caso, es argumentada y aceptada como verdadera más que las de los otros cinco. «Es necesario considerar», añade Iacoviello, «el grado de atendibilidad de la contraprueba», como, en efecto, he escrito al decir que la contraprueba «es aceptada como verdadera». También: «no toda contraprueba neutraliza la acusación [...] Una prueba de coartada totalmente atendible destruye la acusación. Una contraprueba resistible que introduce alguna duda acerca del móvil, no» (*ibid.*). Pero el *modus tollens* se aplica no solo a la hipótesis «Ticio ha ejecutado materialmente el hecho», desmentida por la coartada comprobada como verdadera, sino también a circunstancias del hecho como el móvil, en cuyo caso la contraprueba, si aceptada como verdadera, falsa el móvil y no necesariamente la hipótesis acusatoria. En cuanto a la tercera condición, Iacoviello la identifica con la tesis, que nunca he sostenido, de la «total implausibilidad de la contrahipótesis». Simplemente he escrito (*Derecho y razón*, cit., p. 151) que «para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no solo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser refutadas por *modus tollens*, según el esquema (*e*)». Por eso no entiendo cómo puede atribuírseme la tesis de que «si la hipótesis de la acusación tiene una probabilidad del 98 % y la contrahipótesis el 2 %, el imputado debería ser absuelto porque la hipótesis defensiva no es totalmente implausible»

(*ibid.*). Solo he dicho que la hipótesis acusatoria debe «prevalecer», ya que, si prevalece una contrahipótesis, la condena resulta inmotivada.

20. Para una ilustración analítica de estos límites remito a *Derecho y razón*, cit., § 4, pp. 51-62.

21. P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2009, p. 90. Pero, sobre todo, acerca de la formación de la «convicción judicial», contra la «concepción intimista» de esta y contra «la mística de la inmediación», véase Íd., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, cap. X, pp. 234-283. En el mismo sentido M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., pp. 87-88 y 161-162.

22. L. Laudan, «El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales», trad. cast. de R. Beguelin, en Íd., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, ed. de E. R. Aguilera García, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 212-215; Íd., *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* [2006], trad. cast. de C. Vázquez y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013.

23. Para una crítica rigurosa de estas tesis, véanse N. Guzmán, «La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal»: J*ueces para la Democracia. Información y debate*, 92 (2018), pp. 85 ss.; P. Andrés Ibáñez, «Juzgar es cuestión de método en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (Acerca de la propuesta de Larry Laudan)»: *ibid.* 102 (2021), pp. 83 ss. Véase también el debate sobre las tesis de Laudan en *Doxa* 28 (2005), con escritos de Larry Laudan y de Jordi Ferrer, Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán y Juan Igartua Salaverría; D. Dei Vecchi, «Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos del error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan»: *Doxa* 43 (2020), pp. 397 ss. Un breve florilegio de las tesis de Laudan: «Cuanto más se esfuerzan los estados por proteger a los ciudadanos inocentes de una condena errónea, tanto más difícil resulta controlar el delito, pues las medidas que se adoptan para alcanzar el primer fin siempre dificultan la condena del culpable» (L. Laudan, «El contrato social y las reglas del juicio», cit., pp. 208-209); «Existen métodos efectivos para reducir el índice de delitos graves. En principio, consisten en condenar un porcentaje más alto de culpables que el que se condena hoy en día [...] realiza[ndo] ajustes al estándar de prueba y a las normas de la prueba penal y de procedimiento (*ibid.*, pp. 212-213) y adoptando, «en resumen, un estándar de prueba que permita índices de condena más altos» (p. 265); modificando «las reglas del juicio de manera que sea más probable que resulte un veredicto verdadero» (p. 239); «muchas de las reglas del juicio [...] podrían ser entendidas como políticas modificables en lugar de derechos inviolables» (p. 272); «los derechos del acusado en un proceso penal, ponen serios obstáculos a la averiguación de la verdad» (L. Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, cit., p. 297), cuando, en cambio, como se ha visto, los principios que los enuncian no son sino la traducción jurídica de las reglas de la lógica inductiva, requeridas precisamente en garantía de la verdad.

24. Aristóteles, *Ética Nicomachea* (con *Ética Eudemia*), ed. de J. Pallí Bonet, introd. de E. Lledó, Gredos, Madrid, 1988, lib. V, cap. X, 1137b, pp. 263-264. Aristóteles expresa tesis análogas en *Retórica*, ed. de Q. Racionero, Gredos, Madrid, 1990, lib. I, cap. XIII, 1374a-1374b, pp. 285-287, donde se entiende la equidad en múltiples sentidos: *a*) como remedio «a una laguna de la ley», *b*) como fuente de derecho alternativa a esta en cuanto «lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita», *c*) como criterio antiformalista de interpretación jurídica consistente en «mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador» y *d*) como actitud consistente en «ser indulgente con las cosas humanas».

25. Para una crítica más analítica de esta concepción aristotélica de la equidad y para una reformulación teórica de la relación entre legalidad y equidad, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. III, § 11, pp. 155-166. En las pp. 157-158 y notas, y en las notas 94-104, pp. 181-183, se recoge una amplia reseña de las nociones de equidad formuladas por los autores citados, todas heredadas con pocas variantes de la noción aristotélica.

26. Aristóteles, *Retórica*, cit., lib. I, cap. XIII, 1374a, p. 285.

27. F. de Saussure, *Curso de lingüística general* [1916], trad. cast. de M. Armiño, Akal, Madrid, 1980, pp. 33-37 y *passim*. Sostuve esta tesis ya en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», cit., pp. 290-304, y más tarde en *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 4.2, pp. 55-56 y nota 51, pp. 83-84; cap. II, § 6.3, pp. 95-96; cap. III, § 9.4, pp. 126-129 y § 11.2, pp. 158-160.

28. En *Derecho y razón*, cit., cap. III, § 11, p. 139.

29. Son palabras de H. G. Gadamer, *Verità e metodo* [1960], trad. it. de G. Vattimo, Bompiani, Milán, ²1983, segunda parte, cap. II, § 2, *b*, p. 370 [trad. cast. de M. Olasategui, *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1999].
30. Así M. Vogliotti, «Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna»: *Quaderni fiorentini*, 44 (2015), pp. 160 y 164.
31. C. Beccaria, *De los delitos*, cit., § XVII, pp. 175 y 177. Naturalmente, esta idea del juez como «investigador indiferente de la verdad» (*ibid.*, p. 175) es una imagen no descriptiva, sino prescriptiva, nunca plenamente realizable. Así L. A. Muratori, *Defectos de la jurisprudencia*, trad. cast. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la viuda de D. Joaquín Ibarra, Madrid, 1794, cap. XII, pp. 119 ss., que habla de los obstáculos y las dificultades que se oponen a la realización «de la indiferencia necesaria en los jueces».
32. Véanse las justas consideraciones de P. Andrés Ibáñez en *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pp. 147 ss., sobre la «deriva neoinquisitiva» del proceso penal producida en estos años, sobre todo en materia de terrorismo y narcotráfico, por las distintas corrientes del funcionalismo y el eficientismo penal, a través de esas alternativas al proceso que son las negociaciones, la reducción de los derechos de la defensa y de las restantes garantías procesales.
33. El terreno privilegiado en el que se ha manifestado esta fuerza sugestiva del pre-juicio, resistente a cualquier desmentido o contraprueba, ha sido el de algunos grandes procesos políticos italianos. Merecen ser recordados dos casos clínicos de patología inquisitiva: el llamado «proceso 7 de abril», seguido en 1979 contra Toni Negri y otros setenta imputados por el secuestro y el asesinato de Aldo Moro, bajo el presupuesto de que estos eran los jefes ocultos de las Brigadas Rojas al ser «aparentes» y «planeadas» sus diferencias con las ideologías brigadistas; y el proceso iniciado en 1988 contra Adriano Sofri, Giorgio Pietrostefani y Ovidio Bompressi por el homicidio del comisario Luigi Calabresi sobre el presupuesto de la veracidad de las acusaciones de un arrepentido, asimismo asumido como postulado. Analicé el primero de estos procesos en «Il teorema Calogero: frane e puntelli nella requisitoria Ciampani»: *Critica del diritto*, 23-24 (1981), pp. 51 ss.; en «Il caso '7 aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio»: *Dei delitti e delle pene* 1 (1983), pp. 167 ss.; en «Il processo penale diffuso. Ancora sul caso '7 aprile'»: *Critica del diritto* 2 (1983), pp. 381 ss.; en «L'imputato come nemico. Un topos della giurisdizione d'emergenza»: *Critica del diritto* 3 (1983), pp. 581 ss. Sobre el proceso «7 aprile» véanse también: G. Scarpari, «Processo a mezzo stampa: il '7 aprile'»: *Qualegiustizia* 51 (1979), pp. 228 ss.; Íd., «La vicenda del '7 aprile'»: *Questione giustizia* 3 (1982), pp. 599 ss.; P. Dusi, «Il '7 aprile' padovano e la stampa»: *ibid.*, pp. 627 ss.; G. Palombarini, «Il processo 7 aprile nei ricordi del giudice istruttore»: *Il Poligrafo*, Padua, 2014. En cuanto al proceso Sofri, Pietrostefani y Bompressi, véanse: A. Sofri, *Memoria*, Sellerio, Palermo, 1990; C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Einaudi, Turín, 1991 y mi «Un caso clinico di patologia giudiziaria»: *Ragion pratica* 10 (1998), pp. 227 ss.
34. Sobre estas ventajas, véase A. Garapon y J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* [2018], trad. it. de F. Morini, con Presentación de la ed. it. de M. R. Ferrarese, Il Mulino, Bolonia, 2021, pp. 84-91. Sobre la aplicación de las técnicas de inteligencia artificial al derecho y a la jurisdicción, cf. G. Pasceri, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milán, 2022, con amplia bibliografía.
35. Contra estos peligros, véase la *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales*, adoptada en Estrasburgo por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia en la reunión de Estrasburgo del 3-4 de diciembre de 2018, que impone al empleo de instrumentos y servicios de inteligencia artificial tales que: *a*) el principio del respeto de los derechos fundamentales establecidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y por el Convenio n.º 108 de 21 de enero de 1981 del Consejo de Europa, integrado por el Protocolo de 18 de mayo de 2018, sobre la protección de las personas frente al tratamiento informatizado de datos personales; *b*) el principio de no discriminación; *c*) el principio de calidad y seguridad; *d*) el principio de transparencia, imparcialidad y equidad de las metodologías y las técnicas utilizadas; *e*) el principio del control por parte de los usuarios. Importantes y preciosas son, sobre todo, las treinta y cinco recomendaciones contenidas en la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de octubre de 2021 sobre *La inteligencia artificial en el derecho penal y su utilización por parte de las autoridades policiales y judiciales en los procesos penales.*

36. Así S. Quattrocolo, «Qualcosa di meglio del diritto (e del processo) penale?», § 2, ponencia presentada en el seminario «Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione», celebrado en Génova, el 12 de abril de 2019, cuyas actas se encuentran en curso de publicación. En dicha ponencia se recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán n.º 370/2008, de 27 de febrero, que extendió a las tecnologías digitales las clásicas garantías de la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que, por lo demás, las tecnologías han deslocalizado.

37. S. Quattrocolo, «Qualcosa di meglio», cit., § 3. Para una valoración crítica del uso de las nuevas tecnologías y, en particular, de los algoritmos en el proceso penal, véanse también V. Manes, «L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocracia», en U. Ruffolo (ed.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milán, 2020; y P. Andrés Ibáñez, «¿Nuevas tecnologías en la justicia penal? Solo si en un proceso con todas las garantías»: *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 49 (2023). Para una reflexión de carácter más general, véanse G. Pisani, *Piattaforme digitali e autodeterminazione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della 'governabilità algoritmica'*, Mucchi, Módena, 2023 y G. Zaccaria, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Mucchi, Módena, 2023.

38. Es la ilusión que traslucen A. Garapon y J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., p. 28: «Nuestra hipótesis es, pues, que la informatización del derecho modifica no solo los medios de difusión de la ley, sino más en profundidad *su misma elaboración*. Como en los demás sectores de la imagen, del sonido o de la salud, pero quizá más aún en la justicia, lo digital penetra en el corazón de la actividad, o sea, en la producción de la norma. De aquí que su impacto sea mucho más radical que en cualquier otro ámbito: la 'justicia digital' —con esta expresión entendemos lo que también llamamos 'justicia predictiva' y todo lo denotado con *legaltech* (aplicaciones jurídicas) pero también *blockchain*— debe interpretarse como una *fuente alternativa* de normatividad jurídica».

39. «Quantitas non auctoritas facit legem» es el título del § 1.3 del capítulo VIII de A. Garapon y J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit.: «La elaboración de las decisiones judiciales así realizada se aleja de la propia de la institución jurídica conocida con el nombre de 'jurisprudencia' [...] La jurisprudencia es el fruto de una elaboración a partir de algunas decisiones. Ahora, la pretensión de hacer disponibles *todas* las decisiones judiciales (o el mayor número) debilita el poder de selección y de distinción ejercido por los profesionales. La lógica predictiva genera un saber más horizontal. La norma derivada de un *software* predictivo ya no es el fruto de un razonamiento jurídico, sino de la masa de decisiones a favor de tal solución o de tal importe. 'Tengo 400 decisiones en tal sentido, esto basta para que yo lo considere una norma', dice un abogado especializado. Es el volumen de las correlaciones —y no el razonamiento o la autoridad de los principios— lo que hace el derecho. El volumen es a la jurisprudencia lo que la multitud al pueblo» (pp. 175-176).

40. M. R. Ferrarese, Presentación de A. Garapon y J. Lasègue, cit., p. 18, según la cual «la ilusión de evitar» errores o defectos «confiándose íntegramente a los algoritmos, significa incurrir en un doble riesgo: por un lado, un modelo de justicia aquejado de un exceso de rigidez, que realiza el dicho latino *summum ius summa iniuria*; por otro, la tendencia a consolidar el *statu quo*, plasmando el horizonte de la justicia sobre el *déjà-vu* y sobre la conservación jurídica y social».

41. Así V. Manes, «L'oracolo algorítmico», cit., § 5.2, que cita este pasaje de Filippo Sgubbi: «El algoritmo tiende a sustituir a la ley. Hasta el punto de que la primacía de las normas incriminadoras dispuestas por la ley resulta sustituida por las normas que regulan la aplicación del *software*: y esto sucede tanto en el juicio de hecho atinente a la determinación de la inocencia y culpabilidad del imputado como en el juicio de derecho sobre la definición del confín entre lícito e ilícito».

42. «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes» (*Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, 1972, lib. XI, cap. VI, p. 156. [En esta traducción «boca» es «instrumento».]).

43. Así V. Zeno Zencovich, «'Big data' e epistemologia giuridica», en S. Faro, T. E. Frosini y G. Peruginelli (eds.), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bolonia, 2020, pp. 13 ss., que pone de relieve el contraste entre los *big data* y la naturaleza deóntica del derecho.

44. Lo reconocen abiertamente los mismos A. Garapon y J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., pp. 79-82. Por eso V. Manes, «L'oracolo algorítmico», cit., § 6, propone que los algoritmos predictivos se utilicen solo en beneficio de los imputados cuando desmientan prognosis de peligrosidad y valoraciones predictivas del juez de tipo culpabilista y por ello requieran, de no resultar acogidas, una motivación

reforzada de tales prognosis y valoraciones. Creo más oportuno extender explícitamente a todos los algoritmos predictivos, excluyéndolos con carácter general en el proceso penal, la prohibición expresa del citado art. 220,2.º del CPP.

Capítulo II

LAS FUENTES DE LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL. EL PAPEL GARANTISTA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

2.1. *Una reformulación de la separación de poderes: funciones de gobierno y funciones de garantía, primaria y secundaria*

Como he sostenido en más ocasiones, la tripartición de poderes, formulada hace casi tres siglos por Montesquieu, no puede dar cuenta de la complejidad institucional de los actuales sistemas políticos. Por un lado, con la afirmación de la democracia política, el poder legislativo y el poder ejecutivo han adquirido y compartido la misma fuente de legitimación —la representación política del cuerpo electoral— hasta el punto de que, en las democracias parlamentarias, se encuentran bastante más conectados que separados, al estar el gobierno sometido a la confianza del parlamento, que a su vez puede ser disuelto por el gobierno, de acuerdo en ocasiones, como es el caso de Italia, con el presidente de la República. Por otro lado, con la construcción del estado social, se han desarrollado funciones de garantía directa de los derechos fundamentales desconocidas en la tripartición de Montesquieu, como la sanidad y la enseñanza pública, la asistencia y la previsión social que, al no poder encomendarse al poder legislativo o al poder judicial, se han situado dentro de ese gran contenedor que es la administración pública, bajo la dependencia del ejecutivo; mientras que, en cambio, al obtener su legitimidad, como la función judicial, de la aplicación sustancial de la ley y de la garantía de los derechos,

deberían ser también independientes y estar separadas del poder político.

Sobre la base de su diferente naturaleza y de la diversidad de sus fuentes de legitimación, a mi juicio, es útil distinguir las funciones públicas esencialmente en dos grandes clases, reconducibles *grosso modo* a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *iuris-dictio*, una destinada a operar en la que he llamado la *esfera de lo decidible*, la otra prevista para la defensa y la actuación de la que, en las democracias constitucionales, he llamado la *esfera de lo no decidible* (*que* o *que no*). Pertenecen a la esfera discrecional de lo decidible las *funciones de gobierno*, en las que pueden incluirse todas las funciones de innovación o creación de nuevo derecho: por tanto, no solo las funciones gubernativas en sentido estricto y las de tipo administrativo auxiliares de estas, sino también las funciones legislativas. Son, en cambio, instituidas para la defensa y actuación de la *esfera de lo no decidible*, diseñada por la formulación de sus principios normativos en constituciones rígidas, las que pueden llamarse *funciones de garantía*, en las que cabe incluir todas las funciones de actuación del derecho vigente: así pues, no solo las funciones jurisdiccionales de *garantía secundaria*, consistente en la aplicación sustancial de la ley a sus violaciones, sino también las funciones administrativas de *garantía primaria* de los derechos fundamentales —como la educación y la sanidad públicas, la previsión y la seguridad social— también vinculadas, del mismo modo que la jurisdicción, a la aplicación sustancial del derecho vigente[1]. Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad desde el punto de vista de los intereses generales, y cuyas fuentes de legitimación democrática son la representación política y el consenso popular. En cambio, las funciones de garantía corresponden al espacio de la jurisdicción y de la administración vinculada, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimación son la corrección y lo fundado de la determinación de sus presupuestos legales. En democracia, el ejercicio de las primeras

consiste en la producción de nuevo derecho confiada a las decisiones de la mayoría. El ejercicio de las segundas consiste en la actuación del derecho producido y en la garantía, frente a sus posibles violaciones, de esas precondiciones del vivir civil —la vida, la igualdad, la dignidad de las personas, los mínimos vitales, las libertades fundamentales—, que en el pacto constitucional se ha convenido sustraer a la voluntad de las mayorías y asegurar a todos.

Esta diversidad de sus fuentes de legitimación es lo que, a mi juicio, funda y justifica la separación de poderes: más precisamente, la separación entre las funciones políticas de gobierno, sean legislativas o ejecutivas, y las funciones de garantía, no solo las secundarias de tipo judicial, sino también las primarias de tipo administrativo, que asimismo deberían ser independientes del poder político al hallarse vinculadas a la aplicación de la ley sobre la base de la simple comprobación de sus presupuestos legalmente establecidos[2]. Es, pues, evidente que las garantías, al diseñar la esfera de lo no decidible, son un límite a la democracia política y a la esfera de lo decidible que pertenece a esta. Pero su valor democrático consiste en el hecho de que ellas garantizan a todos, y por eso aluden al pueblo en un sentido aún más intenso que el mismo principio de mayoría, ya que, al asegurar la igualdad en los derechos fundamentales, garantizan la dignidad y los intereses vitales de cualquier ser humano, sin discriminaciones ni privilegios. Designan la dimensión sustancial de la democracia, relativa a la sustancia de las decisiones, agregada a la dimensión formal consistente en su forma representativa.

Además, en materia de garantía de los derechos puede enunciarse un principio normativo de carácter general: el de su plenitud. El problema no existe en el caso de los derechos patrimoniales, que nacen junto con sus garantías: el derecho de crédito junto con la deuda correspondiente, los derechos reales junto con la prohibición de impedir o perturbar su ejercicio. En cambio, se plantea para los derechos fundamentales, cuyas garantías solo adquieren existencia si se las introduce mediante específicas normas de actuación. Es en la obligación de introducir estas normas en lo que consiste el

principio de plenitud de las garantías: en primer lugar, en la obligación de introducir las garantías primarias, es decir, las prohibiciones y las obligaciones lógicamente implicadas por esas expectativas negativas o positivas en las que consisten todos los derechos subjetivos; en segundo lugar, en la obligación de introducir las garantías secundarias o jurisdiccionales, en virtud de las cuales para cada violación de los derechos o de los bienes fundamentales deberán existir tanto un juez en condiciones de juzgarla como un sujeto, privado o público, capaz de activar el juicio correspondiente[3].

Así pues, las garantías de los derechos fundamentales deben ser introducidas, y en su introducción consiste la construcción del estado de derecho y de la democracia constitucional. Ellas son el lado activo de las relaciones jurídicas —las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión— de las que las expectativas positivas o negativas en las que consisten los derechos son el lado pasivo. Son por eso los medios que deben ser instituidos, porque de ellos depende la actuación de los fines, es decir, de los derechos garantizados. Deben introducirse las garantías primarias de los derechos de libertad y de inmunidad, esto es, las prohibiciones de sus lesiones, comenzando por las garantías penales y procesales a las que está especialmente dedicado este libro, implicadas e impuestas, como límites a la potestad punitiva del estado, por los derechos de inmunidad frente a ofensas injustas y castigos arbitrarios. Deberán introducirse las garantías primarias de los derechos sociales —como los derechos a la salud, a la educación y a la subsistencia—, o sea, las obligaciones de las correspondientes prestaciones, consistentes en las funciones y en las instituciones de garantía primaria, como el servicio sanitario y la enseñanza pública, uno y otra universales. En fin, habrán de introducirse las funciones de garantía secundaria o jurisdiccional, cuya legitimación, como veremos, consiste en su papel de comprobación y prevención de las violaciones del derecho y, en particular, de los derechos y sus garantías primarias.

2.2. *Las fuentes de legitimación del derecho penal sustancial. Un utilitarismo penal no demediado: el derecho penal mínimo*

Para entender las específicas fuentes de legitimación de la justicia penal y los límites impuestos al arbitrio punitivo por las correspondientes garantías, es necesario identificar el fin que justifica y legitima el derecho penal sustancial. A mi juicio, este fin consiste en la minimización de la violencia y del arbitrio en la sociedad: en la prevención, por tanto, no solo, como suele decirse, de los delitos, sino también de las penas informales y excesivas, es decir, de las venganzas, la justicia por propia mano, los arbitrios y los abusos policiales que se producirían en ausencia de las normas penales y procesales.

Esta doble fuente de la legitimación del derecho penal —la prevención de los castigos injustos y no solo de los injustos delitos— es el fruto de una reforma, a mi juicio necesaria, del utilitarismo jurídico tradicional, basado en el principio de la «máxima felicidad dividida entre el mayor número»[4] formulado por Cesare Beccaria y retomado por Jeremy Bentham —«la mayor felicidad posible del mayor número posible de individuos»[5]—, que lo extendió a todo el derecho, fundando en él la legitimación política de cualquier norma jurídica. En esta versión el principio, a causa de su referencia a la sola utilidad del «mayor número», es decir, de las mayorías, no sirve para imponer límites a la potestad punitiva del estado. En efecto, se trata de un *utilitarismo penal demediado*, apto para promover modelos de derecho penal máximo susceptibles de justificarse sobre la base de todas las doctrinas utilitaristas de la defensa social. Estas doctrinas, al asignar al derecho penal el único fin de la prevención de los delitos, no impiden lo que Gustav Radbruch ha llamado el «derecho penal terrorista», ya que inducen a suponer que la amenaza penal, puesto que debe valer para disuadir o intimidar, es tanto más eficaz cuanto más altas y severas sean las penas conminadas[6].

A esta noción restringida de utilitarismo he opuesto una concepción ampliada del fin del derecho penal, identificándolo, no solo con la máxima utilidad para los no desviados, sino también con la mínima aflicción de los desviados y de cuantos sean acusados de serlo; no mediante la estatalización de la venganza, sino con su negación: no solo, pues, con la minimización de los delitos, sino también con la minimización de las penas; y mejor aún, como se dirá al final del § 5.3.2 y después en el § 7.3.2, con la asimetría entre la brutalidad de los primeros y la moderación de las segundas. Este doble fin es el fundamento teórico de lo que, hace cuarenta años, llamé «derecho penal mínimo» y que permite configurar el derecho penal, en su modelo garantista, como la *ley del más débil*: la ley —alternativa a la ley del más fuerte— instituida para la tutela del sujeto más débil, que en el momento del delito es el ofendido, en el proceso el imputado y en el de la ejecución penal el condenado[7].

Esta justificación no puede ser apriorística y en abstracto, esto es, del derecho penal en cuanto tal —de cualquier derecho penal o, peor, de cualquier norma penal— como es la ofrecida por todas las doctrinas justificacionistas corrientes. En efecto, es necesario distinguir, en cuanto pertenecientes a distintos niveles de discurso, uno teórico y metateórico el otro, entre justificación y doctrinas de la justificación del derecho penal. Gracias a esta distinción, una doctrina metateórica de justificación consistente y no ideológica, debe ser capaz de sugerir y fundar en el plano teórico, tanto justificaciones como no justificaciones. Y tal es el sentido que debe darse a las finalidades y las doctrinas de legitimación del derecho penal. Estas deben permitir justificaciones solo condicionadas, *a posteriori*, referidas a sistemas penales concretos y a sus normas o institutos, y, por tanto, no justificaciones, es decir, críticas y deslegitimaciones de aquellas normas —existen en todos los ordenamientos— que ignoren o, de cualquier modo, no realicen aquellas finalidades[8].

Es sobre la base de este modelo metateórico de justificación del derecho penal sustancial como pueden identificarse los fundamentos

específicos de la legitimación de la jurisdicción penal y, al mismo tiempo, de una teoría garantista de los límites del poder punitivo. A mi juicio, estos fundamentos son dos, uno de carácter formal, el otro de carácter sustancial, ambos consistentes en la limitación del arbitrio y de la violencia punitiva. El primero lo constituye la naturaleza esencialmente cognoscitiva de los presupuestos de la jurisdicción tal como ha sido tratada en el capítulo precedente. El segundo está constituido por la garantía de los derechos de los ciudadanos —y, en particular, por sus inmunidades frente a ofensas injustas e injustos castigos— y, por eso, por el rol de contrapoder desempeñado por la función judicial. Ambos valen también para fundar la separación de poderes, la independencia de los jueces de cualquier poder —no solo de los poderes externos a las instituciones judiciales, primero entre todos, el poder político, sino también de los poderes internos a ellas— y, como se verá más adelante, las tres divergencias deónticas consiguientes a otros tantos puntos de vista críticos y proyectuales sobre el derecho positivo. Estos diseñan modelos límite, nunca perfectamente realizables y de hecho ampliamente irrealizados, y no obstante realizables, aunque sea imperfectamente, mediante oportunas garantías. En este parágrafo serán objeto de examen con exclusiva referencia a la jurisdicción, esto es, a las funciones de garantía secundaria y en particular a la jurisdicción penal. Pero valen —y, en rigor, deberían ser garantizados— para las funciones administrativas de garantía primaria, desarrolladas bajo la dependencia del poder ejecutivo y, sin embargo, también ellas consistentes, como las judiciales, en la comprobación de los presupuestos legales de las prestaciones debidas y, por tanto, en la aplicación sustancial de la ley para la tutela de los derechos de las personas[9].

2.2.1. *El primer fundamento, formal, de la legitimidad de la jurisdicción penal: la verdad procesal*

El primer fundamento de la legitimidad de la jurisdicción reside en la correcta comprobación de las violaciones de la ley sometidas a ella.

Decimos, por ejemplo, que una sentencia penal condenatoria es justa, antes aún que jurídicamente válida, si y solo si es cierto que el condenado ha cometido el hecho que se le atribuye como delictivo, mientras que es inválida e injusta en caso contrario. Si criticamos una condena o una absolución como injustas o infundadas es porque consideramos falsas sus motivaciones, en hecho y/o en derecho. De un lado, la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción sirve, por eso, para configurarla, a diferencia de la legislación y la administración, como *afirmación* o *aplicación sustancial* y no como simple *respeto* a la ley[10]. De otra parte, la misma sirve también para garantizar el específico derecho fundamental que es la inmunidad de las personas frente a pronunciamientos arbitrarios que, como se verá, es el segundo fundamento de la legitimidad de la jurisdicción.

Esto bastaría para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar los requisitos de imparcialidad y de independencia de cualquier poder, incluidos los poderes representativos de las mayorías. Precisamente, porque reside en la garantía de la imparcial comprobación de la verdad[11], la legitimidad del juicio no puede depender del consenso político. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o de los disensos pueden hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero. Consensos y disensos no añaden nada a la falsedad o a la verdad de una motivación. Por esto, el carácter electivo de los jueces, presente, por ejemplo, en la experiencia americana, está en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. En Italia, su elección provocaría la máxima politización de la jurisdicción: tendríamos jueces de derecha, de centro y de izquierda, en contradicción, no solo con el vínculo de la imparcialidad, sino con el principio de igualdad de las personas ante la ley y con la entera lógica del estado de derecho. Por el contrario, el sentido de la famosa frase: «Sí, de no existir tribunales en Berlín»[12] es que debe haber un juez capaz, por su independencia y su imparcialidad, de absolver, en ausencia de pruebas, aun cuando todos —periódicos, fuerzas políticas, gobiernos, opinión pública— reclamen la condena, y de condenar, en presencia de pruebas

idóneas, cuando los mismos sujetos y los mismos poderes pretendan la absolución. Con aparente paradoja, la sujeción del juez a la ley implica su independencia y la separación de cualquier otro poder, comenzando por el político titular de la función legislativa.

Todo esto vale también para la acusación pública, cuyas legitimación e independencia se basan asimismo en la naturaleza cognoscitiva de las hipótesis acusatorias. Deberá existir una acusación pública independiente —si bien separada a su vez de la función de enjuiciamiento— con capacidad para investigar, sin condicionamientos de poder, sobre la existencia de los presupuestos de la acción penal, dirigida a veces contra los titulares de relevantes poderes públicos o privados. Vale además para la policía judicial que, habitualmente, como en el caso de Italia, está encuadrada en el ejecutivo, en contradicción, de nuevo, con la naturaleza cognoscitiva y por eso garantista de sus funciones de investigación. Y, añadiré, debería valer también para todas las funciones administrativas de garantía primaria, que serán tales en la medida en que su ejercicio se encuentre vinculado a la aplicación sustancial de la ley. En todos estos casos se trata de funciones que no comportan discrecionalidad política, sino solo una discrecionalidad técnica que, en el plano epistemológico, no difiere de la jurisdiccional.

Por otra parte, es en virtud de su naturaleza cognoscitiva por lo que, en democracia, también la jurisdicción se conecta con la voluntad expresada por las representaciones parlamentarias: porque es aplicación de la voluntad política manifestada tanto en las leyes como en las normas constitucionales, estipuladas unas y otras antes del hecho sometido al juicio y, por eso, con el velo de la ignorancia asociado a su carácter de reglas generales y abstractas. Se trata de una sujeción diferente y bastante más vinculante que aquella a la que en el estado de derecho están sometidos los demás poderes públicos, desde el legislativo a los administrativos y de gobierno. Y es que requiere, repito, no el simple *respeto* de las normas supraordenadas exigido a la legislación y a la administración pública, es decir, la prohibición de contradecirlas, sino su *aplicación sustancial*, esto es, la obligación de aplicarlas una vez acreditada la

correspondencia de los hechos comprobados con los presupuestos establecidos por ellas.

Es, precisamente, en esta obligación donde reside el significado del principio de la independencia de los jueces establecido en el art. 101 de la Constitución italiana, según el cual «están sujetos *solamente* a la ley». En efecto, la sujeción a la ley, que equivale a su aplicación sustancial, constituye el fundamento de la cognición judicial. Y será tanto más vinculante para los jueces cuanto más precisas, determinadas y taxativas sean las normas que han de aplicar. Por esto, como se dijo en el § 1.3, el único modo de limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador produzca normas de significado tan claro e unívoco como sea posible. Es lo que establece el *principio de estricta legalidad* o *de taxatividad*, que, sobre todo en materia penal, impone al legislador el uso de un lenguaje riguroso y se revela por ello *a*) como la principal garantía de la primacía de la ley y, por tanto, de la política por la que esta es producida; *b*) como el primer fundamento de la efectiva separación de los poderes y por eso de la independencia de la jurisdicción; *c*) como la condición elemental de la igualdad de las personas ante la ley. Además, de la dimensión cognoscitiva del juicio forma parte asimismo la comprensión equitativa de los hechos enjuiciados tratada en el § 1.5, que por ello es también una fuente esencial de la legitimación de la jurisdicción. Los jueces no son en modo alguno los «seres inanimados» de los que habló Montesquieu[13]. Su imparcialidad, que como se dijo en el § 1.6.1 requiere una indiferencia desapasionada en la búsqueda de la verdad procesal, no solo no excluye, sino que comporta su capacidad de humana y simpatética comprensión de las humanas y siempre singulares vicisitudes que están llamados a juzgar.

Este primer fundamento teórico de la legitimación política de la jurisdicción, de la separación de poderes y de la independencia de las funciones políticas de gobierno respecto del poder judicial y de las demás funciones de garantía reside, pues, en la plausible —por racionalmente argumentada— «verdad» de la motivación de los actos en los que se concreta su ejercicio[14]. Es un fundamento *formal*

porque no depende de los contenidos normativos de la legislación, sino solo de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía, cualesquiera que sean las normas aplicadas. Una actividad cognoscitiva, en efecto, aunque incluya inevitablemente opciones, valoraciones y momentos decisionales, no puede, por principio, someterse a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de poder externo, por más acreditado políticamente que pudiera estar, no contribuiría a hacer posible el acceso a la verdad, sino todo lo contrario. Visto en esta perspectiva, el fundamento de la separación y de la independencia del poder judicial respecto del poder político y del consenso popular es el mismo de la libertad de la investigación científica y su independencia de la política, de la religión, de las tradiciones y de cualquier otro tipo de poder.

Naturalmente, como se ha hecho ver en el capítulo precedente, los espacios de discrecionalidad abiertos a la interpretación de la ley y el método inductivo en la formación de las pruebas permiten alcanzar verdades solamente relativas, aproximativas e imperfectas, opinables en derecho y probabilistas en materia de hechos. El error, tanto de derecho como de hecho, es siempre posible. Pero precisamente este método y el deber de la argumentación interpretativa y probatoria son el antídoto frente a las tentaciones inquisitivas y las derivas creacionistas de la jurisdicción. Ambos imponen a los jueces un hábito profesional basado en la conciencia de que la legitimación de su poder es, a su vez, solo relativa e imperfecta. Esta conciencia —que siempre en relación con sus fuentes de legitimación, debería acompañar al ejercicio de todos los poderes públicos, tanto más si potentes e invasivos— es también un seguro factor de salud institucional.

2.2.2. *El segundo fundamento, sustancial, de la legitimidad de la jurisdicción penal: la garantía de los derechos de las personas*

El segundo fundamento de la legitimidad política de la jurisdicción es la garantía de los derechos de las personas y específicamente, en materia penal, la garantía de su inmunidad frente a castigos injustos. En efecto, según el utilitarismo ampliado del que se ha hablado antes, el derecho penal debe consistir en la minimización de la violencia no solo de los delitos sino también de las penas, esto es, de los castigos salvajes, espontáneos, crueles y arbitrarios. En síntesis, como se ha dicho, en la máxima utilidad no solo de la mayoría de los no desviados, sino también de la minoría de los desviados. De aquí se siguen dos importantes corolarios, correspondientes a otros tantos límites al poder punitivo y a otros tantos principios del liberalismo político.

El primer corolario es la minimización del derecho penal impuesta por el principio de la *laicidad del derecho*, que corresponde a un primer significado —prescriptivo, político y axiológico— de la separación entre derecho y moral, unido al significado —asertivo, descriptivo o teórico— al que me referiré en el próximo parágrafo como consecuencia del principio de legalidad. En virtud de esta primera separación, el derecho no está legitimado para imponer o reforzar *la moral*, que será siempre una determinada moral, y a inmiscuirse así en la vida privada de las personas, sino que tiene como único cometido garantizar la convivencia pacífica, impidiendo o reduciendo la violencia, el arbitrio y las consiguientes lesiones de los derechos y la dignidad de las personas. Haciendo uso del lenguaje evangélico, el derecho no debe dar al César, es decir, a la regulación jurídica, lo que es de Dios y que, por eso, pertenece a la conciencia y a las autónomas opciones morales de las personas. En este sentido, la tesis de la separación entre derecho y moral expresa un doble rechazo, uno en la base de la *laicidad del derecho*, el otro en la base de la *laicidad de la moral*. El rechazo del derecho a traducir en normas jurídicas las reglas de una determinada moral solo por

ser tales, y el rechazo de la moral, en apoyo de la autenticidad de las opciones morales, a pretender o incluso solo aceptar el sostén del brazo armado del estado[15]. En virtud de esta doble laicidad, mientras que la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas equivale a un *paso adelante de* la esfera pública, la garantía de los derechos de libertad y de inmunidad frente a lesiones negativas equivale a un *paso atrás* del derecho y del estado, vinculados a la neutralidad ideológica y por ello al respeto de todas las diversas concepciones morales, así como de las diversas identidades religiosas, culturales o políticas de las personas.

El segundo corolario del utilitarismo ampliado aquí sostenido —no menos importante y más directamente ligado al modelo del estado constitucional de derecho— consiste en el hecho de que el ejercicio de las funciones de garantía no puede estar sometido al principio de mayoría, que está en la base de las funciones de gobierno ligadas al cuidado de los intereses generales, sino que debe consistir en la defensa de los derechos y de las libertades de las personas en cuanto individuos singulares. Este es un principio que expresa un ulterior fundamento de la independencia de la función judicial y de la separación de poderes, añadido al del carácter cognoscitivo de la jurisdicción. Esto vale para todas las funciones de garantía, pero sobre todo para la jurisdicción penal. «Cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente», escribió Tocqueville, «me importa poco saber quién me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten»[16]. Si acaso, al menos para quien está sujeto a la justicia penal y es por ello supuesto «desviado», una legitimación mayoritaria del poder judicial puede incluso representar un peligro, por el riesgo de imprimir al juicio, sobre todo si carente de bases rigurosamente cognoscitivas, una connotación partidaria en contraste con la imparcialidad requerida por la actividad jurisdiccional.

Este segundo fundamento, *sustancial*, de la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía se identifica, pues, con su papel de tutela de los derechos subjetivos. Precisamente porque, según una bella frase de Ronald Dworkin, tales derechos son

siempre virtualmente contra las mayorías y contra los poderes asociados a ellas[17], también las funciones y las instituciones destinadas a su garantía deben ser, virtualmente, contramayoritarias. No se puede condenar o absolver a una persona porque esto responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente, la absolución de un culpable, la privación o limitación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social. Al igual que la primera fuente de legitimación, la de la naturaleza tendencialmente cognoscitiva del juicio, también esta segunda fuente vale para fundar la independencia de las funciones de garantía y su valor contramayoritario. Si se quiere que estén en condiciones de garantizar los derechos de cada persona, estas funciones, comenzando por la judicial, no pueden ser expresión y menos aún depender del poder de mayoría, sino que deben estar sujetas de manera exclusiva a la ley.

En este aspecto, la separación de poderes y la garantía de los derechos, es decir, los dos elementos identificados en el art. 16 de la *Déclaration* de 1789 como esenciales a toda constitución —«la sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y establecida la separación de poderes no tiene constitución»— están lógicamente conectados entre sí. Si es cierto que las garantías de los derechos son límites y vínculos a los poderes políticos y a las funciones de gobierno, entonces las funciones y las instituciones de garantía a las que están encomendadas no pueden no ser separadas e independientes de las funciones políticas de gobierno, que precisamente las garantías tienen la función de limitar y vincular. Si se reconoce que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, virtualmente contra los poderes de mayoría, entonces su garantía solo puede ser confiada a contrapoderes, que deben estar separados y ser independientes de los poderes de mayoría. En síntesis, donde no hay separación de poderes ni independencia de la jurisdicción, no hay ni limitación del poder político, ni garantía de los derechos de los ciudadanos, y viceversa[18].

Por otra parte, a diferencia de las actividades legislativas o administrativas de gobierno, la función jurisdiccional no interviene nunca en casos generales en función de intereses generales, sino solo en casos particulares e individuales abstractamente previstos por la ley. El interés general está ya satisfecho previamente por la función legislativa, a la que está encomendada la definición en abstracto de los presupuestos de las decisiones judiciales, a más de las funciones políticas o administrativas de gobierno. Discrecionalidad y/o dependencia, potestad de dirección y/u obediencia a las directivas impartidas caracterizan, en consecuencia, a las actividades atribuidas a tales funciones, todas directa o indirectamente informadas por la voluntad de la mayoría y por su valoración de los intereses generales. Por el contrario, las funciones judiciales no persiguen ningún interés previo, sino solo la determinación de la verdad y la aplicación de la ley.

Por consiguiente, también por razones funcionales, mientras que las funciones de gobierno son discrecionales, o bien están sometidas a directivas superiores, las de garantía, comenzando por la jurisdicción, carecen de dirección, de condicionamientos políticos o de subordinaciones de cualquier naturaleza, en cuanto vinculadas únicamente a la ley. Deben serlo más que nunca cuando su ejercicio tiene por objeto las ilegalidades cometidas por sujetos de poder: la posible invalidez de las leyes y demás disposiciones de los poderes legislativo y ejecutivo y la posible ilicitud de los actos cometidos por los titulares de cualquier poder, público o privado. Es claro que esta función correría el riesgo de ser obstaculizada por cualquier relación de dependencia —directa o indirecta, de los jueces o de los fiscales — de los mismos sujetos cuyas violaciones jurídicas están sometidas a la jurisdicción. Por ejemplo, las investigaciones sobre la corrupción de exponentes políticos o de administradores públicos, serían impensables si el poder judicial no fuese totalmente independiente. Es por lo que la función judicial —la de enjuiciamiento y la del ministerio público, pero asimismo la auxiliar de la policía de investigación— debe configurarse como *contra-poder*: porque es parte de tal función también el control sobre el ilegal ejercicio de

cualquier poder. En estos casos, no se trata, en modo alguno, de interferencias o de invasiones de campo por parte del poder judicial en los espacios legítimos de la esfera de la política o en la de la economía, sino de intervenciones sobre sus espacios *i-legítimos*, que se manifiestan, precisamente, en actos ilegales porque inválidos o porque ilícitos.

2.2.3. *El derecho penal entre efectividad y legitimidad. Tres etapas de la modernidad jurídica. Tres puntos de vista críticos y proyectuales*

Los dos fundamentos de la legitimación de la jurisdicción sobre los que se ha discurrido hasta ahora se han afirmado como las dos grandes revoluciones institucionales que han marcado la historia de la modernidad jurídica. El primero con la transformación del derecho debida al *positivismo jurídico*, que significó el nacimiento de la política moderna como producción, transformación y objetivación del derecho vigente y, con ello, de las reglas de las relaciones sociales; el segundo con el perfeccionamiento del positivismo y del estado de derecho que ha llevado consigo el *constitucionalismo jurídico*, con el cual la política ha quedado rígidamente subordinada a la constitución, es decir, a los derechos fundamentales y a los principios de la paz y de la igualdad a su vez positivizados en ella. Como se ha visto, ambos fundamentos requieren la separación de poderes, tanto orgánica como funcional[19], y de ahí la independencia de los titulares de las funciones de garantía, comenzando por los jueces y los integrantes del ministerio público, no solo externa, es decir, frente a los poderes políticos de gobierno, sino también interna, esto es, de vínculos jerárquicos o burocráticos. Los jueces, pero tampoco los fiscales deben ser condicionados en el ejercicio de sus funciones de determinación de la verdad, por interferencias externas o internas a la institución judicial, ni por preocupaciones de carrera.

En la actualidad, el positivismo jurídico —que integra también el presupuesto del constitucionalismo, generado por la positivización

del 'deber ser' del derecho positivo mismo— ya no es la concepción del derecho dominante en nuestra cultura jurídica. Como se verá en el próximo capítulo, prevalecen concepciones de la experiencia jurídica que contestan sus dos principales rasgos distintivos: la separación de derecho y moral, y el carácter no creativo, sino cognoscitivo de la jurisdicción que, ya se ha visto, está en la base de la sujeción de los jueces a la ley y de la separación de poderes. De aquí se ha seguido una crisis de la cultura jurídica que va mucho más allá del derecho y de las disciplinas penalistas y que se manifiesta, de un lado, en la prevalencia de tesis anti- o a-positivistas sobre el constitucionalismo, sobre el razonamiento judicial y sobre las relaciones entre derecho y moral y, del otro, en la reducción de gran parte de la ciencia jurídica a la simple descripción del derecho existente y al rechazo del papel crítico y proyectual que, como haré ver en este capítulo, el positivismo jurídico ha asignado siempre a la cultura y a la práctica jurídicas en todas las fases de su desarrollo histórico.

En efecto, el rasgo distintivo del derecho moderno, tal como lo expresa el positivismo jurídico, es su artificialidad. De las constituciones a las leyes, de las prácticas judiciales a las administrativas y a las negociales, todo el derecho es el producto de las actividades y de las opciones de los hombres; a los que corresponde enteramente la responsabilidad por el modo como el derecho es pensado, proyectado y por cómo funciona. Naturalmente, como escribió Piero Calamandrei, «en el molde de la legalidad [...] se puede vaciar oro o plomo»[20]. El positivismo jurídico no garantiza que en ese molde no se vacíe plomo. Pero hace posible que se vacíe oro. Él ha confiado a la política la proyección de las normas producidas y por producir, su perenne transformación e innovación y la elaboración de las técnicas idóneas para garantizar su efectividad. Desde entonces, el derecho se ha convertido en el instrumento y en el lenguaje en el que se formulan los problemas políticos y sociales y sus controvertidas soluciones, adoptadas o solo propuestas en cada ocasión: las leyes, pero también sus proyectos de reforma; la conservación del derecho existente, pero también su crítica y la

ideación del derecho futuro; el gobierno de la sociedad, pero también las alternativas políticas e institucionales sostenidas por las luchas de oposición. Gracias al carácter formal del principio positivista de legalidad, que expresa únicamente la forma de producción que hace reconocible el derecho existente cualesquiera que sean sus contenidos, con la Edad Moderna, la política se afirma como *política constituyente*. De aquí se sigue el papel pragmático del que están investidas la cultura política y jurídica. Si el derecho es hecho por los hombres, quiere decir que es antes aún el producto del *pensamiento constituyente* de cuantos lo han pensado y teorizado. En efecto, puede decirse muy bien que los padres constituyentes del moderno estado de derecho han sido, más que los gobernantes, los filósofos de la política, de Habermas a Locke, de Montesquieu a Beccaria, Voltaire, Kant y Filangieri[21].

De aquí el rol no solo científico, sino también civil y político del positivismo jurídico, que ha marcado y sigue todavía indicando las distintas etapas del progreso jurídico: primero la construcción del estado legislativo de derecho y la sujeción de los jueces a la ley; luego el desarrollo de la democracia constitucional y la sujeción de la legislación a la constitución; en fin, en perspectiva, la expansión del paradigma constitucional y garantista más allá del estado, y la sujeción a los principios de la paz y de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, de los poderes de los estados soberanos y de los mercados globales, de otro modo salvajes. Como veremos en los tres parágrafos siguientes, cada una de estas tres etapas ha dado lugar a una divergencia deóntica entre el *deber ser* y el *ser* del derecho, que el positivismo jurídico, en su versión metodológica que he llamado *positivismo crítico*[22], permite identificar, abriendo el espacio a tres órdenes de críticas del derecho vigente —por *injusto*, por *inválido*, o por *inefectivo*— y a la proyección política del derecho futuro, ofreciendo así respuestas racionales y garantistas de las que dependen la civil y pacífica convivencia y supervivencia, a tantos desafíos y a los terribles problemas globales.

2.3. *La divergencia deóntica entre justicia y validez*

La primera etapa es el nacimiento en Europa del estado moderno como lugar y fuente exclusiva y exhaustiva de la producción jurídica. Gracias a este primer cambio de paradigma de los sistemas políticos, el positivismo jurídico, con el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, sirve para fundar la primera fuente de legitimación de la jurisdicción: la aplicación de la ley sobre la base de la comprobación de los presupuestos por ella establecidos.

Este es el significado profundo del positivismo jurídico: con él nace la política moderna, tanto desde arriba como desde abajo. Nace sobre todo la política desde arriba, como creación y transformación del derecho, en virtud del monopolio estatal de la producción jurídica. Desde este punto de vista, el espacio de la política es el espacio de la legislación y de la actividad de gobierno, mediante las que se construye el artificio jurídico e institucional. Pero, simultáneamente, nace también la política desde abajo, en las formas de las luchas políticas dirigidas a contestar el orden existente y a refundarlo sobre la base de los principios de igualdad, libertad y justicia social. Todos formamos parte de ese universo que es el «derecho positivo», y contribuimos a construirlo y a transformarlo con nuestras prácticas y también con nuestras teorías y nuestras doctrinas. Es lo que ha sucedido en el caso de la construcción del estado de derecho y de la democracia constitucional. Y otro tanto puede acontecer con la ampliación del constitucionalismo a las relaciones internacionales y a las de mercado impuesta, como se dirá en el § 2.5 y después en el capítulo VII, por las catástrofes globales a las que está expuesta la humanidad en su conjunto, que, de no hacerles frente, podría ser arrollada por ellas.

Por otra parte, el espacio y el papel de la política, tanto desde arriba como desde abajo, son generados por un corolario del principio positivista de legalidad: la *separación entre derecho y moral*, y de ahí la radical autonomía crítica de la moral y de la política frente al derecho positivo vigente, desde el punto de vista

externo a él. Esta es la segunda separación, de tipo científico y descriptivo, que se añade a la de carácter prescriptivo que he ilustrado en el § 2.2.2. Si es cierto que el derecho es todo y solo el producido por el legislador, esto es, por la política, entonces su existencia y su validez jurídica se separan de la justicia, en el sentido de que la validez de las normas no implica su justicia, y menos aún viceversa. Por efecto del principio de legalidad se produce una virtual divergencia entre el deber ser moral y político del derecho y su ser efectivo, entre el derecho justo y el derecho existente. Como consecuencia, la tesis de la separación entre derecho y moral abre mucho más espacio al papel de la moral en la crítica del derecho existente y en la proyección del derecho futuro, que la tesis opuesta de la conexión[23]. Precisamente, el positivismo jurídico, con aparente paradoja, vale, mucho más que el enfoque iusnaturalista, para fundar la dimensión crítica y proyectual de la cultura y de la práctica políticas en la construcción y en la transformación de los sistemas jurídicos.

La pretensión de alguna intrínseca justicia del derecho positivo avanzada por la tesis tendencialmente iusnaturalista de la conexión entre derecho y moral. replanteada en estos años por una parte relevante de la actual filosofía jurídica, se convierte, en efecto, en una paradójica legitimación del derecho que no sea enormemente injusto. Tómese la formulación quizá más simple y clara de la tesis de la conexión: la conocida fórmula de Gustav Radbruch según la cual, si una norma es intolerablemente injusta, entonces no es jurídicamente válida[24]. Precisamente, a causa de la connotación moral indebidamente asociada por ella a la validez jurídica de las leyes, esta fórmula se resuelve en una forma de moderado *legalismo ético*, es decir, en la tendencial legitimación del derecho vigente y, por eso, en la reducción o, cuando menos, en la moderación del papel crítico ejercido sobre este por el punto de vista moral externo a él. En efecto, pues decir que si una ley es intolerablemente injusta, entonces no es válida jurídicamente, por la ley lógica de la contraposición, equivale a afirmar que, si es válida jurídicamente, entonces no es intolerablemente injusta, o sea, es tolerablemente

justa. Que es la tesis, autoritaria e iliberal, con razón asociada y reprochada al que normalmente se concibe como lo opuesto del iusnaturalismo, esto es, al positivismo ético o ideológico en virtud del cual las normas vigentes son también justas.

De aquí se sigue que el positivismo jurídico, al afirmar la total autonomía del derecho existente respecto del punto de vista moral y político externo a él, reformador y, de ser preciso, revolucionario, constituye un presupuesto elemental del liberalismo. Precisamente, porque el derecho, en virtud del postulado positivista, es un artificio hecho por los hombres, puede muy bien ser (y por eso debe ser criticado como) injusto o irrazonable y, por consiguiente, no puede albergar ninguna pretensión de intrínseca justicia y racionalidad.

2.4. *La divergencia deóntica entre validez y vigor*

Por su parte, el constitucionalismo jurídico, bajo las formas rígidas asumidas por las constituciones de la segunda posguerra nacidas de la liberación del nazifascismo, vale para fundar la segunda fuente de legitimación de la jurisdicción: la garantía de los derechos de las personas —y en particular de los derechos constitucionalmente establecidos, primeros entre todos los derechos de inmunidad frente a ofensas y castigos injustos—, que requiere tanto la independencia, externa e interna, de los jueces y de los fiscales, como el carácter cognoscitivo de la jurisdicción. En efecto, pues aquel consiste en la artificialidad no solo del derecho positivo, sino también de su *deber ser constitucional*, y por lo mismo de los contenidos normativos, cualesquiera que sean[25], prohibidos o impuestos por la positivización, en las constituciones, de las normas sustanciales, además de las formales, sobre su producción.

Esta doble artificialidad positivista —de las formas, pero también de los límites y los vínculos sustanciales dictados al derecho positivo — corresponde a una segunda etapa de la modernidad jurídica. Ella ha impuesto, al sistema de los poderes públicos, límites y vínculos

no solo de forma, sino también de contenido, gracias a la constitucionalización de la igualdad en los derechos fundamentales, que así han venido a configurarse como otras tantas dimensiones de la democracia: de la *democracia política* o *formal*, a través de la democratización de las *formas* del derecho positivo resultante de las *normas formales* sobre su formación, que, con los derechos políticos y las reglas de la representación, establecen el *quién* y el *cómo* de las decisiones. Y de la *democracia constitucional* o *sustancial*, a través de la democratización de la *sustancia* del derecho positivo resultante de las *normas sustanciales* sobre su producción, que, con la igualdad en los derechos fundamentales, establecen *lo que* ninguna mayoría puede decidir en garantía de los derechos de libertad y *lo que* cualquier mayoría debe decidir en garantía de los derechos sociales.

Este es el significado profundo del *constitucionalismo jurídico* que se ha afirmado con las actuales constituciones rígidas, lo que permite concebirlo como un positivismo jurídico reforzado en cuanto ampliado a las opciones a las que debe conformarse la legislación que, en otro caso, sería arbitraria. Todo el derecho, para ser sustancial y no solo formalmente válido, debe, por un lado, ser compatible con los principios de justicia estipulados en esas normas de derecho positivo que son los principios constitucionales y, por otro, darles actuación. La política es la fuente y el motor de la producción jurídica. Pero está subordinada al proyecto jurídico formulado por las constituciones, esto es, a la prohibición de lesión de los derechos de libertad y a la obligación de actuación de los derechos sociales: una prohibición y una obligación lógicamente implicadas y normativamente impuestas, como sus garantías, por esas expectativas negativas o positivas en las que consisten los derechos fundamentales[26]. De aquí se siguen dos corolarios.

El primero es una segunda separación, entre validez y justicia, que se añade a la de derecho y moral: la separación y la divergencia entre la existencia y la validez de las normas jurídicas positivas. Si es verdad que cobra existencia todo y solo el derecho producido en las formas establecidas por las normas sobre su formación, entonces la

existencia (o el vigor) de las normas se disocia también de su validez jurídica, y no solo de su justicia. En efecto, pues es perfectamente posible que adquieran existencia normas incompatibles con los principios constitucionales, y por eso inválidas, y, en cambio, no lleguen a existir las normas de actuación implicadas e impuestas por tales principios. Dicho brevemente, es muy posible que, en virtud del ilegítimo ejercicio del poder normativo, exista el *derecho ilegítimo* por acción o por omisión: una figura, esta, que el viejo positivismo jurídico del estado legislativo de derecho desconocía como una «contradicción en los términos»[27] y que, en cambio, hoy es el rasgo característico y precioso de las actuales democracias constitucionales. En efecto, pues, gracias a la rigidez de las constituciones, la divergencia entre deber ser y ser del derecho ha penetrado también dentro del mismo derecho positivo como virtual contraste entre constitución y normas legales. Es por lo que, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, hay que reconocer la virtual pero inevitable existencia de *antinomias* y de *lagunas*.

El segundo corolario del principio de legalidad constitucional, consiguiente al primero, es el espacio abierto al punto de vista crítico, ya no solo político o externo, sino también jurídico e interno al derecho positivo: que es, precisamente, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico en relación con el derecho existente cuando este se considere inválido porque los contradiga, y proyectual de sus normas de actuación cuando estas no hayan sido producidas. Aquí es directamente la doctrina jurídica y no la filosofía política o de la justicia, la investida, en el plano científico antes aún que en el civil y político, de un papel crítico y proyectual que excluye como falaz la apriorística presunción tanto de la efectividad de las normas constitucionales como de la validez de las fuentes infraconstitucionales. En efecto, pues hoy, si se toman en serio, son las actuales constituciones rígidas las que imponen este papel a la ciencia del derecho y, en el plano institucional, a la jurisdicción y a la legislación. De un lado, la crítica de las normas inválidas por estar en contradicción con ellas para que las consiguientes antinomias sean anuladas por la jurisdicción; del otro, el proyecto de sus normas de

actuación, esto es, de sus garantías, para que sus lagunas sean eliminadas por la legislación.

Es así como el constitucionalismo jurídico, gracias a la garantía de los derechos que él impone a la legislación y a la consiguiente legitimación sustancial que confiere a la jurisdicción, ha cambiado la relación entre derecho y política y entre cultura jurídica y cultura política. En el pasado —hasta los primeros años sesenta del siglo XX, cuando en Italia, la Constitución aún no había entrado a formar parte del horizonte de la mayor parte de los jueces y los juristas— el derecho, la jurisdicción y la ciencia jurídica eran los lugares de la conservación y, en ocasiones, de la reacción. La política y la legislación eran los lugares del progreso y de la transformación en sentido democrático del derecho existente, a través de la construcción del estado social y de las garantías de los derechos sociales y del trabajo. Hoy se ha invertido esa relación entre derecho y política. Las constituciones rígidas han positivizado el deber ser del derecho, es decir, principios de justicia, como la igualdad y los derechos fundamentales que el derecho positivo, producto de la política, debe respetar y actuar. De este modo, el papel de la cultura jurídica se ha convertido en el de la defensa, civil y científica al mismo tiempo, de la legalidad constitucional y de los derechos fundamentales y de los demás principios de justicia constitucionalmente establecidos. Además, ha cambiado el papel de la jurisdicción, que ya no es el de la aplicación de la ley cualquiera que sea, sino de la sujeción a la ley solo si considerada constitucionalmente válida al ser obligatorio en caso contrario promover la cuestión de inconstitucionalidad. En fin, con el constitucionalismo rígido ha cambiado el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, cuyo cometido ha dejado de ser la simple descripción del derecho existente, cualquiera que sea, prescrita por el viejo método técnico-jurídico, sino también su crítica y su proyección sobre la base del carácter normativo de los principios de justicia estipulados en las cartas constitucionales.

De otra parte, se ha producido, simultáneamente, una regresión de la política. En la era de la globalización, debido a la asimetría

entre el carácter global de la economía y el carácter todavía prevalentemente estatal de la política y del derecho, los grandes poderes económicos y financieros se han sustraído a los límites y a los vínculos políticos y jurídicos impuestos por las funciones públicas estatales, tanto de gobierno como de garantía. La consecuencia es una sustancial impotencia de la política en relación con los poderes del mercado, que, en contraste con el paradigma constitucional, gozan de una renovada potencia y prepotencia frente a las personas y sus derechos. Mientras, en efecto, la política puede ser impotente y subalterna a los mercados, en cuanto, gracias a su verticalización y personalización, ejerza su máxima potencia en el gobierno de la sociedad. Desde hace muchos años, su principio informador ha pasado a ser la llamada gobernabilidad, que quiere decir simplificación y verticalización de los sistemas políticos, marginación de los parlamentos, quiebra de la representación, impermeabilidad a las demandas sociales de justicia, manos libres en la agresión a los derechos sociales y del trabajo en obsequio a las directivas de los mercados en materia fiscal y, consecuentemente, descrédito y rechazo social de la política.

Asistimos así a un fenómeno singular: de un lado, a procesos deconstituyentes promovidos por la política y consistentes en la progresiva erosión del estado social y de las garantías primarias de los derechos fundamentales; del otro, al desarrollo del papel garantista de una parte de la jurisdicción y de la defensa de los principios constitucionales por parte de la ciencia jurídica progresista. A causa del descrédito de la política, generado por su subalternidad a los mercados, su ineptitud o su inhibición y por su creciente distancia de la sociedad, las demandas de justicia se dirigen en medida creciente al poder judicial, llamado a intervenir por las violaciones legislativas y administrativas de los derechos en materia de trabajo, medio ambiente, tutela de los consumidores, cuestiones de bioética y abusos de poder[28]. Esta inversión de papeles se explica también por el distinto tipo de profesionalidad. Jueces y juristas tienen el cometido profesional de tomar el derecho en serio, y por eso perciben los principios constitucionales como

vinculantes y supraordenados a cualquier otra fuente. Por el contrario, la política, a causa, nuevamente, de uno de sus rasgos profesionales —el hábito de la ausencia de límites y sus pretensiones de omnipotencia— está bastante menos dispuesta a sustraerse a los vínculos provenientes de los principios constitucionales, cada vez más ausentes de sus horizontes programáticos, también por la pérdida de la memoria de los *nunca más* pronunciados en la etapa constituyente que siguió a la segunda guerra mundial.

2.5. *La divergencia deóntica entre vigor y efectividad*

Hay, en fin, un tercer punto de vista crítico que el positivismo jurídico impone a la ciencia y a la práctica jurídicas. Es el generado por una tercera divergencia deóntica: la que se da entre la normatividad del derecho y lo que de hecho sucede en el interior de la misma esfera pública. En efecto, muy bien puede decirse que las prácticas —policiales, judiciales, administrativas— están casi siempre un escalón por debajo de la legalidad que tendrían que actuar y respetar. Esta tercera divergencia deóntica, entre existencia y efectividad de las normas, se manifiesta, pues, en la inefectividad del derecho vigente. A veces consiste en actividades abiertamente inválidas, destinadas a ser corregidas a través de los procedimientos judiciales de impugnación o de los administrativos de control. Pero a menudo se da por la ineficiencia o la sordera de los aparatos. De aquí el papel crítico que está llamada a ejercer la cultura jurídica y política, asistida por la investigación sociológica sobre el funcionamiento de hecho de las instituciones.

Es en el derecho internacional donde la inefectividad del derecho alcanza el máximo. Por eso, una tercera, posible etapa de la modernidad jurídica consiste en la superación o, cuando menos, en la reducción de esta tercera divergencia deóntica. En el derecho internacional, debido a la total ausencia de garantías primarias, es abismal la divergencia entre derecho y realidad: entre el principio de

la paz, el principio de igualdad y el universalismo de los derechos humanos proclamados en las numerosas cartas internacionales y el estado de guerra y el *aparheid* mundial en el que vive gran parte de la humanidad. De aquí el crecimiento simultáneo de la riqueza y de la pobreza, la muerte por hambre y enfermedades no tratadas de millones de seres humanos, la devastación de la naturaleza provocada por un desarrollo industrial incontrolado y las guerras cada vez más destructivas que golpean sobre todo a las poblaciones civiles.

Aquí no se trata de contingentes violaciones, sino de la total inactuación de los principios establecidos, a tal punto inefectivos que no se puede continuar, decentemente, declamándolos como los valores universales de Occidente mientras sigan siendo un privilegio de nuestros países, es decir, de poco más de un millardo de personas sobre ocho millardos de seres humanos. Los derechos fundamentales proclamados como universales en las cartas de derechos son hoy promesas no mantenidas: actuadas, malamente, en pocos países privilegiados y llamativa y sistemáticamente violadas en el resto del mundo, también a causa de las políticas rapaces, de explotación y de exclusión practicadas, precisamente, por el civil Occidente. Su proclamada inviolabilidad, como su indivisibilidad y universalidad, no son más que palabras, desmentidas para gran parte de los seres humanos por las violaciones sistemáticas y por su falta de actuación por defecto de garantías. En ausencia de una esfera pública mundial capaz de garantizarlos, las desigualdades están destinadas a crecer, los poderes globales, tanto políticos como económicos, solo pueden prodigarse en formas de actuación salvajes y destructivas, el desarrollo industrial ecológicamente incontrolado no puede sino devastar todavía más nuestro medio ambiente natural, las violaciones masivas de los derechos humanos y de los bienes comunes no pueden más que agravarse y extenderse.

Es claro que los problemas globales de este nivel requieren una refundación de la Carta de la ONU a través de la institución de límites y vínculos constitucionales rígidamente supraordenados a las fuentes estatales y a los mercados globales. Como se hará ver en el

capítulo VIII, solo una ampliación más allá de los estados del paradigma del constitucionalismo rígido experimentado en nuestras democracias, puede transformar promesas y compromisos políticos, como los asumidos en materia ambiental en tantos G7, G4 y G20, en límites y obligaciones jurídicos efectivamente vinculantes. Por eso paz, igualdad y salvaguardia del planeta, si tomadas en serio, imponen un tercer punto de vista crítico y proyectual sobre el derecho y el desarrollo de un tercer progreso del garantismo sobre la base de dos órdenes de indicaciones de carácter teórico y político, equivalentes a otros tantos corolarios de un constitucionalismo ampliado más allá de los estados[29].

La primera indicación es que la distancia abismal entre normatividad y efectividad de los principios de paz y de justicia proclamados en tantas cartas internacionales solo puede ser colmada mediante la introducción de sus garantías. Principios y derechos establecidos en tales cartas son la finalidad del derecho internacional. Pero sin los medios representados por sus garantías y sin la construcción de las correspondientes instituciones de garantía primarias y secundarias aquellos están destinados a ser inefectivos. Estas instituciones, edificadas aun con muchos límites dentro de las democracias constitucionales avanzadas, faltan por completo en el ordenamiento internacional donde deben construirse desde los cimientos. Es una construcción necesaria y urgente, ya que es en el plano internacional donde se han deslocalizado los poderes económicos y políticos que cuentan y que están provocando, por su carácter desregulado y salvaje, las agresiones más mortíferas a la paz, a los derechos humanos, a nuestras democracias nacionales e incluso al medio ambiente natural y a la misma habitabilidad del planeta.

La segunda indicación consiste en el carácter necesariamente multinivel hoy impuesto al constitucionalismo. El paradigma constitucional, si quiere estar a la altura de los poderes deslocalizados fuera de las fronteras de los estados y de las agresiones a los derechos y los bienes comunes determinadas por su carácter salvaje —el peligro de guerras nucleares, el calentamiento

climático, el crecimiento exponencial de las desigualdades, la muerte por hambre y enfermedades no tratadas de millones de seres humanos— debe desarrollarse como constitucionalismo global[30], mediante las introducción de ulteriores niveles normativos, de carácter supraestatal, en la jerarquía de las fuentes. Este es también un precioso legado del positivismo jurídico: el desarrollo, por parte de la política, de un constitucionalismo rígido supraestatal —primero europeo, después global— que no es sino la actuación de ese embrión de constitución del mundo, finalmente tomado en serio, representado por la Carta de la ONU y las demás cartas internacionales de derechos humanos.

2.6. *Por un positivismo crítico. El papel de una penalística civil*: *la crítica del derecho penal existente y el diseño de un derecho penal garantista*

En los tres parágrafos precedentes he identificado tres puntos de vista críticos y proyectuales sobre el derecho positivo existente, impuestos por la epistemología de la ciencia jurídica en cuanto producidos por otras tantas inevitables divergencias entre su deber ser normativo y su ser efectivo: el punto de vista externo de la *filosofía jurídica* y *política*, el punto de vista interno de la *ciencia jurídica* y el punto de vista externo de la *sociología del derecho*[31]. El primero y el tercer punto de vista, ambos externos al derecho, han sido en gran parte excluidos por la doctrina jurídica debido a la prevalencia del método técnico-jurídico, cuya afirmación se produjo a comienzos del siglo pasado y se ha reafirmado constantemente en los momentos de crisis como es el que en la actualidad estamos atravesando. Pero son esenciales, también desde el punto de vista interno, para comprender la dinámica histórica del derecho positivo y para fundar la crítica de sus muchos perfiles de ilegitimidad —no solo de invalidez, sino también de injusticia y de inefectividad— y el

planeamiento de su superación mediante la construcción de un derecho garantista[32].

Los tres puntos de vista críticos —el de la *justicia*, el de la *validez* constitucional y el de la *efectividad*— son los que, en virtud de la naturaleza enteramente artificial del derecho, el positivismo jurídico impone a una penalística civil como motores de la dinámica y de la transformación del derecho existente en sentido progresista. El punto de vista ético-político externo al derecho expresado por la filosofía política contractualista ha promovido la positivización de la legalidad en garantía de la certeza del derecho y de los límites al arbitrio de los poderes públicos. El punto de vista jurídico interno al estado constitucional de derecho vale para promover la crítica y la proyectación del derecho positivo en el respeto y en actuación de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos. En fin, el punto de vista sociológico externo es apto para promover las necesarias correcciones y garantías en el derecho estatal y, en el derecho internacional, la crítica de las violaciones de sus cartas de derechos y la actuación de su universalismo a través de la expansión del constitucionalismo a escala global.

Son además tres puntos de vista entre sí autónomos. El hecho de que determinados institutos, por ejemplo, en Italia, sean considerados constitucionalmente legítimos por la jurisdicción constitucional, como la cadena perpetua y la cárcel dura, e incluso estén expresamente previstos en la Constitución, como es el caso de las medidas de seguridad, no impide que sean criticables en el plano moral o político como contrarios a los principios teóricos del garantismo o de la justicia. Lo mismo puede decirse de la autonomía del punto de vista sociológico externo de la efectividad, desde el que puede medirse la ausencia o la insuficiencia de las garantías existentes, pero también valorar la inutilidad o el carácter lesivo de muchas normas vigentes, con independencia de su validez jurídica y de su legitimidad política.

Por lo demás, los tres puntos de vista comportan tres enfoques metodológicos distintos del estudio de los sistemas jurídicos, por lo común asumidos como concepciones filosóficas del derecho no solo

diferentes, sino alternativas y contrapuestas: el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo sociológico. Aunque diversos, estos tres enfoques no pueden ignorarse y, sobre todo, ninguno de ellos puede ser negado. Corresponden a niveles del discurso distintos pero conectados por relaciones de carácter deóntico como son las tres divergencias entre justicia y validez, entre validez y vigor, entre vigor y efectividad tratadas en los tres parágrafos precedentes. Sucede, en cambio, que dado uno de ellos, según las diferentes concepciones del derecho, es habitualmente asumido como exclusivo o, en cualquier caso, confundido con los demás, dando lugar a otras tantas falacias ideológicas. El *legalismo ético*, que confunde el derecho positivo con la justicia, ignorando así su posible injusticia: el *positivismo acrítico*, que confunde la existencia o el vigor de las normas producidas con su validez, ignorando así su posible ilegitimidad constitucional; el *realismo jurídico*, que confunde la efectividad del derecho con su validez, ignorando así la inefectividad de las normas válidas y la invalidez de las normas efectivas. El resultado de estas falacias —frecuentes en el debate público, pero también en la doctrina jurídica— es la pérdida de los puntos de vista críticos ligados a las tres divergencias aludidas y la legitimación acrítica del derecho existente, cualquiera que sea. Contra tales falacias, el *positivismo crítico*, según resulta de las tres divergencias, asigna a la cultura jurídica la tarea de criticar tanto el derecho injusto como el derecho ilegítimo y el derecho inefectivo y de promover su superación. Como veremos en los próximos capítulos, en materia penal, este complejo enfoque metodológico permitirá identificar los perfiles iliberales, los espacios de arbitrio y los excesos punitivos que caracterizan a la legislación, la jurisdicción y la ejecución penal, hasta el punto de minar su legitimación tanto jurídica como política.

Añadiré una consideración de carácter metateórico. Las tres divergencias deónticas hasta aquí tratadas y, sobre todo, la obligación de superarlas, han emergido con claridad gracias a la formalización de la teoría del derecho, a su vez hecha posible en mi *Principia iuris*, por su carácter 'puro' o 'formal' según enseñaron

Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Esta función clarificadora de la formalización se manifiesta en todas y las tres dimensiones del lenguaje teórico en el que se construye la teoría: en la dimensión semántica, en la sintáctica y en la pragmática.

En primer lugar, en la dimensión semántica. No es casual que, sin una definición formal, las nociones de constitución y de derechos fundamentales hayan acabado por ligarse, en el plano conceptual, a la institución estatal en cuyo interior nacieron. En cambio, el carácter formal de la teoría comporta la expansión indeterminada de su alcance empírico y explicativo. En cuanto formal, la teoría es, en efecto, capaz de dar cuenta, como teoría «general», de cualquier sistema normativo, simple o complejo, primitivo o evolucionado, democrático o antidemocrático, estatal o supraestatal. Precisamente como formal, el paradigma constitucional teorizado por ella, al igual que los conceptos formales de 'constitución', 'derechos fundamentales', 'garantías', 'instituciones de garantía', son también aplicables, no solo a los ordenamientos estatales, sino también al ordenamiento internacional, a los poderes económicos privados además de a los públicos, en garantía de los derechos fundamentales, pero también de los bienes vitales. Naturalmente, los conceptos y las tesis teóricas más elementales se aplican solo a los sistemas normativos más simples, mientras que los ordenamientos más complejos —el positivismo del estado legislativo, luego el constitucionalismo estatal y, más tarde, el constitucionalismo global— requieren la introducción y el desarrollo de conceptos y tesis a su vez bastante más complejos.

En segundo lugar, en la dimensión sintáctica. Solamente entre conceptos puramente formales y por tanto formalizables, según resultan de sus asunciones o definiciones sobre la base de las reglas de formación estipuladas, es posible instituir relaciones lógicas de implicación, equivalencia, disyunción o negación. Solo el carácter formalizado de los conceptos y de las tesis teóricas permite la identificación de las relaciones sintácticas existentes entre ellos y el empleo de la lógica como instrumento de construcción, control y desarrollo de la teoría. Por ejemplo, la formalización hace posible la

fundación de las que, a mi juicio, son las dos tesis de fondo del constitucionalismo: *a*) las relaciones de *implicación lógica* entre esas expectativas positivas o negativas que son los derechos fundamentales, y las obligaciones y las prohibiciones relativas a ellos que son sus garantías; *b*) las relaciones de *imposición normativa* entre tales expectativas, cuando sean dictadas por normas de rango constitucional supraordenadas a todas las demás fuentes, y la obligación de introducir sus garantías como límites y vínculos a poderes de otro modo arbitrarios[33].

En tercer lugar, en la dimensión pragmática. La estructura en grados de los ordenamientos avanzados, en la que se basa la rigidez de las constituciones, es al mismo tiempo una estructura normativa y una sintaxis lógica que, mediante su formalización, imponen la coherencia y la plenitud del sistema. De un lado, pues, la crítica y, del otro, la corrección de las inevitables antinomias y lagunas. Por eso, tomar en serio la Carta de la ONU y las numerosas cartas internacionales de derechos humanos, equivale a pretender que se les asocie la rigidez que es propia de todas las constituciones avanzadas, de modo que la expansión del constitucionalismo y del garantismo a escala global resulte en ellas lógicamente implicada y normativamente impuesta. Tal es el salto de civilidad que se impone hoy a la política y a la cultura jurídica. Al investir a la ciencia y a la práctica jurídica y política de la función de defensa a escala global del universalismo de los derechos y los bienes fundamentales establecidos en ellas, esas cartas internacionales, si tomadas en serio, valen para promover la expansión del paradigma constitucional en el plano global y, con ello, para confirmar el papel histórico del derecho como instrumento esencial de la construcción de la democracia.

1. En *PiI*, § 10.16, D10.39-D10.40, pp. 630-636, he llamado *garantías primarias* a las obligaciones de prestación y a las prohibiciones de lesión correspondientes a las expectativas positivas o negativas en que consisten todos los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales: la deuda correlativa al crédito, la prohibición de lesión correspondiente al derecho real de propiedad, las prohibiciones de lesión o de limitación correlativas a los derechos de libertad, las obligaciones de prestaciones sanitarias y educacionales correspondientes a los derechos sociales a la salud y a la educación. En cambio, he llamado *garantías secundarias* a las garantías jurisdiccionales que intervienen en caso de violación de las garantías primarias, esto es, a las obligaciones de los jueces de anular los actos inválidos y de condenar por los actos ilícitos. Sobre las nociones de «esfera de lo no decidible» y de «esfera de lo decidible», remito a *PiI*, § 11.18, pp. 773-777 y a todo el capítulo XII, a *PiII*, capítulo XIII y a *La construcción de la democracia*. *Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 3.1, pp. 139-146.

2. He propuesto esta refundación garantista de la separación de poderes, basada en la distinción de *funciones de gobierno* y *funciones de garantía*, y de estas últimas en *funciones administrativas de garantía primaria* (como la educación, la sanidad pública, la previsión social y la asistencia) y *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria* (esto es, las jurisdicciones que intervienen en caso de violación de las garantías primarias), en *PiI*, § 10.16-10.18, pp. 630-644, en particular en los teoremas T10.207 y T10.238, y § 12.6-12.7, pp. 822-831, en *PiII*, § 14.10-14.12, pp. 196-213 y § 16.14, pp. 531-535. Cf. También *La construcción de la democracia*, cit., § 2.9-2.10, pp. 29-137; § 3.8-3.9, pp. 179-187; § 5.6-5.8, pp. 251-263 y § 8.2, pp. 425-430.

3. El nexo lógico entre las expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión) en las que consisten los derechos, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes que son las garantías de estos, se encuentra establecido en el art. 1 de la sección «deberes» de la Constitución francesa del año III: «la declaración de derechos contiene las obligaciones de los legisladores». Lo he tratado en *PiI*, § 10.11, p. 606, con las tesis T10.120-T10.126, que se siguen de la correlación biunívoca entre expectativas positivas y obligaciones, y entre expectativas negativas y prohibiciones allí expresada, § 2.3, pp. 145-151, por las tesis T2.60 y T2.61, a su vez derivadas de la correlación entre expectativas pasivas y modalidades deónticas activas expresada por el postulado P3. Lo que se sigue es que todos los derechos fundamentales implican lógicamente (y si son de rango constitucional imponen jurídicamente) que sean introducidas sus garantías primarias, es decir, las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación correspondientes a las expectativas, negativas o positivas, en las que consisten (*PiI*, § 11.1, p. 689, T11.14; § 11.9, pp. 729-733, T11.102-T11.111); y que la efectividad de todas las normas implica (y por tanto impone) sus garantías secundarias, esto es, la obligación para un juez de comprobar las violaciones y, al mismo tiempo, de anular las consistentes en actos inválidos y sancionar las consistentes en actos ilícitos (*PiI*, § 10.16, pp. 630-675, T10.203-T10.237; § 10.21, pp. 695-701, T10.288-T10.298).

4. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, Introducción, p. 107; *ibid.*, § XLI, p. 263: la «buena legislación [...] es el arte de conducir a los hombres hacia el máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible».

5. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [1780], cap. I, § 4, en *Works of Jeremy Bentham*, ed. de J. Bowring, Russell and Russell, Nueva York, 1962, vol. I, p. 2; Íd., *A Fragment on Government* [1776], *ibid.*, cap. I, § 48, p. 271 [trad. cast. de M. Costa, *Los principios de la moral y la legislación*, Claridad, Buenos Aires, 2008]. El propio Bentham, en el segundo y en el tercero de los tres fragmentos publicados por Franco Venturi en apéndice a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, F. Venturi (ed.), Einaudi, Turín, 1965, p. 563, reconoció: «fue del pequeño libro de Beccaria *De los delitos y de las penas* de donde tomé, lo recuerdo bien, la primera referencia al principio de utilidad y que 'la idea de medir el valor de cada sensación analizándola en función de cuatro elementos [intensidad, duración, proximidad, certeza]' la tomé de Beccaria».

6. G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, ^{2}1944, p. 219. «La intimidación», había escrito Francesco Carrara, «lleva a un aumento constantemente progresivo de las penas, pues la comisión del delito, al demostrar de manera positiva que el culpable no ha tenido temor de la pena, lleva al convencimiento de que para infundir temor a los demás, es necesario aumentarla»

(*Programa de derecho criminal, Parte general* [1859], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, § 619, p. 70, nota). Y con mayor eficacia, algunos años más tarde: «la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo [...] Si admitimos en el derecho punitivo este fin de impedir los delitos aterrorizando al delincuente, el argumento de Vouglans no tiene réplica [...] pues cada delito que se comete, muestra con evidencia que la pena conminada no fue bastante para atemorizar al delincuente que la ha despreciado; luego es necesario aumentarla» (F. Carrara, *Programa de derecho criminal* [1863], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. I, Introducción, p. 14). «En la lógica de la prevención general», escribió a su vez Giuseppe Bettiol, «hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos» (*Diritto penale. Parte generale* [1945], Priulla, Palermo, ^{2}1950, p. 523 [trad. cast. de J. León Pagano, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1965]). Contra las actuales ilusiones de la tolerancia cero, recuérdense las mismas tesis sostenidas por Gaetano Filangieri y Mario Pagano. Si el legislador no quiere convertirse en un «tirano», escribió el primero, debe persuadirse de «que jamás podrán las penas desterrar enteramente de la sociedad los delitos» y no, simplemente, «disminuir su número» (*Ciencia de la legislación* [1783], trad. cast. de J. Ribera, ed. de L. Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2018, vol. I, lib. III, segunda parte, cap. XXVII, p. 875). Y Pagano: «Cuando una ley con caracteres impresos en sangre prescribe que ni el más ligero fallo quede impune; que todo delito de las tinieblas, en las que la fatalidad lo envuelve a veces, sea llevado necesariamente al claro día del juicio [...] pone inevitablemente en las manos del juez un arbitrario e inmoderado poder [...] La rigurosa persecución de todo delito oculto solo es posible mediante un ilimitado poder que necesita violencias y atentados contra la libertad del inocente» (*Considerazioni sul processo criminale* [1787], ed. de F. M. Paladini, Centro di studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni, Venecia, 2009, cap. V, p. 41).

7. Introduje la expresión «derecho penal mínimo» en una ponencia duramente polémica contra el abolicionismo penal en un seminario organizado en Barcelona por Roberto Bergalli y Alessandro Baratta los días 5-8 de junio de 1985, publicada con el título «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493 ss. y en la traducción española, «El derecho penal mínimo»: *Poder y control* 0 (1986), pp. 25 ss. La propuse como *doctrina metateórica* que permite, sobre la base del doble fin justificante de la pena —la prevención no solo de los delitos, sino también de los castigos arbitrarios—, tanto la justificación como la no justificación de los concretos sistemas penales y/o de las normas singulares y, al mismo tiempo, como *modelo teórico* de un derecho penal garantista. La fórmula, retomada en *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, cap. VI, § 24, pp. 331-338, como sinónimo de garantismo penal, le gustó a Baratta, que en su réplica en el mismo seminario barcelonés se declaró favorable al derecho penal mínimo a corto plazo y a la abolición del derecho penal a largo plazo. Naturalmente, como repliqué de inmediato, se trataba de una mediación insensata. Pero subsistió el equívoco, también porque Baratta volvió a proponerlo en su «Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale», que abría el mismo número que acaba de citarse, de la revista que él dirigía, *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 443 ss. [trad. cast. de B. Lenzi, «Principios de derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal»: *Doctrina penal* 37-40 (1987)], y después en el volumen *Il diritto penale minimo. La questione penale tra abolizionismo e riduzionismo*, Esi, Nápoles, 1986. Sobre la base de estos textos, *Diritto e ragione* —a partir de una «consideración de conjunto» de mis tesis y las de Baratta— fue objeto de un ataque por parte de G. Marinucci y E. Dolcini, «Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 802 ss., al que respondí con la nota «Sul diritto penale minimo (Risposta a Giorgio Marinucci y a Emilio Dolcini)»: *Il Foro italiano* 4 (2000), V, pp. 126 ss.

8. Un análisis más profundo del estatuto metateórico del problema de la justificación del derecho penal y la crítica tanto del justificacionismo ideológico como del abolicionismo ideológico, ambos apriorísticos, puede verse en *Derecho y razón*, cit., cap. V, § 23, pp. 321-331. Pero véase también, más recientemente, el modelo de justificación, al mismo tiempo utilitarista y humanitario desarrollado, sobre la base del pensamiento de Beccaria, por P. Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la*

questione penale, trad. it. de D. Ippolito, Il Mulino, Bolonia, 2023, cap. II, pp. 39 ss. De P. Audegean, véase también, *Beccaria filosofo europeo* [2010], trad. it. de B. Carnevali, Carocci, Roma, 2014.

9. Al respecto, remito a *PiI*, § 12.6-12.7, pp. 822-831 y a *La construcción de la democracia*, cit., § 3.8-3.9, pp. 179 ss.

10. La diferencia entre 'aplicación sustancial' y 'respeto' —una como 'correspondencia', la otra como simple 'coherencia' de las prescripciones con las normas sobre su producción— se ha citado en la nota 8 del primer capítulo.

11. «Es, pues, necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. De ahí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias [...] consistan en meras aserciones o negaciones de hechos particulares» (C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § III, p. 117).

12. Esta frase —en el que G. Radbruch califica de «cuento legendario»— habría sido dirigida por el molinero Sanssouci a Federico II, que quería apoderarse de su molino (*Introducción a la ciencia del derecho*, trad. cast. de L. Recasens Siches, prólogo de F. de los Ríos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pp. 146-147). Según el autor, lo cierto es que el molinero real, de nombre Arnold, fue desposeído de su molino por el rey, que «envió al diablo» a los jueces.

13. En el pasaje citado en la nota 42 del primer capítulo.

14. Este nexo entre justicia y verdad está bien formulado en un ensayo de Massimiliano Murena, *Dissertazione de' doveri del giudice*, Fratelli Simoni, Nápoles, 1764, extrañamente olvidado por la cultura italiana, cuyo descubrimiento, en una traducción española, se debe a Perfecto Andrés Ibáñez, que ha cuidado su publicación con una amplia introducción, bajo el título *Tratado sobre las obligaciones del juez*, Trotta, Madrid, 2022: «la justicia», escribe Murena, «depende de la verdad de los hechos» (p. 38).

15. Sobre la separación axiológica entre derecho y moral y sobre el principio de laicidad, remito a mi «La separazione tra diritto e morale», en «Sulla modernità»: *Problemi del socialismo* 5 (1985), pp. 136 ss.; *Derecho y razón*, cit., § 15.3, pp. 222-225; «Laicità e libertà» [2014], *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, ed. de D. Ippolito y F. Mastromartino, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2020, pp. 199 ss.; y a *Derecho y moral. A propósito del embrión*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Eolas, León, 2022.

16. A. de Tocqueville, *La democracia en América* [1840], ed. crítica y trad. cast. de E. Nolla, Trotta, Madrid, 2010, vol. II, primera parte, cap. II, p. 717.

17. Así R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it. de G. Rebuffa, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 241, 274-278 y 318-323 [trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984], donde se sostiene el carácter antimayoritario y antiutilitarista de los derechos fundamentales, entendiendo «utilidad» en el sentido de utilidad general: «La Constitución y en particular el *Bill of Rights*, tiene como fin proteger a individuos y grupos frente a determinadas decisiones que una mayoría podría adoptar, aun cuando esta mayoría actúe en nombre de lo que considera el interés general de la comunidad» (*ibid.*, p. 241); «Un derecho frente al estado significa poder hacer algo incluso cuando la mayoría piensa que sería un error hacerlo o cuando, si se hiciera, la mayoría resultase perjudicada» (p. 278); «No sería lícito jactarse del respeto de los derechos individuales si esto no comportase algún sacrificio; sacrificio representado por la renuncia a los beneficios que recibiría el país de no tener en cuenta los derechos que resultan incómodos. El beneficio general no puede ser un buen motivo para limitar los derechos» (p. 277); «Si alguien tiene derecho a algo, entonces el estado se equivocaría negándoselo, aunque hacerlo así fuera más útil al interés general»; este es el «significado de derecho (que puede llamarse el concepto 'antiutilitarista' de derecho)» (p. 319).

18. Un solo ejemplo clamoroso: la terrible represión del disenso en Egipto, donde, a causa del control total de la jurisdicción por parte del ejecutivo, en un proceso-farsa contra 739 personas —culpables de dos sentadas que tuvieron lugar en El Cairo el 14 de agosto de 2013, una en la plaza Al Nahda y la otra en la plaza Rabi'a al-'Adawiyya, para protestar por el golpe del general Al Sisi del 3 de julio contra el presidente Morsi— fueron condenadas a muerte no menos de 75 personas (más de 47 a cadena perpetua, 374 a 15 años de prisión, 21 a 10 años y 215 a 5 años), mientras que no se promovió ninguna acción penal contra los agentes de policía que en la misma jornada del 14 de agosto habían dispersado la manifestación de protesta causando una masacre en la cual, según Human Rights Watch, mataron a 817 manifestantes. Piénsese también en Turquía, en Rusia o en Hungría, autocracias en las que no está garantizada la independencia de la magistratura y tampoco, por consiguiente, los más

elementales derechos de los ciudadanos. Pero piénsese asimismo en la Italia «liberal», y en los millares de condenas a muerte infligidas durante la primera guerra mundial por una justicia feroz controlada por los comandos militares. Es una página vergonzosa y olvidada de nuestra historia, que Giancarlo Scarpari ha tenido el mérito de recordar. Los resultados de esta «justicia castigadora», de una independencia «inexistente», fueron espantosos. «Se trató de una justicia de claros perfiles de clase: los procesos contra los oficiales fueron 2680, contra los soldados 289 343; los primeros resultaron casi siempre absueltos, los segundos, en su mayoría, condenados. Los jueces pronunciaron un total de 170 000 condenas, de las que 70 000 lo fueron a una pena superior a 7 años de prisión: las 4028 sentencias de muerte y las 15 000 a cadena perpetua solo fueron, por tanto, la punta del iceberg» (G. Scarpari, *Giustizia politica e magistratura dalla Grande Guerra al fascismo*, Il Mulino, Bolonia, 2019, pp. 19-20).

19. Por «separación orgánica» entiendo la separación de poderes en virtud de la cual el titular de un determinado poder no es designado ni puede ser removido o transferido por los funcionarios de otro poder; en cambio, por «separación funcional» entiendo la separación en virtud de la cual el mismo titular no puede sufrir la interferencia de otros poderes en el ejercicio de sus funciones. Sobre ambas nociones, remito a *PiI*, § 12.5, D12.8-D12.10, pp. 831-841.

20. P. Calamandrei, Prefacio a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, p. 65.

21. A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución* [1856], trad. cast. de D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1982, vol. I, pp. 156-158. «¿Cómo hombres de letras, sin posición, sin honores, sin riquezas, sin responsabilidad, sin poder, se convirtieron prácticamente en los principales políticos de la época, e incluso los únicos, puesto que si otros ejercían el gobierno solo ellos tenían autoridad? [...] No fue la casualidad lo que hizo que los filósofos del siglo XVIII en general concibiesen ideas tan opuestas a las que aún servían de base a la sociedad de su época; estas ideas se las había sugerido la contemplación de esa misma sociedad. El espectáculo de tantos privilegios abusivos o ridículos, cuyo peso se dejaba sentir cada vez más y cuyas causas se percibían cada vez menos, impulsaba, mejor dicho, precipitaba simultáneamente el espíritu de cada uno de ellos hacia la idea de la igualdad natural de las condiciones. [...] Esta afición se adueñó incluso de aquellos que por naturaleza o condición social estaban más alejados de las especulaciones abstractas. No hubo contribuyente, lesionado por el desigual reparto de las tallas, que no se enardeciese ante la idea de que todos los hombres debían ser iguales; ni pequeño propietario, cuyos campos devastaran los conejos de los nobles de su distrito, que no se complaciese en oír que todos los privilegios estaban indistintamente condenados por la razón».

22. En *Derecho y razón*, cit., cap. XIII, § 58, pp. 871-874 y 879, y § 61.3, pp. 926-927.

23. Sobre los dos significados de la separación —el prescriptivo que está en la base del liberalismo político y el asertivo que está en la base del positivismo jurídico— y sobre las regresiones producidas por su confusión, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. IV, § 15 y 16, pp. 218-231.

24. La llamada fórmula de Radbruch (*Radbruchsche Formel*), enunciada después de la caída del nazismo, afirma que «el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia» (G. Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* [1946], trad. cast. de M. I. Azareto de Vázquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37). Sustancialmente idéntica a la fórmula de Radbruch es la «pretensión de corrección» objetiva que Robert Alexy asocia a las normas válidas cuando afirma que «normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden la validez jurídica cuando [...] son extremadamente injustas» (*El concepto y la validez del derecho* [1992], trad. cast. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, cap. 4, p. 132); pero véase también, *ibid.*, cap. 2, § 4.2.1, p. 45, donde precisamente se cita la fórmula de Radbruch en apoyo de la tesis de la pérdida del «carácter jurídico» de las normas que «traspasan un determinado umbral de injusticia» y, además, *ibid.*, § 4.2.2, p. 68 y cap. 3, § 1.2, pp. 91-92. Como ha observado Herbert Hart, esta fórmula de Radbruch revela «una enorme sobrevaloración de la importancia que él atribuye a la cuestión» de la calificación de una ley como «norma jurídica válida» (H. L. A. Hart, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale» [1958], trad. it. de V. Frosini, en Íd., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, § IV, p. 147): como si la validez de la ley claramente injusta eximiera de la obligación

moral de la desobediencia y de la resistencia. «Hay una buena dosis de ingenuidad», escribe Hart, «en considerar que la insensibilidad a las exigencias de la moral y el servilismo hacia el poder del estado, en un pueblo como el alemán, puedan ser el fruto de la creencia de que 'la ley es la ley' aun cuando esta no responda a los requisitos mínimos de la moral. Sobre todo, la tremenda historia a la que él se refiere deja el interrogante de por qué la importancia atribuida a la fórmula 'la ley es la ley' ha adquirido un carácter tan siniestro precisamente en Alemania, mientras que, en otras partes, como en el caso de los utilitaristas ingleses, acompañaba a la más ilustrada actitud liberal» (*ibid.*, pp. 146-147).

25. Puede tratarse, en efecto, de contenidos regresivos, como en el caso del derecho a portar armas, establecido por la Segunda Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. La noción teórica de derechos fundamentales, como por lo demás la de constitución es, igual que todas las nociones de la teoría del derecho —por ejemplo, 'permitido', 'prohibido', 'norma', 'validez', 'ilícito' y similares— una noción puramente formal que no nos dice nada sobre sus contenidos normativos, sino solo sobre su estructura conceptual. Como he hecho ver en *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, § 2.9, pp. 90-95 y después en *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, cap. III, una noción teórica puramente formal de derechos fundamentales, es decir, independiente de sus contenidos, es extraña a los textos clásicos de la teoría del derecho. En efecto, Hans Kelsen niega que tales derechos sean derechos subjetivos: «Los derechos políticos», escribe, «comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los estados modernos regulan [...] Estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos» (*Teoría pura del derecho* [1960], trad. cast. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, cap. IV, § 29, *f*, p. 152). Y más adelante: «En el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales, se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos» (*ibid.*, cap. VI, § 41, *b*, 306). Norberto Bobbio, Herbert Hart y Alf Ross, a su vez, cuando hablan de los derechos fundamentales, no lo hacen como de una categoría formal de la teoría del derecho (al igual que la obligación, la prohibición o el derecho subjetivo), sino con referencia a sus contenidos —a las libertades fundamentales, los derechos políticos y los derechos civiles— y, por consiguiente, como conceptos de la filosofía política o de las disciplinas constitucionalistas de derecho positivo, y no de la teoría formal del derecho. He propuesto una noción teórica puramente formal de derechos fundamentales —con independencia de sus contenidos y por eso idónea para dar cuenta de los límites y los vínculos, de cualquier clase, impuestos a los sistemas jurídicos por su constitucionalización rígida— en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, ^{4}2013, cap. I, pp. 19-137 y después en *PiI*, cap. XI, § 11.1, D11.1, pp. 686-687.

26. La implicación lógica entre derechos y garantías, es decir, entre las expectativas en las que consisten los primeros y los deberes en los que consisten las segundas, se ha puesto de relieve *supra* en la nota 3. La imposición normativa concurre, en cambio, cuando los derechos fundamentales son estipulados en constituciones rígidas, lo que los hace de rango supraordenado a la legislación.

27. Así Hans Kelsen: «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada. Pues una norma 'contraria a norma' es una autocontradicción» (*Teoría pura del derecho*, cit., § 35, *j*, α, p. 274). Kelsen había hablado de «contradicción en los términos» a propósito de la «ley inconstitucional» también en *Teoría general del derecho y del estado* [1945], trad. cast. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, primera parte, cap. XI, H, b, p. 185; y más adelante, *ibid.*, primera parte, cap. XI, H, f, p. 192: «La unidad [del ordenamiento] no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho». He criticado más en detalle estas tesis kelsenianas, mantenidas incluso tras la introducción, por ejemplo, en Alemania y en Italia, de constituciones rígidas dotadas de control de constitucionalidad, en *La lógica del derecho*, cit., cap. IV, pp. 77-97. Véanse también las discusiones a que esto dio lugar en F. Riccobono y F. Romeo (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, y en L. Ferrajoli, *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, ed. de P. Di Lucia y de L. Passerini Glazel, Giappichelli, Turín, 2020.

28. Lo puso de relieve S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 169-186. Sobre esta expansión y el cambio en el papel de la jurisdicción, véase también P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 41-43 y 107-126.

29. He sostenido la necesidad de un constitucionalismo global en: *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997, cap. III; «Democrazia senza stato?», en *Ripensare lo Stato*, ed. de S. Labriola, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 199-213; *PiII*, cap. XVI, § 16.14-16.26, pp. 531-590; «Costituzione e globalizzazione», en *Il futuro di Norberto Bobbio*, ed. de M. Bovero, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 118-133; *La democracia a través de los derechos*, cit., cap. V, pp. 171 ss.; *La lógica del derecho*, cit., § 10.3, pp. 234 ss.; *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018; *Manifiesto por la igualdad*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2019, cap. 8, pp. 207 ss., en particular § 7, pp. 239 ss.; *La construcción de la democracia*, cit., cap. IV, pp. 195 ss. y cap. VIII, pp. 419 ss. y, por último, en *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, ^{2}2023.

30. La expresión «constitucionalismo global» se usa habitualmente para designar —más que la hipótesis de una futura democracia constitucional cosmopolita basada en una Constitución de la Tierra— la difusión del modelo de estado constitucional de derecho: de un lado, los elementos de convergencia de las cartas constitucionales más avanzadas en la formulación de un número creciente de derechos y, del otro, los efectos de la globalización sobre el constitucionalismo y el papel desempeñado por sus categorías en el desarrollo del derecho internacional. Acerca de esta noción y el amplio debate sobre estos temas, véase el libro de O. Caramaschi, *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*, Giappichelli, Turín, 2022. En el mismo sentido habla de «constitucionalismo global» también T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel xxi secolo*, Il Mulino, Bolonia, 2020, pp. 33-34, 159, 229 y 362.

31. Para un análisis de estos tres puntos de vista críticos, remito a *La construcción de la democracia*, cit., Introducción, § 1, pp. 18-19 y § 4, pp. 21-26.

32. Como iluminadora del nexo entre los dos puntos de vista externos al derecho positivo, recuérdese la página de Tocqueville sobre las ideas de reforma que nacen de la observación crítica de la sociedad del momento: «Ante tantas instituciones irregulares y extrañas, hijas de otros tiempos» —pero lo mismo puede decirse también hoy de las instituciones de los estados soberanos «hijas de otros tiempos» y por eso impotentes ante los desafíos globales, cuando, de la respuesta que se les dé, depende nuestro futuro— «los filósofos del siglo xviii [...] sentían aversión por todo lo antiguo y tradicional, y el deseo de querer reedificar la sociedad de su tiempo con arreglo a un plan enteramente nuevo que cada uno de ellos trazaba guiándose únicamente de su razón» (*El antiguo régimen y la revolución*, cit., vol. I, lib. III, cap. I, p. 157).

33. Me refiero a las implicaciones —expresadas en mi *PiI*, vol. I, § 2.3, p. 149 y *PiIII*, vol. III, p. 53, por los teoremas T2.60 y T2.61 aquí citados *supra* en la nota 3— entre la existencia de un derecho consistente en una expectativa positiva de prestaciones (como los derechos de crédito y los derechos sociales fundamentales) y la obligación correspondiente, y entre la existencia de un derecho consistente en una expectativa negativa de no lesiones (como los derechos reales de propiedad y los derechos fundamentales de libertad) y la prohibición que les corresponde. Semejantes implicaciones lógicas están claramente excluidas en la teoría kelseniana del derecho por la ausencia de una noción solamente formal de derechos fundamentales. De aquí la tesis de que, faltando tales obligaciones o prohibiciones y las sanciones conexas, los correspondientes derechos, aun establecidos positivamente por normas de rango constitucioinal, no existen. «No hay derecho subjetivo en relación con una persona», escribe Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., primera parte, cap. VI, A, p. 88, «sin el correspondiente deber jurídico de otra»; *ibid.*, C, a, p. 90: el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico»; la misma tesis se encuentra en Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 29, *a*, p. 140. Gracias a la autoridad de Kelsen, esta tesis, claramente antipositivista, está bastante difundida. «Un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* [...] es *tout court* un derecho inexistente», afirmó, por ejemplo, Danilo Zolo citando también «la perspectiva del realismo jurídico, de Roscoe Pound a Karl Olivecrona, a Alf Ross» (D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en Íd. [ed.], *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33). Riccardo Guastini distingue a su vez entre «verdaderos derechos», susceptibles de tutela jurisdiccional y ejercitables frente a un sujeto vinculado a una obligación de conducta, y «derechos de papel-derechos ficticios», como «los llamados

derechos sociales» que son «no justiciables», de modo que las disposiciones «formuladas como atributivas de derechos, en realidad no confieren ningún 'verdadero' derecho» (R. Guastini, *Diritti*, en Íd., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín 1996, pp. 152 y 154 [trad. cast. de J. Ferrer, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999]).

Capítulo III

CRÍTICA DE LA CONCEPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMO CREACIÓN DE NUEVO DERECHO

3.1. *La concepción, hoy predominante, de la jurisdicción como creación de nuevo derecho. Dos significados de 'creacionismo judicial'*

Desde hace ya muchos años, en la literatura teórica y filosófico-jurídica, está prevaleciendo una concepción de la jurisdicción diametralmente opuesta a la sostenida en este libro: la idea, que une a las orientaciones más diversas, de la interpretación y la aplicación de la ley, es decir, de la jurisdicción como actividad creadora de nuevo derecho[1].

Estoy convencido de que esta concepción, que mina de raíz el modelo garantista, las fuentes de legitimación de la jurisdicción y la estructura misma del estado de derecho, se basa en una serie de equívocos epistemológicos que trataré de disipar. Señalaré, además, una singular circunstancia. Hace cincuenta años, cuando ejercía como juez, fui uno de los que, sobre la base del reconocimiento de la obvia e inevitable discrecionalidad en la interpretación de la ley y en la valoración de las pruebas, contestaron con más firmeza la ideología, entonces dominante en Italia, en la que se llamaba la «alta magistratura», según la cual el juez sería —debería o, en cualquier caso, podría ser— simplemente, la «boca de la ley», según la conocida fórmula de Montesquieu. No he cambiado de idea. Pero la concepción de las orientaciones prevalecientes que hoy critico, exactamente, como entonces, en defensa de la fisiológica

discrecionalidad interpretativa, es la opuesta de la naturaleza creativa de la jurisdicción.

Antes de analizar estas orientaciones es oportuno hacer una aclaración preliminar, relativa al significado de expresiones como «creatividad» de la jurisdicción, «creacionismo judicial», jurisdicción como fuente «creativa» de nuevo derecho, «creación jurisprudencial de nuevo derecho», «interpretación creativa» y similares. Con estas palabras pueden entenderse dos cosas diversas. Puede entenderse la *creación en sentido propio o fuerte* de nuevas normas jurídicas por parte de los jueces, es decir, la elección de significados no asociables a los enunciados normativos vigentes y, de este modo, la introducción por vía jurisdiccional de nuevas disposiciones normativas en el universo del derecho positivo, contestable como *ilegítima* en un estado de derecho. Pero también puede entenderse como una *creación en sentido impropio* o *débil*, es decir, como la *legítima* opción de la interpretación considerada más plausible en relación con otros posibles significados, también razonablemente asociables al enunciado interpretado, sobre la base de las reglas de la lengua empleada, de las técnicas interpretativas acreditadas y de las precedentes interpretaciones jurisprudenciales.

A falta de claros criterios distintivos, no siempre se puede establecer con certeza, en concreto, el confín entre interpretación (legítima) de la ley y creación (ilegítima) de nuevo derecho[2]. Toda discusión sobre lo jurídicamente fundado o infundado de una determinada interpretación, presente, por lo general, en cualquier contencioso judicial es, no obstante, la prueba de la existencia y, a la vez, de lo borroso de este confín. Entiendo que lo cierto es que en el plano de la teoría del estado de derecho las dos concepciones de la jurisdicción como actividad creativa a las que acaba de hacerse referencia son, por razones diversas, insostenibles. La concepción de la jurisdicción como «creación» de nuevo derecho en sentido propio y fuerte, es obviamente inaceptable, porque está en abierta contradicción con el principio de sujeción del juez a la ley y con la separación de poderes. Pero también es inaceptable, por resultar gravemente distorsionadora, la concepción de la jurisdicción como

«creación» en sentido impropio o débil; porque, al considerar creación lo que es interpretación del derecho existente, por ampliamente discrecional que esta sea, acaba por no distinguir entre legítima interpretación, bien que opinable, y creación judicial de nuevo derecho y, así, por ignorar (y de hecho avalar) la ilegitimidad de esta última. Interpretación y creación, por el contrario, son términos incompatibles e «interpretación creativa» es una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación, donde hay creación no hay interpretación.

Aquí se plantea una cuestión de corrección lingüística y de elemental respeto por las palabras: un respeto tanto más necesario cuando las palabras tienen que ver con principios básicos del estado de derecho como son la sujeción de los jueces a la ley y la separación de poderes. En sentido débil o impropio, «creacionismo» designa, simplemente, la producción de efectos normativos consiguientes a la aplicación de la ley. Es claro que el juez produce decisiones y, por tanto, normas, habitualmente individuales, pero, también, a veces, generales, como son las máximas de derecho, por lo demás, no dotadas de la fuerza vinculante que es propia de las normas de ley. Entendida en este sentido, la tesis del carácter creativo de la jurisdicción es obvia y banal, válida para cualquier acto jurídico lingüístico: tanto para las leyes como para las sentencias, para los negocios jurídicos y para las disposiciones administrativas, todos productivos de situaciones jurídicas o de estatus de personas o de cosas. Pero, precisamente por esto, no hay que confundir, llamándolas con el mismo nombre (aunque sea acompañado de los gastados predicados «débil» y «fuerte»), dos funciones diversas y separadas como son la producción legislativa de nuevas normas y la aplicación jurisdiccional de las normas existentes.

La distinción entre creacionismo propio y el llamado creacionismo impropio como fenómenos opuestos es, por otra parte, decisiva a los fines de la colocación institucional de la jurisdicción en el estado de derecho. Vale para aislar como ilegítima la creación judicial del primer tipo, la de nuevo derecho en sentido fuerte, precisamente a fin de hacer ver la insostenibilidad del creacionismo del segundo

tipo, esto es, la impropiedad y la absoluta inoportunidad de nombrar con la misma palabra también a la fisiológica y legítima discrecionalidad en la interpretación del derecho vigente. En efecto, la tesis de que los jueces siempre crean derecho se ha hecho sentido común hasta el punto de que, quienes la sostienen, no distinguen entre los dos tipos de «creación» y por ello eluden totalmente la cuestión de fondo de la relación entre juez y ley. Es así como Riccardo Guastini ha sostenido que yo paso de un discurso descriptivo a un discurso normativo solo porque, a partir de la tesis descriptiva de que algunos jueces crean derecho indebidamente con el sustento de una concepción creacionista de la jurisdicción en cuanto tal, critico como ilegítimo el primer fenómeno, por ser contrario a la sujeción de los jueces a la ley y a la separación de poderes, y como infundada en el plano epistemológico la idea de quienes, cambiando por creación la inevitable discrecionalidad interpretativa, sostienen la tesis de que los jueces crean derecho siempre y en todo caso[3].

3.2. *Cinco versiones del creacionismo judicial*

A partir de esta premisa, identificaré cinco distintos planteamientos doctrinales unidos por la tesis del carácter creativo de la jurisdicción, mantenida por algunos en sentido propio o fuerte, por otros en sentido impropio o débil. Después, en el § 3.3, ilustraré la falacia realista compartida por todos y que les hace entrar en contradicción con el principio de legalidad y con la separación de poderes. En el § 3.4 mostraré su común falta de fundamento epistemológico y los equívocos teóricos que originan. En fin, propondré, en los § 3.5 y 3.6, una reconstrucción alternativa y a mi juicio epistemológicamente fundada del razonamiento judicial, de acuerdo con la tesis de la centralidad del caso concreto y, al mismo tiempo, con los principios del estado de derecho.

3.2.1. *El creacionismo de Hans Kelsen*

El primero de esos planteamientos es el que se remonta a Kelsen, siempre compartido por muchos kelsenianos. Kelsen teorizó el carácter creativo de la jurisdicción tanto en sentido impropio o débil como en sentido propio o fuerte. En efecto, elaboró una teoría de la estructura en grados del ordenamiento basada en la idea de que todo acto normativo es al mismo tiempo aplicación de las normas de grado supraordenado y creación de normas de grado subordinado y, en consecuencia, una teoría del creacionismo judicial en el sentido débil de que la aplicación jurisdiccional de normas es también una actividad volitiva productiva de efectos jurídicos y, solo por esto, creativa de nuevo derecho[4]. «La norma que cumplir», escribió, «crea solo un marco en cuyo interior existen varias posibilidades de ejecución [...] Así, la interpretación de una ley» conduce «a varias soluciones, todas las cuales, desde el punto de vista de la norma que aplicar, son equivalentes», y «no hay ningún criterio para establecer cuál de las posibilidades interpretativas ofrecidas por la norma aplicable sea preferible a otra»[5]. Pero sostuvo también un creacionismo en sentido fuerte, afirmando que entre jurisdicción y legislación la «diferencia [...] es solo cuantitativa y no cualitativa», al consistir en el hecho de que «el vínculo del legislador bajo el perfil sustancial es bastante más limitado que el del juez» que «también crea derecho y, asimismo, en el ejercicio de esta función es relativamente libre»[6].

Pero es sobre todo en la última fase de su pensamiento cuando Kelsen llega a una concepción puramente volitiva y creativa de la jurisdicción, en un sentido, podría decirse, fortísimo. «Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla», escribe, «no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable»[7]. Que es una tesis jurídicamente insostenible, ya que la

producción de «una norma que se encuentre totalmente fuera» de tal esquema no consiste en la interpretación y menos en la aplicación de la «norma aplicable»[8], y el pronunciamiento judicial que la expresa es inválido, aunque existente, y, de no haber alcanzado la forma definitiva de la cosa juzgada, destinado a ser anulado[9].

3.2.2. *El creacionismo hermenéutico*

La segunda orientación creacionista —en algunos de sus exponentes en sentido débil, en otros en sentido fuerte— es la promovida por la hermenéutica jurídica. Partiendo de la reformulación por Hans Gadamer de la noción aristotélica de «equidad», ya recordada y criticada en el § 1.5, como «corrección de la ley» y de la concepción de la interpretación como «concretización» y «perfeccionamiento creativo» de la ley misma[10], que él propone, los teóricos del enfoque hermenéutico conciben la jurisdicción como fuente creativa de derecho y auspician la superación, o cuando menos el profundo replanteamiento del clásico principio de legalidad[11].

De aquí la concepción hermenéutica de la jurisdicción como fuente creativa de nuevo derecho, desvinculada de la sujeción a la ley. «El intérprete penal», escribe Giuseppe Zaccaria, «es un investigador de la relevancia del hecho en su referencia funcional a la previsión típica. Puestos a la prueba de los hechos, considerados en su dimensión concreta y efectiva, los principios de origen ilustrado-liberal (de legalidad, taxatividad, prohibición de la analogía, vinculación del juez a la ley) que articulan los ordenamientos jurídicos continentales, exigen ser profunda y no ocasionalmente repensados»[12], Y, sin embargo, Zaccaria, más allá de esta recomendación, parece hacer uso de la expresión «creatividad» sobre todo en sentido débil o impropio, es decir, como opción por parte del juez de una entre las múltiples «interpretaciones todas legítimamente sostenibles» dentro del perímetro diseñado por el principio de legalidad[13]. De forma análoga Giovanni Fiandaca, si, por un lado, reconoce el desarrollo de un «derecho penal

jurisprudencial» y admite el papel «creativo» de la jurisdicción consistente en la «introducción de nuevas figuras de delito»[14], por otro lado, propone «distinguir (por así decir) entre derecho jurisprudencial creativamente 'legítimo' y previsible en términos de una certeza razonable, y derecho jurisprudencial creativamente 'abusivo' o caprichosamente anárquico»[15]: que es la misma distinción que se ha hecho aquí entre creatividad en sentido impropio o débil y creatividad en sentido propio o fuerte de la jurisdicción. Un creacionismo en sentido fuerte puede, en cambio, identificarse en el enfoque hermenéutico de Massimo Vogliotti, que propone abiertamente el abandono, por obsoletos, de los principios de la «rígida sujeción a la ley» y de la «prohibición de la analogía»[16].

3.2.3. *El creacionismo principialista*

La tercera orientación creacionista, aún más difundida en la cultura jurídica actual, es la del neoconstitucionalismo principialista, anti- o a-positivista, que concibe las normas constitucionales sustanciales, comenzando por los derechos fundamentales, no ya como reglas susceptibles de aplicación a los comportamientos que los violan, sino como principios, es decir, como normas abiertas y no cerradas, normalmente en conflicto entre ellas y, como tales, objeto de sopesamiento o ponderación en vez de aplicación[17]. De aquí el carácter creativo de la jurisdicción al consistir, en último término, semejante ponderación, en la elección del principio argumentado como de más peso y en desentenderse de los juzgados más ligeros[18].

De aquí se sigue el carácter central atribuido a la argumentación judicial en la concepción misma del derecho: «el derecho», afirma Atienza, «no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social»[19]. De forma análoga, recuerda Atienza, Ronald Dworkin considera el derecho como «una práctica interpretativa», Robert Alexy asocia al derecho «una pretensión de corrección» y, por tanto, la carga de una cierta argumentación moral, y Carlos Nino considera que «las normas

jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico debe ser considerado como un razonamiento abierto hacia las razones morales»[20]. Así pues, este constitucionalismo principialista se caracteriza, además de por la tesis de que los derechos establecidos constitucionalmente no son reglas, sino principios virtualmente conflictivos entre sí y objeto de ponderación y no de aplicación, por el rechazo de la separación de derecho y moral postulada por el positivismo jurídico y por la idea del derecho como práctica social confiada sobre todo a la actividad de los jueces. Como he hecho ver, con la consiguiente paradójica caída en un, aunque sea moderado, legalismo ético.

3.2.4. *El creacionismo realista*

Bajo este último aspecto puede registrarse una sustancial convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con una cuarta orientación creacionista, sostenida, de un lado, por los escepticismos de distinto tipo y grado y, del otro, por las corrientes del realismo jurídico que teorizan como modelo normativo o, en cualquier caso, como práctica inevitable, la actividad, en efecto, a veces creativa de los tribunales, sobre todo de los supremos o constitucionales. Un enfoque sustancialmente realista es, por ejemplo, el de Mauro Cappelletti, que prefiere llamarlo «método fenomenológico» porque anclado a «una continua adherencia a los hechos, a los datos, a los desarrollos, a las tendencias evolutivas de la realidad»[21].

3.2.5. *El creacionismo neopandectista*

Pertenece, en fin, a una orientación análoga a la realista, aunque a veces se adscribe a la hermenéutica jurídica, el creacionismo judicial en sentido fuerte de Paolo Grossi, que asimismo enfatiza el derecho como hecho y no como norma[22], descalifica los principios de legalidad y de sujeción de los jueces a la ley como «mitologías de la

modernidad»[23], y propone, como alternativa a la crisis de la ley considerada irreversible, un renovado «papel de los juristas»[24] inspirado en una clara opción iusnaturalista y antiilustrada[25]. Es un enfoque que llamaré «neopandectista», nostálgico del derecho jurisprudencial premoderno, que Grossi, no obstante, ve reproducido en el actual diálogo entre los tribunales de los distintos países y, por eso, en las formas de la globalización liberista de la economía y, además, en el desarrollo de una jurisprudencia constitucional transnacional.

3.3. *Derecho como hecho, derecho como norma. La lesión del principio de legalidad por parte de la jurisdicción creativa*

Según todos estos planteamientos, el derecho es, en realidad, lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, al consistir, en último término, en sus prácticas interpretativas y argumentativas[26]. Ciertamente, esta tesis registra, en el plano sociológico, la fenomenología del derecho como hecho. Pero ignora su posible contraste con el derecho como norma. Por eso, en virtud de una insidiosa falacia realista, no solo por cómo es, sino también por cómo es justo o en cualquier caso es inevitable que sea, se la propone como representación de la práctica jurídica[27]. De este modo, la validez resulta modelada sobre la efectividad y confundida con esta. Es tal referencia a la práctica judicial como criterio de identificación y no solo de la efectividad, pero también de lo que hacen los jueces, lo que une a todas las orientaciones creacionistas. Por eso, su enfoque metodológico es diametralmente opuesto al del positivismo crítico del que se ha tratado en el capítulo precedente.

Por lo demás, creación judicial de hecho y teorías del creacionismo judicial se sustentan recíprocamente, gracias a una suerte de *legitimación cruzada*: de las teorías por parte de la realidad y de esta

por parte de las teorías; de la concepción teórica de la jurisdicción como fuente creativa, por parte de la crisis de hecho del principio de legalidad y, viceversa, de la crisis del principio de legalidad por parte de la teoría de la jurisdicción como creación, poco importa si basada en su concepción como actividad volitiva y no al mismo tiempo cognoscitiva, como corrección o concretización hermenéutica de la ley, como sopesamiento en vez de aplicación de normas o, simplemente, como inevitable suplencia de hecho de una legalidad desestabilizada. Esta legitimación recíproca, añadiré, se beneficia —esta sí— de una constante oscilación y confusión entre enfoque descriptivo y enfoque prescriptivo. En efecto, pues la descripción de toda la práctica judicial como creación de nuevo derecho, aunque sea forzada y de conveniencia, legitima realísticamente el modelo prescriptivo, que, a su vez, legitima secundándola, la creatividad de la jurisdicción puesta de relieve por su descripción. Es una naturalización de la práctica judicial que confunde lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer y, de este modo, avala y legitima lo que sucede de hecho. En todos los casos, las teorías del creacionismo judicial desarrollan un papel performativo de su propio objeto, a su vez asumido como su confirmación empírica: estas dicen lo que la jurisdicción es en el plano teórico —y con ello legitiman— eso en lo que de hecho se ha convertido; a su vez, la jurisdicción ha pasado a ser —y con esto legitima— lo que las teorías creacionistas dicen que ella es.

En esta singular convergencia de orientaciones teóricas tan diversas —normativistas y realistas, hermenéuticas, principialistas y neopandectistas— en la concepción de la jurisdicción como fuente creativa de nuevo derecho, concurren múltiples y heterogéneos factores fácticos. En primer lugar, la crisis de la legalidad penal que acaba de señalarse, pero indebidamente generalizada y ciertamente en modo alguno inevitable, debida a la ineptitud y la irresponsabilidad de la clase política. Una legalidad producida por la inflación incontrolada de la legislación, desestabilizada por un lenguaje legal oscuro y a menudo contradictorio y afectada, como consecuencia del incompleto proceso de integración europea, por la

complicación del sistema de fuentes y por la ausencia de jerarquías normativas claras, unívocas y compartidas por todos. En segundo lugar, la idea cada vez más difundida —en contraste con la Constitución italiana que quiere a los jueces sujetos *solamente* a la ley, pero concorde con la creciente influencia del modelo estadounidense del *common law*— de la jurisdicción como fuente de derecho, formalmente vinculada a los precedentes judiciales, aunque con frecuencia no menos equívocos y contradictorios que los textos legislativos. En tercer lugar, el protagonismo y la inventiva de muchos jueces, a veces secundados por los medios de comunicación, en el ejercicio de la jurisdicción y más aún de la acción penal. En fin, la complacencia con que jueces y juristas ven la concepción y la práctica creacionistas de la jurisdicción, de la que resulta un aumento de sus poderes y quizá una concepción edificante de la función judicial como poder bueno y benéfico, por oposición al poder ineficiente, incapaz y corrupto de la política.

Pues bien, estas teorías que conciben toda la jurisdicción como creación de nuevo derecho, están secundando y legitimando la crisis en curso del principio de legalidad, de la sujeción de los jueces a la ley y de la reserva absoluta de ley en materia penal, minando así la separación de poderes y la independencia de la jurisdicción del poder político[28]. Cuanto más creativa sea la jurisdicción o en cualquier caso cuanto más sea concebida y percibida como tal, tanto más difícil será justificar su independencia y tanto mayor el riesgo de su sumisión al poder político. Si tantos como hoy en el mundo político y económico consideran insoportable la independencia de los jueces estuvieran al corriente de semejantes concepciones, tendrían un seguro argumento en apoyo del carácter electivo de los jueces o, peor aún, de su sujeción al poder político de las contingentes mayorías. En efecto, pues afirmar el carácter creativo de toda la jurisdicción, a la sombra de las teorías creacionistas aquí consideradas, equivale a admitir su regresión al derecho jurisprudencial premoderno y, al mismo tiempo, a avalar una sustancial inversión de la jerarquía de las fuentes, esto es, de la primacía de la jurisdicción sobre la legislación al estar confiada a

aquella la arbitraria elección de la norma legal que aplicar, y la primacía de una y otra sobre la Constitución, correspondiendo a los jueces la elección, aunque sea ponderada y argumentada, de qué principios constitucionales vayan a aplicarse o actuarse frente a otros en conflicto con ellos y por eso inaplicados. Una vez admitida la creatividad de la jurisdicción, no podría sostenerse la tesis de Alexander Hamilton, según la cual «el judicial [...] no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro» y, por eso, es «el más débil de los tres departamentos del poder», dado que «nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos»[29].

Naturalmente, estas tesis creacionistas, aunque contrastan con el principio de legalidad, con la sujeción de los jueces a la ley y con la separación de poderes, deberían ser aceptadas si estuvieran fundadas en el plano epistemológico. Las páginas que siguen están dirigidas a mostrar su falta de fundamento en ese plano y, al mismo tiempo, la necesidad de refundar e integrar el sistema de las garantías cuyo desorden ha acabado por acreditarlas. Estas están dirigidas a responder a dos preguntas. La primera, a la que responderé negativamente en este capítulo, se refiere a la cuestión epistemológica: ¿los márgenes de inevitable discrecionalidad interpretativa bastan para justificar la tesis de que la jurisdicción es una actividad puramente volitiva y creativa de nuevo derecho, o más bien para fundar la tesis opuesta de su carácter cognoscitivo, aun con todos los límites inherentes a cualquier conocimiento empírico? La segunda pregunta versa sobre la cuestión más propiamente teórico-jurídica: ¿esta discrecionalidad, que a veces se desborda en la creatividad, puede ser, y de qué modo, reducida si no eliminada? A esta responderé positivamente en los capítulos V y VI, dedicados a la refundación del garantismo penal a través de un fortalecimiento y una expansión de las garantías y una más rigurosa deontología judicial, capaz de asegurar las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción ilustradas en el capítulo precedente y de poner fin al conflicto, cada vez más intolerable, entre justicia y política.

3.4. *La idea insostenible de una verdad procesal absoluta*

Para evitar equívocos, aislemos enseguida lo que he llamado creacionismo o creatividad judicial en sentido fuerte, distinguiéndolo de la discrecionalidad interpretativa ordinaria. La ilegítima creatividad en sentido fuerte, es decir, sin anclaje en la ley, es susceptible de producirse en dos supuestos. Puede darse por culpa de los jueces y de sus sentencias erróneas: es el caso hipotetizado (y legitimado) por Kelsen, recordado aquí en el § 3.2.1, de la producción, por parte de un juez, de «una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable». Pero puede ocurrir también por culpa del legislador, esto es, cuando se trate de una norma legal a tal punto indeterminada como para hacer inverificables e irrefutables las hipótesis previstas en ella. Es el caso del ejercicio del que he llamado «poder judicial de disposición»[30]: un poder patológico e ilegítimo, generado por una legalidad sustancialmente en blanco (piénsese en la figura penal del enemigo del pueblo o en formas de punibilidad de los imprecisos sujetos «socialmente peligrosos»), cuyo ejercicio no es tampoco, propiamente *iuris-dictio*, sino simplemente *dictum*.

En cambio, en los casos de la ordinaria, aunque amplia discrecionalidad interpretativa, se ha de reconocer que, detrás de su configuración como creación de derecho, aun cuando sea en sentido impropio o débil, hay siempre, más o menos implícita y generalmente inconsciente, una noción ampliada de «creación» y una noción restringida de «cognición», con base en la cual donde hay discrecionalidad interpretativa y por eso decisión hay creación y no hay cognición. En efecto, pues los creacionistas —desde los principialistas a los hermenéuticos, desde gran parte de los realistas a los nostálgicos del derecho premoderno— llaman «creación» a la interpretación discrecional solo porque esta admite inevitablemente, al igual, por lo demás, que cualquier otra tesis empírica, un acto de voluntad, es decir, una decisión sobre la aceptación de una tesis interpretativa como plausiblemente «verdadera». Pero de este modo

asumen, paradójicamente, la misma concepción ingenua, insostenible en el plano epistemológico, del conocimiento y de la verdad judicial como conocimientos y verdades absolutas que ellos reprochan a quienes sostienen, según las fórmulas de Montesquieu y Beccaria, que los jueces pueden (y deben) ser «la boca de la ley» y la jurisdicción puede (y debe) consistir únicamente en un «silogismo perfecto». La paradoja es aparente: las opciones interpretativas requeridas por la jurisdicción se considerarán suficientes para asociar carácter volitivo y no cognoscitivo a la jurisdicción, si se entiende que el conocimiento empírico no admite opciones y puede aspirar a la obtención de una verdad objetiva, cierta y absoluta. En *Derecho y razón*, parafraseando la distinción de Popper entre «verificacionistas ilusos» y «verificacionistas desengañados», llamé «ilustrados ilusos» a quienes todavía creen que el juez puede ser realmente la boca de la ley y piensan que es posible alcanzar una verdad jurídica absoluta, e «ilustrados desengañados» a los que, frente a la imposibilidad de alcanzar una verdad semejante, acaban cayendo en el creacionismo y en el irracionalismo[31]. Que son exactamente los dos frentes ideológicos opuestos —los ilusos de hace cincuenta años y los actuales desengañados por lo insostenible de la idea del juez boca de la ley— frente a los cuales vale igualmente la tesis de la inevitable discrecionalidad de la interpretación y del carácter solamente relativo de la verdad y de la cognición judicial.

En el fondo de la discrepancia hay una diferente concepción del conocimiento y de la verdad empírica. Los creacionistas, al haber asociado el cognoscitivismo y, por tanto, la idea de verdad procesal a un insostenible objetivismo ontológico —«para que una actividad sea cognoscitiva, es necesario» que consista, escribe, por ejemplo, Aurelio Gentili, en «constatar», y «los significados no pueden constatarse»[32]—, adoptan una noción de verdad excesivamente restrictiva: la de verdad absoluta que, en materia empírica (en las ciencias, la historiografía, y no solo en la interpretación y en los procedimientos judiciales), es inalcanzable, dado que las únicas verdades absolutas son las tautológicas de la lógica y la matemática. De aquí la idea de la naturaleza no cognoscitiva de las tesis jurídicas

sobre el derecho. Pero semejante concepción restrictiva del conocimiento científico y de la verdad empírica es insostenible en el plano epistemológico, a causa del carácter siempre relativo de uno y otra. La única diferencia entre las tesis de las ciencias naturales o de la historiografía y las del conocimiento jurídico es que el derecho es un fenómeno lingüístico que, como todos los fenómenos lingüísticos admite la interpretación en vez de la observación, como forma específica de indagación empírica, apta, en todo caso, para alcanzar una verdad siempre y solo relativa, aproximativa y opinable, pero siempre argumentable como tal y como tal refutable sobre la base de los textos normativos. Por lo demás, la interpretación es la única forma de lectura, de conocimiento, de reproducción y de comunicación admitida por todos los fenómenos de carácter sígnico y lingüístico. Por eso, decir que las normas se «crean» mediante la interpretación es como decir que la quinta sinfonía de Beethoven se crea al ejecutarla e interpretarla, o que la puesta en escena de una tragedia de Shakespeare y su interpretación equivalen a su creación.

Si todo esto es cierto, la tesis compartida por todos según la cual la interpretación no es nunca plenamente descriptiva, sino que implica siempre una decisión racionalmente argumentada sobre el sentido más plausible asociado a un enunciado normativo, es perfectamente compatible con la actual noción de conocimiento científico y de verdad empírica. Una vez liberados de la idea ilusoria del carácter puramente descriptivo y avalorativo de la interpretación, es fácil advertir que la inevitable discrecionalidad interpretativa que se manifiesta en las opciones argumentadas del intérprete no autoriza el escepticismo y el anticognoscitivismo interpretativo más de cuanto el obvio carácter relativo y aproximativo de cualquier verdad empírica y la inevitable presencia de momentos decisionales en su aceptación autoricen el escepticismo y el anticognoscitivismo en las ciencias naturales y en la historiografía. En síntesis, el juez no «constata», ni «encuentra», ni «descubre», ni «registra» el significado de un determinado enunciado normativo, pero tampoco lo «crea», lo «produce» o lo «inventa». Simplemente lo argumenta como más plausible o fundado que otros también posibles en

abstracto, porque más adherente al significado corriente de las palabras usadas por el texto interpretado, porque más de acuerdo con las normas constitucionales, porque más coherente con los significados dados a otros enunciados normativos, por la mayor semejanza con los significados atribuidos en casos precedentes, o por otros motivos. También la jurisdicción requiere un acto de voluntad, es decir, una decisión. Pero esta decisión es una *decisión sobre la verdad jurídica*, cuyos espacios de discrecionalidad no difieren de los inherentes a las decisiones sobre la verdad requeridas por cualquier otra actividad cognoscitiva.

Por tanto, el acto de voluntad que interviene en la jurisdicción no tiene nada que ver con el acto de voluntad del legislador mediante el que se crea nuevo derecho y que está claramente fundado en otros valores —diferentes de la verdad, como la justicia o una cierta oportunidad o utilidad— que presiden otros tipos de actos jurídicos lingüísticos, como es precisamente la ley, pero también la disposición administrativa o el negocio privado. Es en esta diversidad del objeto de las decisiones, ligada al carácter cognoscitivo y recognoscitivo de los pronunciamientos judiciales y al carácter creativo o en todo caso innovador de las actividades legislativas, administrativas y negociales, donde se basa la separación de poderes. Es, por tanto, en el plano epistemológico, antes aun que en el de la teoría política, donde se fundan la diferencia y la separación entre *iuris-latio* y *iuris-dictio*, una como creación e innovación, la otra como aplicación y actuación del derecho. Las fuentes de legitimación de estas dos funciones están lógicamente conectadas y, al mismo tiempo, son radicalmente diferentes, ya que la actividad jurisdiccional es una actividad cognoscitiva en cuanto, gracias a las garantías de la estricta legalidad y taxatividad, la ley preestablece en términos lo más rigurosos que sea posible los presupuestos de su aplicación. Es así como, según se dijo desde el § 1.3, la tesis hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem* forma el presupuesto del principio opuesto y simétrico *veritas, non auctoritas facit iudicium*.

Por eso, cuanto más se reduce la dimensión cognoscitiva de la jurisdicción, tanto más se reduce su principal fuente de legitimación

y, con ella, el fundamento de su independencia. Esta dimensión cognoscitiva conecta con el carácter determinable de la verdad procesal que, a su vez, es tanto mayor cuanto mayor es el grado de taxatividad de la lengua legal. Por lo demás, el acto de voluntad que está en la base de la decisión sobre la verdad jurídica, es análogo al acto de voluntad en que se funda cualquier aserción empírica. También la verdad fáctica expresada en un juicio sobre la base de pruebas es una verdad probabilista, cuya afirmación es el fruto de una decisión que asume un determinado conjunto de datos probatorios como suficiente, por ejemplo, para dar soporte, más allá de toda duda razonable, a un juicio condenatorio. Más aún: cualquier verdad empírica, a diferencia de las verdades tautológicas de la lógica y la matemática, es una verdad relativa, fruto de una decisión sobre la plausibilidad y por eso sobre la aceptabilidad como verdadera de la tesis mantenida. Pero una vez argumentadas y tenidas por verdaderas las premisas —probabilistas en materia de hechos y opinables en derecho— la calificación jurídica de un hecho se sigue consecuentemente de ellas. Así pueden superarse dos incomprensiones, una relativa al papel y el espacio ocupado en el juicio por la subsunción y el silogismo judicial, y la otra a la naturaleza del vínculo de los precedentes.

3.4.1. *Qué es la subsunción*

La subsunción y el llamado silogismo judicial son hoy el falso blanco polémico de quienes sostienen el creacionismo judicial. ¿En qué consisten estas operaciones? Los creacionistas critican la subsunción como si, según las tesis anticreacionistas, se agotase en ella el razonamiento judicial. También aquí hay un equívoco. Sin duda, como ha escrito, por ejemplo, Nicolò Lipari, «la subsunción», en el sentido de «deducción lógica a partir de una norma dada, ciertamente no es ya, en la experiencia contemporánea, el instrumento esencial para identificar el derecho»[33]. Pero esto depende del hecho de que la subsunción no es en modo alguno y no ha sido nunca un instrumento de identificación y tampoco de

conocimiento de derecho. En efecto, pues no garantiza en modo alguno la «verdad procesal», ya que es solo la forma lógica de la conclusión del razonamiento judicial formulada una vez adquiridas —sean o no fundadas— las premisas, fruto, estas sí, de conocimiento empírico y por ello de decisiones motivadas por su plausible «verdad»: de la argumentación interpretativa, con la que se puede alcanzar una «verdad jurídica» solamente opinable, y de la argumentación probatoria, con la que, a su vez, puede llegarse a una «verdad fáctica» solamente probabilista. Sin perjuicio de la discrecionalidad tanto de la interpretación de las normas como de la valoración de las pruebas, en cuanto resultado de las dos argumentaciones en su apoyo, se realiza una deducción: precisamente, la subsunción que, por tanto, concurre siempre, pero que, por sí misma, no legitima ningún pronunciamiento, puesto que no puede garantizar la «verdad» de sus premisas y es compatible con la falsedad de estas. Por ejemplo, si un juez, sobre la base de una interpretación no plausible del art. 270 del Código Penal italiano, asume creativamente que son «asociaciones subversivas» todas aquellas que manifiestan un disenso radical de las políticas gubernativas y resuelve que la asociación A sometida a su juicio manifiesta afirmativamente un disenso radical de las políticas gubernativas, entonces la conclusión de que la asociación A es una asociación subversiva, es evidentemente válida en el plano lógico, pero asimismo evidentemente falsa en el plano jurídico, debido a la falsedad de la premisa de derecho por contraste con el principio constitucional de la libertad de disentir. Del mismo modo en que es lógicamente verdadera pero empíricamente falsa, por la falsedad de la premisa, la tesis según la cual, si se asume como cierto que «todos los asnos vuelan», será verdadero que «si *A* es un asno, entonces vuela»[34]. En síntesis, haciendo uso de las palabras de Beccaria, la subsunción es siempre un «silogismo perfecto»[35]. Pero las dos inferencias en que se basan sus premisas son sumamente imperfectas: la inducción de la tesis fáctica a partir de las pruebas practicadas, siempre y solo probable, y la deducción de su

calificación jurídica mediante la interpretación de la ley, siempre y solo opinable[36].

Por otra parte, es no es de ningún modo cierta la afirmación de Kelsen de que «desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable»[37]. Y tampoco lo es que «la pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta', en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político»; de manera que «la tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta»[38]. Lo cierto es que, en cambio, la discrecionalidad de las decisiones en materia de verdad —sobre la verdad jurídica, sobre la verdad fáctica, como sobre la verdad de cualquier otra aserción empírica— puede (y debe) ejercerse con un soporte argumental interpretativo y probatorio, esto es, de una actividad racional requerida en apoyo de cualquier aseveración que no sea un teorema de la lógica o de la matemática. En efecto, pues, en contra de lo sostenido por Kelsen, existen criterios racionales de opción entre las distintas posibles y plausibles interpretaciones asociables a un texto normativo. Son los criterios elaborados por las cada vez más amplias y refinadas teorías de la argumentación jurídica, el primero de ellos el de la prevalencia de la interpretación que mejor concuerda con los principios constitucionales. Pero son también los criterios adoptados en apoyo de cualquier otra verdad empírica: el criterio sintáctico de la *coherencia* con las otras tesis jurídicas precedentemente adoptadas como verdaderas y el pragmático de la *aceptabilidad justificada*, es decir, motivada con argumentos que el intérprete estima idóneos para dar sustento, no ciertamente a la única solución objetivamente correcta, sino simplemente a la solución considerada por él más correcta en el ejercicio de la inevitable discrecionalidad interpretativa.

3.4.2. *Derecho vigente y derecho viviente. El papel de los 'precedentes'*

Se puede expresar la naturaleza de la discrecionalidad interpretativa de los jueces y el vínculo que la liga a los textos legislativos llamando *derecho vigente* al conjunto (cerrado, finito y determinado) de los enunciados normativos producidos por el legislador, y *derecho viviente* al conjunto (abierto, infinito e indeterminado) de los significados normativos asociados a aquellos en la práctica jurídica y, en particular, en la judicial. Es derecho vigente el creado por la legislación y destinado a ser aplicado en la práctica operativa. Es derecho viviente el producido por los jueces mediante pronunciamientos motivados o argumentados como aplicaciones del derecho vigente preexistente. El derecho vigente consiste en la lengua del derecho, el derecho viviente en su lenguaje. De aquí sus diferentes criterios de legitimación expresados por los dos principios antes recordados: la *autoridad* política en la base de la creación legis-lativa de nuevo *derecho vigente*, como innovación y transformación del sistema jurídico; la *verdad* procesal en la base de la juris-dicción, es decir, de la acción de decir el *derecho viviente*, como aplicación de la ley a los presupuestos de hecho y de derecho fijados por ella. Tal es el sentido y la vigencia garantista de la separación de poderes: ni el legislador puede producir derecho viviente, ni el juez puede producir derecho vigente.

Esto no impide que la producción del derecho viviente sea ampliamente condicionada por la práctica jurídica, esto es, por las opciones interpretativas «precedentes» consideradas más idóneas para denominar los hechos sometidos al juicio, del mismo modo que el lenguaje y su evolución son ampliamente condicionados por la práctica lingüística consolidada en los usos de la lengua. Pero los precedentes se asumen como vinculantes por razones sustanciales, y no por razones formales; por lo persuasivo de las tesis interpretativas que se expresan en ellos, o sea, por su racionalidad intrínseca, y no ciertamente porque estén dotados de una formal fuerza normativa. En síntesis, deben valer por su *prestigio*

(*autorevolezza*) sustancial, y no ciertamente por alguna *autoridad* formal, reservada solamente a la ley. Todo esto vale con seguridad para el derecho italiano, donde el principio de la sujeción de los jueces «*solamente* a la ley» se encuentra constitucionalizado en el art. 101,2 del texto fundamental y repetidamente ratificado por la jurisprudencia de la Corte de Casación. Pero vale también, con independencia de tal norma, por razones epistemológicas de gramática jurídica antes aun que por razones constitucionales. Tanto es así que, allí donde el principio del carácter formalmente vinculante del precedente, con independencia de su calidad persuasiva en concreto, ha sido impuesto normativamente, se ha caído en una suerte de absurda legificación o, lo que es peor, constitucionalización de los pronunciamientos judiciales, intrínsecamente autocontradictoria y de hecho impracticable[39].

Además, por estas mismas razones, la eficacia solo sustancialmente persuasiva del vínculo del precedente, en oposición a la eficacia formalmente normativa de la ley, vale incluso para los sistemas de *common law*, en los cuales rige el principio del *stare decisis*: en efecto, si el vínculo del precedente tuviera un carácter formal, idéntico al de la ley, se produciría su legificación sustancial, y con ello la paradoja de una cristalización paralizadora de la misma interpretación judicial, en contradicción, precisamente, con la naturaleza de *case law* reivindicada por todos los planteamientos creacionistas como el rasgo distintivo del derecho jurisprudencial viviente.

3.5. *Universalidad de las normas y singularidad de los casos concretos. Dos precisiones en materia de principios y de ponderación*

Es precisamente el carácter de *case law* del derecho jurisprudencial viviente, en el que habitualmente se basa la tesis del creacionismo judicial[40], que permite ahora resolver —a través de la identificación

de una específica dimensión cognoscitiva de la jurisdicción generalmente ignorada, la de la equidad, tratada en el capítulo I— una cuestión epistemológica de fondo: la naturaleza del nexo entre la universalidad de las normas y la singularidad de los casos concretos.

Se ha dicho, en el § 1.5, cómo este nexo entre ley y sentencia, entre derecho vigente y derecho viviente, puede concebirse como una relación entre lengua y lenguaje: entre la lengua legal, cuyas reglas de uso dicta el legislador, y el lenguaje jurisdiccional que se sirve de tal lengua para denotar con las palabras de la ley hechos irrepetiblemente diferentes uno de otro. Sobre esta base, luego se ha distinguido entre la *argumentación interpretativa*, que tiene por objeto la ley, a fin de establecer el significado del que depende la verdad jurídica de la calificación normativa del hecho probado, y la *argumentación equitativa*, cuyo objeto, en cambio, son los rasgos singulares que hacen de cada hecho sometido a juicio un hecho distinto de todos los demás, aunque estén previstos todos por la misma norma jurídica. Ahora bien, son precisamente la equidad y la argumentación equitativa —entendidas como una dimensión ineludible de cualquier juicio de mérito y no como corrección o integración de la ley— las que hacen posible la mejor explicación de la centralidad del caso concreto en los pronunciamientos jurisdiccionales. En efecto, cada caso requiere una específica comprensión, que, por ejemplo, en materia penal, resulta relevante a efectos de la aplicación de las atenuantes genéricas y, en cualquier caso, de la individualización de la pena.

Además, el modelo de la argumentación equitativa se hace más complejo cuando el caso objeto de enjuiciamiento resulta denotado simultáneamente por varias normas diferentes, idóneas para calificarlo de un modo distinto. ¿Cómo se resuelve un conflicto semejante? Según las tesis principialistas, cuando tales conflictos se dan entre normas consistentes en principios, el tipo de argumentación requerida para su solución consiste en la valoración y en la ponderación de los principios mismos y, por consiguiente, en la elección del principio de más peso por ser el más pertinente. Ya he

dicho, en el § 3.3, que toda concepción creacionista de la jurisdicción contradice la sujeción de los jueces a las leyes y la separación de poderes en las que se basa el paradigma del estado de derecho. Además, cuando la ponderación tiene por objeto principios constitucionales, el creacionismo principialista produce un debilitamiento inevitable de la normatividad de la Constitución en beneficio de la discrecionalidad legislativa y de la judicial que se resuelve, repito, en una inversión de la jerarquía de las fuentes: en la supraordenación a la Constitución tanto de la legislación como de la jurisdicción constitucional, investidas una y otra del poder de ponderar y por eso de elegir qué principios aplicar o no aplicar. Por poner solo un ejemplo, piénsese en la desconcertante ponderación y el consiguiente poder creativo que, según Ronald Dworkin, tendrían los jueces de limitar el principio de la libertad de prensa, sobre la base de cualquier otro principio de oportunidad política, cuando tal libertad fuese concebida como un principio y no como una regla[41]. De este modo, los principios constitucionales resultan reducidos a principios de optimización o a normas programáticas, que el poder del legislador podría banalizar y el juez inaplicar, aunque fuera en favor de otros principios. Para los juristas italianos de mi generación, solo oír hablar de «normas programáticas» a propósito de los principios constitucionales hace pensar en un paso atrás en el tiempo, a cuando la Corte de Casación italiana y la cultura reaccionaria hibernaron la Constitución, precisamente, con la tesis del carácter programático de su primera parte, cuyo carácter vinculante se afirmaría años más tarde, gracias a la intervención de la Corte Constitucional y a las batallas de la cultura jurídica progresista[42].

Ahora bien, este grave efecto deconstituyente de las tesis principialistas sobre la ponderación puede evitarse con solo acoger dos precisiones, una de carácter teórico y otra de carácter epistemológico. La primera tiene que ver con la distinción, en el plano conceptual, entre reglas y principios. Indudablemente, esta distinción, en el plano conceptual, capta una diferencia estructural entre dos clases de normas y es, por eso, una importante

adquisición teórica. Sin embargo, las tesis principialistas dotan de una excesiva extensión al concepto de principios. A mi juicio, una norma puede ser concebida como un principio, y no como una regla, solo si ningún comportamiento es predeterminable en abstracto y configurable en concreto como su violación y por eso como objeto de su aplicación. Es el caso de todos los principios carentes de significado extensional que he llamado *principios directivos*, como, por ejemplo, «Italia es una República democrática fundada en el trabajo» o «corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que [limitan] la libertad y la igualdad de los ciudadanos», establecidos por los fundamentales arts. 1 y 3 de la Constitución italiana, con respecto a los cuales no existe ningún comportamiento específico que pueda ser considerado como su observancia o su violación. Pero esto es algo que no puede decirse en modo alguno de todos aquellos principios dotados de significado extensional que he llamado *principios regulativos* porque consistentes en reglas, como, por ejemplo, el principio de igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales constitucionalmente establecidos, con respecto a los cuales son perfectamente concebibles actuaciones o violaciones a las que ellos son aplicables, precisamente, como reglas[43].

Tal es la profunda discrepancia de las tesis principialistas, que he expresado más veces. Estas, al concebir los derechos fundamentales como principios ponderables y no como reglas, comportan la quiebra del carácter vinculante de las principales normas constitucionales sustanciales sobre la producción normativa, que de hecho subordinan a las opciones ponderadas de jueces y legisladores. Añadiré que mi redefinición de la distinción entre principios y reglas, según la cual son reglas todas las normas respecto de las cuales es concebible el comportamiento constitutivo de su actuación o su violación y, por tanto, también las que enuncian derechos fundamentales, concuerda perfectamente —bastante mejor que la noción ampliada de los principios aquí criticada— con las nociones de «reglas» debidas a los mismos principialistas: como normas que, según Ronald Dworkin, son «aplicables en la forma del todo-o-

nada»[44], o que, como escribe Robert Alexy, «solo pueden ser cumplidas o no»[45], o que, como sostienen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, «configuran el caso de forma cerrada»[46], o bien, como propone Gustavo Zagrebelsky, que prevén supuestos de hecho subsumibles en ellas[47]. Por eso diré que, mientras los principios directivos pueden concebirse como constitutivos de la identidad del ordenamiento al que pertenecen y, en consecuencia, solo valen como argumentos relevantes en cualquier argumentación interpretativa, los derechos fundamentales, la paz y la igualdad son, en cambio, principios regulativos porque, además de definir la identidad del ordenamiento y orientar la interpretación constitucional, se comportan exactamente como las reglas, al ser perfectamente posible tanto su violación como su actuación.

La segunda precisión, aún más importante, porque basta para resolver el problema más allá de la misma caracterización de los derechos fundamentales como reglas, tiene que ver con la ponderación. Según la concepción principialista, la ponderación, al tener por objeto los principios normativos, en el caso de concurso de algunos de estos en conflicto, comporta la inaplicación del principio, por ejemplo, un determinado derecho fundamental, porque, aunque aplicable en abstracto, se lo valora como de menos peso, en relación con el considerado prevalente por valorado como de mayor peso, y por eso aplicado en concreto. Esta es una reconstrucción del razonamiento judicial que no solo contradice la sujeción a la ley, sino que resulta también infundada en el plano epistemológico, dado que las normas que dictan los principios no varían según los casos y, por eso, tienen siempre el mismo peso. Y puede oponérsele una concepción diferente de la ponderación que no tiene ninguno de estos dos defectos. Según esta, la ponderación no se refiere a las normas, es decir, a los principios objeto de interpretación, sino a las circunstancias concretas del caso objeto de enjuiciamiento. En efecto, pues lo que cambia de un caso a otro y que por ello impone un sopesamiento, no son las normas aplicables, que son siempre las mismas, sino los rasgos y las circunstancias del hecho enjuiciado que son siempre irreductiblemente diversas en cada caso. Frente a una

hipótesis, por ejemplo, de legítima defensa, no pesamos la norma sobre el homicidio y la norma sobre la legítima defensa, sino las circunstancias concretas del hecho —la gravedad de la agresión y la proporción entre esta y la acción defensiva—, para decidir si llamarlo o no «legítima defensa»; del mismo modo que, cuando llamamos «escritorio» y no «mesa de comedor» a una mesa de forma incierta, no pesamos ni valoramos las palabras «escritorio» o «mesa de comedor», sino las concretas características de la mesa de que se trate.

Siendo así, me pregunto por qué recurrir a una explicación del razonamiento judicial tan complicada como la de la ponderación de principios en conflicto, hasta tomar la metáfora tan en serio como para proponer, según hace Alexy, incluso una fórmula del «peso» de los principios objeto de ponderación. Al precio de dos contradicciones. En efecto, pues esa reconstrucción contradice, de un lado, la banal relación entre lengua y lenguaje que se da entre legislación y jurisdicción y, del otro, los principios del estado de derecho —de la separación de poderes a la sujeción de los jueces a la ley— claramente violados por el poder, atribuido a los jueces, de elegir entre dos principios normativos concurrentes, la aplicación del que de ellos se juzgue de mayor peso en relación con otros juzgados más ligeros. Son dos contradicciones que claramente no concurren en la reconstrucción del razonamiento judicial que aquí se hace, basada, no en la valoración y la ponderación de principios, sino en la valoración y la ponderación equitativa de las singulares e irrepetibles circunstancias fácticas del caso enjuiciado, para adoptar la decisión de subsumirlo o no, en sede de interpretación operativa, en una o en otra premisa jurídica.

3.6. *Ponderación equitativa simple y ponderación equitativa comparada*

Volvamos ahora al conflicto entre varios principios regulativos aplicables a un mismo caso, al que acabo de referirme con el ejemplo de la legítima defensa. A veces se trata de seudoconflictos, que se resuelven en abstracto gracias al análisis teórico de la diferente estructura de los derechos concurrentes: en particular, es el caso del llamado conflicto entre derechos civiles de autonomía privada y todos los demás derechos, que, en realidad, consiste en la subordinación a los segundos de los negocios jurídicos que son ejercicio de los primeros y se colocan siempre a un nivel normativo inferior al de la ley y, más aún, al de los derechos constitucionalmente estipulados. Es también el caso de la primacía que puede asociarse a los derechos pasivos de libertad, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente a torturas, que, al consistir solamente en inmunidades y no comportar ejercicio alguno y, por eso, ninguna posible interferencia en las libertades de los demás, son un límite no limitable a cualquier otra situación jurídica[48].

Pero es en el concurso de varios principios regulativos aplicables al mismo caso no resoluble en abstracto, donde se manifiesta la capacidad del modelo teórico de la argumentación equitativa que aquí se sostiene, consistente en ofrecer una reconstrucción del razonamiento judicial bastante mejor fundada en el plano epistemológico que las tesis creacionistas, precisamente a partir de la concreción del caso que tales tesis asumen como central, además de plenamente compatible con el principio de legalidad y con la sujeción de los jueces a la ley. Tómese un clásico ejemplo de concurso de derechos fundamentales: el conflicto entre libertad de prensa y de información y el derecho a la privacidad y a la reputación. Normalmente, el segundo derecho prevalece sobre el primero al no ser lícito divulgar noticias sobre la vida privada de las personas que puedan dañar su reputación. Pero también puede suceder que, en algunos casos, la libertad de información se entienda prevalente sobre el derecho a la privacidad: es el caso de

noticias relativas a personajes de la vida pública que, aunque lesivas de su reputación, se consideren relevantes para la valoración política, por ejemplo, de su candidatura a un cargo público de carácter electivo. Es lo que ha decidido el Tribunal Constitucional español al pronunciarse por la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la privacidad del personaje público al que se referían las noticias lesivas de su reputación, por considerarlas políticamente relevantes[49].

Los principialistas sostienen que en este caso se ha conferido mayor peso a la libertad de información[50]. En realidad, lo realmente pesado —es decir, valorado, comprendido y sopesado—, en la que muy bien puede llamarse *ponderación equitativa*, no son los principios, que al ser siempre los mismos, tienen el mismo peso, sino los rasgos singulares y específicos del caso objeto de enjuiciamiento. Es decir, la naturaleza y el grado de relevancia pública de la noticia en relación con el correcto ejercicio del cargo institucional, la naturaleza de este y el tipo de funciones que le están atribuidas, la incidencia que los hechos y las circunstancias objeto de la noticia se estima justo que tengan (o no) sobre el juicio de los electores. Son estos rasgos y estas circunstancias, y no los principios normativos, los que se valoran y sopesan en la ponderación equitativa. En efecto, pues las normas son las reglas, estables y permanentes, con cuyos términos nombramos los hechos de los que hablamos en el lenguaje jurídico. Pero son los rasgos específicos de tales hechos los que se pesan en el juicio y en la argumentación equitativa a los fines de la decisión de considerar prevalente y aplicable una u otra de las dos normas en concurso, en nuestro ejemplo, el derecho a la privacidad o la libertad de información. De nuevo, como en la relación entre la norma sobre el homicidio y la de la legítima defensa, no se pesan ni valoran las normas, sino las concretas características del caso.

Por tanto, las tesis que propongo no niegan en modo alguno el espacio de la ponderación en la argumentación jurídica. Incluso lo amplían al identificar en la ponderación o comprensión equitativa una dimensión esencial e ineludible de cualquier juicio. En efecto, pues, como he sostenido en el § 1.5, cualquier juicio requiere,

además de la verificación (o falsación) fáctica y la verificación (o falsación) jurídica, la comprensión de las circunstancias irrepetibles que hacen a cada caso diferente de los demás, aunque todos entren en la misma previsión legal. Es en esta comprensión donde reside la que puede llamarse *ponderación equitativa simple*, en virtud de la cual distinguimos el hurto de una manzana del hurto de un diamante. Muchos de esos rasgos están a veces legalmente predeterminados, como, por ejemplo, las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes del delito. Pero es claro que ningún texto normativo, por más detallado que sea, puede prever y tener en cuenta todos los posibles rasgos del hecho prefigurado por él en abstracto. Lo absurdo de semejante pretensión se reveló de manera clamorosa en la previsión de penas fijas para cada tipo de delito en el ya recordado código francés de 1791, es decir, en la idea, informada por un malentendido principio de igualdad, según el cual todos los hurtos, por ejemplo, deberían ser castigados con la misma pena y el juez no dispondría de discrecionalidad alguna en la determinación de su medida. Naturalmente, esta idea fue rápidamente abandonada —al resultar evidente que un hurto de manzanas no es igual que un hurto de diamantes— con la previsión de límites mínimos y de límites máximos de pena, esto es, del espacio dejado abierto a la ineludible valoración equitativa.

Cuando se dé un concurso problemático de normas, como en nuestros ejemplos de la norma sobre el homicidio y la de la legítima defensa, o bien de la norma sobre la libertad de manifestación del pensamiento y la del derecho a la privacidad, lo que debe ser comprendido y ponderado son las circunstancias, igualmente irrepetibles y variables en cada caso —por ejemplo, proporción o no entre defensa y agresión, la dimensión pública o no de la persona a la que se refieren las noticias difundidas sobre su vida privada y la relevancia política o no de tales noticias, cuya valoración es idónea para motivar la aplicación de una u otra de las normas concurrentes —. Es en esta valoración y en este sopesamiento donde reside la que llamaré *ponderación equitativa comparada*. Por ejemplo, las circunstancias agravantes de un delito son compensables con las

atenuantes del mismo delito, o bien se valoran como prevalentes sobre estas o, viceversa, sobre la base de la valoración y de la ponderación de los múltiples rasgos del hecho enjuiciado, y no ciertamente de las normas en concurso que prevén los dos tipos de circunstancias; las eximentes de la legítima defensa o del estado de necesidad se aplican o no a un caso de homicidio sobre la base de la valoración y de la ponderación de la proporcionalidad o no de la reacción defensiva o del estado de necesidad a la agresión producida, y no, por cierto, ponderando las normas sobre las eximentes y la del homicidio; el derecho a la privacidad, según el ejemplo considerado, prevalece o no sobre el de la libertad de información a partir de la ponderación no ya de tales derechos, sino del tipo de noticia y del papel representado por la persona a la que se refiere la noticia. En todos los casos es la *ponderación equitativa*, consistente en la valoración y en la ponderación de los rasgos singulares que hacen a cada hecho enjuiciado distinto de cualquier otro —y no ciertamente, como entienden los neoconstitucionalistas principialistas, la ponderación de principios en conflicto— la única operación compatible con la centralidad del caso objeto de verificación y, al mismo tiempo, con la sujeción de los jueces a las normas legales.

1. Este disenso sobre la naturaleza de la jurisdicción, pero también del estado de derecho y del constitucionalismo, ha dado lugar a un largo debate que es útil evocar. Una primera confrontación se produjo en el seminario «Garantismo y derecho», que tuvo lugar en Madrid los días 23 y 24 de febrero de 2006, y cuyas actas están publicadas en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, ed. de G. Pisarello y R. G Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008. El debate, sobre todo con los teóricos de la ponderación de los principios, fue de nuevo suscitado por un artículo mío, «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista»: *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 2771-2816, trad. cast. de N. Guzmán, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»: *Doxa* 34 (2011), pp. 15 ss., seguido de las intervenciones de Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Mauro Barberis, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni, Alfonso García Figueroa, Andrea Greppi, Liborio L. Hierro, Francisco Laporta, José Juan Moreso, Giorgio Pino, Luis Prieto Sanchís, María Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Alfonso Ruiz Miguel y Pedro Salazar Ugarte (*ibid.*, pp. 55 ss.) y por mi réplica, «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», trad. cast. de F. Morales Luna (*ibid.*, pp. 311 ss.). Los términos del disenso se han precisado en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 155 ss., y, además, en mi «El constitucionalismo entre principios y reglas», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez: *Doxa* 35 (2012), pp. 791 ss., reproducido en parte en *La democracia a través de los derechos*. *El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, cap. III. La discusión prosiguió —en el debate promovido por Marina Gascón Abellán en la revista *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* 20 (2016)— con intervenciones de M. Atienza, A. García Figueroa y J. A. García Amado, en respuesta a la pregunta «¿Para qué sirve la teoría de la argumentación juridica?» (*ibid.*, pp. 14 ss., 22 ss. y 42 ss.) y de L. Ferrajoli, «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa. Contra el creacionismo judicial» (*ibid.*, pp. 64 ss.), seguidas de otras réplicas (*ibid.*, pp. 99 ss.). He vuelto sobre la cuestión con las siguientes intervenciones: «Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale»: *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica* 2 (2016), pp. 23 ss., polémica con el creacionismo hermenéutico; «Contro la giurisprudenza creativa»: *Questione giustizia*, número monográfico *Il giudice e la legge* 4 (2016), pp. 13 ss.; «Critica al creacionismo judicial», en *Justicia y proceso. Desafíos y tareas pendientes*, ed. de G. F. Priori Posada, Palestra, Lima, 2019, pp. 721 ss.; y *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Módena, 2018.

2. En este sentido, G. Pino, «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa»: *Rivista di Filosofia del diritto* 1 (2013), § 4, pp. 88 ss.; Íd., «Creatività dell'interpretazione giuridica?»: *Lo Stato* 18 (2022), pp. 163 ss., en particular, pp. 173 ss. Más en general, sobre la cuestión de la creatividad de la interpretación, véase por último: G. Pino, *L'interpretazione del diritto. Come un trattato*, Giappichelli, Turín, 2021, cap. X, pp. 199-216 y 333-350; E. Diciotti, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Módena, 2022. Sobre la ambigüedad semántica de la tesis «los jueces crean derecho» y de la tesis opuesta «los jueces no crean derecho», y sus diversas proyecciones prácticas y las diferentes concepciones de la jurisdicción que subyacen a ambas, siguen siendo iluminadoras las observaciones de G. R. Carrió, «I giudici creano diritto (Esame di una polemica giuridica)» [1961], en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milán, 1976, pp. 397 ss. y de E. Bulygin, «Sentencia judicial y creación del derecho» [1967], en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021, pp. 383-396.

3. En apoyo de esta extraña crítica, R. Guastini, «Creazionismo giudiziario?»: *Ragion pratica* 55 (2020), pp. 391 ss., cita y comenta los siguientes tres pasajes tomados de mi *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., los dos primeros de la p. 15 y el tercero de la p. 22: *i*) «Ciertamente los jueces, en estos años, han visto ampliarse enormemente [...] su discrecionalidad interpretativa. Pero, precisamente por esto, lo último advertible como necesario es autorizarles a crear nuevo derecho», y mi pregunta: «Afirmar que, de hecho, los jueces crean derecho ¿les autoriza o les invita a hacerlo?», mostrando así abiertamente que no distingue entre la legítima «discrecionalidad interpretativa» mencionada por mí y la ilegítima creación del derecho que él evoca; *ii*) «No será fácil y quizá ni siquiera posible identificar en abstracto el confín [entre ejercicio de discrecionalidad y creación], pero esta debe existir si se quiere que sea posible criticar como ilegítimas [...] las sentencias que consideramos carentes de base jurídica en las normas pre-existentes», a lo que sigue la pregunta:

«Aquel, aunque sea incierto confín, ¿existe de hecho o 'debe' existir por razones de derecho?». Obviamente existe, y ese «debe» solo quiere decir que hay que reconocerlo cada vez que criticamos una sentencia como infundada jurídicamente; o bien, de nuevo, aquel confín, según Guastini, ¿no debe ser reconocido porque no existe, al no existir, a su juicio, entre las dos cosas ninguna diferencia?; *iii*) «La tesis de la creatividad de la jurisdicción 'en sentido propio o fuerte', entendida como 'poder del juez de crear nuevo derecho más allá de la ley e incluso contra la ley [...] contradice claramente el principio de legalidad, el de sujeción de los jueces a la ley y el de separación de poderes'», a lo que sigue la pregunta: «Los jueces tienen prohibido crear, por tanto, ¿está por eso excluido que lo creen?». Y, más aún, confundiendo de nuevo (legítima) discrecionalidad interpretativa e (ilegítima) creación: «Luigi niega [...] la tesis empírica [...]: los jueces, entiende, no crean derecho». Pero yo no he dicho nunca una simpleza semejante, lo que he asumido como blanco polémico es, precisamente, el fenómeno de la ilegítima creación de derecho en sentido fuerte por parte de los jueces, en apoyo de la tesis, evidentemente no compartida por Guastini, de que ellos si, en cambio, se limitan a interpretar, no crean nuevo derecho.

4. «Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior normalmente es creación de otra inferior determinada por aquella. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero, al mismo tiempo es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto» (*Teoría general del derecho*, cit., primera parte, cap. XI, B, g, 1, p. 157). Kelsen había sostenido la misma tesis veinte años antes en «La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato» [1924], en Íd., *Il primato del Parlamento*, trad. it. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1982, § 2, F, pp. 88-89: «el acto jurisdiccional es posición, creación, producción del derecho al igual que el acto legislativo y ambos son solo dos grados del proceso de producción del derecho [...] Del mismo modo que la jurisdicción —contrapuesta por la doctrina de manera absoluta, en cuanto aplicación, a la legislación como creación del derecho— es también creación, la legislación es asimismo aplicación». He criticado esta homologación de legislación y jurisdicción —la sexta de las aporías identificadas por mí en la obra de Kelsen— en *La lógica del derecho*, cit., § 6.3, pp. 140-149.

5. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* [1934], en Íd., *Il primato del Parlamento*, cit., § 5-6, pp. 162-163.

6. *Ibid.*, § 7, p. 165.

7. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* [1960], trad. cast. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, § 46, p. 355.

8. Escribe Mario G. Losano: «sea *A* la norma que aplicar; sean a^1, a^2, a^3, ... *a*» sus posibles significados; si el juez emana una sentencia cuyo contenido es *b*, son dos las posibilidades: no se ha aplicado la norma *A*, y entonces estamos fuera de la interpretación de esta norma, o bien *b* es uno de los posibles significados de la norma *A*» («Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen» [1968], en R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1980, pp. 221-222).

9. Es la séptima aporía kelseniana que he criticado en *La lógica del derecho*. *Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, § 7.2, pp. 160 ss., y que es un corolario de la tesis de Kelsen de la no aplicabilidad de la lógica al derecho (*ibid.*, § 7.1, pp. 151 ss.), que se sigue, a su vez, de la cuarta aporía que he criticado y que consiste en la identificación de validez y existencia (*ibid.*, cap. IV, pp. 66 ss.), consecuencia, por su parte, de la ausencia de distinción conceptual de la norma respecto del acto normativo de voluntad que produce el enunciado del que ella expresa el significado (*ibid.*, § 4.1, pp. 77 ss.).

10. H. G. Gadamer, *Verità e método* [1960], trad. it. de G. Vattimo, Bompiani, Milán, ²1983, segunda parte, cap. II, § 2, b, pp. 370 y 382.

11. *Ibid.*, pp. 369-370: «El que 'aplica' la justicia», escribió Gadamer, «deberá, en el caso concreto, prescindir de la exactitud rigurosa de la ley. Pero cuando esto sucede, no es porque no pueda hacerse mejor, sino porque de otro modo no sería justo. Con esta separación de la ley no se producen 'reducciones' de la justicia, sino que, antes bien, se encuentra lo que es más justo. Aristóteles expresa esto del mejor modo en el análisis de la *epieikeia*, de la equidad, donde dice que la *epieikeia* es la corrección de la ley».

12. G. Zaccaria, «La giurisprudenza come fonte di diritto» [2007], en Íd., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 14.

13. *Ibid*. Véase también G. Zaccaria, «Il giudice e l'interpretazione» [2006], en Íd., *La comprensione del diritto*, cit., en particular las pp. 159-161, donde la sujeción del juez a la ley aparece recomendada como «obediencia pensante», que no debe transformarse «en arbitrio, en una alteración, sobre la base de poderes discrecionales, del dictado normativo [...] Una creatividad mal entendida [...] consistiría en la voluntad del juez de ir más allá del límite lingüístico introducido por el significado de las palabras de la ley [...] La creación hermenéutica, en suma, no solo no se concibe como producción *ex nihilo*; no solo es una circunstancia de producción subordinada a la ley, sino que se determina y desarrolla dentro de contextos textuales, institucionales y sociales que la condicionan, que fijan el radio de acción dentro del que puede producirse la decisión relativa al significado que debe atribuirse a la norma de carácter general en relación con el caso particular».
14. G. Fiandaca, «Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato», en Íd. (ed.), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padua, 1997, pp. 5, 6, 11 y14.
15. G. Fiandaca, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione», en E. Dolcini y C. E. Paliero (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 242; *ibid*., p. 241: «en efecto, reconocer la 'creatividad' jurisprudencial no quiere decir estar dispuestos a avalar la discrecionalidad interpretativa más lanzada y desenvuelta». Así también N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milán, 2017, pp. 40-41, que, aun sosteniendo la tesis creacionista, afirma que la jurisdicción «supone el precedente ejercicio» de la legislación, dada «la imposibilidad de proponer un resultado sin asumir en todo caso como elemento esencial [...] del procedimiento [...] un enunciado normativo, [...] con la consiguiente obligación del juez de justificar la decisión teniendo en cuenta tal presupuesto».
16. M. Vogliotti, «Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna»: *Quaderni fiorentini* 44 (2015), pp. 179 ss.; Íd., *Dove passa il confine? Sul divieto d'analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2011. He avanzado una crítica más analítica del enfoque hermenéutico y propuesto una reconstrucción alternativa del razonamiento judicial que preserva la centralidad del caso concreto y la sujeción del juez a la ley en «Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico», cit.
17. Me limito a recordar a R. Dworkin, *I diritti pressi sul serio* [1977], trad. it. de G. Rebuffa, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 90-121 [trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984]; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], trad. cast. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, cap. tercero, pp. 182 ss.; M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I; G. Zagrebelsky, *La ley y su justicia*, trad. cast. de A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, cap. 6, pp. 174 ss.
18. He criticado analíticamente este planteamiento en «El constitucionalismo principialista», cit.
19. M. Atienza, «Tesis sobre Ferrajoli»: *Doxa* 31 (2008), § 6, p. 215. Atienza desarrolla las mismas tesis con mayor amplitud en «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., § 5 y 6, pp. 144 ss., a lo que he respondido en «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», *ibid*., § 2 y 3, pp. 173 ss.
20. M. Atienza, «Tesis sobre Ferrajoli», cit., § 6, p. 215.
21. M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 9 [trad. cast. de C. Ochoa Pérez, *¿Jueces legisladores?*, Communitas, Lima, 2010). Se trata de una orientación creacionista en sentido débil, basada en la tesis de que «un cierto grado de discrecionalidad y por consiguiente de creatividad es inherente a toda interpretación», de manera que «el verdadero problema» es «el del *grado de creatividad* y de los *modos, límites* y *aceptabilidad* de la creación del derecho por parte de los tribunales judiciales» (*ibid*., p. 10). Y más adelante: «Un buen juez puede muy bien ser creativo, dinámico, 'activista', y mostrarse como tal; pero solo un mal juez actúa de la forma y el modo de un legislador; y, a mi entender, un juez que actuase de este modo simplemente dejaría de ser juez» (*ibid*., p. 64).
22. Paolo Grossi interpreta las transformaciones del derecho provocadas por la globalización como un retorno a «un derecho privado de los particulares»: «aquí no domina la validez. Sino su contrario, es decir, la efectividad [...] Efectividad significa esto: un hecho es tan funcional, tan adecuado a los intereses de los operadores económicos que estos lo repiten, lo observan, y no porque sea un espejo fiel de algo que está arriba, sino porque tiene en sí mismo una fuerza (y, si se quiere, una capacidad

persuasiva) que lo hace merecedor de observancia y, por consiguiente, de vida duradera. Aquí el filtro no existe ni debe existir: lo que cuentan son los hechos económicos; y cuentan tal como son: bastos, informes, cargados de escorias que las prácticas cotidianas depositan en ellos y que se consideran respetables porque, en su a-formalidad y plasticidad, pueden egregiamente responder a las variaciones del mercado según los distintos tipos y lugares» (P. Grossi, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en Íd., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milán, 2006, § 5, pp. 288-290).

23. P. Grossi, *Mitologie giuriciche della modernità*, Giuffrè, Milán, 2001.

24. P. Grossi, «Il diritto tra potere e ordinamento», en Íd., *Società*, cit., § 12, p. 195: «creo firmemente que estamos introduciéndonos en un tiempo histórico donde no puede sino agigantarse el papel de los juristas».

25. P. Grossi, «Aspetti giuridici della globalizzazione económica», en Íd., *Società*, cit., § 7, pp. 311-312: «Será necesario [que los juristas] desarrollen la conciencia de hombres de ciencia y de prácticas compartidas merced a la posesión de un cierto pensamiento, ciertos conocimientos, ciertas técnicas, y unidos por la certeza del valor óntico del derecho para la vida de una comunidad local o global»; que es un valor, para Grossi, de raigambre iusnaturalista: «Óntico es palabra gruesa, que puede parecer también oscura; solo quiero subrayar que el derecho no es para la comunidad humana ni un artificio ni una coartación; pertenece, en cambio, a su misma naturaleza y debe, por tanto, expresarla completamente».

26. Es la tesis sugerida ya por el título del libro de M. Atienza, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. Cf. en particular, pp. 33, 52-56, 214 y 222.

27. La concepción del derecho «como actividad» o como «práctica social», escribe, por ejemplo, Atienza, «significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo» (*El derecho como argumentación*, cit., p. 53).

28. Véanse, en este sentido, las páginas de M. Luciani, «Interpretazione conforme a Costituzione», en *Enciclopedia del diritto*, Annali, Giuffrè, Milán, 2016, vol. IX, pp. 391-476 y, en particular, pp. 402-403; Íd., «L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica»: *Questione giustizia*, 2019, pp. 16-43 y pp. 32 ss.; Íd., «Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)»: *Giurisprudenza costituzionale*, 5 (2012), § 3, pp. 3828 ss., que pone de relieve la indebida expansión de la jurisdicción generada por la pretensión de que los pronunciamientos judiciales tienen la naturaleza de fuente de derecho, por lo demás declarada infundada por la sentencia de la Casación Civil, Secciones Unidas, n.º 15144/2011, de 11 de julio.

29. *El Federalista* [1788], prólogo y trad. cast. de G. R. Velasco, FCE, México, ^{2}1957, § LXXVIII, p. 331. Hamilton añadirá, citando a Montesquieu: «la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas [...] mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo. Porque estoy conforme con que 'no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo'» (*ibid.*).

30. *Derecho y razón*, *Teoría del garantismo penal* [1989], trad. de P. Andrés Ibáñez. J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, cap. III, § 12.1-2, pp. 166-172.

31. *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 5.1, pp. 62-63. Los «irracionalistas» y los «escépticos», escribe Popper, son en realidad «verificacionistas» y «justificacionistas desengañados», que, al no poder demostrar la verdad absoluta de las tesis científicas, «estimulan, con su fracaso, la retirada al irracionalismo» (*Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* [1969], trad. cast. de N. Míguez y R. Grasa, Paidós, Buenos Aires, 1983, p. 279).

32. A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Turín, 2015, vol. I, pp. 184 y 186. Riccardo Guastini sostiene la misma concepción objetivista y puramente descriptiva de la ciencia y del conocimiento del derecho, en *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 439 y 442.

33. N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 36.

34. Un resultado similar, indudablemente creativo, puede alcanzarse solo a través de la que en *Derecho y razón*, cit., § 9.4, pp. 126-129 he llamado «heterointegración judicial de la lengua penal», habitualmente favorecida por la indeterminación de la figura de delito. Un ejemplo clamoroso de tal operación y un caso emblemático de creacionismo judicial abusivo ha sido, a mi juicio, la tipificación como delito de «amenaza a un cuerpo político» y su imputación a exponentes del estado y a exponentes de la mafia, de la hipotética negociación entre ellos, en el proceso seguido al efecto en

Palermo, que ha ocupado durante años las crónicas políticas y judiciales: un proceso cuyo principal efecto ha sido verter fango sobre las instituciones públicas. Contra esta absurda acusación de concurso en el mismo delito de los imputados mafiosos autores de las amenazas y de los exponentes estatales que serían destinatarios de ellas, ha escrito acertadamente A. Spataro, «Trattativa Stato-mafia, le accuse che spiegano la sentenza»: *La Repubblica* de 26 de septiembre de 2021. Sobre este asunto, véase también G. Fiandaca, «Lo sguardo del giurista», en G. Fiandaca y S. Lupo, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 69 ss.

35. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § IV, p. 121.

36. Para un análisis más detallado de las tres inferencias en las que se articula el razonamiento judicial, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 5.2, pp. 64-67.

37. *Teoría pura*, cit., § 45, e), p. 352. Las mismas palabras se repiten en *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit., § 6, p. 163.

38. *Teoría pura*, cit., § 46, p. 353.

39. Es el caso del art. 38,2 de la española Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, contradiciendo, a mi juicio, el principio de sujeción de los jueces «únicamente al imperio de la ley» enunciado en el art. 117 de la Constitución, establece que «las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional». Con el resultado paradójico de inmunizar frente a ulteriores recursos a las normas cuya inconstitucionalidad hubiera sido impugnada sin éxito: una suerte de paraconstitucionalización de hecho. Sobre esta cuestión remito a *La lógica del derecho*, cit., § 8.3, pp. 204-214 y a *La democracia a través de los derechos*, cit., § 2.6, pp. 75-79.

40. «El derecho de creación judicial es, por su naturaleza, un *case law*; difiere del derecho de creación legislativa porque es derecho creado a partir de un caso concreto, como *ratio decidendi* de una específica controversia» (F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 154).

41. R. Dworkin, *I diritti pressi sul serio*, cit., p. 97: «La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos contiene la previsión normativa de que el Congreso no limitará la libertad de palabra. ¿Esta es una regla en virtud de la cual si una ley limitase la libertad de palabra sería inconstitucional? Los que exigen que la Primera Enmienda sea 'un absoluto' dicen que debe ser entendida de este modo, es decir, como una regla. O, en cambio, ¿afirma simplemente un principio, de modo que cuando se descubriese una limitación de la libertad de palabra, sería inconstitucional si el contexto no evidenciase algún principio o alguna consideración de oportunidad política que en determinadas circunstancias sea lo bastante importante como para permitir la limitación? Esta es la posición de los que sostienen lo que se ha llamado el factor del 'peligro claro y actual' o alguna otra forma de 'ponderación'».

42. Volveré sobre este asunto en el § 4.1.3.

43. En apoyo de esta tesis, véanse mis *La democracia a través de los derechos*, cit., cap. III, en particular el § 3.4, pp. 108-111 y *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 3.5, pp. 162-167. He expresado la equivalencia entre 'reglas (o normas) deónticas' y la suma lógica de su posible observancia y de su posible inobservancia en *PiI*, § 4.7, pp. 230-231 y § 8.3, pp. 403-404, con los teoremas T4.66 y T8.35. De aquí se sigue que los derechos fundamentales —a excepción de los principios directivos mal formulados, como el derecho al trabajo o el derecho a la felicidad— en la medida en que sean posibles lo mismo su violación que su actuación mediante determinados actos, no son principios, sino reglas (*ibid.*, § 11.1, pp. 724-731, D11.1, T11.16).

44. R. Dworkin, *I diritti pressi sul serio*, cit., pp. 93, 94 y 96.

45. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, cap. 3, § I.2, p. 86.

46. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, cit., cap. I, § 1.2, p. 9. Mientras, añaden, «las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno», los principios son ponderables con otras razones o principios. Esta distinción de Atienza y Ruiz Manero entre «principios en sentido estricto» y «directivas» (*ibid.*, cap. I, § 1.3 y 2.2, pp. 5 y 14-15; cap. IV, § 4, pp. 140-141; cap. VI, § 2, p. 166) es en algunos aspectos similar a la que yo he propuesto entre principios regulativos y que son reglas, y

principios directivos. La diferencia consiste en el hecho de que los principios en sentido estricto de Atienza y Ruiz Manero, a diferencia de los aquí llamados «principios regulativos», no se comportan, a su juicio, como reglas, sino que son también ellos objeto de ponderación. Una confrontación entre las dos distinciones y las concepciones de las normas que les subyacen puede verse en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo*, cit., pp. 78-119.

47. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, ^{11}2018, cap. VI, pp. 110-111.

48. Sobre estos casos de solución en abstracto de los que, a mi juicio, son seudoconflictos, remito a *La democracia a través de los derechos*, cit., § 3.5, pp. 111-119.

49. Sentencias del Tribunal Constitucional español n.ºs 197/1991 y 336/1993.

50. J. Ruiz Manero, «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas': *Doxa* 35 (2012), pp. 822-823.

Capítulo IV

LA CRISIS DEL MODELO GARANTISTA DE LA JURISDICCIÓN PENAL

4.1. *El cambio de paradigma del derecho positivo y de la democracia consiguiente a la rigidez constitucional*

El modelo del garantismo penal hasta aquí ilustrado corresponde, en gran parte, al modelo normativo de la justicia penal diseñado en Italia por la Constitución republicana. Con esta se produjo un cambio de paradigma del derecho positivo: el paso del viejo estado legislativo al actual estado constitucional de derecho. Gracias a su rigidez, las constituciones de la segunda posguerra —la italiana, la alemana, la japonesa, la española, la portuguesa y después las nuevas constituciones latinoamericanas, también ellas nacidas de los *nunca más* a regímenes autoritarios— pusieron fin a ese último residuo de «gobierno de los hombres» representado en el estado legislativo por la omnipotencia del legislador y, con ello, del poder político. En efecto, pues también la política y la legislación quedaron sometidas al derecho: precisamente a ese sistema de límites y vínculos que corresponden, como garantías, a los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados.

4.1.1. *Dos dimensiones, una formal y la otra sustancial, de la democracia constitucional. El derecho ilegítimo*

Con la rigidez constitucional, hizo su aparición el *derecho ilegítimo* como contrario a la Constitución: una figura inconcebible en el estado legislativo, hasta el punto de ser considerada por Hans

Kelsen una «contradicción en los términos»[1]. En consecuencia, cambia la relación del juez con la ley. El juez está siempre sometido a la ley. Pero está dotado además de un poder de control sobre la constitucionalidad de las leyes: en Italia, los jueces ordinarios, del poder de objetar la ilegitimidad constitucional, y el juez constitucional, del poder de decidir su anulación.

Se trata de una verdadera revolución institucional, que, en las democracias constitucionales nacionales, ha completado el modelo del estado de derecho, que requiere la subordinación al derecho de cualquier poder, comprendido, pues, el legislativo, y excluye como inadmisible cualquier poder *legibus solutus*. De aquí se ha seguido una transformación estructural de la validez de las leyes, que ya no depende de la sola *conformidad* de los actos legislativos con las normas formales sobre su formación, sino también de la *coherencia* de las normas legales producidas con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.

Esta nueva complejidad de las condiciones de la validez generada por el paradigma constitucional, retroactúa sobre las condiciones de la democracia, conectadas a las condiciones de la validez por el nexo isomórfico que liga el sistema jurídico y el sistema político. Este nexo isomórfico consiste en la perfecta correspondencia entre las condiciones de la *validez jurídica* de las normas producidas y las de su *legitimidad política*. En la *democracia política* del viejo estado legislativo, la validez jurídica de las leyes, que eran las fuentes supremas del ordenamiento, coincidía con su existencia, vinculada, al igual que su legitimidad política, a su producción en las formas representativas establecidas por las normas sobre su formación, que diseñan la dimensión *formal* de la democracia. En la *democracia constitucional* la validez jurídica está, en cambio, determinada, no solo por la *conformidad* de las normas producidas con las formas representativas establecidas por las normas sobre su formación, sino también por su *coherencia* y por su *plenitud* en relación con los principios de justicia establecidos por las normas sustanciales de la constitución que, diseñan, a su vez, la ulterior dimensión *sustancial* de la democracia. Por consiguiente, gracias al paradigma

constitucional, tanto la validez como la democracia asumen dos dimensiones: de un lado, la *validez formal*, relativa a la *forma* de los actos legislativos, a la que corresponde la *dimensión formal* de la democracia, igualmente determinada por la forma representativa de tales actos, esto es, del *quién* y el *cómo* de su producción; del otro, la *validez sustancial*, relativa a su sustancia, es decir, a su coherencia y plenitud con respecto a las normas constitucionales, a la que corresponde la *dimensión sustancial* de la democracia, asimismo determinada por la sustancia de las normas producidas, o sea, por *lo que* ninguna mayoría puede decidir —la lesión de los derechos de libertad— o no decidir —la satisfacción de los derechos sociales—, equivalente a la que en el § 2.1 he llamado la esfera de lo no decidible[2].

Se entenderá cómo la posible y de hecho inevitable distancia entre el *deber ser* del derecho formulado por la Constitución y el *ser* efectivo de sus violaciones y de sus inactuaciones, está llamada a determinar amplios espacios de ilegitimidad sustancial en el derecho vigente y a abrir otros tantos espacios al papel crítico de la ciencia jurídica y, sobre todo, al poder de censura de los jueces: a la actividad de saneamiento legislativo de competencia de los Tribunales Constitucionales, pero también al control por parte de los jueces ordinarios, sujetos a la ley, salvo que la consideren inconstitucional, en cuyo caso están obligados a promover la correspondiente cuestión.

4.1.2. *La Constitución italiana hibernada en los primeros años de la posguerra*

Este nuevo modelo de derecho y de democracia tardó en afirmarse en el ordenamiento italiano, cuyo proceso de constitucionalización fue lento y accidentado. Disuelta, tras la Asamblea Constituyente, la vieja unidad antifascista, la conquista de la mayoría absoluta de escaños permitió a los partidos del gobierno aplazar la actuación de las normas constitucionales más relevantes en materia de instituciones[3]. Hasta 1956 y 1958 no fueron instituidos la Corte

Constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura. Y habría que esperar a 1970 para la ley del referéndum y la que dio vida a las Regiones.

Durante los años cincuenta la Constitución estuvo sustancialmente hibernada. En la cultura jurídica y política prevaleció el llamado principio de continuidad del estado, que se manifestó en la conservación del viejo personal administrativo, las viejas estructuras burocráticas y, sobre todo, el viejo aparato legislativo, revelándose todos ellos plenamente funcionales a las políticas conservadoras de los gobiernos democristianos[4]. La magistratura, formada enteramente durante el fascismo, dio vida en la primera posguerra a una jurisprudencia liberticida y abiertamente anticonstitucional, aplicando con extraordinaria indulgencia las normas contra los crímenes fascistas, sin considerar como «sevicias particularmente crueles» —la infeliz fórmula utilizada por la amnistía Togliatti de 1946 para justificar excepciones a su inaplicación— agresiones sexuales en grupo, palizas con resultado de lesiones, fracturas y torturas hasta el desvanecimiento[5]. A su vez, la iuspublicística de tradición liberal, todavía dominante en los primeros años de la posguerra, desarrolló una estrategia de contención de las normas más innovadoras de la Constitución, aislándolas en el cielo de los principios como una suerte de oropel político, poniendo así al Estado italiano contra su Constitución, considerada inidónea para menoscabar su vieja figura de entidad neutra e ideal, sustentada por una presunción apriorística de legitimidad.

Por otra parte, la legislación, a causa de la inercia reformadora de la política, no estuvo en modo alguno a la altura de su *deber ser* constitucional. Todavía siguen vigentes tres de los cuatro códigos emanados bajo el fascismo, y el único nuevo código, el procesal-penal entró en vigor a medio siglo de distancia del fascista, después de haber incorporado buena parte de la legislación de emergencia contra los delitos de terrorismo. En cuanto a la jurisdicción, su acción de congelamiento de la Constitución fue inmediata: a poco más de un mes de su entrada en vigor, la Corte de Casación, por

sentencia de 7 de febrero de 1948, declaró el carácter puramente «programático» de sus normas de principio[6].

4.1.3. *El papel desempeñado por la magistratura en la constitucionalización del ordenamiento italiano*

Pero fue, precisamente, la jurisdicción la que llevó adelante el proceso de constitucionalización del ordenamiento italiano. Desde su primera sentencia, de 5 de junio de 1956, la Corte Constitucional afirmó su competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución y acabó con la tesis del carácter «programático» de las normas constitucionales sustanciales, afirmando su carácter inmediatamente prescriptivo. Procedió además a un primer saneamiento del Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública de 1931, anulando el art. 113 sobre la necesidad de una autorización policial para la difusión de escritos o impresos en lugares públicos, que la Corte de Casación, precisamente sobre la base del carácter solo programático del art. 21 de la Constitución sobre la libertad de manifestación del pensamiento, había declarado legítimo por sentencias de 15 de abril y 12 de octubre de 1950. Así se puso fin a la vieja presunción de legitimidad del derecho vigente y a la neutralización de la Constitución debida a la vieja cultura paleopositivista a la sombra de los dogmas de la unidad, la coherencia y la plenitud intrínsecas del ordenamiento. En fin, se defendió la Constitución también de los asaltos de las leyes de revisión, a través de la afirmación, aunque fuera solo jurisdiccional, de la rigidez absoluta e inderogable de sus «principios supremos»[7].

Fueron, pues, los jueces de mi generación los que afrontaron con radicalidad la profunda divergencia entre el *deber ser* constitucional y el *ser*, todavía fascista en buena parte, de nuestra legislación. En los años sesenta, la magistratura italiana, según pude conocerlo en mis años de joven juez, era un cuerpo cerrado y separado, compuesto en un alto porcentaje por profesionales formados durante el fascismo y sustancialmente hostiles a la Constitución. El giro se produjo con el XII Congreso de la Asociación Nacional de

Magistrados, celebrado en Gardone del 25 al 28 de septiembre de 1965, en cuyas conclusiones se afirmó por unanimidad que «corresponde al juez, en posición de imparcialidad e independencia frente a toda organización política y todo centro de poder: 1) aplicar directamente las normas de la Constitución al hecho concreto controvertido cuando ello sea técnicamente posible; 2) someter al examen de la Corte Constitucional, incluso de oficio, las leyes que, en el momento interpretativo, no puedan ser reconducidas al dictado constitucional; 3) interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución que son los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal».

Con la opción de la Constitución como brújula fundamental de la actuación de los jueces, se inició también el proceso de democratización del orden judicial. Por Ley n.º 66/1963, de 9 de febrero, se estableció el acceso de las mujeres a la magistratura, producido en 1965. El 7 de julio de 1964 nació el grupo más activo en este proceso, Magistratura Democratica, cuya opción en apoyo de la Constitución frente a las viejas clausuras corporativas, equivale a la asunción del punto de vista de la sociedad y de sus desigualdades e injusticias. Tal fue, dijimos, el punto de vista expresado en el art. 3,2 de la Constitución sobre el «cometido de la República» de «eliminar los obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la igualdad y la libertad de los ciudadanos»: un punto de vista que identificamos con él, externo al ordenamiento, de los sujetos más débiles y explotados, de hecho las principales víctimas de las violaciones de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, determinadas por aquellos obstáculos. Esta y no otra fue la llamada «opción de campo» de Magistratura Democratica, que produjo tanto escándalo, y que no era sino la opción por el garantismo constitucional en todas sus dimensiones.

Más tarde, se produjo una ampliación multinivel de los sistemas jurídicos: la debida al desarrollo de una legalidad supraestatal, supraordenada a la legalidad de los estados nacionales, a la que correspondió la institución de jurisdicciones supranacionales, del

Tribunal Internacional de Justicia al Tribunal Penal Internacional, hasta los Tribunales Europeos de Estrasburgo y Luxemburgo. Así, la soberanía como *potestas legibus soluta*, disuelta como *soberanía interna* por la sujeción al derecho también de los supremos poderes políticos, legislativos y de gobierno, fue negada, aunque solo sea en el plano normativo, también como *soberanía externa*, gracias a la sujeción asimismo de los estados y de sus gobernantes al principio de la paz y a los derechos humanos establecidos en las distintas cartas internacionales. Lamentablemente, como se verá en el capítulo VIII, esta legalidad supraestatal ha permanecido larga y dramáticamente inefectiva por la falta de garantías idóneas para asegurar su respeto y actuación, y por la consiguiente distancia entre el *deber ser* del derecho diseñado por tales cartas y su *ser* efectivo consistente en sus sistemáticas violaciones. Pero aquella, de ser tomada en serio, impone una expansión del garantismo que va mucho más allá del modelo clásico del estado de derecho. En efecto, pues, como sostendré al final de este libro, tales cartas requieren un salto de civilidad que solo puede provenir de una constitucionalización de la globalización —o, lo que es lo mismo, de una globalización del constitucionalismo— y, por eso, de una ampliación del paradigma constitucional a todos los poderes, no solo estatales, sino también internacionales, no solo políticos y públicos, sino también económicos y privados, en garantía no solo de los derechos fundamentales, sino también de los bienes comunes de todos los seres humanos.

4.2. *El declive de la democracia constitucional en Italia: el crecimiento de las desigualdades y la confusión de poderes*

En estos últimos treinta años, luego del lento y difícil proceso de constitucionalización del ordenamiento, se ha producido en Italia un cambio profundo y regresivo del sistema político que ha afectado

tanto a las instituciones políticas de gobierno como a las instituciones judiciales de garantía. El cambio de las instituciones de gobierno ha sido determinado por una crisis de la política, que ha afectado a muchos otros países occidentales, pero que, en Italia, se ha manifestado con caracteres específicos, graves y perversos en muchos aspectos. Y, como reflejo de la crisis de la política y de las instituciones de gobierno, se ha seguido el cambio, también en sentido antigarantista, de las instituciones judiciales. Ambos cambios han sido inducidos por transformaciones profundas, generadas por la globalización de los mercados, pero no del derecho y de la política, producidas en la geografía de los poderes y en la fenomenología de sus agresiones a los bienes vitales de la naturaleza y a los derechos fundamentales de las personas.

A propósito de los cambios que han afectado en Italia a las instituciones políticas, se habla de paso de la primera a la segunda República. En realidad, se ha tratado de un terremoto político y social determinado por la acción conjunta de dos fenómenos: de un lado, la quiebra del viejo sistema político, desacreditado por las investigaciones sobre la corrupción, el fin de los viejos partidos de masas y la imprevista aparición de nuevas fuerzas políticas unidas por su tendencial identificación con un jefe; del otro, el giro liberista, inaugurado en Estados Unidos y en Inglaterra al inicio de los años ochenta y desarrollado en Europa, y en particular en Italia, con la creciente subordinación de la política a los grandes poderes económicos privados, con las medidas fiscales de desgravación de los ricos, y con las políticas antisociales de devaluación y precarización del trabajo y reducción de las garantías de los derechos a la salud, la educación y la asistencia.

En los primeros treinta años de la segunda posguerra se produjo en todo el Occidente, y particularmente en Italia, un enorme desarrollo de la riqueza, gracias también a su redistribución a través de una imposición fiscal fuertemente progresiva y al crecimiento del estado social y del bienestar: de la educación, la sanidad, la asistencia, las pensiones, los salarios, el empleo. Todo esto declina progresivamente en los decenios sucesivos. De ello son un espejo

significativo los cambios de los sistemas fiscales y el crecimiento de las desigualdades. En Estados Unidos se pasó de un impuesto con 26 tramos de los años 1965-1974, con un tipo mínimo del 14 % de la renta y uno máximo del 70 %, a los 7 tramos de 2022, con un tipo mínimo del 10 % y un máximo del 37 %. En Italia se pasó de los 32 tramos de los años entre 1974 y 1982, con un tipo mínimo del 10 % y uno máximo del 72 %, a los 4 tramos actuales introducidos en 2005, con tipos del 23, 33, 39 y 43 %[8], mientras que la derecha en el gobierno está ahora proyectando, en beneficio de los ricos, un tipo único y el fin sustancial de la progresividad del impuesto establecida en el art. 53 de la Constitución. Si después se consideran las condonaciones, los bonus, las derogaciones, las regalías[9] y, sobre todo, la enorme evasión —una suerte de gigantesco gravamen sobre la economía nacional— nuestro sistema fiscal resulta de hecho regresivo. También de aquí se sigue un crecimiento exponencial de las desigualdades[10]. En Estados Unidos, entre 1980 y 2014, la renta media anual del 1 % más rico de la población creció en más del doble, pasando de 469 403 dólares a 1 260 508 dólares, y la del 0,1 % casi se cuadruplicó, aumentando de 1 597 090 dólares a 6 087 113[11], mientras que en los mismos años se redujeron las prestaciones sociales y bajó la renta de los más pobres. En Italia, según el XXI Informe anual INPS (Instituto Nacional de Previsión Social), en los últimos 15 años el número de ciudadanos italianos en condiciones de pobreza absoluta se ha triplicado, pasando de 1,6 a 5,6 millones de personas, equivalente al 9 % de la población. Si se añaden las personas en condiciones de pobreza relativa, los pobres son 14 millones, casi un cuarto de la población del país[12].

Los cambios de estas dimensiones tienen múltiples causas, de las que aquí es imposible tratar. Me limitaré a identificar el factor institucional que ha favorecido mayormente estos fenómenos: la ausencia o la relevante atenuación, no solo en Italia, de tres separaciones de poderes que son la base del constitucionalismo profundo de toda democracia y que merecen ser analizadas, también porque su falta de actuación ha sido un factor no secundario del

desarrollo de la criminalidad del poder, del que hablaré en el § 4.3.2. La primera, entre funciones de gobierno y funciones de garantía primaria, está en la base de la dimensión garantista de la democracia constitucional. La segunda, entre funciones públicas y poderes económicos privados, está en la base de su dimensión social y sustancial, relativa al *qué*, es decir, a la sustancia de las decisiones políticas de las mayorías. La tercera, entre poderes políticos públicos y poderes sociales de los partidos, está en la base de su dimensión política o formal, relativa al *quién* y al *cómo*, esto es, a la forma de las decisiones mismas. Por efecto de la ausencia o del debilitamiento de estas tres separaciones —cuya instauración o restauración se propondrán aquí en el § 7.4.2— la política se ha distanciado de la sociedad y se ha subordinado a los poderes económicos y financieros, hasta invertir su papel: ya no las garantías de los derechos sociales de las personas a través de la equitativa redistribución de la riqueza, sino su sacrificio a los intereses y las presiones de los mercados.

4.2.1. *La falta de separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía primaria*

La primera separación, cuya ausencia, como se verá más adelante, es responsable de la insuficiencia y de la ineficiencia del gasto público social y de gran parte de los fenómenos de corrupción, es la que se da entre las funciones y las instituciones de gobierno, pertenecientes a la esfera discrecional de lo *decidible*, y las funciones y las instituciones públicas de garantía, pertenecientes, en cambio, a la esfera vinculada de lo *no decidible* (*que* o *que no*), es decir, a la esfera de lo que está prohibido o es obligatorio decidir. En virtud de la articulación del estado de derecho según la tripartición de poderes teorizada hace casi tres siglos por Montesquieu, según he recordado en el § 2.1, ha sucedido que las únicas funciones de garantía separadas de los poderes políticos han sido las judiciales, aquí llamadas *de garantía secundaria*, mientras que las funciones e instituciones *de garantía primaria*, como la sanidad y la educación,

desconocidas para la experiencia jurídica del siglo XVIII, al no poder situarlas en el ámbito del poder legislativo o del judicial, no obstante su papel de garantía de los derechos de todos y por eso su legitimación antimayoritaria, se han desarrollado bajo la dependencia del poder ejecutivo.

Es por lo que el estado social, no solo en Italia, se ha construido, no según las formas del estado social de derecho, sino conforme a las del estado social burocrático bajo la dependencia del poder político, como fruto de una producción caótica y aluvial de leyes, reglamentos, institutos y prácticas administrativas que se han injertado, deformándolas, en las viejas y elementales estructuras del estado liberal, pensadas para un paso atrás de la esfera pública y no, en cambio, como requiere el estado social, para un paso adelante. De aquí ha resultado una situación de sustancial incertidumbre del derecho que ha sido el mejor terreno de cultivo de la ilegalidad y del arbitrio. En la Italia de las cien mil leyes, la legalidad ha acabado por perder gran parte de su capacidad reguladora. No garantiza al ciudadano, del todo indefenso en el laberinto legislativo y burocrático en el que se ve constreñido a actuar. No vincula sino débilmente y a veces irracionalmente la actividad, cada vez más masiva y multiforme, de la administración pública. Deja igualmente espacios incontrolables, no solo a las violaciones minúsculas, sino también a la gran corrupción. Hace pesar la miríada de normas penales, desconocidas para los ciudadanos, como una oscura amenaza sobre sus libertades. Favorece una adicción a la ilegalidad difusa y a veces necesitada de miles de obstáculos burocráticos, que debilitan el sentido cívico del derecho y ofrecen coartadas y cobertura al mal hacer de cualquier nivel y dimensión. Sobre todo, en ausencia de autonomía financiera y de órganos de autogobierno, las instituciones y las funciones de garantía primaria quedan expuestas a las cambiantes vicisitudes de las funciones políticas de gobierno, a su vez dependientes de las vicisitudes de los mercados, por efecto del desvanecimiento de la segunda separación.

4.2.2. *La falta de separación entre funciones políticas públicas y poderes económicos privados*

La falta o el debilitamiento de esta segunda separación —entre poderes políticos y poderes económicos, necesaria para la construcción y el desarrollo de la dimensión social sustancial de la democracia— es un fenómeno no solo italiano, provocado por la globalización de los mercados. La asimetría de la que se ha hablado en el § 2.4 entre el carácter global de la economía y el capital financiero y el carácter todavía estatal de la política y del derecho, ha determinado la inversión de su relación. Ya no son los estados los que dictan reglas al mercado, en garantía del trabajo, de los bienes comunes y de la competencia entre empresas, sino las grandes empresas las que ponen a los estados a competir a la baja privilegiando, para sus inversiones, a aquellos en los que se pueda explotar mejor el trabajo, devastar el medio ambiente, corromper a los gobiernos y bajar los impuestos, que su presión ha conseguido obtener en todo el mundo con la consiguiente reducción de los gastos sociales.

En suma, el estado nacional soberano —tras de haber sido exportado en todo el planeta con los procesos de descolonización y haber alcanzado, en los ordenamientos avanzados, su perfeccionamiento democrático con el constitucionalismo rígido— se ha sometido a los dictámenes de los mercados globales, transformados en verdaderos soberanos absolutos, además invisibles, anónimos, impersonales e irresponsables, frente a los cuales los gobiernos se sienten mucho más responsables que ante sus electores. De la propagación y el afianzamiento de las políticas liberistas, se ha seguido un ulterior crecimiento de la desigualdad y la pobreza: los ricos son cada vez más ricos, los pobres siempre más pobres. Privatizaciones de servicios públicos en beneficio de las grandes empresas, desregulaciones y reducciones de impuestos, restricciones del gasto social y de las correspondientes garantías, reducción de los derechos de los trabajadores y de los salarios, precarización y explotación paraesclavista del trabajo, maximización

de los beneficios, tolerancia con la evasión fiscal, libertad de destrucción y saqueo de los bienes comunes, desarrollo industrial incontrolado y ecológicamente insostenible, son los efectos de este gobierno salvaje de la política por parte de los grandes poderes económicos y financieros que ha reducido en gran medida ambas dimensiones de la democracia.

En Italia, la confusión de poderes públicos y privados ha asumido un carácter aún más penoso y devastador. Se ha evidenciado en la directa conquista de las funciones de gobierno por parte del hábil y desaprensivo emprendedor televisivo que durante casi veinte años reunió en sus manos el poder político, el poder económico y el poder mediático. El llamado «conflicto de intereses» en el vértice del estado —en realidad la primacía de los intereses privados sobre los intereses públicos— se manifestó así en una suerte de regresión al estado patrimonial premoderno. Eliminada la separación entre corruptor y corrupto, entre poder económico y poder político, la corrupción se hizo en parte superflua al haber sido sustituida por la directa gestión pública de los negocios personales del jefe en todos los sectores de su interés: de la abolición del impuesto de sucesiones a la defensa de su monopolio televisivo, de la depuración de las voces discrepantes en los medios de comunicación a la compraventa de votos en el Parlamento, hasta la edificación de un verdadero *corpus iuris ad personam* dirigido a paralizar los procesos seguidos contra sus actividades ilícitas[13], merced a una legislación informada en un *garantismo del privilegio* que ha desacreditado la idea misma del garantismo. Así, la representación se ha vaciado en sus dos dimensiones y significados: ante todo, la *representación jurídica* de las instituciones públicas, como establecen los arts. 1394 y 2390 y siguientes del Código Civil, incompatible con el conflicto de intereses entre representante y representado; en segundo lugar, la *representación política* de los electores, perjudicada por su sistemático condicionamiento por el cuidado preeminente de los intereses personales del representante.

Es como se ha desarrollado un «derecho penal de la desigualdad»[14]: mínimo para los poderosos, máximo para los

débiles. Piénsese, en Italia, solo en la Ley Cirielli n.º 251/2005, de 5 de diciembre, que introdujo un aumento masivo de pena para los reincidentes, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, simultáneamente con la reducción de los plazos de la prescripción, destinada, sobre todo, por la complejidad de las investigaciones y lo aguerrido de las defensas, a los procesos por corrupción, cohecho, malversación y quiebra. O bien, en la reciente Ley n.º 199/2022, de 30 de diciembre que, mientras que ha agravado las condiciones de la cárcel dura, ha excluido su aplicación a los delitos de corrupción y malversación. De este modo, privilegios y discriminaciones, ostentados en el vértice del estado, han provocado una masiva deseducación civil y un distanciamiento de la sociedad respecto de la política.

4.2.3. *La falta de separación entre poderes públicos institucionales y poderes sociales de los partidos*

La tercera separación arrollada por la crisis ha sido la que está en la base de la dimensión política o formal de la democracia, entre los poderes públicos expresados por las instituciones representativas y los poderes sociales que en el pasado se ejercían a través de los partidos políticos. Al haberse separado los partidos de la sociedad, fundiéndose con las mismas instituciones políticas, han decaído la distinción y la alteridad entre representantes y representados que forman el presupuesto elemental de la representación política. En los primeros decenios de la historia republicana, la democracia italiana fue construida por los grandes partidos de masas, arraigados en la sociedad, cohesionados por fuertes culturas políticas, caracterizados por programas de gobierno alternativos y, por eso, protagonistas y no solo mediadores de los conflictos de clase, como entonces se decía, y de la construcción del estado social. A comienzos de los años noventa, a causa de múltiples factores que aquí solo cabe apuntar —el descrédito de la política debido a los procesos por corrupción, la revolución en las formas de comunicación, la caída del comunismo soviético, el vacío programático que caracteriza a todas

las fuerzas políticas, su subordinación a los mercados, el afianzamiento de la demagogia y la hegemonía cultural de la ideología liberista— el entero sistema de partidos perdió la relación con sus viejas bases sociales, constituidas no solo por los millones de los inscritos y de los militantes, sino también por el consenso de la gran mayoría de la población italiana.

Esta desmovilización social de los partidos y su identificación con las instituciones electivas ha dejado a la sociedad sin representación. Al desvanecerse su papel de mediación representativa entre instituciones y sociedad, en el plano social, los partidos han dejado de ser organizaciones de la representación política y se han reducido a la condición de apéndices de su líder. Sin arraigo en la sociedad, perdidos el soporte y la legitimación proveniente de sus bases sociales, sustituidas por las clientelas, se han transformado en grupos de poder al servicio de sus jefes y se han identificado con las mismas instituciones representativas, resultando, por la ausencia del control social de los inscritos y los militantes, aún más expuestos a la corrupción y las malas prácticas. Se los ha llamado justamente «partidos personales»[15], caracterizados, ya no, como los viejos partidos, por identidades colectivas determinadas por intereses y valores comunes, por culturas políticas compartidas y por la concurrencia de los afiliados a «determinar la política nacional», como requiere el art. 49 de la Constitución italiana, sino solo por las identidades, más bien por las imágenes televisivas de sus dirigentes, compitiendo en la conquista del consenso de los espectadores. Es como, gracias a la personalización de los partidos y a las nuevas formas espectaculares e invasivas de la comunicación política, se han formado las bases del populismo, que consiste, precisamente, en la relación orgánica y directa entre jefes y pueblo, concebido este como un todo indiferenciado. La abolición de la financiación pública de los partidos, sustituida por el financiamiento privado, directo y con más frecuencia indirecto y en cualquier caso motivado por la expectativa de favores indebidos, ha completado su integración y subordinación a los potentados económicos, produciendo el efecto de que con las elecciones resultan de hecho elegidos, no solo los

candidatos, sino sus financiadores, en busca de leyes y políticas fiscales favorables.

Aun cuando distintas, estas tres mutaciones y confusiones de poderes se han revelado aliadas y convergentes. De un lado, las culturas y las prácticas liberistas al promover, en ausencia de límites, la precariedad de las relaciones de trabajo, han disgregado a los tradicionales sujetos colectivos, empezando por el movimiento obrero, minando la igualdad en los derechos sociales, las solidaridades colectivas y las formas de la representación política, ofreciendo así las bases electorales a los actuales populismos. Del otro, las políticas populistas, han hecho, a cambio, otro favor, oponiéndose, en nombre de la defensa de la soberanía nacional, a todas las formas de integración supranacional, de la Unión Europea a las Naciones Unidas, capaces de imponer límites a los mercados. Por otra parte, los conflictos de intereses y, en particular, el control de los medios de comunicación, han servido para conquistar el consenso electoral, invocado a su vez para legitimar como queridos por el pueblo los mismos conflictos de intereses y cualquier otro tipo de mal hacer en el vértice del estado. Es como el connubio entre populismos y liberismo ha dado vida a dos sistemas de poder perversos: el de los poderes privados del mercado y el de los poderes políticos de gobierno, unos y otros incapaces de soportar límites y controles, pero el segundo, inevitablemente, subordinado al primero. En Italia, en el vacío político creado a la izquierda, se han sucedido varios gobiernos populistas, cada cual peor, hasta el populismo posfascista, actualmente en el poder, que ha inaugurado la XIX legislatura con iniciativas ostentosamente iliberales y antisociales: el ataque a la libertad de reunión; los obstáculos opuestos al salvamento de los náufragos y luego al atraque en los puertos italianos de las naves que les han salvado la vida; la vergüenza del estado de emergencia y la reducción de las medidas de protección para hacer frente al drama de los migrantes; las exenciones y las ventajas fiscales en favor de los ricos y las medidas contra los subsidios a los pobres; el ataque a la unidad de la República con el proyecto de autonomía regional diferenciada; la

reducción del gasto sanitario y el aumento del gasto militar bajo la presión de los *lobbies* de las armas; la negativa de la inscripción en el Registro Civil de los padres no biológicos y la consiguiente limitación de los derechos civiles de los niños nacidos de parejas homosexuales; la agresión a los fiscales que investigan sobre personas del área de gobierno y el retorno de la confrontación con la magistratura.

Semejante degeneración de los poderes —los económicos y los políticos, ambos intolerantes de la legalidad y de la separación de poderes— no podía dejar de provocar el control judicial de sus ilegalidades. Este papel fue clamorosamente inaugurado en Italia por las causas milanesas de los primeros noventa conocidas como Mani pulite, que contribuyeron poderosamente a la caída del viejo sistema político que, por su corrupción sistemática, se había revelado incompatible con un poder judicial independiente, mientras tanto, desarrollado gracias a su progresiva constitucionalización. Esto dio lugar a una extraordinaria popularidad de la magistratura, simultánea con el descrédito de los partidos y de las mismas instituciones de gobierno y, consecuentemente, a causa del ya ininterrumpido control judicial de legalidad sobre las ilegalidades de los poderes, al largo, extenuante conflicto entre justicia y política, que sigue vigente. Con efectos ambivalentes: de un lado, la reafirmación de la legalidad violada y por eso de los principios del estado de derecho, pero, del otro, una impropia centralidad y legitimación política asumida por la jurisdicción penal y una pesada involución de esta de tipo corporativo y antigarantista.

4.3. *La actual transformación de la cuestión criminal*

La ausencia o la pérdida de vigor de las tres separaciones de las que se ha tratado hasta aquí y, por otra parte, los procesos de globalización de la economía, no solo han provocado un debilitamiento de nuestras democracias. También han determinado

un cambio profundo de la cuestión criminal que, sin embargo, no ha dado lugar, como habría sido necesario, a una correlativa transformación de la cuestión penal.

4.3.1. *La expansión de los aparatos burocráticos y los espacios abiertos a la corrupción*

En el viejo estado liberal y legislativo decimonónico, el papel del estado era mínimo: tutor del orden público interno a través del derecho penal y de la regularidad de los tráficos mediante el derecho civil, uno y otra garantizados por las jurisdicciones penal y civil, ambas destinadas únicamente a los ciudadanos. El desarrollo del estado social —con las correspondientes funciones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, de la educación a la sanidad y a la asistencia pública, confiadas al poder político junto con los correspondientes gastos sociales y no a autónomas y separadas instituciones de garantía primaria— se produjo con una inevitable expansión de los aparatos burocráticos, una implicación de la clase política, un consiguiente incremento de las ilegalidades de los poderes públicos y un correlativo crecimiento del contencioso-administrativo y de la jurisdicción penal. Violaciones de la ley, abusos de poder, corrupciones, cohechos, malversaciones, prevaricaciones y fraudes en perjuicio del estado crecieron de manera vertiginosa con el aumento exponencial de la intervención de las funciones de gobierno en la esfera de las prestaciones económicas y sociales. Obviamente, la construcción del estado social, con el crecimiento de la esfera pública, produjo un extraordinario progreso de la democracia en sentido sustancial. Y, no obstante, la falta de separación entre funciones administrativas de gobierno y funciones administrativas de garantía primaria, en Italia como en gran parte de las demás democracias, llevó consigo, junto al desarrollo, más de un estado social burocrático que del estado social de los derechos, el coste de un relevante ilegalismo de los titulares de los poderes públicos.

Las investigaciones judiciales, comenzando por la megacausa de los primeros años noventa sobre lo que se llamó Tangentopoli, sacaron a la luz un sistema de poderes políticos y de poderes económicos ilegales, ocultos, política y económicamente irresponsables, que prosperaron gracias a la inefectividad del derecho y a su larga y sistemática impunidad[16]. Formas incluso relevantes de ilegalidad y de corrupción son, ciertamente, ineliminables y, en alguna medida, fisiológicas en toda democracia. Nunca se vivirá en un mundo deónticamente perfecto. Pero, más allá de una cierta medida, la cantidad se convierte en calidad. Cuando la ilegalidad de la política y de la administración pública, según lo acreditaron las investigaciones judiciales de hace treinta años y como perdura en Italia y en tantos otros países, se transforma en sistema de gobierno, lo que hay no son simples fenómenos criminales, sino una profunda lesión de la democracia y del estado de derecho, cuya vigencia real presupone la sumisión a la ley de los poderes públicos, la responsabilidad de sus titulares y la transparencia de sus comportamientos. Lo que emergió fue, pues, la existencia de una suerte de doble estado, es decir, de un infraestado oculto, crecido tras la fachada legal y representativa del estado visible, organizado en centros de poder invisibles con sus propios códigos y sus exacciones parafiscales, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y favorecido por el sentido de la normalidad y la convicción de la impunidad.

En este aspecto, el mérito histórico de la magistratura italiana fue, sin duda, haber reafirmado el valor de la legalidad, o sea, el principio de subordinación a la ley de los poderes públicos en el que se apoya no solo el estado de derecho, sino también la democracia, que quiere decir igualdad frente a la ley, representatividad, visibilidad y responsabilidad de las funciones públicas, ausencia de poderes ocultos, de dobles verdades, dobles estados, dobles códigos de comportamiento y dobles niveles de acción política y administrativa. Se trató, dadas sus dimensiones, de un nuevo papel de la jurisdicción con respecto al pasado, cuando la represión penal estaba destinada únicamente a los ciudadanos comunes, mientras

que el poder político gozaba de hecho, como el soberano del *Ancien Régime*, de una suerte de inmunidad. Es claro que este nuevo papel de la jurisdicción —el control sobre los delitos de los poderosos bajo la enseña de los principios de igualdad y legalidad y del de obligatoriedad de la acción penal— fue posible solo gracias a la total independencia del poder judicial respecto del poder político, madurada en los años setenta y ochenta.

4.3.2. *La disminución de la vieja criminalidad individual y el crecimiento de la criminalidad de los poderosos*

Aquellas investigaciones, junto con las relativas al crimen organizado, tanto terrorista como mafioso, hicieron evidente la profunda transformación experimentada en estos últimos decenios en la fenomenología de la cuestión criminal. La criminalidad que hoy amenaza en la mayor medida a bienes y derechos fundamentales, contrariamente a lo que propagan las campañas en materia de seguridad, no es ya la tradicional delincuencia de carácter individual, y menos aún la vieja criminalidad de la calle, debida a sujetos desviados prevalentemente marginados. Basta pensar en la caída de este tipo de delincuencia documentada en Italia por las estadísticas criminales. El número de homicidios está en constante disminución desde hace más de un siglo: 309 en 2022, gran parte de los cuales consistieron en feminicidios, 1938 en 1991, una media anual de 3819 en los años veinte del siglo pasado y más de 4000 en los últimos veinte años del siglo XIX, cuando la población italiana era casi la mitad de la actual[17]. Y esto porque, como se hará ver en el § 7.4.3, Europa es el lugar de menor circulación de armas y mayor garantía de los derechos sociales. También han disminuido las violencias sexuales, las lesiones e incluso los hurtos, a pesar de haberse reducido notablemente su cifra negra, es decir, la falta de denuncia de unos y otros.

La que, en cambio, ha crecido y es cada vez más lesiva para los derechos, la democracia, el medio ambiente y el futuro mismo de nuestro planeta es, seguramente, la *criminalidad de los poderosos*:

un fenómeno ya no marginal ni excepcional, como lo es la criminalidad tradicional, sino inscrito, con posiciones de poder, en el funcionamiento normal de nuestras sociedades[18]. Sería útil desarrollar la reflexión teórica, además de la indagación empírica, sobre las diversas, múltiples formas de la criminalidad del poder: analizar, descomponer, inventariar y clasificar sus diferentes tipos y formas, identificar sus rasgos comunes, las distintas clases de poder subyacentes y sus relaciones, de un lado, con los poderes legales, del otro, con la criminalidad ordinaria. Distinguiré tres tipos: en primer lugar, los *poderes criminales*; después, los *crímenes de los poderes*, es decir, de los poderes públicos y de los grandes poderes económicos y financieros; en fin, los *crímenes de sistema*, de las devastaciones medioambientales a las violaciones de los derechos fundamentales por omisión, no abordables mediante el derecho penal, pero más catastróficos para la humanidad que todos los delitos en su conjunto, de los que hablaré en el último capítulo. No se trata de tres fenómenos criminales netamente distintos y separados, sino de actividades interrelacionadas por las colusiones, hechas de complicidades y de recíproca instrumentalización, entre poderes criminales, económicos e institucionales.

La primera de estas tres formas de criminalidad del poder —los *poderes criminales*— es la del crimen organizado: la gran criminalidad de las mafias, las camorras y el terrorismo, unas y otro desarrollados en dimensiones globales. Ciertamente, la criminalidad organizada ha existido siempre. Pero hoy ha experimentado un desarrollo transnacional y ha adquirido una potencia militar, un peso financiero y una capacidad de condicionamientos políticos sin precedentes, hasta el punto de haberse convertido en uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía mundial. Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico: los máximos enriquecimientos criminales se producen a través de la explotación de las personas más pobres. Piénsese en los beneficios colosales generados por el narcotráfico, mediante el reclutamiento masivo de la mano de obra criminal —correos, pequeños traficantes y

vendedores— de los sectores sociales más marginados. Piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra, sobre todo, entre las personas con mayores carencias y más fanatizadas. En todos estos casos, las organizaciones criminales explotan las condiciones de miseria, necesidad, ignorancia y marginación social de las personas a las que usan. En efecto, también la criminalidad organizada presenta una estratificación de clase: la pequeña criminalidad —los pequeños traficantes y los ejecutores— es empleada y explotada por la gran criminalidad y expuesta por esta a la represión penal; mientras que los jefes, organizadores y mandantes, los que obtienen, mediante aquella, gigantescos beneficios, permanecen habitualmente ocultos e impunes, a veces tranquilamente integrados en las clases dirigentes.

La segunda forma de criminalidad de los poderosos es la de los *crímenes del poder*, cometidos por los grandes *poderes económicos* transnacionales y los *poderes públicos*, políticos y administrativos, a veces asociados mediante las distintas formas de corrupción, apropiación de bienes públicos y devastación del medio ambiente. La criminalidad de los poderes económicos, al igual que la de los poderes abiertamente criminales con los que a menudo entra en relaciones de complicidad, es favorecida por el vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, que caracteriza a la globalización. También esta se funda en la máxima explotación de la pobreza: las grandes empresas multinacionales tienden a transferir sus producciones a los países más pobres, que por su estado de indigencia y la corrupción de las clases dirigentes están más dispuestos a consentir devastaciones medioambientales, daños en la salud de las poblaciones, explotación de los recursos naturales, ausencia de derechos y garantías en materia de trabajo. En cuanto a la criminalidad de los *poderes públicos*, sus múltiples manifestaciones son un signo no solo, como todos los fenómenos criminales, de desviación social, sino también, repito, de desviación institucional. En efecto, pues las distintas formas de corrupción, cohecho y apropiación de la cosa pública, antes que infracciones del derecho penal, son lesiones de todos los principios de la democracia.

Peores todavía son los *crímenes contra la humanidad* —de las detenciones ilícitas a las torturas y las desapariciones de personas cometidas, en los países atrasados, por las fuerzas policiales— a los que hay que añadir la variada fenomenología de la *eversión desde arriba* por obra de organizaciones ocultas y golpistas, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años sesenta y setenta del siglo pasado e intentadas también en Italia por asociaciones como Gladio y la logia P2 con el apoyo de los servicios secretos[19].

Hay, en fin, un tercer tipo de desviación, del que hablaré más en detalle en el capítulo VIII: la que he llamado *criminalidad de sistema*. Se trata de violaciones masivas de bienes comunes y derechos fundamentales con daño para pueblos enteros y a veces para toda la humanidad, que, perteneciendo a la fenomenología de la criminalidad del poder, no pueden tratarse con el derecho penal: el calentamiento climático y la contaminación global de los mares y el aire, que sufren, sobre todo, los países pobres, aunque sean producto del desarrollo insostenible de los países ricos; las guerras, como la de agresión de Rusia contra Ucrania, que crea el riesgo de desatar un conflicto nuclear sin vencedores ni vencidos, y después la tragedia de la guerra de Israel contra Gaza en respuesta a los crímenes sangrientos cometidos por Hamás; la carrera hacia el rearme de las mayores potencias, como si no bastasen los miles de cabezas nucleares existentes en el planeta, y el crecimiento ininterrumpido del gasto militar en estos últimos años; la producción y el fácil acceso a las armas, que anualmente provocan centenares de millares de homicidios y accidentes; el crecimiento de las desigualdades y de la pobreza y la muerte cada año de millones de personas por falta de alimentos básicos, agua potable y fármacos esenciales; la explotación salvaje del trabajo; el drama, en fin, de masas crecientes de migrantes que huyen de estas tragedias para, cuando no pierden la vida en sus terribles odiseas, encontrarse con la opresión racista debida a sus personales identidades diferentes.

Hay cuatro aspectos relativamente nuevos de estas formas de criminalidad del poder que las hacen gravemente amenazadoras

para nuestro futuro, también porque el derecho, como se verá en los últimos capítulos de este libro, no se ha llevado a su altura. En primer lugar, el hecho de que estas, a diferencia de la criminalidad de la calle, no se cometen por sujetos débiles y marginados, sino por sujetos poderosos, normalmente integrados en el sistema político y económico; en segundo lugar, su tendencial alianza e integración al no existir entre ellas una rígida separación, sino una tupida red de intereses compartidos, complicidades y colusiones; en tercer lugar, su natural desarrollo en formas tendencialmente globales, debido a la mundialización de las comunicaciones y de la economía no acompañada de la correspondiente mundialización del derecho y de sus técnicas de garantía; en cuarto lugar, su tendencial impunidad e invisibilidad, que se manifiesta en la construcción oculta de una suerte de infraderecho, con sus propias reglas y códigos crecidos por debajo del estado de derecho y de los ordenamientos constitucionales.

4.3.3. *El control judicial de la criminalidad de los poderes y el conflicto entre el mundo de la justicia y el mundo de la política*

Esta mutación de la criminalidad ha determinado justamente una fuerte expansión del papel de la jurisdicción penal, un enorme aumento del poder de los jueces y, a veces, una reducción de las garantías. Al crecimiento del poder judicial, que refleja un fenómeno mundial, han contribuido además las distintas concepciones creacionistas de la jurisdicción que, como se ha visto en el capítulo precedente, contradicen sus dos fuentes de legitimación, es decir, su papel prevalentemente cognoscitivo y la garantía de los derechos de las personas. Es difícil valorar la incidencia de estas concepciones sobre la práctica efectiva de los procesos. Pero es innegable que, gracias a que son ampliamente compartidas, sirven para avalar y estimular el protagonismo y el arbitrio de los magistrados.

Esta expansión del judicial en el control de las ilegalidades de los otros poderes, mientras no ha estado acompañada de una reducción

de la intervención penal contra la criminalidad de la calle, ha revelado la debilidad de la cultura garantista de la magistratura. Sumándose a la desconfianza popular en la política y en las instituciones de gobierno generadas por los escándalos, tal debilidad ha determinado una general reducción de la credibilidad de la esfera pública: de un lado, el desarrollo de la anti-política en la sociedad, que es el principal caldo de cultivo del populismo, y la deslegitimación de todos los partidos, de gobierno y de oposición y, como reflejo, de las mismas instituciones representativas de la democracia política; del otro, la concepción de la justicia penal como lucha contra la criminalidad, las frecuentes violaciones de las garantías, el crecimiento del corporativismo judicial, los abusos y los arbitrios de muchos magistrados y con ello la reducción de las fuentes de legitimación de la propia jurisdicción.

De forma imprevista, en los años noventa del siglo pasado, junto con la pérdida de legitimación política de los partidos y de las instituciones representativas se desarrolló una impropia legitimación popular del ministerio fiscal, opuesta a la aquí ilustrada en el capítulo II y grávida de perversiones de la práctica judicial y del sentido común[20]. El episodio que inauguró este cambio fue la aparición en televisión, el 14 de julio de 1994, de todos los magistrados del *pool* de Mani pulite, que amenazaron con pedir el traslado a otros destinos, en el caso de que llegase a convertirse en ley un decreto ley que excluía la prisión preventiva únicamente para los delitos de corrupción y cohecho. La reacción de la opinión pública impidió la conversión del decreto. Pero los costes de aquella indebida invasión de campo, favorecida por la impropia legitimación popular, fueron una involución creciente de las relaciones entre magistratura y política, y la asunción de una progresiva centralidad por la cuestión penal.

A partir de entonces, en la izquierda, cesó totalmente la crítica de las actuaciones de los jueces, sustituida por una adhesión incondicionada bajo la enseña del extraño principio del respeto y la confianza apriorística en la magistratura. Simultáneamente crecieron las agresiones a los mismos jueces por parte de las derechas,

mientras tanto, en los veinte años de berlusconismo, golpeadas por innumerables procesos por corrupción y apropiación de la cosa pública. La cuestión justicia se convirtió así en el mayor tema de debate y de división política. Las investigaciones sobre la criminalidad de los poderosos, por un lado, desencadenaron las críticas de los afectados y de las fuerzas políticas alineadas en su apoyo y, por otro, difundieron en gran parte de la opinión pública, y más aún dentro de la magistratura, la idea del poder judicial como poder bueno, por oposición a un poder político corrupto e ineficiente. En aquellos años, gracias también al poderoso apoyo de los medios de comunicación y a la desmovilización social e intelectual de la izquierda, nació la actual derecha italiana, compuesta de fuerzas políticas heterogéneas —cultores de la evasión fiscal con desprecio de las reglas y de la esfera pública, movimientos identitarios de carácter regional e incluso secesionista, viejos partidos posfascistas, nacionalistas y autoritarios, en busca de revanchas y de legitimación—, y, sin embargo, cohesionados por el común interés en coaligarse determinado por los absurdos sistemas electorales mayoritarios, por la necesidad de encontrar enemigos —los migrantes, el fisco, la Unión Europea— en apoyo de su débil, incierta y confusa identidad. Por otra parte, la popularidad adquirida por la jurisdicción penal promovió el activismo, el protagonismo y el narcisismo de muchos magistrados, hasta la pérdida de la imparcialidad y de la predisposición a la duda, que es uno de los principios de la deontología judicial. Se ha tratado de actitudes autolesivas. La historia de estos últimos treinta años ha mostrado la precariedad de la popularidad de los fiscales adquirida con sus investigaciones, y el carácter ilusorio y destinado al fracaso de la tentación de sustituir la legitimación garantista por la legitimación impropia del consenso popular, que mina en la raíz la credibilidad de la jurisdicción, su imparcialidad y su independencia.

Así pues, dos procesos paralelos y opuestos —en la política y en la justicia— que no podían dejar de provocar las confrontaciones entre política y magistratura, derecha e izquierda, magistrados y abogados que desde hace más de treinta años afligen a Italia. De un lado, el

crecimiento de la corrupción pública, que sigue siendo alimentada, si no ya por la convicción, sí seguramente por la pretensión de impunidad; del otro, el aumento, no solo del sentido de la independencia de los jueces, sino también de su arrogancia y a veces de su arbitrio. Entre las dos cosas —poderes ilegales e independencia de la magistratura— hay claramente una incompatibilidad estructural. Solo profundas reformas, capaces de desburocratizar la esfera pública y de garantizar las tres separaciones de los poderes ilustradas en el parágrafo precedente, lograrían, como haré ver en el § 7.4.2, reducir la criminalidad de los poderes públicos y, al mismo tiempo, refundar lineamientos garantistas del estado constitucional de derecho.

4.4. *Tres factores de crisis del garantismo penal: A) El colapso del principio de estricta legalidad penal*

En Italia, la crisis del garantismo penal, como se verá en este y en el próximo capítulo, hunde sus raíces, además de en los procesos de los que se ha hablado hasta aquí, en tres específicas involuciones de la política y de la legislación: *a*) el colapso del principio de estricta legalidad penal, del que trataré en este parágrafo; *b*) el populismo penal, al que se dedica el § 4.5; y *c*) el desarrollo de procedimientos *ante delictum*, al que me referiré en el § 4.6.

4.4.1. *La inflación legislativa*

Se ha visto, en el § 1.3, que la verificabilidad y la falsabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias dependen de la taxatividad y de la precisión de la lengua legal. Como se dijo entonces, esta condición elemental de la cognición jurisdiccional representa la primera garantía de los ciudadanos: de su libertad, frente al arbitrio judicial, y de su igualdad frente a las distintas y a veces opuestas interpretaciones admitidas por los textos normativos, debido a su

imprecisión y su indeterminación. El desvanecimiento de esta condición es el primer factor de la crisis del garantismo penal, manifestada en la degradación de la estricta legalidad, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.

En el primer aspecto, en Italia como en muchos otros países, la crisis es el fruto del desarrollo de una sobreproducción de leyes especiales que se cuentan ya por decenas de miles; hasta el punto de que la Corte Constitucional italiana, en su Sentencia n.º 364/1988, debió archivar como irreal el clásico principio de que la *ignorantia legis* no excusa. Se calculan en más de 35 000 las figuras de delito esparcidas por una legislación aluvial[21]. Gran parte de esta inflación legislativa se debe al abuso de los decretos de urgencia, sin que generalmente concurran las razones de necesidad y urgencia requeridas por el art. 77,2 de la Constitución italiana[22] y en sustancial contraste con la finalidad, claramente asociada a la reserva absoluta de ley en materia penal por el art. 25 del propio texto fundamental, de que sea el parlamento el encargado de la producción de normas destinadas a incidir en la libertad y la reputación de las personas.

Al respecto, con una expresión acuñada en referencia al derecho civil por Natalino Irti[23], se habla de descodificación penal. Pero el fenómeno, en materia penal, es totalmente distinto e incomparablemente más grave. En primer lugar, porque en el derecho penal se ha desarrollado de formas aún más masivas que en el derecho civil. «Parto de un dato de experiencia», declaró hace ya cuarenta años Francesco Galgano: «la 'primacía' que, de hecho, ha conseguido el derecho penal, en relación con otras partes del ordenamiento jurídico y, desde mi punto de vista, con respecto al derecho civil»; una primacía, añadió, que se ha manifestado en la «exigua extensión de las reformas civiles frente a la incesante proliferación de las normas incriminadoras», en el «retraso del frente de las reformas civiles sobre los temas de la condición de la persona y de la propiedad y, por el contrario», en «una expansión del derecho penal en el terreno de la economía»[24].

En segundo lugar, en el derecho civil, la descodificación ha correspondido al desarrollo de un sistema normativo policéntrico, articulado en una pluralidad de subsistemas diferentes —familia, sucesiones, arrendamientos, contratos agrarios, relaciones de trabajo y similares— cada uno de los cuales refleja una autónoma racionalidad, hasta el punto de justificar su disciplina mediante distintas leyes orgánicas, de modo que, más que de crisis de la legalidad, debería hablarse de una mayor diferenciación funcional y de una más completa articulación interna de la razón civilista. Nada semejante puede decirse, en cambio, para la descodificación penal, que se ha manifestado como pura y simple deriva inflacionaria de la legislación especial; que en modo alguno ha reproducido el modelo de las leyes especiales en materia civil descrito por Irti, idóneo para refundar de manera relativamente autónoma y, justamente, orgánica y completa enteros microsistemas o subsistemas de intereses. Por el contrario, esta se ha desarrollado según una línea exactamente opuesta, la de la emergencia, que ha informado una miríada inorgánica de leyes y disposiciones: leyes de excepción o, en el mejor de los casos, «leyes ocasionales», como las llamó Francesco Carrara[25], dirigidas una y otra vez a exorcizar los problemas con su valor simbólico y propagandístico. El resultado ha sido la declaración en quiebra de la legalidad penal pronunciada por la ya recordada sentencia de 1988 que debió admitir que la ignorancia de las leyes puede ser excusable al resultar en muchas ocasiones inevitable.

En tercer lugar y, sobre todo, los costes de la descodificación penal, son incomparablemente mayores que los de la descodificación civil, por el distinto papel de la codificación y del principio de legalidad, en el derecho civil y en el derecho penal. El derecho civil es esencialmente una producción de los particulares, expresión de sus poderes de autonomía negocial, a los que la ley tiene la función de imponer límites y vínculos. Por el contrario, el derecho penal es enteramente producto del estado como máxima expresión de su potestad normativa. Por eso, en materia penal, el principio de legalidad y la codificación, tienen un papel exactamente opuesto al desempeñado en materia civil: el de límite jurídico, no ya a los

poderes privados en la tutela de intereses públicos, sino a las potestades públicas, policiales y judiciales, en garantía de las libertades privadas de los ciudadanos frente al arbitrio.

4.4.2. *El desorden del lenguaje de las leyes*

A la inflación legislativa se ha añadido una creciente indeterminación del lenguaje de las leyes. Este es el segundo aspecto de la crisis de la ley penal: la vaguedad, la oscuridad, la tortuosidad y a veces la contradictoriedad de los textos legislativos, los artículos divididos en decenas de apartados cada uno de los cuales puede ocupar páginas enteras, las innumerables remisiones a artículos de otras leyes y los interminables e intrincados laberintos normativos en los que cualquier intérprete corre siempre el riesgo de perderse[26]. La claridad del lenguaje, vale la pena recordarlo, es el obvio presupuesto, no solo de la observancia de las leyes, sino del carácter cognoscitivo del juicio. Como ya escribió Thomas Hobbes, no sabremos nunca que cierto hecho es un hurto si la ley no nos dice exactamente qué es el hurto[27]. Verificación y falsación fáctica suponen, en efecto, la verificabilidad y la falsabilidad jurídica. Podemos verificar que Ticio ha cometido un hurto si disponemos de una definición relativamente taxativa del hurto. Pero no podemos verificar ni falsar que Ticio ha cometido actos obscenos o subversivos o que una persona es peligrosa, dado que estas figuras son del todo indeterminadas y no admiten juicios de verdad, sino juicios éticos, políticos o estéticos, ni verdaderos ni falsos.

Se entiende cómo semejante crisis de la legalidad, además de comprometer la capacidad reguladora de la ley y con ello la dimensión política de la democracia, es un potente e indebido factor de expansión del poder judicial y de crisis del estado de derecho. Todas las garantías penales —la taxatividad, la lesividad del hecho, la materialidad de la acción y la culpabilidad del autor—, de las que dependen la verificabilidad y la falsabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias, resultan, en efecto, trastornadas por la deriva inflacionista de la legislación, por la oscuridad y prolijidad de las

leyes, y por el consiguiente caos normativo. Este desorden de la legalidad contradice la separación de poderes, oscurece los confines entre política y jurisdicción, favorece sus recíprocas invasiones de campo, mina de raíz la obligatoriedad de la acción penal, constriñendo a la formulación *extra legem* de «criterios de prioridad», y abre espacios incontrolables de incertidumbre, discrecionalidad y a veces de despotismo a la iniciativa y al juicio penal, debilitando y en ocasiones comprometiendo su función de averiguación de la verdad procesal. Además, las normas oscuras e incomprensibles favorecen a los poderosos, que gracias a sus costosas defensas siempre pueden eludirlas y plegarlas a sus intereses, y perjudican a los más débiles, destinados a sufrirlas en toda su posible dureza.

Las razones de esta inflación de las leyes y de esta indeterminación semántica del lenguaje legal son múltiples: la incapacidad del legislador de escribir las leyes en un lenguaje comprensible; el desprecio por los ciudadanos y por los operadores del derecho; la compilación de muchas leyes en los ministerios por parte de burócratas predispuestos a construir sádicos rompecabezas. Y luego la incapacidad de la política y de la legislación de prevenir y afrontar las violaciones de la ley con instrumentos distintos del derecho penal: por la ineficiencia de la administración pública; por el valor simbólico asociado, en la opinión, a la sanción penal como factor de estigmatización de cualquier violación de la ley; en fin, por el populismo penal que, como se verá en el § 4.5, ha hecho de las leyes sobre la seguridad frente a la criminalidad el principal instrumento de conquista del consenso electoral.

4.4.3. *La crisis de la legalidad penal como crisis del estado de derecho*

La crisis de la legalidad se ha unido a la crisis de la política, que es su causa, y a la crisis de la jurisdicción, que es su efecto. En Italia, con una larga serie de efectos regresivos: el descrédito de la política y con ella de los partidos, convertidos en las instituciones más

impopulares de la República; el desarrollo de los populismos, primero el berlusconismo, después el de la Liga, el de Renzi, el de Grillo y el posfascista; la sustitución de las competencias técnicas y de la razón jurídica y política por la demagogia, favorecida por la despersonalización y el vaciamiento de la representación; la impropia legitimación política de la magistratura, proveniente del consenso popular y agravada por su no menos impropia connotación como institución de defensa de la moral pública; el protagonismo, en particular, de los fiscales estrella, favorecido por su relación con los medios de comunicación; en fin, la actitud culpabilizadora de la opinión pública, y su inclinación a la sospecha y al prejuicio de esta clase, alimentados por una prensa solo interesada en difundir noticias sensacionalistas.

Pero, sobre todo, son devastadoras las consecuencias de la crisis de la legalidad penal sobre las libertades fundamentales y sobre la calidad del estado de derecho. «La libertad del ciudadano», escribió Montesquieu, «depende principalmente de que las leyes penales sean buenas»[28]. Solo si las leyes penales preestablecen con claridad lo que está prohibido y castigado, las personas son libres de constricciones e imposiciones arbitrarias. Es el viejo principio ciceroniano *omnes legum servi sumus uti liberi esse possimus*[29], que será transcrito en el art. 5 de la *Déclaration* de 1789: «Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que la ley no prescribe». Y la noción de libertad política como libertad negativa —como derecho a hacer todo lo que no está expresamente prohibido por la ley y de no hacer todo lo que la ley no prescribe— que une a toda la tradición ilustrada, de Hobbes a Locke, de Montesquieu a Voltaire y a Diderot, de Beccaria a Pagano[30].

Es claro que una legalidad desordenada como la producida por la deriva inflacionista y por la disfunción del lenguaje penal, equivale a una pesada hipoteca sobre la libertad de las personas, entregada por ella al arbitrio interpretativo de los jueces. Sobre el principio de legalidad penal como predeterminación taxativa de los comportamientos punibles, se basa además la igualdad de los

ciudadanos ante la ley, es decir, la exclusión de tratamientos diferenciados debidos a interpretaciones opuestas de los mismos textos normativos. En fin, sobre el principio de legalidad se fundan la sujeción de los jueces a las leyes, la separación de poderes, la independencia del poder judicial y, en democracia, la misma representatividad política del legislador. En efecto, pues una legislación pletórica, confusa, equívoca y contradictoria, carece de aptitud para establecer los límites del poder judicial, impidiéndole la invasión de la esfera de los otros poderes, y menos aún puede ser concebida como expresión de la voluntad política de la mayoría parlamentaria. En suma, el principio de estricta legalidad es el arquitrabe de cualquier sistema democrático y garantista.

4.5. *B) El populismo penal y la cuestión seguridad*

El segundo, no menos grave, factor de crisis del paradigma garantista ha sido el populismo penal; entendiéndose con esta expresión el uso demagógico y coyuntural del derecho penal, dirigido a reflejar y alimentar el miedo como fácil fuente de consenso a leyes manifiesto, tan ineficaces a los fines de la prevención de los fenómenos criminales como iliberales y promotoras de un derecho penal máximo, desigual, clasista y gravemente lesivo de los derechos fundamentales[31].

4.5.1. *La inseguridad imaginaria y la fábrica del miedo*

Son muchas y todas perversas las razones que hacen, de la seguridad y de las inútiles medidas securitarias, el terreno privilegiado de las campañas populistas del miedo, cuyos únicos efectos son la regresión cultural en materia de garantías en la opinión pública, en la política y en la jurisdicción, y una grave deformación de nuestro ordenamiento penal.

La primera razón es el consenso masivo obtenido mediante campañas de desinformación sobre la seguridad dirigidas a aterrorizar a la opinión pública. Como resulta de las cifras recogidas en el § 4.3.2, Italia, pero también gran parte de los países europeos, está entre los lugares más seguros del mundo. Y, no obstante, ha aumentado la sensación de inseguridad a causa de la enorme distancia entre percepción y realidad. En el pasado, la crónica negra ocupaba las últimas páginas de los periódicos. Hoy los telediarios se abren con el último homicidio. Por eso, los medios de comunicación tienen un papel decisivo en la fabricación y la difusión del miedo, que son por completo construcciones mediáticas. Si todos los trescientos homicidios que se producen cada año en Italia se cuentan en televisión, si sobre cada uno de ellos se producen debates e investigaciones periodísticas, si, luego, los correspondientes procesos son objeto de seguimiento en todas sus fases, la sensación será la de vivir en la jungla. Pero es precisamente este miedo y esta demanda de castigo lo que el populismo quiere provocar y después interpretar y satisfacer[32].

La segunda razón que alimenta el populismo penal es la tendencia a la culpabilización presente en la opinión pública. Las garantías no forman parte de la cultura de masas. En la percepción corriente, los imputados no se perciben como inocentes, sino como culpables. El sentido común tiene normalmente necesidad de lanzarse sobre chivos expiatorios. El garantismo no es popular y esto le basta al populismo para rechazarlo como un lujo de almas bellas. Naturalmente, este rechazo equivale a una paradoja. El garantismo no es solo un sistema de límites y vínculos al poder punitivo, tanto legislativo como judicial, en garantía de las libertades de las personas frente a puniciones excesivas o arbitrarias. Es, antes aún, un sistema de reglas racionales que garantizan, tanto como sea posible, la averiguación de la verdad procesal y, por consiguiente, la eficiencia del sistema judicial en el castigo de aquellos de cuya culpabilidad se haya alcanzado una prueba adecuada. Pero, precisamente, esta racionalidad no es compartida ni comprendida por gran parte de la opinión pública, que tiene una concepción de la

justicia penal como justicia sumaria, basada en la tendencial presunción de culpabilidad de los sospechosos, y aspira en todo caso a la detención y el castigo de cualquier malaventurado. Y esto le basta al populismo para convertirse en cauce y representación de esta irracionalidad.

La tercera razón que hace políticamente ventajosas las campañas populistas sobre la seguridad es el mensaje clasista que promueven y divulgan: el cambio del significado tanto de la palabra criminalidad como de la palabra seguridad. La criminalidad, la verdadera criminalidad, la que atenta contra la «seguridad» y que es necesario prevenir y perseguir, es solamente, según este mensaje, la de la calle: no, por tanto, las infracciones de los poderosos —corrupciones, malversaciones, falsedades contables, fondos negros y ocultos, fraudes fiscales, reciclajes, y menos aún las guerras, los crímenes de guerra y las devastaciones medioambientales—, sino solo los robos, los hurtos de automóviles o en viviendas y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, parados, personas marginadas, las únicas concebidas, todavía hoy, como «clases peligrosas»[33]. La seguridad, a su vez, en el léxico de las campañas populistas, ya no designa la seguridad social, es decir, la garantía de los derechos sociales y por eso la seguridad del trabajo, la salud, la previsión social y la supervivencia. Menos aún la seguridad de las libertades individuales frente a los arbitrios policiales o judiciales, de la que hablaba Montesquieu[34]. Tampoco significa seguridad frente a las catástrofes provocadas por el calentamiento climático y la amenaza de posibles explosiones nucleares. Solo «seguridad pública» declinada en las formas del orden público y las exasperaciones punitivas y no en las propias del estado social de derecho. Es un mensaje que vale para secundar, en la opinión pública, el reflejo clasista y racista de la estigmatización de los pobres, los negros, los inmigrantes como virtuales delincuentes; para satisfacer y, por así decir, compensar el sentimiento difuso de la inseguridad social generado por las políticas de reducción del *welfare* y de desmantelamiento del derecho del trabajo; para movilizar este sentimiento y esta rabia contra el

desviado y el diferente, preferiblemente de color y extracomunitario. Con dos efectos regresivos: el primero es la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la represión penal pudiera producir mágicamente el cese de la delincuencia; el segundo es la eliminación del horizonte de la política de las políticas sociales de inclusión, ciertamente bastante más costosas y comprometidas, pero también las únicas capaces de incidir, reduciéndolas, sobre las causas estructurales de la desviación criminal. También en este aspecto el miedo se revela como un enorme recurso del poder. Las políticas populistas, construyendo y demonizando enemigos internos y externos, contra los cuales se acreditan como garantías de seguridad, y fundando en la defensa frente a ellos la cohesión social y el consenso político, extraen del miedo el consenso y la legitimación política que no tendrían a causa del vacío de políticas sociales. Frente a estas ventajas, poco importa que el miedo solo produzca efectos criminógenos: la ruptura de los vínculos sociales, el desarrollo de la hostilidad y la sospecha, la difusión del odio, la marginación social de los desviados y de los migrantes, cuyo tratamiento como enemigos es el mejor modo de convertirlos efectivamente en enemigos.

4.5.2. *Un populismo penal extremo: el derecho penal del enemigo*

Esta concepción de los desviados como enemigos es hoy un potente recurso del populismo penal y alimenta sus vocaciones iliberales y autoritarias. Junto a la intolerancia con los diferentes y al desprecio por los desiguales, asimismo concebidos como enemigos, ofrece las bases sociales y el fundamento político de todos los populismos, que obtienen su legitimación de los enemigos y fundan sobre ellos las identidades colectivas de las que se proponen como expresión. Las identidades enemigas pueden ser las más diversas —nacionales, religiosas, políticas, étnicas o culturales—, señaladas como tales solo por ser diferentes de la propia identidad, asumida como normal y al mismo tiempo normativa: enemigos internos que se conjuran y

enemigos externos, como los extranjeros, los demás estados o las instituciones internacionales; enemigos en lo alto, representados por las élites y enemigos por abajo representados por los migrantes y los sujetos desviados; enemigos identificados con los precedentes gobiernos y enemigos identificados con las oposiciones. Siempre la creación de un enemigo, preferiblemente presentado como inferior, es un factor precioso del consenso de la opinión pública, que vale para corromper y al mismo tiempo para compactar en apoyo de medidas autoritarias e iliberales; también porque señalar a las personas más débiles y oprimidas un enemigo común, aún más débil y oprimido que ellas, es el modo más eficaz de homologarlas y gratificarlas.

En todo el mundo, la obra maestra ideológica de las derechas y la fuente de su éxito han consistido en la inversión de la dirección del conflicto social promovido por ellas: no ya la lucha contra las desigualdades, sino la lucha contra las diferencias; no la aversión, sino la admiración por los ricos y los poderosos, unida a la aversión por los pobres y los explotados; no la batalla del que está abajo contra el de arriba —los obreros contra los patronos, los débiles contra los fuertes—, sino la del que está abajo contra el que lo está todavía más: los migrantes, los pobres, los marginados, los desviados, los delincuentes de la calle y de subsistencia. Estos son los enemigos ideales para el populismo político, promotor de un derecho penal que enfatiza la inseguridad como emergencia cotidiana, como nueva, primaria demanda social y por eso la negación del garantismo, que no conoce enemigos, sino solo ciudadanos.

Alimentado por esta demanda drogada de castigo, se explica el éxito del modelo, estigmatizado por Beccaria en el pasaje citado en el § 1.6.1, del juez «enemigo del reo» y del proceso penal «ofensivo» como lucha contra los criminales, que contradice las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción. Es el modelo explícitamente teorizado como «derecho penal del enemigo» por el penalista Günter Jakobs[35]. La fórmula es ambigua, pudiendo entenderse tanto en sentido descriptivo como en sentido

prescriptivo. En sentido descriptivo designa una perversión antijurídica, es decir, la adopción de prácticas punitivas y represivas —piénsese en las persecuciones de los discrepantes en regímenes despóticos como los de Turquía y Egipto, pero también en las jaulas de Guantánamo y en las torturas de Abu Ghraib— que remiten a sistemas de despotismo punitivo de infausta memoria: el esquema estalinista del «enemigo del pueblo», el modelo penal nazi del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*) y, antes aún, la figura del «delincuente nato» de Cesare Lombroso y la de los «irrecuperables» de Franz von Liszt[36]. Estas prácticas comparten con estos viejos modelos la centralidad asignada, no ya al delito, sino al delincuente, concebido, además, según la lógica de la guerra, como enemigo que suprimir o aislar más que juzgar. Piénsese en el *Patriot Act* estadounidense, emanado el 26 de octubre de 2001, tras de las matanzas de las dos Torres del 11 de septiembre, que permite investigaciones secretas, registros e interceptaciones policiales, violaciones de la privacidad, detenciones de sospechosos por tiempo indeterminado, sin imputación ni asistencia legal, procesables por tribunales militares secretos, e incluso el poder del presidente de Estados Unidos de emitir órdenes coercitivas contra personas u organizaciones que considere implicadas en actividades terroristas[37]. A la inversa, esta misma obsesión punitiva se ha manifestado recientemente en la consideración, no solo de los criminales como enemigos, sino de los enemigos en guerra como criminales[38].

Es esta confusión entre criminal y enemigo, entre derecho penal y guerra lo que indica el verdadero significado, prescriptivo, del proyecto de un «derecho penal del enemigo», sostenido por Jakobs porque destinado, a su juicio, a salvar lo que él ha llamado «derecho penal del ciudadano». En este segundo significado la fórmula propone y acredita la perversión belicista y terrorista de al menos una parte del derecho penal. Esta es en realidad un oxímoron, una contradicción en los términos. Equivale, de hecho, a la negación del derecho penal y de todas sus garantías[39], dado que el investigado, el imputado o el condenado, una vez concebidos como enemigos, no merecen imparcialidad ni comprensión. En efecto, pues la figura del

enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho, como el derecho es la negación de la guerra. Ya que, en el estado de derecho, el criminal no es un enemigo y el enemigo no es un criminal, y solo la incultura populista, el odio identitario y el espíritu de venganza han permitido la confusión entre las dos figuras. Además, la fórmula, puesto que concuerda plenamente con las vocaciones autoritarias del populismo penal, ha acabado por acreditar una estrategia selectiva de control penal dotada de una extraordinaria capacidad expansiva. Concebida inicialmente con los delitos de terrorismo y de mafia como única referencia, ha manifestado una ilimitada capacidad de contagio y de corrupción del imaginario penalista, en dirección de los más variados sectores de la fenomenología criminal: cualquier crimen organizado, la pedofilia, el tráfico de drogas, hasta incluir los atentados contra la seguridad provenientes de la pequeña delincuencia de la calle y de subsistencia y hasta la inmigración irregular y clandestina.

4.5.3. *El populismo penal contra los migrantes*

Los migrantes, en efecto, son los enemigos ideales para la demagogia populista, a causa del latente racismo que induce a percibirlos como personas inferiores, ontológicamente ilegales y a hacer aceptable cualquier desgracia que pueda afectarles, incluida la muerte. Ya que el racismo es el efecto, más que la causa, de las opresiones y las violaciones institucionales de los derechos humanos de los que aquellos son víctimas: es la «condición», escribió lúcidamente Michel Foucault, «que hace aceptable dar muerte» a una parte de la humanidad[40]. En efecto, pues solo el racismo, con resignación o con indiferencia, hace tolerable que millares de personas percibidas como «diferentes» se ahoguen anualmente en el Mediterráneo —26 000 en el último decenio—, que decenas de miles sufran internamientos sin otra culpa que la de sus desgracias y que millones de personas mueran cada año en los países pobres por falta de agua potable, comida o fármacos esenciales.

En Italia, como en otros países europeos, este racismo se ha desarrollado en dos planos institucionales: en el legislativo, en contraste con la Constitución republicana y, en un escalón todavía más bajo, en el de las prácticas judiciales, administrativas y policiales, en contraste con las leyes. El creciente racismo de la legislación se ha expresado en un nuevo método legislativo: el desarrollo, a partir de una primera ley base, de una serie ininterrumpida de leyes —por lo general, decretos leyes— que han ido agravando y hecho más inhumanas las restricciones de los derechos de los migrantes, tachados de delincuentes, rechazados en las fronteras, privados de su dignidad, constreñidos a la clandestinidad, reducidos a la condición de no-personas.

Este progresivo avance de la barbarie se inició con la Ley Turco-Napolitano n.º 40/1998, de 6 de marzo, que introdujo la detención administrativa de los migrantes —sobre cuya contradicción con la Constitución volveré al final del § 4.6.3— en el caso de incumplimiento de las resoluciones de expulsión[41]. Prosiguió con la Ley Bossi-Fini n.º 189/2002, de 30 de julio, que transformó en regla la excepción de la detención coactiva, estableciendo la inmediata ejecutividad de las resoluciones de expulsión, aun cuando hubieran sido impugnadas, determinando así una enorme dilación de esta restricción de la libertad[42]. Se agravó con el Decreto Ley n.º 241/2004, de 14 de septiembre, convertido en la Ley n.º 271/2004, de 12 de noviembre que, en respuesta a la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 222/2004, que había impuesto el juicio contradictorio con derecho de defensa para la convalidación de la expulsión, atribuyó la competencia correspondiente a los jueces de paz, con el presupuesto evidente de que la libertad y la dignidad de los emigrantes no merecen incomodar a la magistratura ordinaria. Se cargó de explícitas connotaciones racistas con el Decreto Ley n.º 92/2008, de 23 de mayo, convertido en la Ley n.º 125/2008, de 24 de julio, que introdujo para todos los delitos la agravante de la condición de extranjeros irregulares de sus autores, declarada inconstitucional por la Sentencia de la Corte n.º 249/2010 y, sobre todo, con la Ley n.º 94/2009, de 15 de julio, quizá la más torpe de la

historia de la República, que, además de triplicar la duración máxima de la detención introdujo, con el art. 10 *bis*, el delito de ingreso y estancia ilegal en el territorio del Estado, criminalizando así la condición de inmigrante clandestino. De este modo, después de las leyes racistas de 1938, ha hecho su reaparición en Italia la figura de la *persona ilegal*, cuya penalización choca, no solo con el valor de la dignidad de las personas, sino también con los principios de lesividad y culpabilidad, dado que la falta o también la pérdida del permiso de residencia por parte de un extranjero, por ejemplo, a raíz de un despido, no son actos dañosos y menos aún culpables, de no considerarse un daño y una culpa su existencia irregular en Italia[43]. La agresión a los migrantes continuó luego con la Ley n.º 129/2011, de 2 de febrero, que extendió los presupuestos de la detención administrativa elevando la duración en algunos casos hasta los dieciocho meses. Siguió una breve inversión de tendencia: en diciembre de 2013 la competencia del Garante Nacional de los Detenidos se extendió también a los CIE y la duración de 18 meses de detención administrativa se redujo a tres meses por la Ley n.º 161/2014, de 30 de octubre[44]. Pero la espiral represiva se reanudó con el Decreto Ley Minniti n.º 13/2017, de 17 de febrero, convertido en la Ley n.º 46/2017, de 13 de abril, que extendió la hipótesis de la detención y, sobre todo, redujo las garantías procesales en materia de reconocimiento del estatus de refugiado, sustituyendo la presencia del interesado y el juicio contradictorio por un trámite formal y aboliendo la posibilidad de impugnar las resoluciones denegatorias[45]: de nuevo, la vida de un migrante que pide asilo, esto es, la tutela de un derecho fundamental, para nuestro legislador, vale menos que los intereses lesionados por la condena a una pena pecuniaria. En fin, la competición de inhumanidad fue ganada por el gobierno siguiente que, con el ya citado Decreto Ley Salvini n.º 113/2018, de 4 de octubre, además de introducir varias medidas punitivas, abolió, salvo en algunos «casos especiales», el permiso de residencia por motivos humanitarios, transformando en clandestinos a decenas de millares de migrantes totalmente integrados en nuestra sociedad[46] y, con un

decreto ley que siguió, de n.º 53/2019, de 14 de junio, confirió al gobierno el poder de prohibir la entrada y el tránsito de naves en las aguas territoriales y de cerrar los puertos, en contra de las convenciones internacionales. Son medidas suprimidas solo en parte por el siguiente gobierno, que mediante el Decreto Ley n.º 130/2020, de 21 de octubre, convertido en Ley n.º 173/2020, de 18 de diciembre, reintrodujo en parte la protección humanitaria, pero confirmando sustancialmente el poder del gobierno de prohibir «el tránsito y la permanencia de naves en el mar territorial». En fin, con el gobierno Meloni se ha desatado una serie de decretos de urgencia en cadena: primero el llamado «decreto ONG» n.º 1/2023, de 2 de enero, convertido en la Ley n.º 15/2023, de 24 de febrero, que ha condicionado la posibilidad de las naves de rescatar a personas en el mar a insensatos requisitos burocráticos, ha introducido obstáculos a los salvamentos, como la prohibición de salvamentos múltiples, se ha previsto, para cuantos violen estas absurdas prescripciones, sanciones administrativas de 10 000 a 50 000 euros, la detención por dos meses y, en el caso de reiteración de las violaciones, la confiscación de la nave utilizada para los salvamentos; después, tras de la tragedia de Cutro, el Decreto Ley n.º 20/2023, de 10 de marzo, convertido en Ley n.º 50/2023, de 5 de mayo, que abroga definitivamente los permisos de protección especial de los migrantes para tutela de su vida familiar y agrava las penas por el favorecimiento de la inmigración clandestina; por último, el Decreto Ley n.º 124/2023, de 19 de septiembre, que ha llevado a dieciocho meses el máximo de duración de la detención administrativa de migrantes, desvelando así su función sustancialmente aflictiva, y ha introducido, para los solicitantes de asilo, una increíble caución de 4938 euros y la garantía de gozar, en Italia, de un alojamiento y de medios de subsistencia como condiciones para la concesión de la libertad.

Todavía más inhumano y opresivo ha sido el racismo de las prácticas, tanto de tipo judicial como administrativo. Aunque la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 105/2001 impuso al juicio de convalidación de la detención el pleno respeto «de las garantías

del art. 13 de la Constitución» y con ello «un control judicial pleno, y no una verificación meramente exterior, como la que se produciría si el juez de la convalidación pudiera limitarse a comprobar la existencia de una resolución de expulsión cualquiera que fuese», la jurisprudencia prevalente, incluida la de la Casación, ha considerado siempre que tal juicio deberá tener un carácter «meramente formal» y limitarse al único control de la «existencia y validez» del decreto de expulsión[47]. Pero es en las prácticas administrativas donde mayormente se ha manifestado el arbitrio en el modo de proceder. En efecto, pues en estos años se ha desarrollado una suerte de infraderecho administrativo, compuesto de circulares gubernativas y de ordenanzas municipales, que añaden a los requisitos de la ley restricciones u otros de imposible cumplimiento para la renovación del permiso de residencia, o, peor aún, subordinan la prestación de servicios públicos, como el acceso a la educación, a las guarderías, o a las casas populares a condiciones no previstas en la ley y de hecho irrealizables. Como sucede, por ejemplo, en Lodi, donde se impidió el acceso de los niños al comedor y a otros servicios por la falta de acreditación del hecho de no poseer bienes en el extranjero[48]. Incluso se ha intentado una suerte de implicación de los entes locales y de la población en las funciones de orden público: el art. 6 del Decreto Ley n.º 92/2008 ha conferido a los alcaldes el poder de emitir ordenanzas en materia de seguridad urbana y el art. 3,40 de la ley n.º 94/2009 ha permitido la creación de rondas, es decir, de asociaciones voluntarias de ciudadanos partícipes de la seguridad urbana. Por fortuna, ambas normas fueron declaradas ilegítimas por la Corte Constitucional por sentencias n.º 115/2011 y n.º 226/2010.

Pero el aspecto más inmoral de las políticas contra los migrantes se ha alcanzado con una mutación del mismo populismo punitivo: la promoción del consenso, ya no con las exasperaciones de pena, inútiles aun cuando siempre legales, contra comportamientos siempre penalmente ilícitos como los delitos de la calle, sino, exactamente al contrario, en relación con políticas ellas mismas ilegales, consistentes en violaciones masivas de los derechos humanos, criminalizadoras de comportamientos no solo lícitos, sino

altamente morales. Se ha creado la increíble clase de los «delitos de solidaridad», como las distintas figuras de favorecimiento humanitario sin fines de lucro, de la entrada o la permanencia irregular en Italia, la oferta de trabajo a un extracomunitario irregular, o el alojamiento de un extranjero que en el momento de la estipulación del contrato de arrendamiento careciera de permiso de residencia[49]. El caso límite fue la condena en primer grado de Mimmo Lucano, juzgado culpable de asociación para delinquir, estafa, malversación y prevaricación por haber promovido, como alcalde de Riace —sin ningún beneficio personal y, en todo caso, sin dolo, por la convicción documentada por las propias interceptaciones recogidas en la sentencia, de haber actuado con un buen fin— sistemas de acogida e integración de migrantes[50]. Es una sentencia que solo se explica con la idea de que la virtud civil de la humana solidaridad no es creíble. Solo así, por lo demás, se entienden las investigaciones en el vacío promovidas por la Fiscalía de Catania contra quien salva vidas humanas en el mar, originadas, precisamente por la sospecha como no creíble de que personas razonables puedan, sin ganancia personal, sacrificar su propio tiempo, su patrimonio y la propia vida por el salvamento de personas desconocidas en situación de naufragio. Es la misma lógica cruel que se manifiesta en la difamación y en la penalización de estas mismas personas, con el miserable fin de obtener consenso para medidas ilegales, como la omisión de socorro, el cierre de puertos, el secuestro de personas e incluso la criminalización del salvamento de los náufragos[51]. Más que formas de desobediencia civil, la resistencia y la oposición a las imposiciones y amenazas de los gobiernos, por parte de las ONG comprometidas con el socorro en el mar, han sido formas de lucha por el derecho y por los derechos[52]. Si acaso, es la conducta de los gobiernos —sus rechazos ilegales, sus secuestros de personas, la negligencia o la omisión de socorro— la que debe ser considerada una forma de desobediencia incivil.

El resultado de estas prácticas despiadadas es una general degradación del espíritu público. El consenso suscitado por ellas, habitualmente presentado como un aval «democrático», es en

realidad el signo de una masiva quiebra del sentido moral. Cuando las instituciones públicas practican, exhiben y hacen ostentación de la inhumanidad, la inmoralidad y la indiferencia por los sufrimientos, la desesperación y las muertes en el mar, tales actitudes no solo resultan legitimadas, sino también secundadas y alimentadas. Se hacen contagiosas y se normalizan. De otro modo, no se comprendería el consenso de masas del que gozaron el nazismo y el fascismo. Estas políticas inicuas, sembrando el miedo y el odio a los diferentes, devaluando los más elementales sentimientos de igualdad y solidaridad que son los presupuestos de cualquier democracia, desacreditando con la difamación la práctica del socorro a quien tiene su vida en peligro, están fascistizando el sentido común, reconstruyendo las bases ideológicas del racismo y deformando la identidad democrática de Italia y de Europa.

4.6. *C) Un derecho punitivo ilegítimo* ante *o* extra delictum

En fin, un tercer factor de crisis del garantismo penal está representado por el desarrollo de un sistema de investigación y castigo *ante* o *extra delictum*: de un lado, por la difusión dentro del derecho penal y procesal ordinario, del que hablaré al final del próximo capítulo, de métodos de investigación anticipados en relación con las noticias de delito y de formas de tutela a través de la utilización de delitos de peligro abstracto o presunto. Del otro, por el desarrollo, del que hablaré en este parágrafo, junto al derecho penal ordinario, de un paralelo subsistema de medidas de seguridad y de prevención, justificadas, no ya por la realización de un delito, sino por la supuesta peligrosidad de sus destinatarios, que son esencialmente personas pobres y marginados.

4.6.1. *Las medidas de seguridad*

Generalmente se habla de una *doble vía* de nuestro sistema punitivo, compuesto por las *penas* y las *medidas de seguridad*, unas como sanciones de un delito, las otras como medidas aplicables a personas socialmente peligrosas, pero también ellas, al igual que las penas, sobre el presupuesto de que «hayan cometido un hecho previsto por la ley como delito» (art. 102 CP). Estas medidas son el producto de la influencia perversa de la Escuela Positiva del derecho penal, que concebía el delito como síntoma de peligrosidad, entendida esta como patología del reo tratable con medidas terapéuticas dirigidas a neutralizarla más que a reprimirla. Aunque, como haré ver mejor en el § 5.3.3.2, violen radicalmente los principios del garantismo penal, son siempre también medidas *post delictum*. Pero, gracias a la categoría de la «peligrosidad», codificada como su presupuesto por el art. 203 del mismo código, han contribuido a la tendencial subjetivización y administrativización del derecho penal, desarrollada de manera creciente como derecho penal preventivo, sobre la base de una antropología de la desigualdad idónea para penalizar, no ya la perpetración de delitos, sino la identidad peligrosa o sospechosa de sus destinatarios.

4.6.2. *Las medidas de prevención, originariamente solo de policía*

Este derecho penal preventivo ha tomado cuerpo con otra clase de medidas: las *medidas de prevención*, que contradicen, bastante más que las medidas de seguridad, todos los principios garantistas del derecho penal. En efecto, pues son medidas *ante* o *praeter delictum*, impuestas, pues, en ausencia de todas las garantías que son los elementos constitutivos del delito: la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad del autor. Es por lo que se las concibe como *medidas administrativas*, del género, por lo demás, de las medidas de seguridad, así llamadas en el título del Código que las prevé, que es, precisamente, «De las medidas administrativas de

seguridad». Esta denominación, por la fuerza fraudulenta de las palabras, ha contribuido a situarlas en una especie de limbo y a sustraerlas al debate teórico y a la reflexión crítica. De ellas no se ocupan, sino excepcionalmente, los administrativistas, que las consideran extrañas a su disciplina *ratione materiae*[53]. Están descuidadas por los penalistas, que han terminado avalándolas, precisamente por ser medidas formalmente no penales, extrañas a los estudios de la dogmática penal. Son, en fin, ignoradas por el debate público al estar destinadas, además de a personas sospechosas de pertenencia a asociaciones mafiosas o terroristas, sobre todo a personas solo culpables de su marginación: desempleados, vagabundos, prostitutas, inmigrantes y -toxicodependientes.

Por eso, hay que hablar, no de una doble vía, sino de una *triple vía* de nuestro sistema punitivo, dentro del que la tercera vía de las medidas de prevención es la más floreciente y en mayor expansión. El aspecto más grave de esta tercera vía, que forma el bajo fondo iliberal y clasista de nuestro ordenamiento, es que va extendiéndose cada vez más, gracias al método ya ilustrado de la legislación en expansión progresiva, señalando un inquietante desarrollo del derecho penal en la dirección de modelos basados en el tipo de autor, en contraste con todos los principios garantistas en los que se funda su legitimación.

El origen de estas medidas está en el siglo XIX. En Italia comparecieron por primera vez en el capítulo III del título VII del libro II del Código Penal sardo de 1839, dedicado a los ociosos, vagabundos, mendigos y otras personas sospechosas». Reapareció en la llamada «ley provisional» n.º 1339/1852, de 26 de febrero, que debía durar dos años y, en cambio, sirvió de modelo a las sucesivas leyes de policía, igualmente basadas, no en hechos, sino en la identidad social de sus destinatarios: primero la Ley n.º 1730/1854, de 23 de junio, de modificación del Código Penal, que atribuyó a la policía la función de elaborar las «listas» de sospechosos y de fichar a los obreros; después el Real Decreto de Seguridad Pública n.º 3720/1859, de 13 de noviembre, que acentuó

el control sobre los obreros imponiéndoles la tenencia de una «libreta» expedida por la policía, acreditativa del «bien servido» del patrono y necesario para cualquier viaje[54].

Una primera reorganización de este infrasistema punitivo se produjo el 30 de junio de 1889, mediante la simultánea aprobación del Código Penal Zanardelli y del Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública del gobierno Crispi. Se llevó a cabo una «distribución de áreas»[55] entre estos dos aparatos normativos: las penas confiadas al Código como sanciones por hechos en él calificados como delitos, y las medidas de prevención de la repatriación obligatoria con *foglio di via** obligatorio del que suscite «sospechas razonables» (sin decir de qué), la advertencia, la vigilancia especial y el domicilio forzoso, previstas, en cambio en el título tercero del Texto Único titulado «Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad». Se lanzaban así los «gérmenes de un grave atentado» a las libertades fundamentales, que «madurarán plenamente» con el régimen fascista[56]: a distancia de menos de un año se emanaron el 19 de octubre de 1930 el Código Penal Rocco y el 18 de junio de 1931, mediante Real Decreto n.º 773, el Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública que, en el título VI, titulado «Disposiciones relativas a las personas peligrosas para la sociedad», preveía: *a*) el «internamiento» en institutos de asistencia de las personas inhábiles para el trabajo y carentes de medios de subsistencia; *b*) la repatriación obligatoria con *foglio di via* de las igualmente imprecisas personas «sospechosas» por su «conducta», de las «peligrosas para el orden y la seguridad o para la moralidad públicas» e incluso, si fuera necesario, de los detenidos en el momento de salir de la cárcel; *c*) la «advertencia» para los «ociosos» y «vagabundos [...] sospechosos de vivir con el producto de acciones delictivas» y para «las personas tenidas en el concepto público como peligrosas, socialmente o para los ordenamientos políticos del Estado»; *d*) «el confinamiento policial» de uno a cinco años «en una colonia o en un municipio del reino» de los «peligrosos para la seguridad pública» y «los que desarrollen o hayan

manifestado el propósito de desarrollar una actividad» contra los poderes del Estado, dicho de otro modo, los antifascistas[57].

4.6.3. *La actual incorporación de las medidas de prevención a la esfera de la jurisdicción*

Este edificio policial, que muchos —piénsese en el confinamiento— asocian solo a un lejano pasado fascista, experimentó en 1956 un salto de cualidad. Hasta entonces, la prevención *ante delictum* era materia exclusiva de la policía al ser competente la jurisdicción penal tan solo para la represión de los delitos ya cometidos, de acuerdo con el principio *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine lege*. Pero se produjo una vicisitud singular bien documentada por Renzo Orlandi[58]. Tras de la Sentencia n.º 2/1956, de 23 de junio, mediante la que la Corte Constitucional declaró la ilegitimidad de la repatriación obligatoria con *foglio di via* como contraria a los arts. 13 y 16 de la Constitución, la Ley n.º 1423/1956, de 27 de diciembre, atribuyó al Tribunal la competencia para disponer, a propuesta de la policía, la vigilancia especial, la prohibición de residencia y la residencia obligatoria (arts. 3 y 4). En cambio, dejó en manos del jefe de policía la competencia para decidir sobre la repatriación obligatoria (art. 2) destinada a «los ociosos y vagabundos», a los «dedicados a tráficos ilícitos», a los sospechosos de explotación de la prostitución y a cuantos «desarrollan habitualmente otras actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres» (art. 1).

Se trató, escribe Orlandi —a propósito de la atribución al Tribunal de la competencia para ordenar las medidas de prevención personales más importantes— de la introducción de una garantía, la de la reserva de jurisdicción impuesta por el art. 13 de la Constitución[59]. En realidad, a la sombra de esta «garantía», se inició entonces una progresiva expansión, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo, de las medidas de prevención personales *ante delictum*, que han acabado imprimiendo a la jurisdicción penal una innegable impronta policial. Con la ley antimafia n.º 575/1965, de 31

de mayo, la aplicación de tales medidas se extendió también «a los sospechosos de pertenecer a asociaciones mafiosas» (art. 1) y, sobre todo, además de al jefe de policía, se atribuyó al fiscal la facultad de proponer la vigilancia especial, la prohibición y la obligación de residencia, es decir, el confinamiento (art. 2). Contra estas medidas, de presupuestos inevitablemente indeterminados por su carácter de *extra* o *ante delictum*, en los años sesenta y setenta del siglo pasado, alzaron sus voces los más autorizados exponentes de la cultura penalista y constitucionalista[60]. Pero, escribe Orlandi, entonces «no hubo plena conciencia» de la perversión inquisitiva del juicio y de la acusación pública determinada por la «incorporación de la prevención *ante delictum* al campo judicial»[61]. La figura del ministerio público resulto deformada. En efecto, pues es evidente que la «propuesta» de medidas de prevención solo puede ser facultativa al estar fundada en incontrolables motivos de sospecha. Con la consecuencia de que con ella se ha debilitado el más potente fundamento constitucional de la independencia del ministerio público, que consiste en «la obligación de ejercitar la acción penal» establecida por el art. 112 de la Constitución italiana, en garantía además de su sujeción a la ley y de la igualdad de los ciudadanos[62].

Por lo demás, «prevención» es noción de por sí incompatible con el papel de la jurisdicción penal, que consiste en la comprobación de hechos cometidos y no en la prognosis de hechos futuros. En esta perspectiva, los procedimientos de prevención —al igual que las negociaciones sobre la culpabilidad y la pena, de las que hablaré en el § 5.4.2 y de las investigaciones de los fiscales en busca de delitos, de las que hablaré en el § 5.6.1— no merecen el nombre de jurisdicción. En efecto, pues apuntan a una inquietante perversión tanto de la acusación pública como del juicio, que aquellos contribuyen a deformar imprimiéndoles el rasgo policial consistente en la indeterminación de sus presupuestos legales, que es la negación de la jurisdicción, entendida como lo hace el art. 25,2 de la Constitución italiana. Esta deformación ha ido agravándose en el curso de los últimos decenios, a causa de la incesante producción de leyes de seguridad pública[63], hasta la última sistematización orgánica de tales

procedimientos producida con el Decreto Legislativo n.º 159/2011, de 6 de septiembre, titulado «Código de las leyes antimafia y de las medidas de prevención»: un verdadero y propio código de prevención que, además, para confirmar el evidente declive de la legalidad penal, a diferencia de lo sucedido en 1889 y 1931, no ha ido acompañado de un nuevo código penal.

Este decreto legislativo de 2011 prevé tres clases de medidas de prevención: *a*) las medidas de prevención personales aplicadas por el jefe de policía (arts. 1-3); *b*) las medidas de prevención personales aplicadas por la autoridad judicial (arts. 4-15); *c*) las medidas de prevención patrimoniales aplicadas también por un tribunal (arts. 16-65). Las primeras están destinadas a las personas que se supone que vivan «habitualmente con el producto de actividades delictivas» o que se «dediquen a cometer delitos que lesionan o ponen en peligro la integridad física o moral de los menores, la salud, la seguridad o la tranquilidad pública», y consisten en el *foglio di via* obligatorio con el que son devueltas a sus lugares de residencia por un periodo no superior a tres años, o bien en la advertencia oral de que «observen una conducta conforme a la ley». Las segundas se refieren, además de a las personas que acaba de indicarse, a los sospechosos de pertenencia a asociaciones mafiosas, pero también de una larga serie de otros delitos, y consisten en la medida de la vigilancia especial, con o sin prohibición de residencia en uno o más municipios, o bien en la obligación de permanencia en el lugar de residencia o morada habitual dispuesta por el Tribunal a propuesta del jefe de policía o del fiscal. En fin, las medidas de prevención patrimoniales, aplicables a todas las personas susceptibles de medidas de prevención personales, consisten en el embargo o la confiscación de bienes dispuestos por el Tribunal a propuesta del jefe de policía o del fiscal.

Así, se ha formado un consistente conjunto de medidas preventivas, todas extrañas al derecho penal. Las únicas que se han revelado eficaces en la lucha contra la mafia, han sido las medidas de prevención patrimoniales, que consisten en la limitación de derechos no fundamentales, sino patrimoniales y, al estar

justificadas por la «utilidad social» y la tutela de la «seguridad» previstas por el art. 42,2 de la Constitución italiana, han sido varias veces declaradas constitucionalmente legítimas por la Corte Constitucional (por las sentencias n.º 465/1993, 487/1995 y 335/1996). En cambio, como haré ver mejor en el § 5.3.3.3, las medidas de prevención personales son todas incompatibles con el paradigma garantista. Las aplicadas por el jefe de policía, es decir, los viejos *fogli di via* obligatorios son medidas puramente policiales, no sujetas a la convalidación judicial en cuanto limitativas de la libertad de circulación y no de la libertad personal, y destinadas a las personas pobres, toxicodependientes o sospechosas de delitos de la calle y a quienes se considere que atentan contra la seguridad mediante actos consistentes en manifestaciones públicas de protesta y de disenso político. En cuanto a las medidas de prevención personales, chocan con todos los principios garantistas de la jurisdicción. En efecto, pues la forma jurisdiccional del procedimiento de prevención no altera su sustancia policial, consistente en la penalización de personas peligrosas o sospechosas. Más allá de las etiquetas —«medidas de prevención» y no «penas»— se trata de limitaciones *extra delictum* de las libertades fundamentales, que contradicen los principios elementales del modelo garantista del derecho penal, el primero entre todos, el de retribución, *nulla poena sine crimine*, establecido por el art. 25,2 de la Constitución italiana. La figura del ministerio público resulta deformada por un impropio poder discrecional de tipo policial que se expresa en la propuesta, obviamente facultativa, de aplicar las medidas de prevención: «La acción de prevención», dice el art. 29 del decreto legislativo de 2011, «puede ejercitarse también con independencia de la acción penal». Pero, de este modo, se permite al fiscal, cuando no cuente con pruebas en apoyo de la acción penal e incluso en el caso de que un proceso promovido por él concluya con la absolución, incoar facultativamente, de nuevo en contraste con la obligatoriedad del ejercicio de sus funciones, el proceso de prevención contra personas presunta o incluso declaradamente inocentes[64].

A este arsenal de medidas de prevención personales de policía se ha añadido, en los últimos años, otra larga serie de medidas llamadas «atípicas», todas producidas por «un uso compulsivo del decreto de urgencia»[65]: los llamados «daspo»*. Nacido con el llamado «daspo deportivo» introducido por las leyes n.º 377/2001 y n.º 210/2005 (como «prohibición de acceso a las manifestaciones deportivas» de los violentos), este singular instrumento de control social ha tenido una enorme expansión con la introducción del llamado «daspo urbano» en el Decreto Ley Minniti n.º 14/2017, de 20 de febrero, convertido en la Ley n.º 48/2017, de 18 de abril, que aumentó la indeterminación tanto de sus presupuestos como de sus destinatarios y de los lugares tutelados. Creada para la tutela de la «seguridad urbana» y del «decoro» de la ciudad[66], esta nueva figura se articula en una serie de medidas de creciente gravedad: la orden municipal de alejamiento por 48 horas de quienes impidan o limiten el libre acceso a determinados espacios con estacionamientos, comercios abusivos, o actos en estado de embriaguez o contrarios a la decencia pública (arts. 9 y 10,1); la prohibición de acceso a uno o más de tales espacios emitida por el jefe de policía, en caso de reiteración de las conductas que motivaron el alejamiento, por una duración no superior a seis meses y de seis meses a dos años cuando el sujeto hubiera sido condenado en los últimos cinco años por delitos contra la persona o el patrimonio (art. 10,2 y 3); la prohibición de acceder o de aproximarse a locales públicos de uno a cinco años, emitida por el jefe de policía contra quien hubiera sido condenado por venta de estupefacientes, junto con la obligación de presentarse al menos dos veces a la semana en la comisaría y la prohibición de alejarse del municipio de su residencia. Obviamente, también los destinatarios de estas medidas, arbitrarias por naturaleza, son personas marginadas —prostitutas, vagabundos, mendigos, inmigrantes, toxicodependientes—, o bien, activistas políticos culpables de manifestaciones de protesta en materia de medio ambiente o en defensa de los derechos de los migrantes o del derecho a la vivienda[67].

En fin, el último, doloroso capítulo: la «detención administrativa» de los migrantes, de la que ya he hablado en el § 4.5.3. Prevista inicialmente por la Ley n.º 40/1998, por solo treinta días en el caso de voluntario incumplimiento o imposible ejecución de la orden de expulsión, fue transformada poco después en segregación ordinaria cuya duración se ha prolongado varias veces, hasta los dieciocho meses de 2011, después reducidos en 2014 y en 2017, luego nuevamente incrementados a seis meses por el Decreto Ley Salvini n.º 113/2018 y, en fin, nuevamente elevados a dieciocho meses por el Decreto Ley n.º 124/2023, de 19 de septiembre. A estos, el Decreto Ley n.º 123/2013, de 15 de septiembre, ha añadido los menores hallados en posesión de droga, para los que se ha previsto el «daspo» de uno a tres años, además del arresto en flagrancia cuando sean sorprendidos vendiendo estupefacientes, aunque de leve entidad, o bien, en caso de violencia o resistencia a un agente de la policía. En el mismo decreto, la idea de que el derecho penal es la única respuesta a los problemas sociales ha informado la norma que prevé la pena de hasta dos años de reclusión para los padres que no manden a sus hijos a la escuela obligatoria, y la que extiende el número de delitos por los que los menores pueden ser arrestados en flagrancia y sufrir medidas cautelares. Los cambios de nombre de estos lugares de privación de libertad —Centros de permanencia temporal y de acogida (CPTA) en 1998, Centros de identificación y de expulsión (CIE) en 2017 y luego los llamados *hotspot**, de incierta base legal —no sirven para ocultar su sustancia punitiva en perjuicio de personas que no han hecho nada malo, y que son recluidas sin siquiera los derechos y las garantías que presiden la reclusión carcelaria, comenzando por las aseguradas por la función de control y de tutela desempeñada por la magistratura de vigilancia. En todos los casos, se trata de restricciones de la libertad personal —la detención en el momento de la llegada, el acompañamiento coactivo a la frontera, la privación de libertad en espera de expulsión, la detención reservada a los solicitantes de asilo— penosamente acreditadas, con la habitual estafa de las etiquetas, como «medidas administrativas» y sometidas a la

convalidación atribuida, como ya he dicho, al juez de paz, sin siquiera la posibilidad de impugnar las decisiones de expulsión en que normalmente tienen su origen. Todo posible abuso o vejación producido en estos lugares, queda de hecho fuera de la visibilidad y del control jurisdiccional. En consecuencia, una disciplina especial, respecto de la legislación penal ordinaria reservada a las limitaciones de la libertad personal de los ciudadanos, que evidencia un trato racista e intrínsecamente inconstitucional: la libertad personal de los migrantes —no de los extranjeros, sino de los extranjeros pobres— es algo distinto de la libertad personal de los ciudadanos[68].

4.7. *El futuro del garantismo*

El modelo garantista de la jurisdicción penal está, pues, totalmente en crisis. Su refundación, como se planteará en la segunda parte de este libro, requiere una restauración y, al mismo tiempo, una integración del sistema de las garantías en materia de delitos, penas y procesos: la refundación, sobre todo, de la legalidad penal, tanto en el plano cuantitativo como en el cualitativo; la revisión del catálogo de los bienes jurídicos merecedores de tutela gracias a una aplicación del principio de lesividad acorde con los derechos y los principios establecidos en la Constitución; la reducción y la humanización de las penas y la supresión de las diferentes formas de la cárcel dura; la garantía de la estructura triádica del proceso penal mediante la separación entre acusación, defensa y juicio, hoy comprometida por las distintas formas de negociación sobre la culpabilidad y la pena y de colaboración premiada o coactiva; la abolición de todas las penas *extra* o *praeter delictum*, cuya contrariedad con el principio de legalidad penal está hoy escondida bajo penosos juegos de palabras; en fin, las garantías institucionales y las reglas deontológicas de la imparcialidad y la independencia, externa e interna, de la jurisdicción. Se hará evidente que la magistratura solo podrá hacer frente con credibilidad a sus funciones

viejas y nuevas si el derecho penal se libera de todo este lastre antigarantista para volver a asumir el papel de *extrema ratio*, a la altura de la nueva cuestión criminal, como derecho penal mínimo reservado a las agresiones más graves a la convivencia civil y asistido de todas las garantías dirigidas a limitar el arbitrio. En efecto, como haré ver, existe un nexo indisoluble, no solo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino también entre derecho penal mínimo y eficiencia.

Hoy una refundación del garantismo penal exige la superación de la centralidad del derecho y de la jurisdicción penal. Por tanto, de acuerdo con la reformulación del paradigma garantista del derecho penal mínimo dentro de una teoría general del garantismo, los dos últimos capítulos de este libro estarán dedicados a la necesidad de superar dos ilusiones o falacias pampenalistas: la idea de que el derecho y la justicia penal son los únicos o, cuando menos, los principales instrumentos de prevención de los delitos, y la idea, no menos insensata, de que solo son merecedores de prevención los hechos previstos o previsibles como delitos por las leyes penales. Por el contrario, la hipótesis que se avanzará es que una política racional en materia de seguridad deberá reconocer dos instancias esenciales. En primer lugar, la necesidad de recurrir para la prevención de los delitos, sobre todo, a medios no penales, con seguridad más eficaces y benéficos que la justicia penal. En segundo lugar, la necesidad de colmar el actual vacío de garantías primarias y secundarias para hacer frente a las violaciones sistémicas y globales de bienes y derechos fundamentales —del calentamiento climático a las guerras y las amenazas nucleares, de las violaciones de las libertades fundamentales al hambre en el mundo y a las enfermedades curables pero no tratadas— no afrontables con el derecho penal y, no obstante, mucho más graves y destructivas que todos los delitos.

1. En los pasajes citados *supra*, en la nota 27 del capítulo II.
2. Sobre esta transformación estructural tanto del derecho como de la democracia, remito a: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, pp. 855-868, 875, 883-884; «El derecho como sistema de garantías», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 16-17 (1992), pp. 61 ss., también en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más* débil, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, ^{8}2019, pp. 15 ss.; *PiI*, cap. IX, § 9.10-11, pp. 502-512 y *PiII*, cap. XIII, pp. 9 ss.; *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, pp. 35-55 y a *La construcción de la democracia*. *Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, cap. V, pp. 171 ss.
3. Fue la etapa de la congelación institucional bien ilustrada en el bello ensayo de P. Calamandrei, «La Costituzione e le leggi per attuarla» [1955], ahora en Íd., *Scritti e discorsi politici*, vol. II, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Florencia, 1966, pp. 467 ss., que se iniciaba con esta advertencia: «En el plan inicialmente previsto para este volumen, el título de este ensayo —*Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari 1955— no corresponde al contenido real de lo que voy a exponer [...] La exposición que sigue, que trataría de explicar brevemente cómo y por qué [semejantes leyes de actuación] no han existido, podría titularse con más propiedad *La Constitución inactuada* o, aún más exactamente, *Cómo se hace para deshacer una Constitución*». El ensayo fue, en efecto, reeditado como volumen, con un prólogo, bajo el título *La Costituzione inattuata*, Avanti, Milán-Roma, 1956 [*La Constitución inactuada*, trad. cast. y estudio preliminar de P. Andrés Ibáñez, Tecnos, Madrid, 2013]. Los años que siguieron a la Constitución, escribió Calamandrei, «no solo han sido de 'inmovilismo constitucional'», sino también «*años de retroceso*. No un alto en posiciones alcanzadas, sino reacción y restauración del pasado; no inactividad transitoria, en espera de reanudar la tarea, sino desmantelamiento y disolución de aquella parte del trabajo que se creía realizada para siempre» (*ibid*., p. 4). «Surgió así un curioso ordenamiento constitucional, cabría decir que de estilo compuesto, lleno de contradicciones y de antinomias, en el que normas, no solo de otra época, sino de diversa inspiración política, tuvieron que convivir con las nuevas dictadas por la Constituyente. Algunas (más bien todo un verdadero corpus codificado) pertenecientes al tiempo de la dictadura fascista; otras que se remontaban al periodo de la monarquía prefascista. Un revoltijo de materiales legislativos de distinta procedencia» (p. 17). A distancia de casi 70 años de este escrito, el revoltijo ha crecido, sobre todo en materia penal, con la adición de leyes de excepción, de emergencia, de ocasión, y con los innumerables paquetes de seguridad contra inmigrantes y criminalidad callejera y de subsistencia.
4. Sobre la falta de una depuración, véanse los ensayos de C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini in Italia, 1945-48*, Giappichelli, Turín, 1974, pp. 137 ss. y *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Turín, 1995, caps. 2 y 3, pp. 70 ss. Véanse también G. Scarpari, «I magistrati, il fascismo, la guerra»: *Questione giustizia* 2 (2008), pp. 71-118; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bolonia, 2012, cap. VII, pp. 247 ss.; E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 19 ss.; A. Meniconi y G. Neppi Modona (eds.), *L'epurazione mancata*. *La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Il Mulino, Bolonia, 2022.
5. Recuérdense los libros de A. Battaglia, *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954 e *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962, sobre las increíbles sentencias de la Casación que consideraron «sevicias no particularmente crueles» las terribles violencias de los fascistas sobre los partisanos (*ibid*., pp. 90 ss.) y también sobre las severas condenas por delitos «conexos» con las acciones partisanas o por las acciones mismas de la guerra partisana (pp. 106 ss.). Sobre esta página penosa de la historia de Italia véanse también R. Canosa y P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bolonia, 1974 y G. Neppi Modona, «La magistratura dalla Liberazione agli anni cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza», en *Storia dell'Italia repubblicana*, ed. de F. Barbagallo, Einaudi, Turín, 1997, vol. III, t. 2.
6. Sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, de 7 de febrero de 1948: *Foro italiano* II (1948), p. 57, a la que siguió una decisión análoga del Consejo de Estado, Sección V, de 26 de mayo de 1948. Estas distinciones, inventadas por la jurisprudencia y apoyadas por la doctrina, de las normas

constitucionales en *preceptivas* y *programáticas* o *directivas*, y de las normas *preceptivas* en *preceptivas de aplicación inmediata* y *preceptivas de aplicación diferida*, fueron estigmatizadas por P. Calamandrei como «incumplimiento constitucional» (en *La Constitución*, cit., p. 23).

7. Merece ser transcrito el pasaje de la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 1146/ 1988 que afirmó esta rigidez absoluta: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales. Tales son, tanto los principios que la misma Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, cual la forma republicana (art. 139 de la Constitución), como los principios que, aun no estando expresamente mencionados entre los no susceptibles de ser sometidos al procedimiento de revisión constitucional, forman parte de la esencia de los valores supremos en los que se funda la Constitución italiana [...] No puede, por tanto, negarse que esta Corte Constitucional es competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las demás leyes constitucionales también a la luz de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Además, de no ser así, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más valor».

8. V. Visco, *La guerra delle tasse*, Laterza, Roma-Bari, 2023, pp. 6 y 28. En 1944 y en 1945, los tramos en Estados Unidos eran 24 y los tipos máximos alcanzaron el 94 % (*ibid.*, pp. 5-6).

9. «Con la ley de presupuestos de 2004», recuerda Vincenzo Visco, *La guerra delle tasse*, cit., p. 47, «se llegó incluso a tener la garantía de poder declarar una renta inferior hasta del 50 % de la real, obteniendo a cambio de la administración fiscal el compromiso de que no inspeccionaría». Y más adelante (p. 49): «En enero de 2015, en la misma sesión en la que se aprobaron los decretos *Jobs Act*, el gobierno aprobó un decreto que contenía un breve párrafo que cancelaba el fraude fiscal cuando los impuestos evadidos fueran iguales o inferiores al 3 % de la renta declarada».

10. Las rentas del trabajo, que a finales de los años ochenta estaban entre el 60 y el 70 % de la renta global, cayeron en 2017 por debajo del 50 %, en simultaneidad con el crecimiento de los beneficios de las grandes empresas transnacionales (V. Visco, *La guerra delle tasse*, cit., p. 83).

11. J. E. Stiglitz, *Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica* [2016], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 7-9.

12. Según el informe Oxfam, en 2019 los tres italianos más ricos poseían un patrimonio (37,8 millardos de euros) igual al de los 6 millones de italianos más pobres, es decir, el 10 % de la población italiana. A escala mundial, casi los dos tercios de la riqueza producida fueron adquiridos por el 1 % más rico y solo el 37 % fue a parar al restante 99 %. En Estados Unidos la renta de la familia media es inferior a la de hace 30 años, 20 millones de personas viven en condiciones de pobreza absoluta, un tercio de la población no consigue llegar a fin de mes y la mitad no puede afrontar gastos médicos imprevistos (D. De Masi, «La peninsola delle ingiustizie»: *The Post Internationale*, 28 de octubre de 2022, pp. 28 ss.). Italia, según la OCSE, es el único país europeo en el que, en los últimos treinta años, el salario anual de los trabajadores dependientes ha disminuido (un 2,9 %, mientras que ha aumentado un 31,1 % en Francia, un 33,7 % en Alemania y un 6,2 % en España), también porque no existe la garantía del salario mínimo legal. Vittorio Valletta, administrador delegado de la Fiat, ganaba, en los años cincuenta del siglo pasado, 12 veces el salario de un obrero; el último sueldo de Sergio Marchionne, en 2017, era de 9,7 millones de euros, equivalente a 437 veces el de un obrero metalúrgico. Mayor aún —de varios miles de veces— es la diferencia entre un *manager* y los obreros en Estados Unidos.

13. Es útil recordar las más relevantes de estas leyes: Ley n.º 366/2001, de 3 de octubre, que redujo y restringió los presupuestos de la falsedad contable, despenalizándola de hecho; Ley n.º 367/2001, de 5 de octubre, que incrementó los casos en los que no son utilizables las comisiones rogatorias; Ley Cirami n.º 248/2002, de 7 de noviembre que, modificando los arts. 45-49 del Código Procesal Penal (CPP), amplió las hipótesis de sospecha sobre la falta de imparcialidad del órgano judicial, justificativas del desplazamiento del proceso a otra sede, favoreciendo así, entre otras cosas, la prescripción; Ley ex Cirielli n.º 251/2005, de 5 de diciembre, típico producto del garantismo de la desigualdad, que, mientras que agravaba las penas para los reincidentes, redujo los plazos de prescripción de los delitos de los poderosos; el decreto salva-redes n.º 352/2003, de 29 de diciembre, en favor de Rete4 y la Ley Gasparri n.º 112/2004, de 3 de mayo, sobre el sistema de radio y televisión; en fin, los llamados laudo Schifani y laudo Alfano, en realidad leyes n.º 140/2003, de 20 de junio, y n.º 12/2008, de 23 de julio, ambas declaradas inconstitucionales y dirigidas a sustraer a la jurisdicción penal a los más altos cargos

del estado, entre ellos, obviamente, al presidente del Consejo de Ministros. Véanse al respecto L. Pepino (ed.), *Attacco ai diritti. Giustizia, lavoro, cittadinanza sotto il governo Berlusconi*, Laterza, Roma-Bari, 2003; A. Pizzorusso, E. Ripepe y R. Romboli (eds.), *Diritto e potere nell'Italia di oggi*, Giappichelli, Turín, 2004.

14. La expresión es de D. Pulitanò, «Etica e politica del diritto penale. A 80 anni dal codice Rocco»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2 (2010), p. 294, que la usa para designar «un derecho que diferencia entre nosotros y ellos, entre salvados y hundidos; entre ciudadanos normales, destinatarios de la protección legal frente al crimen, y los criminales que neutralizar por cualquier medio».

15. M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2010; Íd., *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

16. Sobre el fenómeno de la corrupción en los años de «Tangentopoli» la literatura es amplísima. Me limito a recordar a: D. della Porta, *Lo scambio occulto*, Il Mulino, Bolonia, 1992; P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996; P. Ginsborg, *L'Italia del tempo presente. Famiglia, società civile, Stato. 1980-1996*, Einaudi, Turín, 1998, cap. VI, pp. 338 ss.; E. Pazé, *Anche i ricchi rubano*, Abele, Turín, 2020; D. della Porta y A. Vannucci, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Il Mulino, Bolonia, 2021; R. Cadin (ed.), *Lotta alla corruzione e diritti umani. Teorie, buone prassi e normative a carattere internazionale e regionale*, Giappichelli, Turín, 2022; European Commission, *Flash Eurobarometer 507. Bussiness attitudes towards corruption in the EU. Report*, European Commision, Bruselas, 2022.

17. En el curso de los siglos la disminución ha sido aún más radical; de 100 cada 100 000 habitantes en el siglo XIII, a 10 en el siglo XVII, a 1 en la actualidad (R. Muchembled, *Une histoire de la violence. De la fin du Moyen Âge à nos jours*, Seuil, París, 2008).

18. Los crímenes de los poderosos, su gravedad y su tendencial impunidad han sido investigados por una ya amplia literatura de criminología crítica. Me limitaré a recordar a: F. Resta, *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Giuffrè, Milán, 2008; V. Ruggiero, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Feltrinelli, Milán, 2013; Íd., *Perché i potenti delinquono*, Feltrinelli, Milán, 2015; E. Pazé, *Giustizia, roba da ricchi*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

19. Sobre esta criminalidad subversiva, véase Giuliano Turone, *Italia oculta*, trad. cast. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, prólogo a la edición original de C. Stajano, Trotta, Madrid, 2019. De la amplísima literatura sobre la tortura y los abusos policiales, me limitaré a señalar: VV. AA., *La tortura y otras formas de violencia institucional en el estado español*, Icaria, Barcelona, 2008; D. Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, Turín, 2016; G. Bombini y D. Di Iorio, *Las formas jurídicas de la violencia institucional. Torturas y otros delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

20. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 346: «La estación de Tangentopoli diezmó la mayor parte de los grupos dirigentes de la 'Primera República', poniendo a toda la magistratura (estuviese o no implicada en las investigaciones) en una posición absolutamente inédita en el contexto italiano. Sucedió que, en el repentino ocaso de la legitimación de la política, golpeada por las causas seguidas por hechos de corrupción, fue a afirmarse otra legitimación concurrente de la misma magistratura, identificada por los grandes medios de comunicación y, en consecuencia, también por la opinión pública como el sujeto titular de una acción no solo penal, sino latamente política, de reforma del sistema corrupto». Sobre el consenso social en relación con los procesos Mani pulite y sobre la ventaja de los poderes de la acusación pública sobre los del juez de las investigaciones preliminares y de la defensa, que en aquellos se puso de manifiesto, véase F. Colao, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 345-363.

21. Según una investigación coordinada por Massimo Donini, las figuras de delito previstas en las leyes especiales han aumentado en un 70 %, solo en los últimos veinticinco años del pasado siglo (*La riforma della legislazione penale complementare*, Cedam, Padua, 2000). El resultado de esta deriva es más de dos millones de procesos penales pendientes: más precisamente 2 405 275, según el informe del primer presidente de la Casación de 26 de enero de 2023.

22. Un buen ejemplo de la lesión debida a estas razones —señalado por M. C. Amorosi, *L'ordine pubblico tra tutela costituzionale dei diritti ed emergenza. Lineamenti teorici e paradigmi applicativi di una nozione evanescente*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2022, pp. 425-426— es el paquete de seguridad creado por el Decreto Ley Minniti n.º 13/2017. A propósito de la urgencia: la vigencia de

gran parte de sus normas se desplazó a seis meses después de su entrada en vigor; a propósito de la necesidad: el propio Ministerio del Interior publicó ese mismo año un informe según el cual «el descenso de los delitos constatado en 2015 tiene que ver, en particular, con las agresiones sexuales (–6,04 %), los robos (–10,62), los hurtos (–6,97), la usura (–7,41)». Necesidad y urgencia, es evidente, sirvieron solo a la demagogia.

23. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milán, 1979, donde la expresión designa la crisis de la centralidad del Código Civil y de su idoneidad para regular unitariamente las muchas relaciones privadas —mercantiles, familiares, de trabajo y de otro tipo— en contraste con las profundas diferencias que en realidad caracterizan a estos distintos tipos de relaciones.

24. F. Galgano, «Civile e penale nella produzione di giustizia», en *Funzioni e limiti del diritto penale*, ed. de M. De Acutis y G. Palombarini, Cedam, Padua, 1984, p. 85.

25. F. Carrara, *Programa de derecho criminal* [1870], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1964, VII, § 3939, p. 527. «Esta clase de preceptos», escribe Carrara, están «guia[dos] únicamente por el *miedo*, que entre todos los sentimientos es el que menos razona» (*ibid.*). Sobre la actual normalización del fenómeno, cf. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Nápoles, 2009.

26. Sobre esta disfunción del lenguaje de las leyes, véase M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997. Un ejemplo tomado de esta antilengua: el art. 4 del Decreto Ley 162/2022, de 31 de octubre, con el que se inauguró el gobierno de derecha de la XIX legislatura: «El art. 25 de la Ley n.º 646/1982, de 13 de septiembre sufrirá las siguientes modificaciones: *a*) al primer apartado, después de las palabras: 'en relación con el cual', se añadirán las siguientes: 'se haya emitido un decreto de los mencionados en el apartado 2 *bis* del art. 41 *bis* de la Ley n.º 354/1975, de 26 de julio'; *b*) se añade al apartado 3, al final, lo siguiente: 'Se transmitirá copia del decreto mencionado al apartado 2 *bis* del art. 41 *bis* de la Ley n.º 354/1975, de 26 de julio, al Ministerio de Justicia, al núcleo de la policía económico-financiera aludido en el apartado 1'». Sería interesante saber cuántas personas, entre las que votaron estas palabras en el Consejo de Ministros y luego en el Parlamento, entendieron el sentido de esta sedicente expresión de la voluntad popular.

27. «Si recordamos a qué se llama *hurto* y a qué *injuria*», escribía Hobbes con extraordinaria lucidez hace casi cuatro siglos, «*sabremos*, por los términos mismos, si es verdad o no que *el hurto es una injuria*. *Verdad* es lo mismo que *proposición verdadera*; ahora bien, es *verdadera* aquella proposición en la que el *nombre consecuente* que los lógicos llaman *predicado* abarca en su amplitud el *nombre antecedente* que se llama *sujeto*; y *conocer la verdad* es lo mismo que *recordar* que ha sido construida por nosotros mismos con el mero uso de los nombres» (*Tratado sobre el ciudadano* [1647], ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, XVIII, 4, p. 193).

28. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, primera parte, lib. XII, cap. II, p. 173. Sobre este nexo entre libertad y derecho, véanse las bellas páginas de D. Ippolito, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, trad. cast. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018, cap. I, pp. 33 ss.

29. *Pro Cluentio*, cap. LIII.

30. Frente al actual desorden de la legalidad, vale la pena recordar el nexo entre legalidad y libertad establecido por estos clásicos: T. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista* [1681], estudio preliminar, trad. cast. y notas de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, ^{3}2018, p. 35: «por *ius* entiendo la libertad de que la ley me deja hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene»; J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* [1690], trad. cast., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. 6, § 57, p. 79: «si la ley no existe, tampoco hay libertad. Pues la libertad consiste en estar libre de la violencia de los otros, lo cual no puede lograrse donde no hay ley»; Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. IV, p. 150, según el cual la libertad política concurre cuando «nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas»; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § VIII, p. 139: «La opinión que debe formarse cada ciudadano de poder hacer todo lo que no sea contrario a las leyes, sin temer otro inconveniente que el que pueda nacer de la acción misma, es el dogma político que debería ser creído por los pueblos y

preconizado por los supremos magistrados con la incorrupta custodia de las leyes»; Voltaire, «Del governo inglese», trad. it. de *Questions sur l'Encyclopédie* [1771], en Íd., *Scritti filosofici*, Laterza, Bari, 1972, vol. II, p. 597: «Ser libre significa depender únicamente de las leyes»; D. Diderot, «Liberté civile», voz en la *Encyclopédie des sciences*, ed. de Livorno, 1773, t. IX, p. 427: «La libertad civil consiste en no ser constreñidos a hacer algo no prescrito por la ley [...] La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten»; F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* [1787], ed. de F. M. Paladini, Centro di studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni, Venecia, 2009, cap. I, p. 34: «La libertad civil consiste en poder valerse de los propios derechos sin impedimento alguno. Como dice Cicerón, es la facultad de hacer todo lo que nos place, que no esté prohibido por la ley».

31. Sobre el populismo penal véanse: L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale* [1999], trad. it. de M. Guareschi, Feltrinelli, Milán, 2000; D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, París, 2005; Íd., «Il populismo penale»: *Questione giustizia* 2 (2006), pp. 389-394; C. R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* [2005], trad. it. de U. Izzo, Il Mulino, Bolonia, 2010; E. J. Prats, *Los peligros del populismo penal*, Finjus, Santo Domingo, 2011; G. Fiandaca, «Populismo politico e populismo giudiziario»: *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss.; D. Pulitanò, «Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale»: *ibid.*, pp. 123 ss.; L. Violante, «Populismo e plebeismo nelle politiche criminali»: *Criminalia*, 2014, pp. 197 ss.; A. Ceretti y R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e paura*, Feltrinelli, Milán, 2013; S. Anastasia, M. Anselmi y D. Falcinelli (eds.), *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Cedam, Padua, 2015; D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea* [2017], trad. it. de L. Alunni, Feltrinelli, Milán, 2018; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius, Mucchi, Módena, 2019; E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019; S. Anastasia, *Le pene e il carcere*, Mondadori, Milán, 2022, cap. IV, pp. 57-82. Véanse también mis «Democrazia e paura», en M. Bovero y V. Pazé (eds.), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 115 ss. e «Il populismo penale nell'età dei populismi»: *Questione giustizia* 1 (2019), pp. 79 ss., además, V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Íd., «Il populismo come antitesi della democracia»: *Teoria politica*, 2017, pp. 111 ss.; I. Dominijanni, «Fare e disfare il popolo. Un'ipotesi sul caso italiano»: *ibid.*, pp. 87 ss.

32. Los medios de comunicación italianos dedican a la criminalidad seis veces el espacio que se le dedica en Alemania («I reati calano, ma la paura resta», www.ilpost.it/2017/ 08/16/numero-percezione-reati, p. 4).

33. «Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad» —identificadas con «ociosos, vagabundos, mendigos y otras personas sospechosas» (incluidos entre ellas, en la originaria formulación de los Saboya, los obreros)— era, en Italia, el rótulo del título III del Texto Único de las Leyes de Seguridad Pública n.º 614471889, de 30 de junio, sustituido en el fascismo por el Texto Único n.º 773/1931, de 18 de junio.

34. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., primera parte, lib. XII, cap. II, p. 173: «La libertad política consiste en la seguridad o, al menos, en la opinión que se tiene de la propia seguridad. Dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas».

35. G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tubinga, 1976; Íd., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlín, 1983; Íd., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *¿Derecho penal del enemigo?*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 ss.; Íd., «Terroristen als Personen im Recht?»: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4 (2005), pp. 839 ss.; Íd., «Diritto penale del nemico», en M. Donini y M. Papa (eds.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 5 ss. Para un primer análisis crítico, véase A. Baratta, «Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistémica»: *Dei delitti e delle pene*, 1 (1984), pp. 5 ss. Como justamente ha señalado M. Cancio Meliá en *¿Derecho penal del enemigo?*, cit., pp. 59 ss., la expresión «derecho penal del enemigo» es una contradicción en los términos y una variante actualizada de las doctrinas penales del «tipo de autor» y del «enemigo del pueblo». Sobre el tema véanse también: M. Donini, «Il diritto penale di fronte al 'nemico'»: *Cassazione penale* 2 (2006), pp. 735 ss.; F. Resta, « Nemici e criminali. Le logiche del controllo»: *L'indice penale* I (2006), pp. 181 ss.; R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009; T. Padovani, *Giustizia criminale. Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2015.

36. Un uso en sentido descriptivo y crítico de la expresión «derecho penal del enemigo», se debe, por ejemplo, a W. Hassemer, «Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?», en A. M. Stile (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2011, pp. 83 ss., que define el derecho penal del enemigo como un derecho penal paralelo al tradicional, «justificado sobre la base de un *déficit* en la personalidad de los enemigos» y lo estigmatiza como «un ataque al corazón de nuestra Constitución», es decir, al primer art. de la ley fundamental alemana sobre la inviolabilidad de la dignidad humana, dado que «niega a una parte de la población un estatus que, en cambio, le está asegurado también a ella por la Constitución» (*ibid.*, pp. 115, 113 y 96).
37. Sobre este condensado de medidas arbitrarias, véase F. Resta, *11 settembre. Attentato alle libertà? I diritti umani dopo le Torri gemelle*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2011.
38. Es el caso de los procesos contra los prisioneros de guerra celebrados en el curso de la guerra de Rusia contra Ucrania. Recuérdense, por un lado, la condena a cadena perpetua del sargento de 21 años Vadim Shishimarin, procesado por homicidio por el tribunal de Solomiansky y, por otro lado, la condena a muerte por parte de un tribunal de la república separatista filorrusa del Donetsk, en un proceso farsa desarrollado a puerta cerrada el 9 de junio de 2022, contra tres combatientes extranjeros en las filas ucranianas: el militar ucraniano Aiden Aslin, Shaun Pinner de nacionalidad británica, y Saadun Brahim, estudiante marroquí de 25 años, que habían entrado a formar parte del ejército ucraniano y estaban, por tanto, bajo la protección de la Convención de Ginebra sobre la inmunidad de los prisioneros de guerra.
39. Se trata en realidad —según la expresión que da título a un *pamphlet* de Raúl Zaffaroni— de «El derecho penal y sus enemigos», en Íd., *En torno de la cuestión penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 153 ss.
40. M. Foucault, *Defender la sociedad* [1997], FCE, Buenos Aires, 2000, p. 231.
41. En actuación de la ley delegada contenida en el primer apartado de su art. 47, el gobierno emanó, mediante el Decreto Legislativo n.º 286/1998, de 25 de julio, el n.º 174, «Texto Único de las Disposiciones concernientes a la disciplina de la inmigración». Sobre la detención administrativa de los inmigrantes y sus desarrollos, véanse D. Loprieno, *«Trattenere e punire». La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018 y M. C. Amorosi, *L'ordine pubblico*, cit., pp. 407 ss.
42. Es un «ataque durísimo a los valores de equidad, solidaridad, democracia», escribió L. Pepino, «La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democracia»: *Diritti, immigrazione e cittadinanza* 3 (2002), p. 9.
43. Sobre esta ley, remito a mi «La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)»: *Questione giustizia* 5 (2009), pp. 9 ss. Cf. también A. Pugiotto, «'Purché se ne vadano'. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero», en VV. AA., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Nápoles, 2010, pp. 333 ss.
44. Es el año de la operación Mare nostrum, decidida por el gobierno Letta a raíz de un trágico naufragio, el 3 de octubre de 2013, en el que perdieron la vida 388 personas. Se trata de la única iniciativa gubernamental humanitaria, organizada con el empleo de naves militares, helicópteros y aviones de reconocimiento, gracias a la cual se salvó a muchos miles de personas. El 1 de noviembre Mare nostrum fue sustituida por Frontex (Agencia Europea para el Control de las Fronteras), cuyo único fin es el control de las fronteras.
45. Acerca de la incompatibilidad de tales normas con los arts. 24 y 111 de la Constitución italiana sobre el derecho de defensa y el justo proceso, véase S. Albano, «Protezione internazionale, il diritto di impugnazione e le sezioni specializzate»: *Questione giustizia*, 2017.
46. Sobre este decreto ley, véase F. Curi (ed.), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d. l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. Con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pacini, Pisa, 2019.
47. Sobre la cuestión, cf. G. Savio, «Espulsioni amministrative, respingimenti e trattenimenti», en *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, ed. de M. Giovannetti y N. Zorzella, Franco Angeli, Milán, 2020, pp. 596 ss.
48. Gjergji ofrece una amplia casuística sobre esta clase de vejaciones en «La socializzazione dell'arbitrio: alcune note sulla gestione autoritaria dei movimenti migratori in Italia», en P. Basso (ed.), *Razzismo di stato. Stati Uniti, Europa, Italia*, Franco Angeli, Milán, 2010, pp. 439 ss.
49. Sobre esta legislación, véase F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia y E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Giappichelli,

Turín, 2021 y, en particular, F. Curi, «Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione», *ibid.*, parte III, cap. 1, pp. 109 ss.

50. Sobre este proceso, véase G. Procacci, D. Rizzuti y F. Vassallo Paleologo (eds.), *Processo alla solidarietà*, Castelvecchi, Roma, 2023. Se ha tratado de un proceso político en el sentido más profundo del término, porque está encaminado a criminalizar la acogida de migrantes, de la que Lucano se ha convertido en todo un símbolo, y porque se presenta modelado sobre el derecho penal del enemigo, cuando los enemigos son los migrantes y cuantos les prestan ayuda y solidaridad. Al respecto, puede verse asimismo L. Ferrajoli, «El caso Mimmo Lucano», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 108 (2023), pp. 163-164.

51. Como recuerda Alessandra Sciurba, «Disobbedienza civile o lotta per il diritto? Un bilancio di cinque anni di criminalizzazione del soccorso in mare», en *Legalità, giustizia, disuguaglianze. Una crisi contemporanea*, ed. de S. Anastasia y T. Pitch, Carocci, Roma, 2022, pp. 87 ss., la campaña de difamación contra las organizaciones no gubernamentales, que mediante sus naves salvan a los náufragos en el mar, fue inaugurada en diciembre de 2016 por un informe de Frontex, que insinuaba sin ningún fundamento la sospecha de que las ONG actuaban en complicidad con los llamados traficantes de seres humanos. Después, en el verano de 2017, fue ratificada por el «Código de conducta» elaborado por el ministro del Interior Marco Minniti, que imponía a las ONG dedicadas a los salvamentos una serie de reglas informadas en tal sospecha, formalizada en el «decreto ONG» de 23 de marzo de 2023, ya recordado. Antes incluso esta feroz demagogia de la sospecha había tenido expresión en el *Memorandum of understanding* de febrero de 2017, suscrito por el gobierno italiano con el libio y dirigido «a contener los flujos de migrantes ilegales» mediante su captura en el mar, en violación del derecho a emigrar establecido en tantas cartas de derechos humanos (véase, *infra*, la nota 20 del cap. VIII) y de la prohibición de rechazos indiscriminados prevista en el art. 33 de la Convención de la ONU de 1951 sobre el estatus de los refugiados. Todos los intentos de criminalización de las ONG mediante denuncias o iniciativas de las fiscalías, escribe Sciurba (*ibid.*, pp. 108-112), han sido rechazados por los tribunales italianos.

52. A. Sciurba, *Disobbedienza civile*, cit., pp. 111-112.

53. Recuérdense también, además del viejo O. Ranelletti, «La polizia di sicurezza», en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, ed. de V. E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milán, 1904, vol. IV, t. I, parte II, cap. II, pp. 338 ss.; P. Virga, *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milán, 1954; G. Corso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1978; M. C. Amorosi, *L'ordine pubblico*, cit.

54. La «libreta obrera» (*libretto operaio*), en la que debían anotarse todos los desplazamientos del titular, fue instituida en Francia por un edicto de 2 de enero de 1749 y permaneció en vigor hasta 1890 (G. Burdeau, *Les libertés publiques*, Pichon et Durand-Auzias, París, 1972, pp. 126-127). El estatus de potenciales subversivos de los obreros fue tipificado por el Código Penal napoleónico de 1810, cuyo art. 219 establecía «serán castigadas como reuniones de rebeldes» aquellas mantenidas «por obreros y jornaleros en los talleres públicos o manufacturas» y «acompañadas de violencias o amenazas contra la autoridad administrativa, los oficiales y agentes de policía o contra la fuerza pública»; y cuyos arts. 415 y 416 castigaban con prisión de uno a tres meses —y de dos a cinco años además de otros tantos de «sometimiento a vigilancia policial» tratándose de jefes o promotores— «toda coalición de obreros para dejar de trabajar simultáneamente, prohibir el trabajo en un taller, impedir la entrada o la permanencia en él antes o después de determinadas horas y, general, para suspender, impedir u obstaculizar los trabajos», también en caso de simple «tentativa o comienzo de ejecución» de huelga, así como todos los obreros que hubieran formulado intimaciones o prohibiciones a los empresarios o a sus compañeros. Una reseña de las distintas formas de detención administrativa motivadas por un genérico interés público vigentes en Francia se encuentra en G. Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., pp. 160 ss., que las estigmatiza como «un ataque más grave» a la seguridad individual que los producidos por el mal funcionamiento de la justicia, dado que es «el mismo legislador quien las autoriza, habilitando a la autoridad administrativa» a aplicarlas. Contra semejantes sistemas punitivos sin responsabilidad penal, o basados en formas de «responsabilidad atenuada» o de «responsabilidad objetiva», se expresó duramente H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* [1968], trad. it. de M. Jori, Edizioni di Comunità, Milán, 1981, cap. VIII, titulado «Cambios en las concepciones de la responsabilidad», pp. 213 ss.

55. Así F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Giappichelli, Turín, 2021, pp. 10-12. Sobre las medidas de prevención, cf. también F. Menditto, *Codice antimafia*, Simone,

Nápoles, 2011. Sobre las tendencias conservadoras de la jurisprudencia constitucional italiana, y sobre la jurisprudencia más garantista del Tribunal de Estrasburgo, cf. A. Ciervo, «Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili?»: *Questione Giustizia*, n.º esp. *La Corte di Strasburgo* (2019), pp. 509 ss.

* Documento expedido por la autoridad policial disponiendo la repatriación al municipio de origen de las personas consideradas peligrosas por motivos de orden público. [*N. del T.*]

56. F. Basile, *Manuale*, *loc. ult. cit.*

57. *Ibid.*, p. 12, entiende que fueron en torno a 13 000 las personas confinadas por motivos políticos, y cita la documentación aportada por A. Dal Pont y S. Carolini, *L'Italia al confino, le ordinanze di assegnazione al confino emesse dalle commissioni provinciali dal novembre 1926 al luglio 1943*, La Pietra, Milán, 1983. Basile recuerda que el confinamiento por motivos políticos ya había sido aplicado en la época liberal, a anarquistas, socialistas e incluso a los no intervencionistas cuando la guerra de 1915-1918, en aplicación de la Ley Crispi n.º 316/1894, de 19 de julio, titulada «Medidas excepcionales de seguridad pública».

58. R. Orlandi, «Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali»: *Criminalia*, 2015, pp. 557 ss.

59. *Ibid.*, p. 559.

60. Me limito a recordar a: L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milán, 1962; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milán, 1967; F. Bricola, «Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione», en VV. AA., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 29 ss.; E. Amodio, «Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità»: *Giustizia penale* III (1975), pp. 498 ss.; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, pp. 198 ss. Véase también *Derecho y razón*, cit., § 49, pp. 783-789.

61. Así R. Orlandi, «Il sistema di prevenzione», cit., pp. 560 y 558.

62. Francesco Palazzo, en F. Palazzo y F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bolonia, 2018, p. 44, a propósito de estas medidas y de estos procedimientos, habla de un «agujero negro en el ordenamiento, en el que, en un futuro más o menos próximo, se corre el riesgo de que sean absorbidos sectores crecientes del derecho penal represivo con sus principios fundamentales, garantistas o simplemente caracterizadores». En apoyo del carácter estratégico asociado por el legislador a tales procedimientos, Palazzo (*ibid.*, pp. 51-52) recuerda el art. 34 *ter* del decreto legislativo de 2011 que incluso establece: «se asegura la prioridad absoluta en el tratamiento de los procedimientos previstos en el art. 16 y siguiente del presente decreto». El sistema en su conjunto ha sido además censurado por el Tribunal de Estrasburgo por la indeterminación de los presupuestos legales de todas las medidas coercitivas previstas en él (F. Viganò, «La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione»: *Diritto penale contemporaneo* 3 [2017], pp. 378 ss.). Para una dura crítica de estas medidas, véase S. Moccia, «Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette»: *Penale. Diritto e procedura*, 2021.

63. Recuérdense, en particular, la Ley Reale n.º 152/1975, de 22 de mayo, que extendió las medidas *ante delictum* a quienes realicen «actos preparatorios para subvertir el ordenamiento del estado»; la Ley Rognoni-La Torre n.º 646/1982, de 13 de septiembre, seguramente la más razonable, que introdujo nuevas y eficaces medidas de prevención de carácter patrimonial; la Ley n.º 377/2001, de 19 de octubre, en materia de violencia con ocasión de competiciones deportivas, endurecida cuatro años después por la Ley n.º 210/2005, de 17 de octubre; la Ley n.º 438/2001, de 15 de diciembre, que después de los atentados de las Torres Gemelas de Nueva York extendió las medidas de prevención a los sospechosos de terrorismo internacional; la Ley n.º 125/2008, de 24 de julio, contra la inmigración y, además, sobre las prioridades asignadas a las fiscalías en el ejercicio de la acción penal y sobre las enésimas exasperaciones punitivas; la ya recordada Ley n.º 94/2009, de 15 de julio, sobre el delito de entrada y residencia ilegal en Italia.

64. Es difícil dar un número de destinatarios de estas medidas de prevención personales. En una útil investigación, si bien limitada al territorio milanés, Elena Mariani ha puesto de manifiesto que entre 2012 y 2016 la Jefatura de Policía de Milán adoptó 2530 *fogli di via* y 1876 advertencias orales, motivadas, con base en el art. 1 del Decreto Legislativo n.º 159/2011, por razones de «peligrosidad genérica», es decir, por la sospecha de que sus destinatarios estuvieran dedicados a tráficos ilícitos o vivieran del producto de actividades delictivas («Le misure di prevenzione personali nella prassi

milanese»: *Diritto penale contemporaneo* 10 [2018], pp. 271-272). Fueron menos numerosas las decisiones adoptadas en el mismo periodo por el Tribunal: 732, de las que 119 de rechazo de la solicitud y 613 de acogimiento total o parcial (*ibid.*, pp. 278-280). Más precisamente, los *fogli di via* obligatorios dispuestos por la Jefatura de Policía de Milán fueron 542 en 2012, 337 en 2016 y 666 en 2015; las advertencias orales fueron 419 en 2012, 513 en 2013, 306 en 2014, 317 en 2015 y 321en 2016 (pp. 272-273). De las 732 resoluciones del Tribunal, casi dos tercios, 435, tuvieron que ver con personas consideradas de «peligrosidad genérica» (como las que son de la competencia del jefe de policía), solo 26 afectaron a sujetos comprendidos en las diversas figuras de «peligrosidad cualificada» previstas en el art. 4 del Decreto Legislativo n.º 159/2011, mientras que en los otros 271 no consta siquiera el tipo de peligrosidad en la motivación del acto (pp. 289-290). Si, en el quinquenio objeto de investigación, solo en el territorio milanés las medidas de prevención personal tanto del jefe de policía como del Tribunal fueron más de 3000, cabe suponer que, a escala nacional, el número de las impuestas habrá sido de decenas de miles.

65. La expresión es de F. Borlizzi, «Daspo urbano e governo delle città: riflessioni a margine di una ricerca empírica», en el blog *Studi sulla questione criminale*, p. 1. Sobre estas medidas véase también, de F. Borlizzi, «Daspo urbano: uno sguardo sulle questioni giuridiche controverse e un'indagine empírica»: *Antigone* 1 (2023).

* DASPO (de D.A.SPO., acrónimo de «Divieto [prohibición] di accedere alle manifestazioni sportive»). [*N. del T.*]

66. Contra este singular bien jurídico, véase T. Pitch, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

67. Según datos recogidos, después de tres instancias de acceso cívico, por F. Borlizzi, «Daspo urbano e governo della città», cit., entre el 20 de febrero de 2017 y el 1 de julio de 2022, se emitieron 40 252 órdenes de alejamiento, que afectaron a 19 293 personas (a muchas de ellas varias veces: el caso límite es el de un paquistaní contra el que se dictaron 259 órdenes), de las cuales 4128 (el 10,26 %) a causa de la reiteración de las conductas, consistieron en el «daspo» hasta seis meses. Solo 569 de estas medidas (el 1,41 %) se emitieron contra personas sospechosas de tráfico de estupefacientes. La casi totalidad —con decisiones completamente discrecionales, de hecho, arbitrarias, motivadas por la censura de actos contrarios a la «decencia pública» o lesivos del «decoro»— afectó a personas débiles y marginadas, en su mayor parte (el 55,14 %) a extranjeros: sin techo, vagabundos, mendigos, vendedores ambulantes y personas en estado de embriaguez, en síntesis, las viejas «personas socialmente peligrosas» previstas por el Testo Único de 1931. Naturalmente los recursos contra estas medidas «se cuentan con los dedos de una mano», escribe Federica Borlizzi, que informa de una anulación, por defecto de motivación, de una orden de alejamiento emitida en Pavía contra un mendigo que, sentado en el suelo, había «impedido» el cómodo desplazamiento de las personas por una acera.

68 * Centros de primera acogida de migrantes. Son cuatro, localizados en Lampedusa, Pozzallo, Messina y Taranto. [*N. del T.*].

. Parece que no vale para los migrantes la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 238/1996, según la cual la libertad personal es un «derecho inviolable, que forma parte de los valores supremos, como indefectible núcleo esencial del individuo, del mismo modo que el contiguo y estrechamente conectado derecho a la vida y a la integridad física, con el que concurre a construir la matriz previa de todo otro derecho constitucionalmente protegido de la persona». Sobre estas limitaciones de la libertad personal suscitaron dudas de inconstitucionalidad desde el primer momento A. Caputo, «Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri»: *Questione giustizia* 3 (1999), pp. 424-437; Íd., «La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri»: *Diritto, immigrazione e cittadinanza. Rivista Quadrimestrale* 1 (2000), pp. 51 ss.; L. Pepino, «Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)»: *Diritto, immigrazione e cittadinanza. Rivista Quadrimestrale* 2 (2000), pp. 11 ss.; M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milán, 2012, en particular pp. 259 ss.; A. Pugiotto, «La 'galera amministrativa' degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi»: *Quaderni costituzionali* 3 (2014), pp. 573 ss.; E. Valentini, «Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero», en F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia y E. Valentini, *I migranti*, cit., parte IV, cap. III, pp. 231-260. Pero recuérdese también L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milán, 1962, según el cual, la libertad personal solo puede ser limitada con los fines establecidos en los

arts. 25, 30 y 32 de la Constitución. Sobre las penosas condiciones de vida y las incontroladas violaciones de los derechos humanos en los distintos centros de detención, véase, además, el informe del Cild (Coalizione Italiana Libertà e Diritti Civili), *Buchi neri: La detenzione senza reato nei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR)*, *Primo rapporto, gennaio 2020-luglio 2021*, ed. de Federica Borlizzi y Gennaro Santoro, Edizioni Antigone, Roma, 2022.

Segunda parte

POR UNA REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL

Capítulo V

EL PROGRAMA DE UN DERECHO PENAL GARANTISTA. LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE DELITOS, PENAS Y PROCESOS

5.1. *Por una refundación de la legalidad penal. Una ciencia de la legislación*

El modelo de la jurisdicción como saber-poder, es decir, como decisión sobre la verdad procesal, ilustrado en los tres primeros capítulos, requiere que la verdad sea, obviamente, decidible, gracias a una legalidad tan rigurosa y taxativa como sea posible. Una legalidad caótica y desordenada, como en la que está convirtiéndose la de nuestros ordenamientos, pone en crisis todo el edificio de la democracia y del estado de derecho, fundado en la primacía de la legislación y en su aplicación sustancial por parte de la jurisdicción. En efecto, pues si la indeterminación semántica de la lengua legal llega al punto de hacer arbitraria, y no simplemente opinable, la elección de la norma en la que el juicio debería basarse, entonces la jurisdicción cambia de naturaleza: deja de ser aplicación para convertirse en creación de derecho. La creatividad judicial, se dijo en el § 3.4, puede depender de los jueces y de sus sentencias ilegítimas, es decir, de la falta de respeto de las garantías procesales en las que se basan la verificación y la falsación en concreto de las hipótesis judiciales de la acusación. Pero también puede depender del legislador y de sus leyes ilegítimas, esto es, del defecto de las garantías sustanciales y, en particular, de la estricta o taxativa legalidad, en la que se fundan la verificabilidad y la falsabilidad en abstracto de las hipótesis legales de delito.

Es lo que está ocurriendo en nuestros ordenamientos en materia penal con la quiebra, en muchas figuras de delito, de la estricta legalidad, debido a los muchos motivos ilustrados en el capítulo precedente: a la inflación de leyes, a la oscuridad del lenguaje legal, a la complicación del sistema de las fuentes, desarrollado más allá del derecho estatal y fuera de jerarquías unívocas y compartidas por todos, al desarrollo de un derecho punitivo *ante* o *extra delictum* y al perenne recurso a al derecho penal como instrumento privilegiado de tantos populismos. En esta quiebra no hay nada de natural y de inevitable. En efecto, ya que es bien posible una refundación de la legalidad capaz de poner límites al arbitrio legislativo y al judicial y de restablecer el equilibrio entre los poderes. Esta es una tarea que corresponde a la política, pero que la ciencia jurídica tiene la responsabilidad de promover, indicando las garantías necesarias a tal fin.

Es una tarea que la cultura jurídica y política ilustrada tuvo bien clara. «La libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes penales sean buenas», escribió Montesquieu en un célebre pasaje ya recordado[1]. «En el día de hoy», escribió Filangieri, «es la legislación este objeto común de los que piensan»[2]. Del *Esprit des lois* de Montesquieu a *La scienza della legislazione* de Filangieri, a la *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* y a *Traités de législation cvile et penale* de Jeremy Bentham, esta reflexión sobre el derecho por hacer y reformar —y no solo sobre el derecho ya establecido— confirió a la Ilustración jurídica, en los orígenes de la formación del estado moderno, un papel crítico y proyectual nunca superados.

Hoy es desconcertante la desproporción entre la inabarcable literatura teórica dedicada a la interpretación de las leyes, es decir, al derecho ya hecho, y el sustancial desinterés doctrinal por el objeto de la interpretación misma, esto es, por ese universo lingüístico construido por la legislación. Naturalmente, el desarrollo de la primera está justificado y alimentado por la crisis de la capacidad regulativa del segundo. Pero carece de toda justificación el desinterés de la cultura jurídica y política por el desorden de la

legalidad y del lenguaje legal, que son siempre un producto artificial, fruto de una mala política, pero también de la pérdida de *auctoritas* de la doctrina penalista, subsiguiente al abandono de los tres puntos de vista críticos y proyectuales impuestos por el positivismo jurídico, como se dijo en los § 2.3-2.6. Menos justificada aún está la actitud de la política, que, en vez de lamentar el arbitrio de los jueces, podría muy bien impedirlo, y afirmar su primacía, expresando su voluntad legislativa en normas vinculantes tan breves, simples, precisas y determinadas como fuera posible.

Por tanto, el primero y más importante objetivo de una refundación del garantismo penal debe ser una reforma de la legalidad, que ponga fin al caos normativo existente e impida la regresión a la incertidumbre y al arbitrio propios del derecho premoderno. En efecto, pues la garantía de la estricta legalidad y de la taxatividad de la lengua legal es el presupuesto necesario de la sujeción de los jueces a la ley y de la obligatoriedad de la acción penal, que son la primera fuente de legitimación de la jurisdicción, el principal límite al poder judicial y, al mismo tiempo, la primera garantía de la inmunidad frente al arbitrio y de la igualdad ante la ley. A tal fin, son dos las reformas necesarias, relativas, una a la cantidad, la otra a la cualidad del derecho producido. Tanto una como la otra, para tener carácter vinculante, deberían producirse mediante normas constitucionales, como metanormas sobre la producción de las leyes idóneas para garantizar la vigencia del principio de legalidad.

5.1.1. *Reserva de Código Penal y reservas de leyes orgánicas*

La primera reforma, relativa a la enorme *cantidad* de las leyes, debería consistir en un reforzamiento de la reserva de ley en materia penal, mediante su transformación en una *reserva de código*, es decir, en el principio de que ninguna norma penal o procesal puede ser emanada de no ser a través de una modificación o una integración del Código Penal o del Código Procesal Penal. En Italia

sigue existiendo el Código Penal fascista de 1930, seguramente uno de los más antiguos del mundo. Un código iliberal y autoritario, que, en más de tres cuartos de siglo de vida democrática, el legislador, no solo no ha sustituido por otro nuevo conforme al espíritu de la Constitución, sino que lo ha empeorado en muchos aspectos, con una miríada de leyes de excepción o de ocasión que han transformado nuestro derecho penal en el «revoltijo de materiales legislativos» de que habló Piero Calamandrei en el lejano 1955[3].

La reforma de este legado del régimen fascista, intentada innumerables veces por innumerables comisiones ministeriales, podría proporcionar la ocasión para una codificación de toda la legislación penal rígidamente anclada, por una reserva de código establecida en la Constitución, al principio de la legitimidad formal de las nuevas normas penales y procesales solo si producidas mediante modificaciones o integraciones de los propios códigos. Los códigos serían, ciertamente, más complejos y voluminosos que los actuales, pero, desde luego, no más confusos e inabarcables que el montón de leyes que hoy pueblan el ordenamiento[4]. Lo mismo podría hacerse también en los restantes sectores del derecho, articulando toda la legislación en un número limitado de leyes orgánicas en las diversas materias —trabajo, salud, educación, familia, comercio, urbanismo, obras públicas, fisco, industria, bienes comunes y similares— y estableciendo sobre tales materias rígidas reservas constitucionales de ley orgánica análogas a la reserva de código penal[5]. Tales leyes garantizarían cuando menos la sistematicidad y la coherencia interna. Serían voluminosas, pero bastante menos que la miríada de leyes de ocasión emanadas en tales materias.

No se trata de una simple propuesta de reforma de los códigos y de los textos únicos, sino de una refundación de la legalidad capaz de producir una recodificación de todo el derecho, indispensable debido a su actual regresión premoderna. Hace tres siglos la incertidumbre del derecho provenía de «esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados» frente a cuyo arbitrio y volubilidad Thomas Hobbes reivindicó la certeza de la ley[6]. Hoy

proviene de la legislación misma, quizá aún más incoherente y desordenada que la jurisprudencia premoderna. Así, las reservas de código y de leyes orgánicas equivalen a metagarantías de la legalidad ordinaria dirigidas a poner a tales textos —como sistemas claros, unitarios y coherentes de normas, competencias y procedimientos— al reparo de la legislación especial, de emergencia, de excepción o de ocasión, dictada por los contingentes impulsos del legislador. El Código Penal y el Procesal Penal, en particular, vendrían a configurarse como textos normativos al mismo tiempo exhaustivos y exclusivos de toda la materia penal, cognoscibles por el ciudadano como racionales sistemas de reglas de conducta y dotados de coherencia interna, claridad y sistematicidad. Se verían incrementadas la certeza de sus aplicaciones y su capacidad reguladora tanto en relación con los ciudadanos como con los jueces. De ello se seguiría una reducción del área del derecho penal, de acuerdo con su papel de instrumento extremo de defensa de los bienes y derechos no tutelables de otro modo, y un seguro incremento de la efectividad y la tasa de garantismo del conjunto. La *tabula rasa* del actual caos normativo ofrecería la ocasión para decidir no ya lo que ha ser despenalizado, sino lo que debe penalizarse, sobre la base de una radical reconsideración del catálogo de los bienes merecedores de tutela penal de acuerdo con los principios de la Constitución. Tratándose de textos cuasi constitucionales, puesto que imponen límites a las libertades fundamentales, para impedir a la demagogia la superproducción de siempre nuevas normas en materia de delitos, penas y procesos, estaría además justificada la previsión de su aprobación por mayorías cualificadas[7].

En cuanto a la forma de producción, la actual reserva absoluta de ley en materia penal establecida por el art. 25 de la Constitución italiana impondría la producción normativa en materia de delitos, penas y procesos en la forma de legislación parlamentaria, en garantía de un más seguro fundamento democrático de las limitaciones impuestas a las libertades fundamentales. Es por lo que, cuando menos, debe considerarse una forma de mala práctica

institucional el recurso cada vez más frecuente de los gobiernos, en materia penal, a los decretos leyes, sobre todo en ausencia de los presupuestos de la necesidad y la urgencia previstas en la Constitución.

5.1.2. *La escritura de las leyes. Claridad y precisión*

No menos importante, aun cuando de más difícil actuación, es la segunda reforma, relativa a la *calidad* de la legislación y consistente en la imposición constitucional al legislador de la taxatividad, la univocidad, la precisión y la claridad como rígidas reglas semánticas de formación del lenguaje legal. Un «mal grandísimo», escribió Beccaria, es «la oscuridad» de las leyes, debida al hecho de que «estén escritas en una lengua extraña al pueblo, que lo sitúe bajo la dependencia de unos pocos, al no poder juzgar por sí mismo sobre la suerte de su libertad»[8], en contraste con el «axioma general de que todo ciudadano debe saber cuándo es culpable y cuándo es inocente»[9]. Las leyes son hoy literalmente ilegibles, habitualmente escritas en los ministerios en un lenguaje burocrático retorcido y a veces indescifrable. Cuando resulta evidente que la claridad de las leyes, es decir, de la voluntad legislativa, es una condición elemental de la democracia y, en materia penal, de la libertad de las personas.

Para vincular al legislador al axioma de Beccaria, sería necesario reformular al menos el principio de legalidad penal. Al texto actual del art. 25,2 de la Constitución italiana —«nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido»— debería, cuando menos, añadirse el requisito de la taxatividad, estableciendo que el «hecho cometido» y previsto por la ley como delito sea formulado en términos claros, unívocos y precisos. Sería necesario además prever que cada ley tenga una relativa homogeneidad de contenidos normativos; que se excluya una extensión excesiva; que cuente con un número limitado de artículos y cada artículo con un número limitado de apartados; que se omitan palabras oscuras de la jerga penalista o burocrática; que, en fin, se eviten lo más posible los reenvíos a artículos y apartados

de otras leyes, indicadas solamente con el número y la fecha de su emisión y el consiguiente laberinto impracticable. Lamentablemente, no es fácil traducir estas banales indicaciones en normas rígidamente vinculantes. Pero no sería inútil una norma de este tipo: «Las leyes, las sentencias y las resoluciones administrativas deberán formularse en un lenguaje conciso y comprensible, que haga uso de palabras simples, claras y precisas[10].

Naturalmente, el modelo garantista de la legislación y la jurisdicción es un modelo límite, nunca perfectamente realizable, a causa de los márgenes inevitables de discrecionalidad abiertos a la interpretación de las leyes, aun cuando estén dotadas de rigor lingüístico. La sujeción de los jueces a la ley y la consiguiente legitimación de la jurisdicción serán siempre una cuestión de grado. Pero hay que ser conscientes de que, por debajo de un cierto grado de indeterminación, tal sujeción decae, de modo que la juris-dicción se transmuta en legis-lación y el poder judicial en poder ilegítimo de creación de nuevo derecho. Esta es la preciosa enseñanza proveniente de todo el pensamiento ilustrado sobre la claridad y la univocidad de las leyes como condición esencial para limitar el arbitrio de los jueces. Gracias a esta enseñanza se produjo el tránsito del despotismo judicial propio del viejo derecho jurisprudencial al estado de derecho. Hoy, tal enseñanza, dirigida al legislador, es más válida que nunca, dado que la inflación y la disfunción de la legislación están haciendo retroceder a nuestro sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.

5.1.3. *El principio de estricta legalidad como garantía de la separación de los poderes públicos y de su respeto recíproco*

Una refundación garantista de la legalidad es, por otra parte, la única respuesta racional a la actual crisis de la jurisdicción y, al mismo tiempo, la única opción estratégica capaz de restaurar una correcta relación entre poder político y poder judicial. Esta equivaldría a una rígida *actio finium regundorum*, capaz de

establecer los confines entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política y, por consiguiente, de realizar la clásica separación de poderes y poner fin a las contiendas que en Italia envenenan desde hace años el debate sobre la justicia.

Cabe, en efecto, formular un obvio principio general: cuanto más alto es el grado de determinación y taxatividad del lenguaje de las leyes, tanto más rígidas y ciertas serán la separación entre *legis-latio* y *juris-dictio*, la sujeción de la segunda a la primera y, con ello, la frontera entre jurisdicción y política. A la inversa, cuanto mayores sean la indeterminación, la imprecisión y el carácter pletórico y confuso de la legislación, tanto mayor será el poder discrecional de los jueces, tanto menor su sujeción a la ley y tanto mayores la impropia invasión por el poder judicial de las esferas de competencia de los demás poderes y la desigualdad de las personas frente al derecho. En síntesis, la política podrá asegurar la separación de poderes y sujetar a la jurisdicción a la ley, en la medida en que sepa cumplir con su oficio, es decir, produciendo textos normativos tan claros, simples y rigurosos como sea posible. Con aparente paradoja, la ley podrá ser efectivamente condicionante si es a su vez jurídicamente condicionada y vinculada por las garantías de la estricta legalidad y la taxatividad.

Tal es lo necesario para realizar la sujeción de los jueces a la ley y la separación de poderes. Pero, es obvio, que no basta para obtener un derecho penal mínimo y garantista. Para ello, como haré ver en este y en el próximo capítulo, se requiere un complejo sistema de garantías penales y procesales —en materia de delitos, penas y procesos—, una reforma del ministerio público como institución de garantía y el respeto de una larga serie de reglas deontológicas.

5.2. *Las garantías penales en materia de delito*

El primer orden de garantías necesario para refundar la legalidad penal consiste, a más de los vínculos impuestos a la cantidad y

calidad de las leyes, en un *principio de economía* o *de necesidad*, que requiere la máxima reducción de los delitos y de las penas, de acuerdo con la concepción del derecho penal como *extrema ratio* o, según el utilitarismo reformado del que he hablado en el § 2.2, como *derecho penal mínimo*. La reducción a lo esencial de la intervención penal serviría, además, para sanar o, cuando menos, reducir uno de los males endémicos de la justicia italiana: la excesiva duración de los procesos penales —una media de dos años en primer grado, tres en apelación y ocho meses en casación— debida a la enorme carga de trabajo judicial, cuyo efecto inevitable es la ineficiencia y, al mismo tiempo, la disminución de todas las garantías. Es claro que, de la reserva constitucional de código a la que acabo de referirme, se seguiría una segura reducción del derecho penal, y, con ello, de la duración de los procesos, porque constreñiría a repensar el derecho penal en su conjunto y a identificar todo y solo lo que merece ser castigado, sobre la base de un proyecto racional. Este proyecto racional, como haré ver, requiere tres condiciones: la asunción del principio de lesividad y de las demás garantías penales sustanciales como criterios guía de la penalización; la redefinición de la noción de bien jurídico merecedor de tutela penal anclada en los valores constitucionales; la identificación de los límites impuestos por tal noción a la creación legislativa de las figuras de delito.

5.2.1. *El principio de lesividad como criterio guía de la penalización*

Los criterios guía de una penalización reducida a lo esencial con las garantías penales o sustanciales expresadas por los principios de *lesividad*, *materialidad* y *culpabilidad*, en virtud de los cuales nadie puede ser castigado por un hecho que no consista en una acción material o exterior imputable a la culpabilidad de un autor y productiva de un daño o de un peligro concreto para otras personas[11]. El principio de lesividad, en particular, puede concebirse como un corolario del principio liberal de la separación axiológica de

derecho y moral aquí formulado en el § 2.2.2, y no solo de un utilitarismo penal ya no demediado. En garantía del pluralismo moral y político y de la convivencia pacífica de distintos puntos de vista morales, impone que la ley limite la punibilidad a los solos comportamientos culpablemente ofensivos en relación con otras personas garantizando para el resto una esfera intangible de libertad, cualesquiera que sean los juicios morales sobre los comportamientos comprendidos en tal esfera.

De aquí la licitud de los comportamientos, aun considerados inmorales, que no produzcan daños a terceros —como los actos internos, los dirigidos contra uno mismo, los consistentes en meras manifestaciones del pensamiento— todos pertenecientes a la esfera de la libertad: «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu», escribió John Stuart Mill, «el individuo es soberano»[12]. Según este principio, solo las conductas que ocasionan daño a otros pueden ser prohibidas y castigadas por el derecho en virtud del papel que a este compete, según la célebre máxima kantiana de garantizar la convivencia de la libertad de cada uno con las libertades de los demás[13]. Y solo la garantía de las libertades fundamentales como derechos a la propia identidad cualquiera que sea —homogénea o diferente, mayoritaria o minoritaria e incluso liberal o iliberal— puede asegurar y tutelar el pluralismo moral, religioso, cultural y político presente en la sociedad. Es sobre este paso atrás del derecho en todo lo que no ocasione daños a terceros donde reside la *laicidad del estado*, es decir, su neutralidad frente a las diferentes concepciones morales que conviven en una sociedad y, al mismo tiempo, el fundamento y la sustancia de todos los derechos de libertad, comenzando por la libertad de conciencia y la libertad religiosa. De aquí el derecho de cada uno a cultivar pensamientos (considerados) malos y de realizar actos (considerados) inmorales, cuando no produzcan daños a terceros, sin que el asunto pueda interesar en modo alguno a las instituciones jurídicas y menos aún a las instituciones penales.

Así resultan radicalmente excluidos el paradigma del derecho penal del enemigo, del que se ha hablado en el § 4.5.2, y, más en general,

la penalización de identidades subjetivas y no de comportamientos objetivos. En efecto, pues los principios de estricta legalidad y de lesividad imponen configurar como punibles *tipos de acción* y no *tipos de autor*; de dirigir el juicio a la prueba de los hechos y no a la inquisición sobre las personas; de prever y castigar solamente comportamientos dañosos, y no a sujetos dañosos que, en virtud de la igual dignidad de cada ser humano, no existen en democracia. El derecho penal que configura identidades desviadas invierte este esquema: no la prefiguración legal y la averiguación judicial del hecho punible, sino la previsión de sujetos desviados que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de específicos actos de desviación, se resuelve en la identificación, la captura y la condena del retenido como sospechoso o peligroso a causa de su identidad personal, valorada en cada caso de manera inevitablemente potestativa.

En efecto, con el abandono del paradigma del derecho penal del hecho y su sustitución por el del autor, se desvanecen todos los elementos constitutivos del delito —la acción, el resultado dañoso y la culpabilidad— correspondientes a otras tantas garantías penales que hacen posible la verificabilidad y la falsabilidad de la hipótesis acusatoria. Además, resulta lesionado un segundo y aún más importante fundamento del estado de derecho y de la democracia: el principio de igualdad. En efecto, pues existe un nexo entre derecho penal del hecho y principio de igualdad, y entre principio de legalidad y la que el art. 3 de la Constitución italiana llama «igual dignidad social» de las personas. Y, a la inversa, existe un nexo entre derecho penal de autor y sistemas punitivos arbitrarios e iliberales, en cuanto basados inevitablemente en la desigualdad de los autores, penalizados por lo que son y no por lo que hacen. Según el paradigma garantista, solo las acciones dañosas, cualquiera que sea su autor, y no las identidades personales, pueden ser previstas y castigadas por las leyes y objeto de averiguación por los jueces mediante las pruebas[14]. Las identidades —cualesquiera que sean, incluso las más perversas— están protegidas por el principio de igualdad y por los derechos de libertad, que son todos derechos a

la tutela y a la afirmación de la propia identidad diferente. Que es, precisamente, lo negado por todos los modelos de derecho penal de autor y, sobre todo, por el del «derecho penal del enemigo»: fórmula que, al asimilar el derecho penal a la guerra y no a su negación, es, no por casualidad, traducción penal de la oposición schmittiana entre amigo y enemigo.

5.2.2. *La anulación iliberal del principio de lesividad. Los bienes jurídicos merecedores de tutela penal*

Pero ¿en qué consiste el daño requerido por el principio de lesividad? Más allá de los comportamientos claramente no dañosos para terceros, como los actos internos y los dirigidos contra uno mismo, ¿cuál es el daño que justifica la prohibición y la sanción penal?

En la tradición filosófico-jurídica, entre el siglo XVIII y comienzos del XIX, se desarrolló una penosa parábola involutiva de la noción de daño penalmente perseguible. En el pensamiento ilustrado, el daño debía consistir en la lesión de un derecho subjetivo ajeno[15]. También Rudolf Ihering y luego Franz von Liszt y Karl Binding concibieron el bien tutelado por el derecho penal cuando menos como un bien externo al derecho mismo[16]. Después, a comienzos del siglo XX, se inició un proceso de abstracción ético-estatalista del concepto de daño, identificándolo, primero, con cualquier lesión del derecho de estado[17] y luego, en la doctrina nazi, con la «infidelidad» al estado y a su jefe a resultas del «desvalor de la actitud interior» del autor[18].

Solo después de la liberación del nazi-fascismo emergió de nuevo en la doctrina penalista la noción ilustrada del daño, a través de la teoría del «bien jurídico» como bien o interés merecedor de tutela penal porque externo al derecho[19] y, en las formulaciones más avanzadas, anclado a los derechos fundamentales y a los demás bienes e intereses constitucionalmente relevantes[20]. Pero no faltan aún hoy las concepciones autorreferenciales: típica la ya recordada doctrina autopoyética y funcionalista del derecho penal del enemigo de Günter Jakobs. Una teoría garantista y constitucional del delito debe partir de una concepción heteropoyética y empírica del daño

que ancle los bienes jurídicos merecedores de tutela penal a derechos e intereses de relevancia constitucional. El concepto de daño, del mismo modo que el de bien jurídico, es una noción ampliamente indeterminada. No obstante, el anclaje empírico del principio de lesividad a derechos e intereses constitucionalmente relevantes, además de limitar a estos bienes la tutela penal, puede decir, en negativo, qué bienes y qué daños no justifican tal tutela, ofreciendo con este fin una amplia serie de condiciones en ausencia o en presencia de las cuales aquella no está justificada.

5.2.3. *Ocho límites impuestos al derecho penal por el principio de lesividad*

Indicaré algunas de estas condiciones sugeridas por el principio de lesividad, como principio polivalente de minimización del derecho penal, que bien podrían ser previstas constitucionalmente como otros tantos límites a la legislación o, en todo caso, informar una política criminal racional capaz de aumentar tanto el grado de garantismo como la eficiencia del sistema penal.

En primer lugar, los bienes merecedores de tutela penal deben ser empíricamente determinados, externos al derecho positivo y no consistentes, pues, en la inviolabilidad del derecho mismo y tampoco en las abstracciones —como la personalidad del estado, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad pública y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la familia, el matrimonio, la moral familiar y similares— con referencia a los cuales el Código Penal Rocco codificó gran parte de los delitos. En cambio, los principios constitucionales imponen la asunción, como merecedores de tutela penal, tan solo de los bienes cuya lesión se concrete en ofensas para los derechos de otras personas de carne y hueso, o bien para relevantes funciones públicas de interés general.

En segundo lugar, el daño ocasionado a tales bienes ha de ser relevante, debiendo excluirse la punibilidad de hechos particularmente tenues. Este es un principio que después de largos

debates ha sido recientemente codificado. El art. 131 *bis* del Código Penal Italiano, introducido por el Decreto Legislativo n.º 28/2015, de 16 de marzo, y modificado por el art. 1 del Decreto Legislativo n.º 150/2022, de 10 de octubre, establece que «en los delitos para los que se prevé una pena privativa de libertad de un mínimo no superior a dos años, o bien la pena pecuniaria, sola o conjuntamente con aquella, se excluirá la punibilidad cuando, por las modalidades de la conducta y por lo exiguo del daño o del peligro, valorados en el sentido del art. 133,1, también en consideración de la conducta subsiguiente al delito, la lesión sea particularmente tenue y el comportamiento resulte no habitual».

En tercer lugar, el principio de economía y necesidad, antes aún que el de lesividad, no justifica todo el enorme derecho penal burocrático que hoy ocupa y obstruye la máquina judicial. De esta penalidad burocrática forman parte todos los delitos de bagatela. Pero no lo hacen, a mi juicio, y por eso deberían ser despenalizados y transmutados en ilícitos administrativos por su carácter evidentemente no grave, todas las contravenciones y todos los delitos castigados únicamente con una pena pecuniaria. Este es, a mi entender, el límite más obvio a la intervención penal impuesto por el principio de lesividad. La justicia penal no puede ser disturbada y menos aún disturbar a los ciudadanos por ilícitos escasamente ofensivos: si un determinado hecho resulta configurado como contravención o solo punible con una multa, quiere decir que no está considerado lesivo de algún derecho, bien o interés fundamental, aunque solo sea porque ningún derecho o bien fundamental puede ser monetizado. Si se considera que algunos de estos delitos contravencionales o solo castigados con multa son, por su gravedad, merecedores de ser prohibidos o castigados penalmente, entonces deberán transformarse en delitos y castigarse con las penas reservadas para estos. Una reforma de esta clase haría también posibles una simplificación y una racionalización del derecho penal: los delitos serían todos delitos, con los mismos elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos, y serían todos punibles con los mismos tipos de pena. Se evitaría la percepción

social de la gran criminalidad y de la minúscula desviación como igualmente pertenecientes a la fenomenología penal. Se vería reducida la esfera de la ignorancia inevitable de la ley penal, justamente declarada excusable por la Corte Constitucional italiana por la Sentencia n.º 364/1988. El aparato judicial sería liberado del tratamiento de una enorme cantidad de delitos irrelevantes, con el consiguiente incremento de calidad del garantismo, de la eficiencia y la rapidez de la justicia. Se eliminarían, en fin, tres defectos de fondo de las penas pecuniarias: la posibilidad de que estas sean pagadas por personas diferentes del autor del ilícito; la desigualdad de su carácter aflictivo según que los condenados sean ricos o pobres, solo superable con la introducción del principio de proporcionalidad a su riqueza y las complicaciones burocráticas requeridas por la averiguación de sus condiciones económicas en cada caso; la escandalosa conversión, prevista en el art. 136 CP de las penas no pagadas en la «semilibertad sustitutiva» (un día por cada 250 euros o fracciones de 250 euros), o bien, si la falta de pago se debe a la pobreza del condenado, en el «trabajo de utilidad pública» o en el «arresto domiciliario sustitutivo». Todo esto no significa que las penas pecuniarias tengan que suprimirse, sino simplemente que solo deben admitirse para los delitos si impuestas conjuntamente con penas más serias, es decir, restrictivas de la libertad personal[21].

En cuarto lugar, como es obvio, el principio de lesividad excluye todas las normas penales que se revelen directamente, por sí mismas, dañosas y criminógenas, como, por ejemplo, las relativas a sustancias estupefacientes. Estas normas, como se hará ver en el § 7.3.3, al conferir a las organizaciones criminales el monopolio de la droga, están en el origen tanto de la gran criminalidad del narcotráfico como de la pequeña criminalidad de la venta al menudeo. Además, el mismo principio excluye todo lo que llamaré derecho penal declamatorio, es decir, las normas que de hecho no sirven para poner al reparo de lesiones los bienes jurídicos que declaran tutelar, sino solo para proclamar su ilicitud, como las que castigaban el aborto y el uso personal de las drogas, y las que hoy castigan la llamada residencia ilegal por efecto de la inmigración

irregular[22]. En todos estos casos, se trata de delitos que, más allá de sus controvertidas valoraciones morales, las penas no son capaces de prevenir ni reducir, sino solo de convertirlos en clandestinos.

En quinto lugar, el principio de lesividad excluye la prohibición y el castigo como delitos de comportamientos que, no solo no ofenden ningún bien, sino que consisten en el ejercicio de libertades fundamentales o incluso en actos de solidaridad humana. En esta clase de ilícitos penales entran todos los delitos de opinión, comenzando por las distintas figuras de desacato, que el legislador republicano no ha tenido el coraje de abrogar, sino solo de sancionar con penas pecuniarias; las reuniones, los gritos y las manifestaciones sediciosas; la ayuda al suicidio de personas que libre y conscientemente deseen morir con dignidad de muerte natural, tipificada en el art. 580 CP, que la Sentencia de la Corte Constitucional de n.º 242/2019, de 25 de septiembre, declaró inconstitucional en los únicos casos en los que la persona que desea suicidarse no solo carece de capacidad para hacerlo por sí misma, sino que está afectada por una patología irreversible y fuente de sufrimientos intolerables. Luego, en materia de inmigración, todos los delitos de solidaridad a los que ya me he referido al final del § 4.5.3: del alquiler de una vivienda a un extranjero sin permiso de residencia a las sanciones y las medidas contra las ONG que salvan vidas humanas en el mar.

En sexto lugar, la opción por la reducción a lo esencial de la intervención penal requiere que la procedibilidad de oficio quede condicionada a una cierta relevancia pública del daño provocado por el delito, como la lesión de derechos fundamentales o de intereses públicos constitucionalmente relevantes. La ausencia de esta condición es el fundamento teórico de la procedibilidad mediante querella de parte, justificada por el carácter exclusivamente privado del bien lesionado y, por consiguiente, de la atribución al afectado del poder de decidir o no la activación de la acción penal, según sus intereses. En Italia ya se han producido reducciones de la esfera de la intervención penal a través de la extensión de la procedibilidad mediante querella, por la Ley n.º 689/1981, de 24 de noviembre, y

con el Decreto Legislativo n.º 36/2016, de 10 de abril. Pero una nueva extensión de la necesidad de querella, que produjera una relevante reducción de los procesos, podría afectar a gran parte de los delitos contra el patrimonio, comenzando por el hurto no solo simple, sino también agravado, que lesionan bienes de carácter puramente privado, con seguridad bastante más disponibles que los bienes vulnerados por delitos contra la persona, como las amenazas y las lesiones personales leves, para los que la ley prevé la persecución en virtud de querella de parte.

En séptimo lugar, una reducción de la esfera de la intervención penal sugerida por el principio de lesividad es la que puede provenir de una expansión de la causa de extinción de los delitos consistente en la reparación total o parcial del daño por el reo. Una expansión de esta causa de extinción se produjo por el Decreto Legislativo n.º 150/2022, de 10 de octubre, que en actuación de la Directiva europea n.º 29/2012, introdujo en sus arts. 42-66 y 92-99 una disciplina orgánica de los criterios de acceso a la justicia reparativa y de las modalidades de desarrollo y las garantías de sus procedimientos. Pueden extenderse aún más los presupuestos, aprovechando las prácticas de mediación dirigidas a la recomposición de la relación social entre autores y víctimas de los delitos. No obstante, estos procedimientos tienen un alcance limitado, porque los daños más graves provocados por los delitos, como la muerte o las lesiones de la parte ofendida, son por desgracia irreparables.

En octavo y último lugar, el principio de lesividad excluye la tutela anticipada de bienes a través de la penalización de comportamientos inofensivos que solo en abstracto y no en concreto podrían ponerlos en peligro. Por ejemplo, los delitos de atentado deberían consistir, según las palabras usadas para la tentativa de delito, en «actos idóneos» para producir determinadas lesiones y no, como dice el Código Penal italiano, en «actos dirigidos» a producirlas, como pueden ser incluso las más vagas ideaciones[23]. Lo mismo hay que decir de los llamados «delitos de peligro abstracto» o «presunto», en los que tampoco se requiere el peligro concreto, sino que este es

abstractamente presumido por la ley y por eso puede ser altamente hipotético e improbable. En definitiva, para que concurra una lesividad concreta, el peligro que ha amenazado al bien tutelado debería consistir, según las palabras de Carrara, en un efectivo «*peligro corrido*»[24]. Los mismos delitos asociativos, si no se quiere que decaigan en delitos de sospecha de otros delitos de los que no existen pruebas, deberían incluir en el supuesto de hecho la previsión, al menos, de un delito respecto del cual fueran instrumentales.

5.3. *Las garantías penales en materia de pena*

De los dos términos de la endíadis *De los delitos y de las penas* que da título a la obra de Beccaria, la doctrina penalista se ha ocupado siempre solamente del primero y no del segundo. Toda la dogmática penal se ha desarrollado en torno a la teoría del delito. No ha habido, en cambio, una reflexión teórica sobre la pena, parangonable en amplitud y complejidad, a la producida sobre el delito. Las penas han sido durante mucho tiempo descuidadas por la doctrina como materia no noble, no digna de los altos estudios dogmáticos[25]. También por esto, en relación con ellas se han ejercitado, sobre todo, la inhumanidad y el sadismo punitivo del actual populismo penal. Por tanto, una teoría garantista del derecho penal debe repensar, a la luz de la nada feliz experiencia pasada, tanto los fines como la naturaleza de la pena. En particular, el fin: la pena es una segunda violencia que se añade al delito y que, como se dijo en el § 2.2, solo se justifica si es inferior a las mayores violencias que se producirían en su ausencia. En segundo lugar, la naturaleza de las aflicciones en las que consisten las penas actuales, a veces excesivamente leves, a veces excesivamente severas: son excesivamente leves las penas pecuniarias, cuya abolición, así como la de los delitos para los que están previstas en tanto única sanción, he propuesto en el parágrafo precedente, ya que indican su escasa

relevancia y por eso su incompatibilidad con el papel del derecho penal como *extrema ratio*; son, en cambio, excesivamente severas la cadena perpetua, las de prisión superiores a veinte años y todas las formas de la cárcel dura, incompatibles, como trataré de hacer ver, con el espíritu de la Constitución y con el modelo normativo del derecho penal mínimo. Los tres subparágrafos que siguen están dedicados al análisis de la pena carcelaria tal como se sufre en concreto y a sus inútiles exasperaciones de estos años; a las propuestas de constitucionalización de la ejecución penal y de un sistema de penas alternativas a la cárcel; a la abolición de todas las medidas punitivas *extra* o *praeter delictum*.

5.3.1. *La ausencia de taxatividad y la deshumanización de la pena privativa de libertad. Cárcel dura y cárcel durísima*

La pena de prisión, debe reconocerse, ha fallado en relación con su modelo teórico y normativo. Concebida por el pensamiento ilustrado como una fuente de minimización, racionalización y humanización del derecho penal, después de la supresión de las penas corporales y de los suplicios, se convirtió en la pena central de los modernos sistemas punitivos, si bien contradice todas sus edificantes connotaciones teóricas. Según su modelo ideal, es una pena igual, entera y taxativamente predeterminada por la ley en cuanto consistente en la privación de la sola libertad personal, es decir, de un tiempo abstracto pero determinado de libertad, cualitativamente igual aun cuando cuantitativamente diferenciado y graduable por el legislador, y luego por el juez, en proporción a la gravedad del delito cometido. Todos los derechos fundamentales distintos de la libertad personal —el derecho a la integridad física, la inmunidad frente a torturas y malos tratos, las clásicas libertades fundamentales, de la libertad de manifestación del pensamiento a las libertades de reunión y asociación dentro de la cárcel, hasta el derecho a la salud y la educación— deberían ser, en principio, como ha establecido la Corte Constitucional italiana por sentencias n.º 114/1979 y

n.º 26/1999, derechos correspondientes a todos, incluidos los presos. En fin, según el art. 27 de la Constitución italiana, «las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado».

Después de más de dos siglos de historia carcelaria, hay que constatar la distancia abismal entre este modelo teórico y la realidad. Las cárceles son todas diferentes unas de otras. En Italia se ha experimentado una cárcel-modelo, la de Bollate, en la que está asegurado un trato civil y una relativa efectividad de los derechos de los presos. Pero constituye, precisamente, una excepción, que confirma la desigualdad en la pena privativa de libertad, en la práctica, y su rasgo distintivo más evidente, unido a su contraste, en la experiencia histórica de todas las cárceles del mundo, con todos los principios que caracterizan al modelo normativo. En efecto, pues la mayor parte de las cárceles son, en distinta medida, infiernos dejados de hecho al libre juego de las relaciones de fuerza y de poder entre los presos, al arbitrio de los funcionarios y, en ocasiones, al desarrollo de una criminalidad carcelaria incontrolada que se ejerce sobre los más débiles y los más indefensos. Dentro de sus muros prevalecen reglas y prácticas no escritas que hacen de cada cárcel una cárcel diferente y de cada pena una pena distinta de las demás: por las diferencias en materia de espacios comunes, habitabilidad de las celdas, duchas, horas de aire, condiciones higiénicas y sanitarias; por las innumerables e insensatas prescripciones y sobre todo prohibiciones, muchas de ellas distintas de una cárcel a otra, a las que está sujeta la vida cotidiana de los presos; por las vejaciones pequeñas y grandes a las que se les somete con violación de sus derechos fundamentales; por las dinámicas de poder que todas estas diferencias generan entre los presos. Al ser una institución total, la cárcel no consiste en la sola limitación de la libertad personal, sino en un conjunto de más aflicciones, diferentes de un preso a otro y en todo caso no legalmente previstas.

En contraste con su modelo teórico de pena igual y exactamente predeterminada por la ley, la reclusión carcelaria es, pues, una pena

profundamente desigual e indeterminada en los contenidos, con violación tanto del principio de legalidad y taxatividad de las penas como del principio de igualdad y dignidad de los presos[26]. Por eso, también en consideración de la reducción de la criminalidad, de la que se ha dicho en el § 4.3.2, se justifica el proyecto de una progresiva superación de su centralidad, a través de la reducción de su duración y, como diré más adelante, de una gradual sustitución por penas diferentes, menos desiguales y aflictivas: un proyecto, es bueno precisarlo, que no tiene nada que ver con la idea de la abolición de la pena, que, como se dirá en el § 7.3.2, es una hipótesis regresiva, equivalente de hecho a la afirmación de la ley del más fuerte[27].

Lo acaecido en Italia en estos últimos treinta años es justamente lo contrario: no la reducción, sino el enorme aumento del número de presos y una importante agravación de sus condiciones de vida, tanto con respecto al pasado como en relación con otros países europeos[28]. Mientras que la criminalidad ha disminuido —en 2022, los homicidios fueron solo 309, frente a los 1938 de 1991—, la población carcelaria casi se ha duplicado: los presos, que el 30 de junio de 1991 eran 31 053, el 22 de agosto de 2023 sumaban 58 083, de los que 1867 estaban condenados a cadena perpetua, cinco veces más que en 1992, que eran solo 408[29]. Además, en Italia, han hecho aparición dos regímenes carcelarios especiales, de los que uno es habitualmente presupuesto del otro. El primero es la cárcel dura, introducida en el ordenamiento penitenciario por el art. 4 *bis*, llamada «obstativa» porque, para los delitos de mafia y muchos otros, no permite la concesión de permisos ni medidas alternativas en el caso de los presos que no colaboren con la justicia. El segundo es la cárcel todavía más dura, porque consiste en ulteriores agravaciones, introducida por el art. 41 *bis*, abiertamente contrario a la separación de poderes y al art. 13, 2.º de la Constitución italiana, según el cual «no se admitirá forma alguna de prisión [...] ni cualquier otra restricción de la libertad personal, de no ser por decisión motivada de la autoridad judicial», pues ese precepto, increíblemente, hace depender la mayor aflictividad de la pena de

determinados delitos de una disposición del ministro de Justicia. Por tanto, no de una ley o de un pronunciamiento judicial, sino de un acto administrativo que interfiere en la ejecución penal suspendiendo —«para los presos o internos» por ciertos delitos, dice el art. 41 *bis*, 2— «la aplicación de las reglas de tratamiento y de los institutos previsto por la ley». Ambos regímenes especiales son, además, el producto de un nuevo método legislativo ya señalado en materia de inmigración y dirigido a satisfacer el punitivismo compulsivo inducido por el populismo penal: la legislación para agravaciones y expansiones crecientes, en virtud de la cual, a partir de una primera ley represiva, las leyes sucesivas inciden cada vez con mayor crueldad, extendiendo sus presupuestos bastante más allá de los delitos de mafia y terrorismo, ampliando el radio de sus destinatarios y acentuando su aflictividad.

Es lo que ha sucedido con el primer régimen de cárcel dura, el llamado «obstativo», a la concesión de cualquier beneficio en materia de pena. Introducido en el ordenamiento penitenciario por el art. 4 *bis* por el Decreto Ley n.º 152/1991, de 13 de mayo, convertido en la Ley n.º 203/1991, de 12 de julio, preveía originariamente que, para los condenados por algunos delitos, como los de mafia, el acceso a los beneficios penitenciarios estuviera condicionado a la expiación de un tiempo mínimo de pena y a la inexistencia de vínculos con la criminalidad organizada. Con el Decreto Ley n.º 306/1992, de 8 de junio, emanado después del atentado de Capaci (que costó la vida a Giovanni Falcone, su esposa y tres agentes de la escolta) y convertido en la Ley n.º 356/1992, de 7 de agosto, la condición negativa de la ausencia de relaciones con el exterior de la cárcel se transformó en la positiva, contraria a un elemental principio de civilidad, de la «colaboración con la justicia», cuya falta, de no probarse la imposibilidad o la inexigibilidad, impedía la concesión de beneficios penitenciarios[30]. Aplicado a la cadena perpetua, este régimen se ha convertido de hecho en la pena perpetua, sin esperanza, que la Corte Constitucional, como se verá más adelante, ha censurado reiteradamente. Después, las leyes n.os 92/2001, 279/2002,

11/2012, 19 y 43 de 2015, han ampliado la aplicación del art. 4 *bis* a una larga serie de otros delitos, de las asociaciones terroristas a la asociación dedicada al contrabando de tabaco, de los delitos sexuales contra menores al favorecimiento del ingreso ilegal de extranjeros. En fin, el Decreto Ley n.º 162/2022, de 31 de octubre, convertido en la Ley n.º 199/2022, de 30 de diciembre, para dar actuación a la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 253/2019, que había censurado tímidamente la presunción absoluta de peligrosidad generada por la falta de colaboración con la justicia, la que la propia Corte había llamado «instrucción reforzada», dirigida a verificar la certeza de la reeducación del condenado y consistente, de hecho, en la imposición a este de una casi irrealizable cantidad de deberes y de pruebas dirigidas a la exclusión, no solo de «vínculos con la criminalidad organizada», sino incluso del «peligro de renovación de tales vínculos, incluso indirectos o a través de terceros».

El mismo proceso de progresiva agravación ha sufrido la cárcel durísima prevista en el art. 41 *bis*[31]. En su texto originario, el introducido por la Ley Gozzini n.º 663/1986, de 10 de octubre, este artículo estaba formado por un solo apartado que confiaba al ministro de Justicia, «en casos excepcionales de revueltas u otras graves situaciones de emergencia», el poder de «suspender, en el instituto afectado o en parte de él, la aplicación de las normales reglas de tratamiento». Mediante el, ya recordado, Decreto n.º 306/1992 se introdujo un segundo apartado que, con violación de la separación de poderes, atribuye al ministro tal poder también «en relación con los presos o internos» por alguno de los delitos previstos en el art. 4 *bis* a fin de «impedir sus relaciones con la asociación» criminal que los *boss* mafiosos seguían dirigiendo desde las cárceles. Ya en esta primera formulación tal medida, introducida como de emergencia por un tiempo de solo tres años, presentaba, se ha escrito, «un déficit de legalidad [...] tanto en relación con los presupuestos de su aplicación como con el contenido y la duración»[32]. Prorrogado varias veces, este régimen especial se convirtió en permanente por La ley n.º 279/2002, de 23 de

diciembre, también ya recordada, que así dio vida de manera estable al régimen carcelario especial *ex* art. 41 *bis*. El nuevo régimen fue posteriormente exasperado por la Ley n.º 94/2009 que, con derogación del principio del juez natural y de la prohibición de jurisdicciones especiales establecidos por los arts. 25,1 y 102,2 de la Constitución italiana, atribuyó al Tribunal de Vigilancia Penitenciara de Roma la competencia para decidir sobre todas las reclamaciones contra su aplicación, e introdujo, además, una serie de inútiles vejaciones que nada tienen que ver con las exigencias de la seguridad: de la restricción del número de comunicaciones, aun cuando efectuadas con un cristal de por medio y sometidas a controles audiovisuales, a la limitación de las horas de aire libre y la reducción de los objetos, entre ellos libros y periódicos, que pueden recibirse del exterior. Es, pues, un verdadero agujero negro aquel en el que caen quienes, expiada la pena privativa de libertad en el régimen del art. 41 *bis*, son después sometidos, por razón de su «peligrosidad», a una medida de seguridad privativa de libertad, que puede prolongarse —por una duración equivalente al máximo legal de la pena infligida por el más grave de los delitos cometidos, dice el art. 1 *quater* del Decreto Ley n.º 52/2014, de 31 de marzo— hasta cuando el juez de vigilancia considere que ha cesado la peligrosidad. Incluso el derecho constitucional a la salud, cuya tutela está prevista por los arts. 146 y 147 del Código fascista de 1930 como presupuesto del aplazamiento de la ejecución de la pena, ha sido subordinado a razones de seguridad por la demagogia populista: el art. 2 del Decreto Ley n.º 28/2020, de 30 de abril, convertido en la Ley n.º 70/2020, de 25 de junio, subordina al informe de las Fiscalías la concesión de los permisos llamados de necesidad y del aplazamiento de la pena por graves razones de salud por parte del Juez de Vigilancia. En fin, el *garantismo de la desigualdad* de la derecha gobernante se ha manifestado abiertamente en la ley de conversión n.º 199/2022, de 30 de diciembre: de un lado, en normas como el aumento de 26 a 30 años de la pena cumplida por los condenados a cadena perpetua antes de que pueda concedérseles la libertad condicional, y la pena de 3 a 6 años por la

ocupación «de terrenos o edificios ajenos con el fin de realizar un espectáculo musical»; del otro, en un regalo solo para los condenados por malversación, cohecho, corrupción e instigación a la corrupción, consistente en la supresión, del régimen de cárcel obstativo previsto por el art. 4 *bis*, que había sido extendido a ellos por la Ley n.º 3/2019, de 9 de enero[33].

Actualmente, de las 1867 cadenas perpetuas, más de dos tercios, exactamente 1267[34], son cadenas perpetuas «obstativas». Pero el mismo régimen «obstativo» de cualquier beneficio de pena en el caso de resultado negativo de la compleja instrucción introducida por la Ley n.º 199/2022, no se refiere solo a los condenados a esta pena. Según datos del 22 de agosto de 2023, afecta a 9369 presos culpables de falta de colaboración con la justicia, después de la condena. En cambio, las sometidas al régimen previsto en el art. 41 *bis* son 743 personas. Cifras tan altas de la cárcel dura no se explican sino por el carácter prevalentemente burocrático, arbitrario y vejatorio de la aplicación de las normas que la prevén[35]. El régimen carcelario agravado, en ambas versiones, es contrario a la Constitución en dos aspectos. Es inconstitucional porque, también debido a su larga duración y a las posibles prórrogas, consiste en «tratamientos contrarios al sentido de humanidad» prohibidos por el art. 27,3 de la Constitución italiana. Pero, sobre todo, es inconstitucional porque choca con el principio de legalidad penal previsto en el art. 25,2 de esta. En efecto, pues la cárcel dura, de cualquier modo que se la llame —medida de seguridad o pena accesoria— es una *pena en la pena*, aplicada sin que concurra el «hecho cometido», en ausencia del cual, dice el mismo art. 25,2, «nadie puede ser castigado». Ciertamente, las circunstancias previstas como presupuestos de su aplicación no son «hechos». Además, repito, el régimen especial previsto en el art. 41 *bis*, al ser decidido por una autoridad político-administrativa como el ministro de Justicia, es contrario al principio de jurisdiccionalidad establecido en el art. 13 de la Constitución italiana, en virtud del cual las restricciones de la libertad personal deben ser decididas o al menos convalidadas por un juez.

Si es cierto que, como escribió Montesquieu, la civilidad de un país se mide por la moderación de sus penas[36], estas crueles exasperaciones indican una fuerte regresión civil de Italia y un decrecimiento de la cultura garantista y del sentido de humanidad de sus jueces. Pero es más penosa aún la regresión política, moral y cultural expresada por el unánime consenso prestado a estos por toda la clase política. Recordaré un solo hecho que lo acredita. En los años noventa del siglo pasado, la gran mayoría de los parlamentarios italianos era favorable a la abolición de la cadena perpetua que, en efecto, fue aprobada el 30 de abril de 1988 por el Senado, con 107 votos favorables, 51 en contra y 8 abstenciones[37]. Hoy, casi todas las fuerzas presentes en el Parlamento rechazan con firmeza la acusación de estar a favor de la abolición, no ya de la cadena perpetua, sino incluso del régimen previsto en el art. 41 *bis*. Otra Italia, otra clase de gobierno. Un signo elocuente de nuestros tiempos es el ofrecido por un enfrentamiento que ha ocupado durante días la crónica política: la agresión del coordinador del principal partido del gobierno a algunos exponentes de la oposición, insultados como posibles conniventes con el terrorismo, y no por haber criticado la cadena perpetua y ni siquiera la cadena perpetua obstativa, sino solo por haber visitado a un preso a punto de morir después de cien días de huelga de hambre en protesta contra el régimen del art. 41 *bis*[38].

5.3.2. *Constitucionalizar la ejecución penal. Por un sistema de penas alternativas a la pena carcelaria*

Acabar con esta barbarie de la condición carcelaria es el primer objetivo de cualquier política informada en principios de civilidad en materia de penas. Con este fin, la pena privativa de libertad puede ser más exactamente redefinida tanto en la calidad, es decir, en los contenidos, como en la cantidad, esto es, en la duración y el tipo de delitos a lo que es aplicable.

En el primer aspecto, relativo a la *calidad*, la ley debería establecer expresamente, y la gestión de las instituciones penitenciarias debería

garantizar en concreto, que la reclusión, en actuación de las sentencias constitucionales ya recordadas, de n.º 114/1979 y 26/1999, deberá consistir en la sola privación de la libertad personal y no de otros derechos fundamentales y, en todo caso, excluir cualquier forma de vejación. En síntesis, debería actuar el principio de estricta legalidad penal, que no afecta solo a los delitos, sino también a las penas, a las que impone taxatividad o precisión, hoy abiertamente violadas por la enorme diversidad de las condiciones de vida —de cárcel a cárcel e, incluso, de preso a preso — que se ocultan tras las de las etiquetas «cadena perpetua» y «reclusión»[39].

Pero ¿cómo se realiza la taxatividad o precisión de las aflicciones concretas de la pena privativa de libertad? Si es cierto que tal pena debe consistir en la exclusiva privación de la libertad personal, entonces su taxatividad se realiza excluyendo cualquier lesión de los demás derechos de los presos y de su dignidad de personas[40]. Además, tal es lo establecido, no solo por las sentencias constitucionales apenas citadas, sino también por el art. 1 del Ordenamiento Penitenciario que, en el art. 1,1, afirma que «el tratamiento» de los presos «debe asegurar el respeto de la dignidad de la persona» y, en el tercer apartado, que «están garantizados los derechos fundamentales de toda persona privada de libertad» y «se prohíbe toda violencia física o moral en su perjuicio». Ahora bien, solo hay un modo de actuar tales normas y realizar la taxatividad y así la igualdad de la pena de prisión: transformar en regla la excepción de las cárceles-modelo, como la italiana de Bollate, aboliendo todas las vejaciones que exceden de la privación de la libertad personal y que determinan las desigualdades *extra legem* en las penas; comenzando por todas las formas de cárcel dura, en contraste, repito, con los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, como *penas en la pena* que no se siguen de la verificación de un «hecho cometido», como exige el art. 25 de la Constitución italiana, y tampoco irrogadas por el juez en el momento de la condena. Además, certeza y taxatividad de la pena imponen a la gestión de las instituciones penitenciarias dos obligaciones

elementales: en primer lugar, el desarrollo de formas de vida común dentro de la cárcel y el incremento de las relaciones con el exterior, aptas para reducir la que es la mayor aflicción carcelaria, responsable del aumento de los suicidios: la soledad, la desesperación, la humillación constante, la pérdida de la autoestima, la carencia de auténticos afectos y el desvanecimiento del sentido mismo de la propia vida; en segundo lugar, una educación permanente de todo el personal penitenciario en los valores constitucionales, comenzando por el respeto de la dignidad de todos los presos. El grado de civilidad de un país se mide por la calidad de la garantía de la dignidad de los presos.

En cuanto a la justa necesidad de impedir a los presos por delitos de mafia o de terrorismo toda relación con sus asociaciones criminales, es claro que debe ser asegurada, pero planteando el impedimento no como una pena en la pena sin juicio y sin presupuestos de hecho, sino como modalidad de la pena exactamente prevista por la ley y decidida por el juez en el momento de la condena o bien, en sede de ejecución, por el Juez de Vigilancia cuando algún «hecho cometido», según lo requerido por el art. 25,2 de la Constitución, permita contemplar la hipótesis de posibles relaciones criminales con el exterior. Es una modalidad de ejecución de la pena que bien podría ser asegurada sin cambios sustanciales en las condiciones de vida y en las garantías de los derechos de los presos. Por ejemplo, no hay necesidad de limitar las visitas de los familiares, que son video-registradas y se desarrollan con la interposición de un vidrio divisorio que impide cualquier contacto. Tampoco es necesario limitar la entrada de objetos por parte de los parientes, obviamente precedida de atentos controles. Menos aún será necesario limitar las horas de aire libre. En suma, las justas exigencias de seguridad pueden satisfacerse transformando el actual régimen previsto en el art. 41 *bis* en una modalidad de ejecución de la pena decidida por un juez e idéntica al régimen carcelario ordinario, salvo el impedimento de relaciones con el exterior.

En el segundo aspecto, relativo a la *cantidad*, la pena carcelaria podría muy bien ser progresivamente reducida. Con este fin, una

política liberal debería tener el coraje de dar hoy —a distancia de casi tres siglos de la invención ilustrada de la pena privativa de libertad como alternativa a los suplicios, a las penas corporales, la picota y los demás horrores del derecho penal premoderno— un nuevo salto de civilidad: despojar a la reclusión de su actual papel de pena principal, limitando drásticamente su duración y reservándola solamente para las lesiones más graves a los derechos fundamentales y a los bienes constitucionalmente relevantes, los únicos que justifican la privación de la libertad personal que es, también ella, no se olvide, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado[41].

Esta política de excarcelación requiere, en primer lugar, la abolición de esa vergüenza que es la cadena perpetua, consistente en una privación de vida, de futuro y de esperanza, y no solo de libertad. Esta pena inhumana está todavía presente en casi todos los países del mundo. Está vigente en 183 estados sobre 216, es decir, en el 85 % de los estados del planeta, aun cuando en 127 de ellos se admite la libertad condicional[42]. Por lo demás, en el mundo está todavía presente la pena de muerte, que contradice la misma razón de ser del pacto de convivencia, es decir, la tutela de la vida[43] y de la dignidad de la persona humana como fin en sí misma y no como medio para fines ajenos[44]. Solo gracias a una movilización internacional el número de estos países ha disminuido progresivamente[45]. Y, no obstante —signo de los tiempos— en estos últimos años ha habido un aumento masivo de las ejecuciones capitales[46]. Es deseable, por tanto, que la misma movilización que ha provocado el aumento del número de países que han abolido la pena de muerte se produzca también en apoyo de la abolición de la muerte civil que es la cadena perpetua, que contradice gravemente, sobre todo, un importante aspecto del principio de jurisdiccionalidad: es una pena fija, que no permite al juez ninguna valoración equitativa de las circunstancias singulares del caso sometido al juicio y que, de este modo, se resuelve, en gran parte de los casos, en una pena sumamente inicua.

Además, en Italia, la cadena perpetua es inconstitucional porque contradice los dos requisitos de la pena —el «sentido de humanidad» y la finalidad de la «reeducación del condenado»— establecidos en el art. 27 de la Constitución. Lo ha reconocido la Corte Constitucional que, no obstante, no ha anulado esta barbarie con un singular sofisma. La cadena perpetua, sostiene en su Sentencia 264/1974, de 22 de noviembre, no sería incompatible con las finalidades reeducativas de la pena, al haber resultado posible, gracias a la Ley n.º 1634/1962, de 25 de noviembre, conceder después de 28 años —reducidos a 26 por la Ley n.º 663/1986, pero elevados a 30 por el Decreto Ley n.º 162/2022, de 31 de octubre— la libertad condicional; argumento retomado por las sentencias n.º 274/1983, de 27 de septiembre y n.º 313/1990, de 2 de julio, en las cuales se han tomado en consideración los ulteriores beneficios y reducciones de pena introducidos por la reforma penitenciaria de 1975 y luego extendidos por la ley Gozzini de 1986. Se da así la paradoja de que la *pena perpetua* ha sido declarada legítima en la medida en que es *no-perpetua*: porque aquella no existiría en la realidad (donde ha crecido exponencialmente y cuando debe cumplirse en la forma de la cárcel dura y sin esperanza), sino solo en las normas; como si la Corte debiera juzgar, no ya lo que dicen las normas, sino lo que de hecho sucede o no sucede. Pero hoy ocurre que este sofisma está sustancialmente desmentido por el art. 4 *bis* del ordenamiento penitenciario que ha introducido la cadena perpetua obstativa, sufrida, repito, por 1267 personas, es decir, por dos tercios de todos los castigados con ella[47].

En segundo lugar, el fracaso antes ilustrado de la pena privativa de libertad justifica una drástica reducción de su duración, aunque solo sea a los límites máximos establecidos en los códigos penales europeos: veinte años en Francia (arts. 18 y 19), Bélgica (art. 16), Suiza (art. 35), Austria (art. 18), Noruega (art. 17), Grecia (arts. 52 y 54) y Luxemburgo (art. 16); quince años en Alemania (arts. 14 y 17) y Polonia (art. 39) e incluso diez años en Finlandia (cap. 2, § 1) y en Suecia (cap. 26, § 1). Vittorio Foa, que durante ocho años estuvo preso en las cárceles fascistas, sostuvo que «ninguna pena

privativa de libertad debería superar los tres, al máximo los cinco años»[48].

Una tercera medida de redimensionamiento de la pena carcelaria debería consistir en la previsión de la pena privativa de libertad, reducida en el máximo a no más de veinte años, solo para los delitos más graves, y en la predisposición, para los restantes, de un amplio abanico de penas: limitativas de la libertad o de otros derechos y, sin embargo, no consistentes en la íntegra privación de la libertad personal que entrega cuerpo y alma a una institución total y es, por tanto, una pena mixta, corporal y disciplinaria. En síntesis, se trata de transformar en penas previstas como tales por la ley e impuestas directamente por el juez en el momento de la condena, tanto las que en Italia son las actuales medidas alternativas discrecionalmente dispuestas en sede de ejecución de la pena como algunas medidas de prevención *extra delictum*: la *vigilancia especial*, la *semilibertad*, la *libertad bajo palabra* y los *arrestos domiciliarios*, que privan solo parcialmente de la libertad personal; la *prohibición* y la *obligación de residencia*, que privan solo de la libertad de circulación; las penas patrimoniales como el *decomiso del cuerpo del delito*, por ejemplo, del vehículo utilizado en el caso de accidentes de tráfico; en fin, las *penas interdictivas*, que privan o restringen determinadas formas de capacidad de la que el reo hubiera abusado —como la retirada del permiso de conducir, la revocación de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales, la prohibición de ejercer funciones públicas y similares— y que bien podrían pasar de penas accesorias a principales[49].

Hay una cuarta medida, singular en apariencia, que permitiría una reducción de la superpoblación de las cárceles y, al mismo tiempo, del uso desmesurado de las privaciones de libertad, totalmente inútil: la previsión de una suerte de *numerus clausus*, conforme al cual periódicamente —por ejemplo, a fin de año— los presos que tuvieran que cumplir penas o restos de pena de menor duración deberían ser destinados, en el número que exceda de la capacidad de las instituciones carcelarias (que en Italia es de 47 709 puestos), a medidas como la libertad vigilada o el arresto domiciliario. Puede

parecer extraño: por lo general, el *numerus clausus* se reserva para el acceso a concursos o prestaciones benéficas y no a la aplicación de medidas aflictivas. Pero se trataría de una medida doblemente racional: sería una suerte de indulto automático que pondría fin a la saturación, de acuerdo con la prohibición de tratamientos punitivos «contrarios al sentido de humanidad» establecido en el art. 27,3 de la Constitución italiana; equivaldría, además, a una condonación de las penas cortas o cortísimas de prisión (en Italia suman 1545 los presos condenados a menos de un año de reclusión) que, según lo documentado por todas las investigaciones criminológicas, no tienen ninguna capacidad preventiva y menos reeducativa.

Por lo demás, fue sobre la base de la prohibición de castigos inhumanos, lesivos de la dignidad de la persona, por lo que en Alemania y en Estados Unidos los jueces ordenaron la liberación de los presos cuyo tratamiento se consideró contrario a aquella. La sentencia de 22 de febrero de 2011 del Tribunal Constitucional alemán, siguiendo un análogo pronunciamiento del Tribunal Federal de Justicia de 11 de marzo de 2010, declaró incompatibles con el principio de dignidad humana las condiciones inhumanas de encarcelamiento de un ciudadano —considerado por aquella instancia no ponderable con ningún otro principio, en cuanto inderogable, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1 y 79,3 de la ley fundamental alemana— y por eso ordenó la interrupción de la ejecución penal. Más clamorosa aún fue la sentencia de 8 de abril de 2009 del Tribunal Federal de California, que, considerando que las condiciones inhumanas de los presos determinadas por la superpoblación eran incompatibles con la prohibición de «penas crueles» establecida en la Octava Enmienda de la Constitución americana, ordenó la liberación de 46 000 presos; decisión avalada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2011[50].

La reducción de las penas que seguiría a las medidas aquí propuestas, valdría para realizar el fin de la pena de acuerdo con el utilitarismo jurídico reformado del que se ha dicho en el § 2.2: la minimización de la violencia en la sociedad, incluida la violencia de las penas. Serviría además para realizar la asimetría entre la

incivilidad del crimen y la civilidad de la respuesta penal: asimetría en la que, como se hará ver en el § 7.3.2, reside la máxima fuente de deslegitimación de la primera y de legitimación y eficacia de la segunda. La pena «pública, pronta, necesaria, la mínima posible» de la que habla Cesare Beccaria[51], no es solo un medio, sino también un fin. No consiste, como entienden los clásicos del utilitarismo penal, en la prosecución histórica —una suerte de estatalización— de la venganza privada[52]. Esta tesis debe, literalmente, invertirse. La pena tiene sentido y se justifica en cuanto negación y prohibición de la venganza y del derecho a hacerse justicia por la propia mano[53]. Nace, no en continuidad, sino en discontinuidad con respecto a la venganza, cuando la relación bilateral ofensor/parte ofendida se sustituye por la relación trilateral generada por la intervención de un juez tercero llamado a decidir la causa. Es el momento, celebrado en las *Euménides* de Esquilo, de la institución del Areópago por parte de Atenea, cuyo veredicto sobre Orestes pone fin a la espiral de la venganza de la sangre y marca el tránsito de la justicia privada a la justicia de la ciudad[54].

5.3.3. *La garantía del nexo entre sanciones punitivas y delitos*

La refundación del garantismo en materia de sanciones punitivas requiere, en fin, en actuación del principio de retribución y de estricta legalidad de las penas, la supresión de todas las medidas que los contradicen. Medidas alternativas a la cárcel en función correccional, medidas de seguridad y medidas personales de prevención que, aun cuando pertenecientes a órdenes normativos del todo diferentes, tienen en común un doble perfil iliberal: son todas restrictivas de libertades fundamentales y sus presupuestos no consisten en algún «hecho cometido». Como impone el art. 25,2 de la Constitución italiana, sino en cualidades subjetivas inevitablemente indeterminadas. Es por lo que son incompatibles con el modelo y el proyecto garantista.

5.3.3.1. *Por la supresión de las medidas alternativas*

A mi juicio, la primera reforma requerida por el principio de estricta legalidad debería consistir en la supresión de las medidas alternativas a la pena. Estas medidas, concedidas como «beneficios» en el curso de la ejecución de larguísimas penas, no solo no se siguen de algún «hecho cometido», sino que son responsables de la incertidumbre de la pena, es decir, de la excesiva diferencia entre las penas legales y las efectivamente cumplidas. Separándome de la orientación absolutamente prevalente entre penalistas y filósofos del derecho penal, estoy convencido de que el principio liberal del respeto de la dignidad de la persona debe excluir los fines correccionales de la pena, aun cuando establecidos en el art. 25,2 de la Constitución italiana. En el ordenamiento italiano, estos fines se persiguen a través de la flexibilidad del cumplimiento de la pena, sobre la base de los progresos obtenidos en la reeducación del preso, mediante las medidas alternativas, cuya transformación en penas legales he propuesto en el § 5.3.2.

Medios y fines —flexibilidad de la pena y finalidades reeducativas— son, a mi juicio, unos y otros, iliberales. La fuerte reducción de la medida de las penas, propuesta en las páginas precedentes, permitiría restaurar la certeza del derecho de que, como escribió Flavio López de Oñate, constituye su «específica eticidad»[55]. Pero serviría, sobre todo, para impedir esa aflicción iliberal, añadida a la pena privativa de libertad, consistente en los llamados «tratamientos» individualizados precedidos y acompañados de la «observación científica de la personalidad» de los condenados «para detectar sus carencias psicofísicas»: palabras todas estas empleadas por los arts. 1 y 13 de la ley de 1975 sobre el ordenamiento penitenciario, que claramente pertenecen al léxico de la Escuela Positiva y de la antropología iliberal de la desigualdad. En efecto, pues la llamada «reeducación» carcelaria conlleva una mengua de la libertad interior del preso que se añade a la de su libertad exterior y que viola el primer principio del liberalismo: el derecho del individuo a ser y permanecer siendo él mismo, y la correlativa prohibición al

estado de indagar sobre su personalidad y tratarlo y transformarlo moralmente mediante medidas premiales o punitivas irrogadas por lo que es, y no por lo que hace. El individuo, según la máxima de John Stuart Mill ya recordada, es soberano sobre su propia mente. Del mismo modo que el estado no tiene el derecho de imponer a los ciudadanos que no sean malvados, sino solo que no se causen daños, tampoco tiene el derecho de modificar o reeducar la personalidad de los presos, sino solo el deber de garantizar sus condiciones civiles de vida que no sean deseducativas y desocializadoras[56].

Se sabe bien que la finalidad reeducadora de la cárcel ha sido un fracaso por la contradicción en los términos de la idea misma de una reeducación a través de la represión. De hecho —y, a mi juicio, afortunadamente— la gestión de los beneficios como instrumento de reeducación está, las más de las veces, confiada a criterios y prácticas burocráticas. En la práctica el resultado de los beneficios en materia de pena —aparte el penoso argumento ofrecido a la Corte Constitucional para sostener la extraña tesis de la legitimidad de la cadena perpetua de que, gracias a ellos, no existiría— ha sido su funcionamiento como instrumentos para el gobierno de la cárcel. No es casual que, luego de su introducción cesaran de hecho las revueltas de los presos[57], hoy ciertamente más disciplinados, pero no por eso reeducados[58]. Pero hay que decir que no ha cesado la violencia para el mantenimiento del «orden» y de la «disciplina» carcelaria. En los años noventa, dentro de la policía penitenciaria, se creó el Grupo Operativo Móvil (GOM), que se distinguió por varias expediciones punitivas, de la de Sassari en 2000 a la de la cárcel de Santa Maria Capua Vetere del 16 de abril de 2020, cuando 283 agentes irrumpieron en la sección Nilo y la emprendieron a patadas, puñetazos y golpes de porra con presos indefensos, uno de los cuales, Halimi Hakimi, tras un mes de insensato aislamiento y abandono, murió a causa de las lesiones padecidas[59]. Las condiciones de vida de los presos no han mejorado con respecto a las de los años precedentes a la reforma[60].

Por otra parte, la introducción de los beneficios ha sido siempre justificada, incluso por quien no comparte las ideologías correccionalistas, por la excesiva duración de las penas que, además, a distancia de decenios, afligen a una persona, en cualquier caso, diferente de la que cometió el delito. Dicho de otro modo, ha sido justamente defendida como un factor de mitigación de las penas. Pues bien, esta razón ha fallado clamorosamente. Tales medidas, siempre restrictivas de la libertad —81 515 a fecha de 22 de agosto de 2023, de las que 29 795 fueron de libertad condicional, 12 038 arrestos domiciliarios, 1062 semilibertad, 25 970 libertad vigilada, 10 656 realización de trabajo social y 97 sanciones sustitutivas— no han reducido en absoluto las penas privativas de libertad que, por el contrario, aumentaron, y menos aún han disminuido el número de presos, que se ha más que duplicado[61].

Hay que romper el círculo vicioso y perverso en las argumentaciones con las que la flexibilidad de las penas obtenida con los beneficios y su larguísima duración se legitiman recíprocamente, y preguntarse si no será oportuno, en lugar de defender este remedio fracasado al problema de la duración de las penas, eliminar tanto el remedio como el defecto, con todos los costes que llevan consigo —la incertidumbre de la pena, su desigualdad, el arbitrio extralegal y extrajurisdiccional en el que se delega su aplicación en concreto—, imponiendo a las penas el que sería su límite máximo de duración con la aplicación de todos los beneficios, o incluso un límite máximo aún más bajo. El respeto de la dignidad y de la libertad moral de los presos exige poner fin a esta hipocresía institucional de la reeducación. En efecto, pues hay que reconocer que el mantenimiento de la actual duración legal de las penas y de los mecanismos potestativos previstos para su (fallida) reducción solo se explica por la persecución de tres finalidades inconfesadas y todas perversas: la función ejemplar y declamatoria de las altas penas conminadas, la función disciplinaria de su reducción discrecional en sede de ejecución y la obtención de la colaboración de los presos con los órganos de la acusación pública. Naturalmente, la supresión del cambio perverso entre beneficios

penales y progresos en la reeducación no excluye que en las cárceles se practiquen actividades docentes, culturales y de socialización idóneas para promover el libre desarrollo de la persona. En cuanto a la reinserción social del preso, debería realizarse para todos, al final de la ejecución de la pena, a través de formas de asistencia pública orientadas a reinsertar socialmente a la persona puesta en libertad, procurándole un trabajo y ayudándola a reintegrarse a la sociedad.

Hay, en fin, otro argumento en apoyo de la abolición de estos ambiguos beneficios de pena. No solo en Italia, en las subculturas subyacentes a la espiral punitiva que se ha ilustrado, el viejo correccionalismo ha sido desplazado por la abierta opción por la crueldad de la pena como fin en sí misma. En efecto, en el clima de emergencia y alarma social por una criminalidad enfatizada, se ha abandonado la vieja aspiración a la reeducación o a la resocialización, sustituyéndola por la simple voluntad represiva de hacer sufrir lo más posible a los presos. Como he recordado, 9529 presos se encuentran en el régimen carcelario obstativo previsto en el art. 4 *bis*, que no permite beneficios de pena a quienes no colaboran con la acusación sino como efecto de innumerables y casi imposibles cumplimientos y condiciones. Pues no se prevé, ni menos aún, se busca la reeducación o la reinserción en la sociedad, sino que se asumen como «justas» la neutralización y la exclusión social. En estas condiciones, las medidas alternativas se resuelven en un ulterior factor de desigualdad entre presos, de división entre discriminados y privilegiados, de mistificación de la naturaleza de la cárcel y de lesión del principio de estricta legalidad o taxatividad de los contenidos de la pena.

5.3.3.2. *Por la supresión de las medidas de seguridad*

El segundo orden de reformas debería consistir en la supresión de las medidas de seguridad, comenzando por las privativas de libertad —la *asignación a una colonia agrícola* o *a una casa de trabajo* (arts. 216-218 CP), el *internamiento en una casa de tratamiento y*

de custodia (arts. 219-221 CP), el *internamiento en un hospital psiquiátrico judicial* (art. 222 CP) y el *internamiento en un reformatorio judicial* (arts. 223-227 CP)— que son un legado tan inútil como perverso de la cultura positivista, codificado y trasmitido a título hereditario por el fascismo[62].

Impuestas normalmente junto con una pena, pero como consecuencia, no ya del delito, sino de la calificación del reo como persona socialmente peligrosa (art. 20 CP), contradicen el principio de legalidad en varios aspectos: por la ausencia de taxatividad de los presupuestos de su irrogación y de la subsiguiente posibilidad de revocación o modificación, consistentes en valoraciones de la peligrosidad y por eso en la total discrecionalidad de las decisiones correspondientes (arts. 202, 203, 207, 233 CP); por lo indeterminado de su duración, fijada en el mínimo (arts. 208 y 217 CP) pero no en el máximo, pudiendo prolongarse hasta el máximo de la duración de la pena infligida por el delito más grave cometido; por su posible retroactividad al estar «reguladas por la ley en vigor al tiempo de su aplicación» (art. 200 CP); por su no necesaria asociación a un delito, ya que el art. 202,2.º CP establece que «la ley penal determina los casos en los que pueden aplicarse a personas socialmente peligrosas medidas de seguridad por un hecho no previsto en la ley como delito».

Se trata, sobre todo, de un instituto absolutamente marginal en nuestro sistema punitivo, cuya supresión solo sería una acción benéfica. A fecha de 22 de agosto de 2023, los internados por estas medidas eran solo 919, de los que 641 lo estaban en las llamadas REMS (Residencias externas para la ejecución de medidas de seguridad destinadas a acoger condenados aquejados de trastornos mentales). Estas REMS, por efecto de la Ley n.º 81/2014, de 30 de mayo, han sustituido a los terribles hospitales psiquiátricos judiciales, cuya clausura había sido dispuesta por el art. 3 *ter* de la Ley n.º 9/2012, de 17 de febrero, y que, por eso, en vez de sustituidos, tendrían que haber sido abolidos, según el espíritu de la Ley Basaglia n.º 180/1978, de 13 de mayo.

5.3.3.3. *Por la supresión de las medidas personales de prevención*

El tercer orden de reformas debería consistir en la abolición de todas las medidas personales de prevención *praeter o ante delictum* ilustradas en el § 4.6.2 —las policiales y las judiciales, las típicas y las atípicas— aún más abiertamente lesivas de la estricta legalidad y en patente contradicción con las libertades fundamentales establecidas por la Constitución italiana. Estas medidas están todas ancladas, no ya a presupuestos de hecho, sino a juicios de peligrosidad y por eso basadas, no en el tipo de acción, sino en el tipo de autor, como productos inevitables de una antropología de la desigualdad. En efecto, pues son dos las categorías de personas a las que principalmente están destinadas: las socialmente marginadas, toxicodependientes o sospechosas de delitos callejeros y las sospechosas de amenazar la seguridad con manifestaciones públicas de protesta o disenso político.

Todas estas medidas, al estar previstas, no como efectos de la averiguación de un «hecho cometido», sino sobre la base de la identidad sospechosa o peligrosa de sus destinatarios, tienen en común su carácter contrario al principio de legalidad previsto en el art. 25,2 de la Constitución italiana y la inevitable falta de taxatividad de sus presupuestos legales: dos vicios que no pueden ocultarse, como se ha dicho en el § 4.6, llamándolas medidas «administrativas». Además, la atribución al ministerio público de la competencia para proponerlas, obviamente facultativa, conlleva el efecto de minar su independencia, que tiene en la obligatoriedad de la acción penal, como reflejo del principio de legalidad, su esencial fundamento constitucional. Pero es el sistema punitivo en su totalidad el que resulta deformado por estas medidas, no justificadas por la investigación de un delito, sino solo por valoraciones discrecionales de la persona que las sufre como sospechosa o peligrosa[63].

Por otra parte, no hay ninguna necesidad de mantener semejantes poderes arbitrarios, que de hecho golpean sobre todo a las personas

más débiles y socialmente marginadas, y que solo por esto son totalmente ignoradas por el debate público como confirmación del carácter clasista de nuestro ordenamiento punitivo. Semejantes poderes no tienen ninguna justificación. Italia es uno de los países más seguros del mundo, como resulta de las estadísticas sobre la caída de la criminalidad aquí citadas en los § 4.3.2 y 7.4.3. Es por eso inadmisible que, por mantener tales medidas, indignas de un país civil, haya que pagar a la demagogia el precio de la sustancial disolución de las más importantes garantías penales, es decir, de los principios retributivo y de estricta legalidad.

Distinto es el caso de las medidas de prevención patrimoniales, y en particular del embargo preventivo, sobre todo, mucho más eficaces contra la criminalidad mafiosa que las medidas personales en su conjunto[64]. Estas medidas no inciden sobre las libertades fundamentales, sino solo sobre derechos patrimoniales, para cuya tutela no existen garantías de rango constitucional. No están destinadas a incidir en sujetos débiles y marginados, como sucede con la mayor parte de las medidas personales, sino solo sobre enriquecimientos sospechosos de ilicitud como fruto de actividades criminales. Manteniéndose la competencia judicial para decidir, la propuesta de su adopción debería encomendarse en exclusiva a la policía judicial, con exclusión, pues, de la facultad al respecto del ministerio público, que sería una derogación del principio de la obligatoriedad del ejercicio de sus funciones, en la que se funda su independencia.

Hay, en fin, una última ventaja de la mejora del sistema penal italiano que aquí se propone. La eliminación de todo este inútil arsenal de medidas iliberales —alternativas, de seguridad y de prevención personales— unida a la supresión de las contravenciones, además de actuar el modelo garantista del derecho penal mínimo, produciría una simplificación del ordenamiento penal en su conjunto. En seguro beneficio de su certeza, su cognoscibilidad, su transparencia, su legitimidad y su efectividad.

5.4. *Las garantías procesales del correcto juicio*

El principio de *estricta legalidad* penal formulado desde el capítulo I, según el cual los delitos deben consistir en hechos exactamente determinados y no en identidades personales, tiene como obvio corolario el principio, que cabe llamar de *estricta jurisdiccionalidad*, en virtud del cual solo se puede ser juzgado *por lo que se ha hecho* y no, como en el juicio moral, *por lo que se es*. El juez no debe inquirir en el alma del imputado, ni emitir veredictos morales sobre su persona, sino solo indagar sus comportamientos penalmente prohibidos.

Así resulta excluida cualquier subjetivación del proceso capaz de transformarlo, como sucede de forma extrema en el derecho penal del enemigo, de procedimiento de verificación empírica de las acusaciones, en inquisición sobre la identidad desviada del acusado, de la que no habrá pruebas refutables, sino diagnosis y prognosis políticas o sociológicas sobre sus opiniones, sus vicisitudes existenciales y políticas, y sobre sus relaciones con otros imputados, para comprobar, no tanto si él *ha cometido* una acción criminal, sino *si ha sido* y/o *es* un criminal. En suma, el principio de estricta jurisdiccionalidad, junto con el principio axiológico de la separación de derecho y moral y el de la dignidad de la persona, exige que el juicio no vierta sobre la personalidad desviada del reo, sino solo sobre los comportamientos penalmente prohibidos susceptibles de ponerse a su cargo, que, por otra parte, son las únicas cosas que pueden ser empíricamente probadas por la acusación y refutadas por la defensa. De aquí se derivan tres principios, a los que se dedicarán los tres subparágrafos que siguen: la separación entre los tres sujetos del proceso, que encarnan otros tantos momentos del procedimiento inductivo, correspondientes a papeles distintos y contrapuestos; la ajenidad de las negociaciones sobre la culpabilidad y la pena, y de la discrecionalidad de la acción penal al modelo teórico del principio acusatorio; los límites impuestos a la prisión preventiva por la presunción de inocencia.

5.4.1. *Las tres separaciones entre los protagonistas del proceso y la falta de paridad de las partes*

Se ha dicho, en el § 1.4, que las garantías procesales pueden verse como la traducción en reglas jurídicas de las reglas de la inducción empírica entonces ilustradas: la carga de la prueba que pesa sobre la acusación pública, que no es sino la carga de producir conformaciones de la hipótesis acusatoria idóneas para motivar, por *modus ponens*, su aceptación como verdadera; el derecho de defensa del imputado, que no es más que el juicio contradictorio y la puesta a prueba de la misma hipótesis a través de su exposición, por *modus tollens*, a las contrapruebas y a su consiguiente rechazo como falsa; la imparcialidad, en relación con las partes en conflicto, de un juez natural legalmente predeterminado. A estas reglas hay que añadir —como garantías de garantías, que aseguran la corrección del juez y del ministerio público— los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, la publicidad y oralidad del proceso, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y la pluralidad de los grados del enjuiciamiento.

Como se dijo en el capítulo I, la epistemología garantista del juicio penal se funda en el principio de falsabilidad de Karl Popper, en virtud del cual una tesis es aceptable como verdadera solo si es falsable en abstracto y expuesta en concreto a la falsación. Si las garantías penales —la taxatividad, la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad del autor— garantizan la verificabilidad y la falsabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias, las garantías procesales —la carga de la prueba sobre la acusación, el derecho de la defensa de oponer contrapruebas y desmentidos, y la imparcialidad del juez— garantizan su verificación y su falsación en concreto. Como se dijo en el § 1.4, estas tres garantías procesales corresponden a otros tres momentos de la lógica inductiva, que en el proceso se configuran como tres papeles contrapuestos que deben estar rigurosamente separados: la acusación a la que incumbe la carga de la prueba; el imputado que

tiene el derecho a las contrapruebas; el juez en posición de tercero que obtendrá su libre convicción de la confrontación de las partes[65].

Lamentablemente, la «paridad» de las partes establecida en el art. 111,2 de la Constitución italiana y la posibilidad de la defensa de oponer contrapruebas están en gran parte impedidas por el secreto que grava la fase de investigación. El art. 327 *bis* CPP atribuye al defensor la «facultad de realizar investigaciones para identificar elementos de prueba en favor del propio asistido». Pero esta facultad de «defenderse probando», como ha observado justamente Glauco Giostra, está de hecho obstaculizada por el «defecto de conocimiento» que pesa sobra la defensa y que es ciertamente la más grave «vulneración del principio de igualdad de las partes»[66]. «Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía judicial», establece, en efecto, el art. 329 CPP, «están cubiertos por el secreto mientras el imputado no pueda tomar conocimiento de ellos y, por consiguiente, hasta no más allá de la conclusión de las investigaciones». De hecho, salvo que, como prevé el art. 329,2 CPP, el ministerio público permita la publicación de algunas concretas actuaciones, será solo a partir de tal conclusión y, más precisamente, con «el aviso al investigado de la conclusión de las investigaciones» previsto en el art. 415 *bis*, 2.º CPP, cuando este y su defensor tendrán la «facultad de tomar conocimiento» de la «documentación de las investigaciones». Pero ni siquiera con este acto será informado, como en cambio impone el art. 111,3.º de la Constitución italiana «de los motivos de la acusación dirigida contra él», es decir, de los elementos de prueba existentes en su contra y que él, cuando se establece que se le dé conocimiento de ellos, como propondré en el § 5.6.2, tendría la posibilidad de contestar cuando menos ante el Juez de las Investigaciones Preliminares para tratar de evitar la apertura del juicio.

5.4.2. *La ajenidad de las negociaciones sobre la culpabilidad y la pena y de la discrecionalidad de la acción penal al modelo teórico del proceso acusatorio*

La más importante de las tres separaciones entre los protagonistas del proceso —la de acusación y defensa— está hoy contradicha, en el curso del proceso, por las formas de colaboración premiada consistentes en la confesión o en la denuncia del coimputado a cambio de un trato penal y/o procesal de favor. No solo. Esta perversión inquisitiva prosigue hoy en Italia incluso después de la condena al estar previsto en el art. 4 *bis* del ordenamiento penitenciario ya recordado, que a los presos y a los internados pueden concedérseles beneficios en la pena «solo en los casos en que [...] colaboren con la justicia», una posibilidad hoy negada a 9369 presos, entre ellos 1267 condenados a cadena perpetua obstativa.

Discrecionalidad y disponibilidad de la acción penal, y consiguiente espacio a las negociaciones sobre la culpabilidad y sobre la pena y a los beneficios representan un rasgo característico del proceso acusatorio estadounidense. Pero esto en modo alguno quiere decir que constituyan una connotación de carácter conceptual del proceso acusatorio. Semejante tesis es el fruto de la confusión de modelo teórico del proceso acusatorio con sus características históricas originarias, hoy desaparecidas, sin que esos dos rasgos hayan sido también abandonados en muchos países. En los orígenes, tanto en la experiencia de la Roma antigua como en la experiencia inglesa, el proceso acusatorio fue un proceso de partes, cuya iniciativa correspondía a la parte ofendida o a los sujetos particulares relacionados con ella. De aquí dos obvios caracteres: la discrecionalidad y la no obligatoriedad de la acción penal, y la posibilidad de las partes de negociar la pena y de transigir sobre el resultado del juicio. Pero estos mismos caracteres no tienen nada que ver con el modelo teórico del proceso acusatorio y pierden cualquier razón de ser una vez instituido el oficio de la acusación pública.

Sucede, en cambio, que tales caracteres, únicamente ligados al origen privado de la iniciativa penal, no solo se han mantenido de hecho en los ordenamientos donde nació el proceso acusatorio, sino que habitualmente se toman por rasgos intrínsecamente propios de tal proceso. Así, resultan reivindicados, como principios del método acusatorio, tanto la discrecionalidad de la acción penal y a veces la necesidad de poner el poder correspondiente, como discrecional, bajo la dependencia del poder político, como los distintos tipos de negociación entre acusación y defensa, consistentes en el intercambio desigual entre limitación de las imputaciones o reducciones de la pena y confesión o colaboración con la acusación. Así, disponibilidad de la acción penal y transacciones con la defensa han cambiado su originaria razón de ser, transformándose, en manos de los agentes del ministerio público, en instrumentos de perversión inquisitiva del proceso a través de la implicación de los propios investigados en la acusación. En Italia, afortunadamente, el principio de obligatoriedad de la acción penal establecido en el art. 112 de la Constitución, además de haber salvaguardado el principio de igualdad ante la ley y la independencia del ministerio público del poder político, ha impedido la transformación de las imputaciones en objeto de negociaciones. En cambio, se han codificado procedimientos alternativos y formas de justicia concordada —el juicio abreviado y la aplicación de la pena a solicitud de las partes— bajo la enseña de un singular poder de la acusación y de la defensa de negociar la medida de la pena, indebidamente asociado al modelo teórico acusatorio[67].

Como enseña la experiencia estadounidense, la discrecionalidad de la acción penal, la extracción política de la figura del ministerio público, la posibilidad de obtener la libertad durante el proceso mediante el pago de una caución y, sobre todo, la negociación por el cauce del *plea bargaining* imprimen inevitablemente al proceso penal una connotación pesadamente inquisitiva y clasista. En efecto, pues el enorme poder del ministerio público de decidir si proceder y por qué delitos y de implicar al imputado en el papel de la acusación a través de confesiones o colaboraciones premiadas, confiere al

proceso penal ese carácter monologante que, como se ha visto en el § 1.6.1, es típico del proceso inquisitivo. Además, tales institutos son un seguro y potente factor del carácter desigual de la justicia penal. Pues es evidente que las formas de justicia negociada hacen del juicio oral y de las garantías que le son inherentes un lujo reservado exclusivamente para quienes pueden disponer de costosas y eficaces defensas privadas. Por eso son la manifestación más evidente del *garantismo de la desigualdad* tan celebrado por los ricos y los poderosos. En Estados Unidos han acabado afectando al 95 % de los procesos, hasta el punto de que me parece irrazonable seguir llamando «acusatorio» a un sistema procesal como el estadounidense en el que el juicio oral y la contradicción efectiva están asegurados tan solo en el 5 % de los juicios, mientras todos los restantes reflejan esa implicación forzada del investigado en la autoacusación, que es el rasgo típico de la inquisición. Estos tráficos —que, en Italia, afortunadamente, no superan el 30 % de los procesos— han sido los principales responsables del *boom* penitenciario americano al haberse transformado en procedimientos sumarios basados en la inversión de la carga de la prueba. Bastante más que «procedimientos alternativos» son, en realidad, «alternativas al proceso», que de hecho se resuelven en una forma de chantaje, en virtud del cual la acusación pública, con la sartén por el mango, coloca al malaventurado ante la alternativa entre un juicio público, en el que estará destinado a la condena por la falta de una defensa adecuada, y la aceptación de una pena inferior a la legal y acaso la renuncia al ejercicio de la acción penal por otras posibles imputaciones. No es casual que la gran parte de los más de dos millones de presos en las cárceles estadounidenses sean personas pobres, de color, socialmente marginadas, tanto que puede decirse que en Estados Unidos la justicia penal se ha convertido en una enorme operación de encarcelamiento de la pobreza sin proceso.

El contraste de la justicia negociada con el modelo garantista de la jurisdicción penal, más aún si se añade el carácter facultativo —la llamada «oportunidad»— de la acción penal, es clamoroso. Tales

procedimientos no merecen el nombre de proceso penal ni de jurisdicción. Cuando el imputado acepta la negociación y, por tanto, sus presupuestos consistentes en la confesión o en la colaboración con la acusación como la alternativa para el preferible a un juicio oral en el que, al no disponer de una adecuada defensa de confianza, acabaría siendo condenado a una pena más grave, sufre una verdadera extorsión.

Por lo demás, una deformación análoga de la estructura triádica del proceso penal se produce también con el instituto de los llamados «arrepentidos» (*pentiti*), es decir, con la previsión de reducciones de pena en favor del imputado que decida colaborar con la acusación. En todos estos casos se está ante una implicación del investigado en el papel y en la actividad acusatoria y ante una violación del clásico *nemo tenetur se detegere*. El resultado es una grave perversión policial e inquisitiva del proceso penal, con el resultado de una lesión de todas sus garantías: la carga de la prueba, la presunción de inocencia, el juicio contradictorio, la paridad de acusación y defensa, y el mismo principio de legalidad, dado que la medida de la pena resulta determinada por el comportamiento procesal más que por el delito cometido, y la decisión del ministerio público en orden al *an* y al *quomodo* de las negociaciones no está sometida a efectivos vínculos legales. El cambio de colaboración por reducción de pena es, en realidad, un cambio monstruoso que si, por un lado, confiere un poder inmenso a la acusación pública, por otro, no garantiza en absoluto la averiguación de la verdad. En efecto, pues, en este intercambio, nada impide al imputado declarar falsamente o acusar a personas inocentes simplemente para evitar lo peor[68].

Un proceso penal digno de este nombre debe rechazar esa clase de tráficos ilícitos que implican a la persona investigada en el papel de la acusación, lesionan su libertad moral que el CPP italiano —en el art. 64,2.º relativo al interrogatorio y, más en general, en el art. 188— declara querer garantizar[69], violan claramente el derecho del imputado al silencio, y anulan la separación de acusación y defensa en que se funda la averiguación de la verdad procesal en el

proceso acusatorio. Estos procedimientos alternativos, con sus negociaciones, no son reformables. Simplemente, deben ser abolidos. El argumento de apoyo es la enorme mole y la excesiva duración de los procesos desarrollados con todas las garantías del juicio oral. Pero el remedio es peor que el mal: un mal que puede y debe ser suprimido de raíz —con la reserva de código, con las demás medidas de reducción de la intervención penal ilustradas en el § 5.2.1, y también con otras reformas dirigidas a abreviar la duración de los procesos mediante la reducción de sus tiempos muertos[70]— y no ciertamente eliminando el juicio contradictorio entre las partes.

5.4.3. *La presunción de no culpabilidad y los límites que impone a la prisión preventiva*

La carga sobre la acusación de producir pruebas no desmentidas por contrapruebas, impuesta al proceso penal por el principio de falsabilidad como condición del juicio de culpabilidad, equivale al principio de la presunción de inocencia del imputado hasta la prueba en contrario sancionada por la sentencia condenatoria definitiva. Este es el principio fundamental del proceso penal: un «corolario lógico del fin racional asignado al proceso», escribió Luigi Lucchini, y «la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano»[71].

Por tanto, la prisión preventiva, convertida en instituto central de la actual experiencia jurisdiccional, contradice abiertamente este principio: una contradicción, puesto que consiste en una pena sin proceso que, en Italia, afecta a cerca de un cuarto de la población carcelaria[72]. El art. 274 CPP la admite, cuando concurran los «graves indicios de culpabilidad» requeridos en el art. 273, en tres circunstancias: *a*) cuando «se den específicas e inderogables exigencias por razón de las investigaciones», como, por ejemplo, el peligro de manipulación de las pruebas; *b*) en caso de fuga o de peligro de fuga del imputado; *c*) cuando exista «peligro concreto y actual» de que el imputado «cometa delitos graves con uso de arma,

de otros medios de violencia sobre las personas, dirigidos contra el orden constitucional, delitos de criminalidad organizada o de la misma clase que aquel por el que se procede».

Son tres condiciones todas discutibles. El peligro de fuga está generado, precisamente, por el instituto de la prisión preventiva[73]. La peligrosidad del imputado contradice llamativamente la presunción de su inocencia hasta la condena definitiva. Las exigencias de la instrucción son un presupuesto demasiado genérico. La única exigencia que justifica una medida de esta clase sobre el imputado por el tiempo estrictamente necesario, horas o al máximo días, no años, es la obvia oportunidad de interrogarlo antes de que pueda alterar el estado de las pruebas. Como afirmó Jeremy Bentham, es este el único periodo en el que «es necesario aislarlo»[74], debiendo permitírsele después —como disponen el art. 111,3 de la Constitución italiana y el art. 6,3, b) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales— disponer «del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa»[75].

De hecho, el abuso de la prisión preventiva es uno de los vicios más graves del proceso penal al que se recurre con frecuencia, incluso más allá de las tres hipótesis previstas en el citado art. 274 CPP: por ejemplo, con el fin inconfesado —en contra de lo establecido por este mismo artículo y contradiciendo también el principio de la separación de acusación y defensa— de implicar a los investigados en la función de la acusación, induciéndolos a hacer declaraciones, confesiones o denuncias del coimputado[76], haciendo que sus interrogatorios dejen de ser instrumentos de defensa y del derecho a refutar la acusación, para convertirse en un indebido instrumento de adquisición de pruebas.

En realidad, en la base de estos usos y abusos hay una concepción autoritaria e inquisitiva del proceso penal, informada por la presunción de culpabilidad y no de la inocencia del imputado. Está, sobre todo, la presión de los medios de comunicación, que se hacen intérpretes del culpabilismo de la opinión pública, ciertamente alimentada por ellos, y de la consiguiente exigencia de anticipación

de la pena[77]. La presunción de inocencia hasta prueba en contrario es, en cambio, un corolario del principio de falsabilidad, que en el juicio penal refleja la lógica de la inducción y vale para modelar la entera estructura del proceso acusatorio, basado en la igualdad de las partes, la imparcialidad y la pasividad de un juez separado de ellas e independiente, y en la oralidad y la publicidad del juicio contradictorio.

Así pues, una reforma garantista del proceso penal debería moverse en la dirección exactamente opuesta a la de los procedimientos alternativos y de la prisión preventiva, utilizada demasiado a menudo para obtener la colaboración del imputado o, en todo caso, para impedirle organizar su defensa. Más precisamente, debería realizar la igualdad de los procedimientos, el carácter triádico del proceso y la máxima reducción de la prisión del imputado, separando radicalmente su figura de la de la acusación y reforzando, al mismo tiempo, los poderes de ambas partes. Con este fin, propondré dos órdenes de reformas, dirigidas a hacer del ministerio público una institución de garantía de los derechos de las personas. El primero, del que hablaré en el próximo parágrafo, consiste en un reforzamiento y a la vez en una redefinición del papel del ministerio público, a través de una triple expansión. El segundo, del que hablaré en el § 5.6, consiste, por el contrario, en una reducción del poder hoy excesivo de la acusación pública, limitándola en tres aspectos.

5.5. *Tres expansiones del papel del ministerio público como institución de garantía*

El ministerio público, ha escrito Perfecto Andrés Ibáñez, es una institución «ambigua». A causa de su discutida colocación institucional, históricamente mudable y diversa de un ordenamiento a otro, esta institución «no ha estado nunca *en paz*», sino que siempre ha tenido «algo de *campo de batalla*» entre opuestas

concepciones políticas. Esta ambigüedad ha hecho de él el órgano mayormente afectado por la actual «involución en materia de garantías» que se manifiesta, añade Andrés Ibáñez, en su tendencia a apropiarse de funciones jurisdiccionales y ejercerlas según una lógica inquisitiva[78].

En el modelo garantista de la justicia penal, la naturaleza del ministerio público debería ser, en cambio, la de una institución de garantía. En efecto, pues se trata de un órgano titular de la acción penal, investido de las correspondientes funciones de investigación en aplicación de la ley y por eso legitimado por el papel antimayoritario de garante de la legalidad. De aquí su necesaria independencia de las funciones políticas de gobierno. En Italia —a diferencia de Francia, Alemania y España— esta naturaleza de la acusación pública como función de garantía tiene clara expresión en la obligación de ejercer la acción penal y por eso de la sujeción al derecho, al que el ministerio público está vinculado por el art. 112 de la Constitución, en garantía de la igualdad de todos ante la ley[79]. El banco de pruebas y al mismo tiempo la necesidad de independencia de este órgano lo constituyen las investigaciones sobre la corrupción y, en general, sobre la criminalidad del poder, que estarían inevitablemente comprometidas por su dependencia de las instituciones de gobierno. No obstante, la redefinición de este papel de garantía del ministerio público requiere, a mi juicio, los tres órdenes de expansiones que ilustraré en lo que sigue y las tres limitaciones de las que hablaré en el § 5.6.

5.5.1. *Por un ministerio público en la jurisdicción de constitucionalidad*

El primer orden de reformas está dirigido a colmar una laguna. En actuación del principio de plenitud de las garantías formulado en el § 2.1, se requiere una ampliación al ministerio público de la clásica máxima ya recordada sobre la necesidad de que haya un juez en Berlín. En presencia de una violación de derechos, deberá haber, no solo un juez, sino también un órgano público capaz de activarlo[80].

Tal órgano, concebido exclusivamente para los ilícitos penales, está en cambio ausente para dos importantes clases de violaciones, generadas por las dos expansiones de la legalidad determinadas por el paradigma constitucional: la sujeción de la legislación a la Constitución y la constitucionalización de los derechos sociales.

Para actuar la primera expansión, para impedir que leyes claramente inconstitucionales sobrevivan solo por la falta de activación del juicio sobre la validez, habría que introducir un fiscal ante el Tribunal Constitucional como titular de la acción de inconstitucionalidad[81]. Muchos ordenamientos cuentan con diferentes órganos titulares de tal acción, así Alemania, Austria, España, Portugal y Brasil[82]. En cambio, en Italia, el actual carácter únicamente incidental de la excepción de inconstitucionalidad, indica una concepción de la legitimación para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad ligada solo a la persona implicada en un proceso. Cuando la expulsión del ordenamiento de leyes que contradigan la Constitución es claramente un interés público.

De acuerdo con el principio de plenitud de las garantías, una expansión de las garantías secundarias debería además consistir en la atribución del poder de plantear la excepción de inconstitucionalidad contra las normas inválidas a cualquier funcionario público que tenga la competencia y la ocasión de aplicarlas[83]. También en estos casos se trata de impedir que tales normas sigan estando vigentes y sean aplicadas porque no está técnicamente previsto el mecanismo de impugnación. De nuevo, para que haya «un juez en Berlín», es necesario que haya también en Berlín un funcionario público con capacidad de activarlo a fin de impedir la permanencia de normas ilegítimas en el ordenamiento.

5.5.2. *Por un ministerio público en defensa de los derechos sociales*

De forma análoga, para llevar a cabo la segunda expansión, habría que ampliar las competencias del actual ministerio público, atribuyéndole también el poder de ejercer acciones contra las

violaciones de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, es decir, de las prohibiciones de lesión correspondientes a los derechos de libertad y de las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales. Es lo previsto en la Constitución brasileña de 1988[84]. Según creo, se trata de una expansión del papel del ministerio público que, de acuerdo con el paradigma constitucional, refleja la misma razón de ser de este órgano como titular de la acción penal. En efecto, pues la razón de ser del ministerio público consiste en desarrollar la tarea que tiene confiada, de suplir, reaccionando a las agresiones, la debilidad de las personas lesionadas en sus derechos, que no siempre tendrían, por sí mismas, los medios y la fuerza necesarias para ejercitar la acción penal. Así como, históricamente, el papel de la acusación pública en materia penal nació para suplir, procediendo de oficio, la debilidad de las partes ofendidas, sin capacidad de activar el juicio contra los delitos de los que habían sido víctimas, responde a la misma lógica que, al igual que en la experiencia brasileña, se encomiende a una institución como el ministerio público el cometido de activar la jurisdicción contra las lesiones de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, de las que, por lo general, los sujetos débiles son las principales víctimas y las más impotentes. De este modo, el ministerio público, concebido hoy solamente como el máximo poder punitivo, así redefinido, asumiría el papel mucho más benéfico de órgano de defensa de los sujetos débiles contra todas las violaciones, privadas y públicas, de sus derechos.

5.5.3. *Por un ministerio público de defensa en el proceso penal*

Hay una tercera articulación garantista del ministerio público sugerida por la experiencia latinoamericana: la introducción en el proceso penal, junto al ministerio público titular de la acción acusatoria, de un magistrado titular de la función de la defensa pública, obviamente, además de la defensa de confianza y complementaria de esta, en cuanto condicionada a la solicitud del

imputado. Argentina es el país en el que esta institución —gracias a la Ley Orgánica sobre el Ministerio Público de 1998, sección III, emanada en actuación del art. 120 de la Constitución— más se ha desarrollado y consolidado. Pero existen órganos análogos en la mayor parte de los países del área, dotados de la garantía de una total independencia y del papel de defensores, no distintos de los de confianza. En Italia, una institución semejante encontraría, naturalmente, la resistencia del ejército de 280 000 abogados que abarrotan las salas de justicia. No obstante, debe recordarse que, precisamente en Europa, la institución de una defensa confiada a un magistrado público fue reivindicada por Gaetano Filangieri[85] y por Jeremy Bentham[86], y luego por Francesco Carrara[87] y Luigi Lucchini[88], como una básica garantía del correcto proceso, obviamente, no como alternativa, sino con carácter subsidiario, cuando falte la defensa de confianza.

Los fundamentos axiológicos de esta defensa pública son múltiples: en primer lugar, el principio constitucional del derecho de defensa, que el art. 24 de la Constitución italiana califica de «inviolable» y a cuya garantía, tratándose de un derecho atribuido igualmente a todos, no puede tener un coste, esto es, quedar encomendada al mercado, sino que debe estar asegurada a todos, en particular, a quienes no están en condiciones de pagar un defensor de confianza; en segundo lugar, el interés público en la no condena de los inocentes, no menor que el interés en la condena de los culpables, aunque solo sea porque dictado por la presunción constitucional de no culpabilidad hasta la condena definitiva establecida en el art. 27,2 de la Constitución italiana; en tercer lugar, la legitimación de la jurisdicción misma, consistente en la correcta averiguación de la verdad procesal, que requiere el proceso «contradictorio entre las partes en condiciones de paridad», como dice el art. 111,2 del mismo texto fundamental, y por eso la puesta a prueba de las hipótesis acusatorias mediante su efectiva exposición a las refutaciones y a las contrapruebas producidas por una defensa dotada de poderes lo más posible semejantes a los de la acusación pública. No basta para satisfacer estos tres principios el

patrocinio a costa del estado, asegurado en Italia por el art. 98 CPP, «a las personas sin medios»: expresión con la que el art. 76 del dpr n.º 115/2002, de 30 de mayo, ha entendido solo las personas muy pobres, es decir, con una renta anual no superior a 11 494 euros.

Ciertamente, el instituto del ministerio público de defensa supone un coste para la caja del estado; pero no diferente de lo que ocurre con las garantías de todos los demás derechos fundamentales constitucionalmente estipulados. Si acaso, este coste está aún más justificado, tratándose de la garantía del derecho de defensa, ya que es el estado el que, por medio del ministerio público de acusación, lleva al ciudadano a juicio. Es, pues, doblemente inicuo que una persona acusada pero presunta inocente deba, no solo sufrir la pena de proceso —los trastornos materiales y morales, el trauma de la acusación y el menoscabo de su reputación—, sino también, excepción hecha de los casos de extrema pobreza, hacer frente a las costas procesales. Por eso, el derecho a la defensa pública por parte de un agente estatal específico es una suerte de metagarantía del correcto proceso: porque el derecho de defensa es un derecho fundamental, cuya garantía, en ausencia de defensor de confianza, debe ser asegurada por el estado no menos que la de los demás derechos humanos; y porque su ausencia debilita, de hecho, todas las demás garantías penales y procesales que solo un defensor profesional puede hacer valer con eficacia, y por eso se traduce en la enésima desigualdad por razones económicas frente a la ley penal[89].

5.6. *Tres limitaciones de los poderes del ministerio público, en garantía de su independencia y de los derechos de los investigados*

El papel de garantía del ministerio público requiere otro orden de reformas, por así decir, opuesto al primero. Consiste en la reducción de la excesiva discrecionalidad de los poderes que este órgano ha

acumulado en los últimos años y que contradice la obligatoriedad de las funciones en que se funda su independencia. Más precisamente, consiste en una triple limitación de sus actuales poderes requirentes, en garantía de los derechos del imputado: el primer límite se refiere al inicio de la acción penal, el segundo a la conclusión de las investigaciones preliminares, el tercero al poder de impugnación de las sentencias absolutorias.

5.6.1. *El ejercicio de la acción penal solo sobre la base de una creíble noticia de delito. Policía judicial y jurisdicción*

El primer límite, en garantía de la obligatoriedad del ejercicio de las funciones del ministerio público, se refiere a los presupuestos de la acción penal. En un reciente seminario sobre la criminalidad organizada, Renzo Orlandi ha observado que, frente a fenómenos criminales complejos, son dos las vías por las que el ministerio público puede conducir las investigaciones penales: «reconstruir el cuadro de conjunto partiendo de los singulares delitos», o bien, al contrario, «partir de un cuadro de conjunto preventivamente hipotetizado» para llegar a la identificación de las «responsabilidades individuales de los delitos concretos». Orlandi llama «investigación preparatoria» a la actividad investigadora de este segundo tipo, poniendo de relieve que, al no consistir propiamente en la incoación de un proceso penal, «puede desarrollarse en la sombra y totalmente en secreto», sustrayéndose «a la aplicación de las reglas procesales, comenzando por las que limitan temporalmente la duración de la investigación preliminar». Y pone de relieve los riesgos inherentes a este tipo de indagaciones: el debilitamiento del principio de legalidad —*nullum crimen sine lege*— al que también está sujeta la acción del ministerio público; la implicación en la investigación de numerosas personas, muchas de las cuales resultarán penalmente no responsables y, no obstante, gravemente perjudicadas en su reputación; en fin, el desequilibrio entre acusación y defensa, que no conoce el cuadro de conjunto en el que

se mueve el ministerio público, cuyas investigaciones preparatorias corren siempre el riesgo de responder a «un planteamiento tendencialmente inquisitivo»[90].

La cuestión remite al problema teórico subyacente a la obligación del ministerio público de ejercer la acción penal. Es una obligación fundamental, que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la sujeción a esta del ministerio público y por eso su independencia de cualquier poder. Pero ¿cuándo nacen esta obligación y, al mismo tiempo, el poder de ejercer la acción penal? Evidentemente lo hacen cuando el ministerio público, sobre la base del art. 335 CPP, «inscribe en el correspondiente registro» una noticia de delito juzgada «no inverosímil». En efecto, pues solo entonces se concreta tal obligación que, obviamente, en ausencia de una creíble hipótesis de delito, no sería siquiera concebible[91]. Más allá del margen de incertidumbre que puede existir acerca del confín entre las dos vías hipotetizadas por Orlandi, me parece indudable el fundamento de la primera, que es la única conciliable con la existencia de la obligación de la acción penal establecida en el art. 112 de la Constitución italiana.

Pero es la segunda vía la que, desde hace años, resulta recorrida por algunas fiscalías. Es claro que esta, es decir, la puesta en marcha de investigaciones en busca de una noticia de delito y no de su confirmación, crea el riesgo de imprimir al papel del ministerio público una involución policiaca del género de la temida en los § 4.6.3 y 5.3.3.3 a propósito de la propuesta facultativa de las medidas de prevención cuya competencia tiene atribuida. En efecto, pues la actividad de investigación de posibles hipótesis de delito es una típica actividad policial, externa al procedimiento penal, que se concilia mal con la rígida sujeción a la ley de la acusación pública. Aquella parte de lo que Orlandi llama un «cuadro de conjunto», en busca de delitos aptos para confirmarlo; con el riesgo permanente de que la actividad investigadora se desarrolle bajo la forma de un «teorema», esto es, de la petición de principio que, como se dijo en el § 1.6.1, es el rasgo distintivo de la lógica inquisitiva. Claros

ejemplos de este enfoque fueron, según Orlandi, el proceso «7 aprile» de 1979 y el palermitano de la negociación Estado/mafia.

Es por lo que tal actividad de investigación o descubrimiento de nuevos delitos pertenece a la competencia de la policía judicial; que, por lo demás, es una institución ambivalente, por el incierto estatuto teórico, ubicada en Italia como en muchos otros países bajo la dependencia del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, puesta a disposición de la autoridad judicial. «La autoridad judicial», dice el art. 109 de la Constitución, «dispone directamente de la policía judicial». Por eso, dentro de las actuaciones de la policía judicial deben distinguirse dos clases: las de investigación requeridas por el ejercicio de la acción penal, en el desarrollo de las cuales la policía judicial opera bajo la dependencia de las fiscalías, y las orientadas al descubrimiento de los delitos y no atribuibles a la competencia de estas, al no ser reconducibles en modo alguno a la obligación de ejercitar la acción penal. Ninguna de estas dos actividades puede depender del ejecutivo, del que la policía judicial debe estar totalmente separada a fin de evitar que, por su conducto, el poder político condicione a la autoridad judicial como si fuese para él un instrumento siquiera inconsciente. Es por lo que, en garantía de la independencia externa de la jurisdicción, sería necesario configurar a la policía judicial como una institución también ella de garantía, separada de la policía de seguridad pública, perteneciente al orden judicial, bajo la dependencia del ministerio público en todo lo relativo a las investigaciones requeridas por el ejercicio de la acción penal, independiente, en cambio, para todas las demás funciones de investigación, y dotada, por lo que hace a esta segunda clase de atribuciones, de la misma autonomía funcional de que gozan las autoridades independientes de garantía. Así, solo las funciones de seguridad pública quedarían bajo la dependencia orgánica y funcional del poder ejecutivo.

La distinción entre *policía de seguridad* y *policía judicial*, competente la primera para el mantenimiento del orden público y la segunda para el descubrimiento y la averiguación de los delitos, puede decirse, está consolidada en el plano teórico desde la doctrina

iuspublicística de comienzos del pasado siglo[92]. La primera es una función administrativa de gobierno, la segunda una función administrativa de garantía. En cuanto tales solo pueden estar separadas: una es auxiliar y por eso dependiente de las funciones políticas de gobierno; la otra es auxiliar de las funciones judiciales de garantía secundaria y, más precisamente, de la acusación pública.

5.6.2. *La indicación de las pruebas a cargo de cada investigado al término de la investigación*

La segunda garantía que, a mi juicio, debería introducirse —a fin de limitar los espacios de arbitrio abiertos a los miembros del ministerio público y reducir, en la fase de investigación, la impotencia de la defensa de la que se ha hablado al final del § 5.4.1 y su excesiva disparidad respecto de la acusación— guarda relación con el desarrollo y la conclusión de la actividad investigadora. Consiste en la información al investigado y a su defensa, no solo de la imputación de que es objeto, sino también de los elementos de prueba recogidos contra él a fin de permitirle contestarlos. Tal información, con ocasión de la llamada «información de garantía» prevista en el art. 369 CPP, debería, cuando menos, comprender los medios de prueba, por ejemplo, los documentos, cuya comunicación a la defensa no cree el riesgo de una posible contaminación ni comprometa de otro modo el ulterior desarrollo de las investigaciones. Solo así la información de garantía cumpliría la función que expresa su denominación. La comunicación al investigado de la conclusión de las investigaciones preliminares, prevista en el art. 415 *bis* del mismo texto legal, debería, en cambio, relacionar todas las pruebas de cargo. Solo estas dos garantías permitirán limitar el poder de los fiscales de promover procesos sin fundamento, que solo después de años se concluirán con la absolución del desafortunado. Piénsese en el abuso de los delitos asociativos, que muy a menudo sirven para practicar grandes redadas de sospechosos como base de investigaciones futuras. Y también en los muchos procesos contra médicos, docentes o

administradores públicos generados por las denuncias de quienes, sin datos concretos, solo por la sospecha de posibles abusos o corrupciones, solicitan investigaciones generales que normalmente acaban violando la infiscabilidad judicial del mérito de actividades discrecionales de la administración pública y con ello la separación de poderes.

Solo imponiendo al ministerio público la obligación de indicar, en la comunicación de la conclusión de las investigaciones, los indicios y los elementos de prueba recogidos contra cada investigado, este podrá inmediatamente cuestionar el fundamento de la acusación, bloqueando así el nacimiento de un proceso contra él, antes de la solicitud de apertura del juicio. Sucede, en cambio, que el art. 415 *bis* CPP establece únicamente que esa comunicación «debe contener el enunciado sumario del hecho por el que se procede, de las normas legales que se estima violadas, de la fecha y lugar del hecho, con la advertencia de que la documentación relativa a las investigaciones llevadas a cabo está depositada en la secretaría del ministerio público, y que el investigado y su defensa pueden tomar conocimiento y obtener copia de ella» y, además, «la advertencia de que el investigado, dentro del término de veinte días, podrá presentar escritos, producir documentos, aportar documentación relativa a investigaciones de la defensa, solicitar del ministerio público actos de investigación, así como presentarse para realizar declaraciones o pedir que se le someta a interrogatorio». Todo menos lo más importante: la indicación de los elementos de prueba que motivan la acusación. Aún más lacónico es el art. 369 CPP sobre la información de garantía, que se limita a disponer que se indiquen «las normas legales que se consideran violadas», «la fecha» y el «lugar del hecho» imputado, y que se formule la «invitación a ejercer la facultad de nombrar un defensor de confianza».

En síntesis, se trata de actos carentes de motivación. Podrá discutirse si son «actuaciones judiciales», en cuanto tales sujetas al deber de motivación previsto en el art. 111,6 de la Constitución italiana. Lo cierto es que la falta de información al investigado de los elementos de prueba acopiados en su contra hace posible cualquier

acción penal sin que él, con violación del art. 24,2 de la Constitución sobre la defensa como «derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento», sea puesto en condiciones de impugnar su fundamento. Es verdad que el imputado y su defensor tienen la facultad de tomar conocimiento de las actuaciones en los veinte días siguientes a la comunicación de la conclusión de las investigaciones. Pero no se les informa de lo más decisivo, esto es, de los motivos específicos por los que se procede contra cada imputado. Y esto en clamorosa violación del art. 111,3 de la Constitución, que establece que «en el proceso penal la ley asegurará que la persona acusada de un delito sea, a la mayor brevedad, informada reservadamente de la naturaleza y de los motivos de la acusación formulada contra él».

Por eso la avalancha de aperturas de juicio. Al concluir las investigaciones preliminares, al ministerio público se le abren dos caminos. El primero es la comunicación de que habla el art. 415 *bis* CPP y luego la solicitud de apertura del juicio prevista en el art. 416 CPP. La segunda es la petición de archivo, que, según el art. 409 CPP, deberá disponerse por el juez mediante auto motivado. Se entiende que, de las dos vías, la más fácil y cómoda, también para disipar cualquier incertidumbre, es la primera, es decir, la solicitud de apertura del juicio, que permite a todos, en lo inmediato, ahorrarse tiempo de trabajo. A su vez, muchos abogados tienen el mismo interés: por costumbre y/o por conveniencia, prefieren ir a juicio en vez de concluir demostrando la falta de fundamento de la petición de apertura de este. Naturalmente, el pobre ciudadano, sobre todo en las causas con varios imputados, no está siquiera en condiciones de entender y valorar, de entre la mole de documentos depositados en la secretaría del ministerio público de los que puede tomar conocimiento, cuáles son —como dice el art. 111,3 de la Constitución— los indicios específicos y los elementos de prueba en su contra.

La simple garantía de la indicación a cada imputado, en la comunicación del final de las investigaciones, de los específicos elementos de prueba que motivan la acción penal contra él,

produciría numerosos efectos, todos positivos, hasta cambiar profundamente el proceso penal. En primer lugar, reduciría el poder actualmente ilimitado del ministerio público, dado que tendría un seguro efecto disuasorio como freno de las acciones penales arbitrarias y temerarias. Reduciría enormemente los daños causados a los inocentes por las iniciativas penales infundadas al hacerlas cesar a tiempo. Restituiría efectividad al principio de presunción de inocencia y al de igualdad de las partes. Reforzaría la profesionalidad de los integrantes del ministerio público. Bloquearía de raíz las acciones penales irreflexivas, en beneficio de los ciudadanos, pero también de la credibilidad de la justicia. Reduciría la mole de procesos y, con ello, su duración.

5.6.3. *El carácter de inapelables de las sentencias absolutorias por parte del ministerio público*

La tercera reforma que se propone consiste en la abolición del poder del ministerio público de impugnar las sentencias absolutorias de primer grado. La apelación es una garantía del derecho del imputado a ser juzgado culpable solamente sobre la base de dos condenas conformes. Tal es su sentido y su razón de ser, expresados explícitamente por las normas de derecho internacional. «Toda persona declarada culpable de un delito», establece el art. 14,5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, «tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». De forma análoga, el art. 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, bajo el título «Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal» dispone: «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior».

En efecto, es absurdo —signo de un inaceptable encarnizamiento acusatorio— que un fiscal, después de haber llevado a juicio a una persona, con todos los daños que el proceso comporta, y no haber alcanzado a probar su culpabilidad después la instrucción y el juicio de primer grado, pueda seguir persiguiéndola para obtener la condena en apelación, además, con un juicio prevalentemente sobre papeles que nada hará más fundado y creíble que el precedente. Sin contar con que la previsión de que una sentencia absolutoria sea invertida en apelación contradice el principio de que la condena, según las palabras del art. 533 CPP, solo se justifica «más allá de toda duda razonable»: duda que no puede dejar de ser razonablemente generada por una anterior absolución. Aparte de que la inapelabilidad de la sentencia absolutoria por parte de la acusación pública produciría una enorme ulterior reducción del trabajo judicial y de nuevo, por consiguiente, de la duración de los procesos.

Me parece del todo infundado el argumento de la «igualdad» de las partes utilizado por la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 26/2007, de 6 de febrero, para motivar el juicio de ilegitimidad constitucional del art. 1 de la Ley n.º 46/2006, de 20 de febrero —una de tantas normas *ad personam*, pero no censurable solo por esto—, que establecía este justo principio. Aparte el hecho de que, en Italia, todo el proceso penal está marcado por una disparidad estructural entre las partes determinada por el innegable mayor poder de la acusación pública en comparación con el de la defensa, las «condiciones de igualdad» previstas en el art. 111,2 de la Constitución se refieren al juicio contradictorio en el que debe desarrollarse el proceso, y no ciertamente al derecho de impugnación, que es un «derecho inviolable» obviamente solo del imputado, previsto en el art. 24,2 de la Constitución como derecho de «defensa [...] en todo estado y grado del procedimiento».

1. En la nota 28 del § 4.4.3.
2. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* [1783], trad. cast. de J. Ribera, ed. de L. Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2018, Introducción, vol. I, p. 58. Y poco antes, *ibid.*, «Desde el tiempo de Montesquieu no ha habido escritor que no haya intimado a los hombres a la necesidad de una reforma en la legislación».
3. En el pasaje citado *supra*, en la nota 3 del capítulo IV.
4. En alguna ocasión he propuesto la estipulación de una reserva de código en materia penal, de rango constitucional: en «La pena in una società democrática»: *Questione giustizia* 3-4 (1996), pp. 537-538; en «Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice» [2001], ahora en L. Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía y crítica del derecho penal*, ed. de D. Ippolito y S. Spina, revisión de la ed. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2018, pp. 201 ss.; en *PiII*, § 15.16, pp. 375 ss. y, por último, en *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 5.5, pp. 267 ss. Una débil reserva de código —débil porque con rango de ley ordinaria y, por eso, inefectiva — fue introducida en Italia por el Decreto Legislativo n.º 21/2018, en actuación de la ley delegada n.º 103/2017 que incorporó al Código Penal el siguiente art. 3 *bis*: «Solo podrán introducirse en el ordenamiento nuevas disposiciones que prevean delitos mediante modificaciones del Código Penal o con leyes que disciplinen de manera orgánica la materia». Sobre el tema, véase también D. R. Pastor, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, donde la propuesta de la reserva de código no solo está ampliamente argumentada como un indispensable factor de racionalización del derecho penal, sino también articulada a través de la formulación de una serie de importantes principios de ciencia de la legislación penal.
5. El art. 81 de la Constitución española prevé «leyes orgánicas», «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que requieren ser aprobadas por mayoría absoluta del Parlamento.
6. T. Hobbes, *Leviatán*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, cap. 26, § 7, p. 219: «no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos estado, y lo que él manda».
7. E. Musco ha propuesto una mayoría cualificada de dos tercios de los votantes para la aprobación de las leyes penales en *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 272.
8. *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § V, p. 125.
9. *Ibid.*, § XI, p. 147.
10. Un óptimo código de buena legislación es el ofrecido por una larga serie de máximas de clásicos del pensamiento político que conviene recordar: T. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. 30, p. 277: «La ley se entenderá mejor con pocas palabras que con muchas. Pues todas las palabras están sujetas a ambigüedad, y, por tanto, la multiplicación de palabras en el cuerpo de la ley es una multiplicación de la ambigüedad. [...] Pertenece, por tanto, al oficio de un legislador [...] dar razones claras de por qué la ley fue hecha, y procurar que la redacción misma de la ley se haga en tan pocos términos, si bien adecuados y significativos, como sea posible»; Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XXIX, cap. XVI, pp. 443-444: «Su estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria [...] El estilo de las leyes debe ser sencillo [...] Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. [...] Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia»; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XIV, p. 159: «Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en comprobar un hecho»; F. M. Voltaire, *Leggi civili ed ecclesiastiche*, en *Dizionario filosofico* [1769], trad. it. de M. Grasso, en Íd., *Lettere filosofiche. Dizionario filosofico. Memorie*, RBA Italia, Milán, 2017, p. 276 [ed. cast. de A. Martínez Arancón, *Diccionario filosófico*, prólogo de F. Savater, 2 vols., Temas de hoy, Taurus, Madrid, 1995]: «Que toda ley sea clara, uniforme y precisa»; J. J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* [1772], en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París, 1964, vol. III, pp. 1000-1001: «He aquí cómo, con pocas leyes claras y simples y también con pocos jueces, la justicia es bien administrada [...] Se necesitan tres códigos: un código político, un código civil y un código penal, los tres tan claros, breves y precisos como sea posible»; G. Filangieri, *Riflessioni politiche*

sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'Amministrazione della giustizia [1774], en Íd., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruselas, 1841, p. 389: «O la ley habla claro, y entonces el juez no puede alterarla; o la ley es oscura, tanto que la ambigüedad del sentido daría lugar al arbitrio»; M. Condorcet, *Observations sur le vingt-neuvième livre de l'Esprit des lois* [1782], en *0euvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, t. I, cap. XVIII-XIX, pp. 379 y 381: «Si se promueve una jurisprudencia uniforme y simple, sucederá que los expertos en derecho perderán el monopolio del conocimiento de las formas jurídicas y todas las personas que saben leer tendrán la misma capacidad; y es difícil que esta igualdad pueda ser vista como un mal [...] Cuanto más simple sea la legislación de un estado, mejor será gobernado»; y esto requiere la definición legislativa de los términos normativos y que las leyes no sean contradictorias (*ibid.*, pp. 384 ss.); L. de Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines, ouvrage posthume de Saint-Just* [1800], trad. it. de G. Procacci, *Frammenti sulle istituzioni repubblicane seguito da testi inediti*, ed. de A. Soboul, Einaudi, Turín, 1952, p. 45: «las leyes largas son calamidades públicas. En necesario que las leyes sean pocas. Donde son demasiadas, el pueblo está esclavizado [...] El que da a un pueblo demasiadas leyes es un tirano»; J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal* [1802], ed. de de M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, cap. XXXIII, titulado «Estilo de las leyes», p. 532: «El fin de las leyes es dirigir la conducta del ciudadano, y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: 1.º que la ley sea clara, esto es, que ofrezca al entendimiento una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; 2.º que la ley sea concisa para que se fije fácilmente en la memoria. *Claridad* y *brevedad*, son, pues, las dos cualidades esenciales». Recuérdese, en fin, el art. 19 del título II de la ley francesa sobre el ordenamiento judicial de 16 de agosto de 1790: «Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y se elaborará un código general de leyes simples, claras y conformes con la Constitución». Los pensadores políticos del siglo XVIII, escribió Tocqueville, «están de acuerdo al menos en una idea muy general [...] todos tienen el mismo punto de partida: todos coindicen en que conviene sustituir las costumbres complicadas y tradicionales que rigen la sociedad de su tiempo, por reglas sencillas y elementales basadas en la razón y en la ley natural. Si se examina bien, se observará que lo que pudiera llamarse la filosofía política del siglo XVIII gira, en realidad, en torno a esta única moción» (*El antiguo régimen y la revolución* [1856], trad. cast. de D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, primera parte, lib. III, cap. I, p. 156).

11. Son principios comunes a toda la tradición ilustrada y que en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, p. 69, he expresado con los axiomas A4, A5 y A6, y he ilustrado en los § 33, 34 y 35. Sobre el principio de lesividad, recuérdese C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § VII, p. 133 y § XII, p. 151; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* [1783], trad. cast. de J. Ribera, ed. de L. Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2018, lib. III, segunda parte, caps. XXVI y XXVII, pp. 869-875; G. Romagnosi, *Génesis del derecho penal* [1791], trad. cast. de C. González Cortina y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1956, § 395 y 401; J. Bentham, *Principes de législation*, en Íd., *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. I, pp. 3-48; Íd., *Théorie des peines et des récompenses*, *ibid.*, t. II, lib. I, cap. III, pp. 10-11 [hay trad. cast. de D. L. B., *Teoría de las penas y de las recompensas*, Casa de Masson e hijo, París, 1826]; J. Stuart Mill, *Sobre la libertad* [1861], trad. cast. de P. de Azcárate, prólogo de I. Berlin, Alianza, Madrid, 1970, I, pp. 65-66. El principio fue además establecido en el art. 5 de la *Déclaration* de 1789: «La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad». Este principio de inderogabilidad del hecho lesivo pierde extrañamente relevancia en C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XXIV, p. 193, titulado «Ociosos», donde propone el destierro de quien «turba la tranquilidad pública» y de los sospechosos de «un delito atroz» que «tienen a su cargo una gran probabilidad», aunque no «la certeza» de haberlo cometido. Sobre este infeliz pasaje de *De los delitos*, véanse las observaciones de G. Brindisi, *Su diritto e sragione. Follia e ozio a partire da Cesare Beccaria*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2023, pp. 395-421.

12. J. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, cit., I, p. 66; *ibid.*, p. 65: «la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería

más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente».

13. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho» [1797], en Íd., *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, estudio preliminar de A. Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989, «Introducción a la doctrina del derecho», § C, pp. 39-40: «una acción es *conforme a derecho* (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley general universal. Por tanto, si mi acción o, en general, mi estado, puede coexistir con la libertad de cada uno, según una ley universal, me agravia el que me lo obstaculiza». De aquí «la ley universal del derecho: obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal».

14. He expresado este principio de la previsibilidad penal únicamente de las acciones nocivas y no de los sujetos nocivos, con la tesis de la inadmisibilidad en derecho penal de normas constitutivas y no regulativas, en *Derecho y razón*, cit., § 36, pp. 502 ss.

15. Me limito a recordar a M. J. A. Condorcet, *Définition du crime*, en Íd. *Inediti* publicados por M. Da Passano, *Materiali per una storia della cultura giuridica* V, 1975, p. 443: «para que una acción nociva para otro sea un crimen, es necesario que el mal que le procura sea contrario a sus derechos»; J. Bentham, «Principios del Código Civil», Preámbulo, *Tratados de legislación civil y penal* [1802], ed. de M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 100: «Cometer un delito es violar, por una parte, una obligación y, por otra parte, un derecho»; G. Humboldt, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* [1792], trad. it. de G. Perticone, Giuffrè, Milán, 1965, XIII, p. 136: «Una ley penal solo puede ser aplicada a quien haya violado dolosamente —y solo en la medida en la que los haya violado— los derechos ajenos»; F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* [1787], ed. de F. M. Paladini, Centro di studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni, Venecia, 2009, cap. V, p. 40, que define la pena como «la pérdida de un derecho por un derecho violado»; G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal* [1848], trad. cast. de A. Forero, rev. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, § 120, p. 50: «El delito vulnera los derechos, *solo naturales* o *solo sociales*, o *bien naturales y sociales conjuntamente*»; F. Carrara, *Programa de derecho criminal* [1870], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1964, vol. I, § 42, p. 54: «Solo un *derecho* puede ser *objeto* del delito y un *derecho* al cual la ley haya concedido expresamente su tutela con una prohibición y con una sanción».

16. R. Ihering, *Geist des romischen Rechts*, Breitkopf und Hartel, Leipzig 1875, vol. III, p. 328 [trad. cast. de E. Príncipe y Satorre, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Bailly Bailliere, Madrid, 1883-1884]; K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1885, vol. I, p. 169; F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* [1905], trad. it. de A. Calvi, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 45-46 [trad. cast. de C. Pérez del Valle, *La idea de fin en el derecho penal*, Comares, Granada, 1995].

17. Es el que Arturo Rocco llamó el «objeto formal» del delito y que definió como «el interés» o el «derecho subjetivo público estatal a la observancia u obediencia de los preceptos penales» (en «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale» [1913], en Íd., *Opere giuridiche*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I, § 177, p. 554). Peor aún, G. Maggiore, *Diritto penale (parte generale)*, Zanichelli, Bolonia, 1932, vol. I, t. II, p. 680: «todo delito es en definitiva un delito de felonía, un *crimen laesae majestatis*».

18. G. Dahm, «Verrat und Verbrechen»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1935, pp. 283 ss.; H. Welzel, «Studien zum System des Strafrechts»: ZStW, 1939, pp. 491 ss.; Íd., *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlín, 1954.

19. «En la base del derecho penal está la finalidad de la tutela de una serie de bienes o de intereses» (P. Nuvolone, «Natura e storia nella scienza del diritto penale» [1951], en Íd., *Trent'anni di diritto e di procedura penale*, Cedam, Padua, 1969, vol. I, p. 194); W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Fráncfort de M., 1973; Íd., «Il bene giruridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale»: *Dei delitti e delle pene* 1 (1984), pp. 104 ss.; A. Fiorella, «Reato in generale: a) Diritto penale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milán, 1987, § 16-21, pp. 789-800; G. Fiandaca y E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bolonia, 1985, pp. 3, 6 y 73-75.

20. F. Bricola, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Utet, Turín, 1973, pp. 7 ss. [trad. cast. de D. Restrepo Rodríguez, *Teoría general del delito*, con notas de M. Donini, B de f, Buenos Aires, 2012]; F. Stella, «La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo»:

Rivista italiana di diritto penale, 1973, pp. 36 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 94 ss.; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 162 ss.; Íd., «La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione»: *La questione criminale*, 1981, pp. 111 ss.

21. La ley delegada n.º 13/2021 se limita, en cambio, a prever, en el punto 23 del art. 1, un complejo y complicado procedimiento «en la fase de las investigaciones preliminares», en virtud de la cual, sin perjuicio de «la obligación de trasladar al ministerio público la noticia» del delito contravencional, se produce la extinción de las contravenciones «susceptibles de reparación del daño o del peligro mediante conductas restauradoras o resarcitorias, salvo que concurran con delitos», «por efecto del temporáneo cumplimiento de adecuadas prescripciones impuestas por el órgano investigador o del pago de una suma de dinero consistente en una fracción del máximo de la multa establecida para la contravención cometida», o bien, alternativamente, de una «prestación de trabajo de utilidad pública».

22. Recuérdense las páginas de C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XXXI y XXXII, pp. 225 ss., sobre la despenalización de la homosexualidad, el adulterio y el suicidio, y las observaciones de D. Ippolito, «Prohibitions pénales et laicité du droit. Adultère, homosexualité et infanticide chez Beccaria»: *Dix-huitième siècle* 53 (2021), pp. 673-688 y de P. Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, trad. it. de D. Ippolito, Il Mulino, Bolonia, 2023, cap. VI, § 2, pp. 140 ss.

23. Una interpretación conforme a la Constitución de los delitos de atentado previstos por el Código Penal italiano como «delitos intentados», fue la propuesta por E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milán, 1966; Íd. «Attentato (Delitto di)», en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, I, Utet, Turín, 1980, pp. 560 ss.; E. Gallo y E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, Bolonia, 1984, pp. 145 ss. La misma tesis fue sostenida por F. Carrara, *Programa*, cit., vol. I, § 356-358, pp. 246-249; § 362, pp. 337-338, nota y § 380, pp. 261-262 nota, donde Carrara afirma que se usan «promiscuamente como sinónimas las palabras *atentado*, *conato*, *tentativa*».

24. F. Carrara, *Programa*, cit., § 97, p. 90: «el *peligro corrido*, que nace de un *estado de hecho* que en determinado momento hace *inminente* aquella violación», y § 352, p. 241: «se dice *peligro corrido* para distinguirlo del *peligro de simple previsión*, del cual no surge razón legítima de imputación».

25. Solo a partir de la publicación del clásico libro de M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* [1975], trad. cast. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976, se ha desarrollado una seria literatura sobre la cárcel. Me limito a recordar a: D. Melossi y M. Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XX)*, ed. de J. Tula, Siglo XXI, México, 1980; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bolonia, 1980; Íd., *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015; M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, Turín, 1995; Íd., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bolonia University Press, Bolonia, 2013; M. Graziosi, «Le rivolte dei detenuti nel biennio '68-'69»: *Parolechiave* 18 (1998), pp. 159 ss.; L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, trad. cast. de H. Pons, Alianza, Madrid, 2001; Íd., *Punire i poveri: il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Derive-Approdi, Roma, 2006; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Turín, 2002; Íd., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011; L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006; I. Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006; A. Margara, «Sorvegliare e punire: storia di 50 anni in carcere»: *Questione giustizia* 5 (2009), pp. 89 ss.; Íd., *La giustizia e il senso di umanità*, en *Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, ed. de Franco Corleone, Fondazione Michelucci Press, Fiesole, 2015; G. Salvi, *Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico*, *ibid.*, pp. 122 ss.; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziaria. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma, 2013; Íd., *Le pene e il carcere*, Mondadori, Milán, 2022; L. Manconi y G. Torrente, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci, Roma, 2015; P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri, diritti*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2016; P. Gonnella y D. Ippolito (eds.), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2019; M. Bortolato y E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Laterza, Roma, 2020; P. A. Allegri, *Retoriche rieducative, pratiche penitenziarie e formazione professionale. Una ricerca socio-giuridica nelle carceri italiane*, Il Mulino, Bolonia, 2023, p. 187; T. Effer, La *pena in bianco. La legalità «nella misura del possibile»*, en curso de publicación.

26. Tatiana Effer atribuye justamente esta desigualdad a la ausencia de taxatividad de la pena privativa de libertad (*La pena in bianco*, cit., cap. IV) y propone, de acuerdo con el principio beccariano y kantiano de la persona como fin en sí misma y nunca como cosa o como medio (aquí citado, *infra*, en la nota 44), una refundación garantista de la teoría de la pena sobre la base de la concepción del preso como sujeto y nunca como objeto: «es el sujeto de las obligaciones y de las prohibiciones fijadas por la sanción y no el objeto sobre el que se ejerce la acción punitiva» (*La pena in bianco*, cit., Introducción, p. 3).

27. He sostenido esta tesis en *Derecho y razón*, cit., § 18, 25 y 31, pp. 247-252, 338-345 y 416-418, y en «La pena in una società democrática»: *Questione giustizia* 3-4 (1996), pp. 527 ss. Sobre la hipótesis de la superación de la cárcel, véase también L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone y F. Resta, *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Chiarelettere, Milán, 2015, y G. Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Ponte alle Grazie, Milán, 2020.

28. Según el informe 2021 *Statistiques pénales Annuelles du Conseil d'Europe* sobre las cárceles de sus cuarenta y siete miembros, en Italia, sobre una población carcelaria de 53 329 personas, en 2020, la tasa de suicidios fue de 11,4 por cada 10 000 presos, exactamente el doble de la media europea de 5,7 cada 10 000 presos. La duración media de la privación de libertad, que, en el 2020, en Europa, fue de 8,9 meses, en Italia ha sido de 18,1 meses. Las personas condenadas a cadena perpetua en Europa han sido el 1,7 % y en Italia el 4,9 % de la población carcelaria. El número de personas condenadas a penas cortas de prisión (de uno a tres años), en Europa ha sido el 23,5 % de los presos y en Italia el 16,3 %. En fin, en relación con el pasado, puede registrarse un aumento de las condenas a más de cinco años de reclusión. Sobre el enorme aumento de las condenas a cadena perpetua, no obstante la disminución de la criminalidad, véanse las observaciones de S. Marietti, «'L'ergastolo in Italia non esiste'. I numeri di un pregiudizio», en *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita «non è la soluzione, ma il problema da risolvere»*, ed. de S. Anastasia, F. Corleone y A. Pugiotto, Futura, Roma, 2021.

29. Agradezco a Mauro Palma, Garante Nacional de los Derechos de los Presos, que me haya facilitado estos datos y también otros citados más adelante, todos actualizados a 22 de agosto de 2023.

30. Esta condición, ha escrito Valerio Onida, refleja «una lógica de tipo 'militar': la del 'enemigo' capturado y condenado, que solo podía liberarse de la prisión pasando sin más a las filas del adversario», es decir, «un tipo de lógica» contraria a los «principios constitucionales de humanidad» (Prólogo a *Contro gli ergastoli*, cit., p. XI).

31. La naturaleza y las progresivas agravaciones del art. 41 *bis* han sido bien ilustradas por A. Della Bella, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Giuffrè, Milán, 2016; Íd., «Carcere duro [art. 41 *bis*]»: *Treccani.it*. Las progresivas exasperaciones del art. 4 *bis* han sido analizadas por Laura Longo, a la que agradezco las preciosas indicaciones que me ha proporcionado, en el escrito «Genesi ed evoluzione normativa dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario», de próxima publicación. Véanse las dudas sobre la legitimidad constitucional de estos regímenes expresadas por A. Pugiotto, «Quattro interrogativi (e alcune considerazioni sulla compatibilità costituzionale del 41-bis», en F. Corleone y A. Pugiotto (eds.), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia ripartiva*, Ediesse, Roma, 2013, pp. 193-210. Sobre las censuras del art. 41 *bis* por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cf., además, M. Palma, «Il regime del 41-bis visto da Strasburgo e dal comitato europeo per la prevenzione della tortura», *ibid.*, pp. 171 ss.; B. Randazzo, «La versione di Strasburgo. Gli ergastoli nella giurisprudenza della Corte Edu», en *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 65 ss. Pero, sobre todo, véanse las cuestiones de inconstitucionalidad —las dos primeras relativas al art. 41 *bis*, la tercera a la pena de prisión perpetua— promovidas por Alessandro Margara como presidente del Tribunal de Vigilancia Penitenciara de Florencia mediante los autos n.º 904/1995, de 7 de septiembre, n.º 249/1995, de 12 de diciembre, y n.º 5022002, de 5 de febrero, recogidos en A. Margara, *La giustizia e il senso di umanità*, cit., pp. 195 ss.

32. A. Della Bella, *Carcere duro [art. 41-bis]*, cit.

33. La Ley n.º 199/2022, de 30 de diciembre, que convirtió en ley el decreto ley de 31 de diciembre de 2022, dispone textualmente, en relación con el primer apartado del art. 4 *bis*, que «se suprimen las palabras '314, 1, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter* 319 *quater*, 1, 320, 321, 322, 322 *bis*'».

34. S. Marietti, «L'ergastolo», cit., p. 107, que refiere el dato al 30 de junio de 2020.

35. Al carácter tendencialmente permanente del régimen carcelario previsto en el art. 41 *bis* ha concurrido, con seguridad, la jurisprudencia de la Corte de Casación y la del Tribunal de Vigilancia Penitenciaria de Roma. Según aquella, a los efectos de la prórroga de tal régimen, «no es necesaria la comprobación de la permanente actividad del grupo de pertenencia [...] bastando la potencialidad actual y concreta de vínculos con el ambiente delincuencial» sin más precisiones (Sección I, n.º 24134/2019, de 10 de mayo). Citando este pronunciamiento, un auto reciente del Tribunal de Vigilancia de Roma, de octubre de 2022, ha fundado el rechazo de la impugnación de la prórroga de ese régimen, de una duración de veinte años, por un lado, en la «biografía criminal» del preso, obviamente inmutable y, por otro lado, en la «invariable adhesión a la ideología subversiva» e incluso en las «iniciativas de solidaridad» expresadas por «representantes de grupos anarquistas».
36. Ch. Montesquieu, *Cartas persas* [1721], trad. cast. de J. Marchena, estudio preliminar de J. M. Colomer, Tecnos, Madrid, 1986, LXXX, p. 119; Íd., *Del espíritu de las leyes*, cit., primera parte, lib. VI, cap. IX, p. 104: «la severidad de las penas conviene más al gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que a la monarquía o a la república [...] Sería fácil probar que, en todos o en casi todos los estados de Europa, las penas han disminuido o aumentado a medida que se acercaban a la libertad o se alejaban de ella. [...] La suavidad reina en los gobiernos moderados».
37. El debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley n.º 211, presentado al inicio de la XIII legislatura por la senadora Ersilia Salvato, como recuerda Corleone, «La pena dell'ergastolo in Parlamento», en *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 1 ss., fue introducido por un bello informe de Salvatore Senese, «Per l'abolizione dell'ergastolo» (*ibid.*, pp. 229 ss.), seguido de las intervenciones de Leopoldo Elia, Elvio Fassone, Guido Calvi, Luigi Lombardi Satriani y Ersilia Salvato. Corleone recuerda también las distintas propuestas de abolición de la cadena perpetua presentadas en el Parlamento desde los primeros años setenta.
38. Al preso, Alfredo Cospito, no dejó de aplicársele el régimen carcelario del art. 41 *bis* porque, como declaró el presidente del Consejo de Ministros, «el Estado no desciende a pactos con los terroristas». Es una tesis penosa. En el caso de Cospito no se trataba de estipular ningún pacto. Era solo la necesidad de hacer lo posible por salvar una vida humana, Si una persona amenaza con arrojarse desde lo alto de un edificio, el estado, los bomberos, justamente, tratan con él y hacen de todo para salvarlo. Es esta fuerza del estado, que no depende de su dureza, demasiado fácil, sino, al contrario, de la asimetría que alcance a realizar entre la incivilidad del crimen y la civilidad del derecho, entre el gesto desesperado de una protesta y la razonabilidad de la reacción institucional. En cuanto al pronunciamiento de la Casación del 24 de febrero de 2022, se ha tratado de una decisión política: en efecto, pues no se comprende qué relaciones ilícitas con el exterior —tal es la única razón que justifica el art. 41 *bis*— pudiera tener una persona al final de su vida y mantenida bajo una vigilancia constante. El hecho de que esta triste vicisitud haya hecho crecer el consenso popular en torno al gobierno es solo el síntoma de un decrecimiento del sentido moral y del sadismo punitivo a escala de masas. Pero el caso Cospito es un signo de nuestro tiempo, también por la irreflexiva «aplicación de la ley» con la que la Sección II de la Corte de Casación, en la Sentencia n.º 38184/2022, de 6 de julio, p. 62, ha argumentado «en derecho» la imputación a Cospito, no del estrago previsto en el art. 422 CP, sino del previsto y castigado con cadena perpetua en el art. 285 del mismo texto legal que, había objetado la defensa, no fue imputado ni siquiera «en otros casos impactantes (como las masacres mafiosas en las que perdieron la vida los jueces Chinnici, Falcone y Borsellino)». La razón, dice la Corte, reside en el hecho de que, en estos otros casos, en los que se habían producido homicidios y estaba prevista, por eso, la pena de cadena perpetua, «la distinción dogmática entre el delito de estrago político y el de estrago común pierde significado [...] si se tienen en cuenta las idénticas consecuencias en el plano sancionatorio, en cambio, diferentes en el caso que se examina, por la ausencia de pérdidas humanas». En suma, en el caso Cospito, al no haber concurrido homicidios, la imputación del más grave delito previsto en el art. 285 se justifica porque solo de este modo podía condenársele a cadena perpetua; mientras que el estrago sin víctima habría comportado, con base en el art. 422,2, la reclusión no inferior a quince años. Es un ejemplo de libro de cómo la ley puede plegarse al resultado que, en cualquier caso, se quiera perseguir.
39. Es el principio reivindicado en el ensayo de T. Effer, *La pena in bianco*, cit., cap. IV.
40. «Del mismo modo que la teoría del delito recurre al principio de lesividad», escribe Tatiana Effer, *ibid.*, § 4.2.2, «para establecer cuáles son los bienes cuya tutela justifica la intervención del sistema

penal, la teoría de la pena podría recurrir al principio de *no lesividad*» para establecer de qué bienes no está justificada la lesión por las penas.

41. Según los datos recogidos en el sitio *International Centre for Prison Studies* de Londres, en octubre de 2015 el número de presos en el mundo era de10 350 000, sin contar los migrantes recluidos en centros administrativos. En el primer puesto figura Estados Unidos con 2 145 100; en el segundo puesto, China con 1 600 000; en el tercero, Rusia con 630 155; en el cuarto, Brasil con 600 000; en el quinto, la India con 419 623. Pero esta penosa clasificación es muy diferente de tomarse como referencia la tasa de presos por cada 100 000 habitantes. A comienzos de 2016, en el vértice siempre aparece Estados Unidos con 666 presos por cada 100 000 habitantes (724 en 2018) y, en el vértice de Estados Unidos, Luisiana con una tasa de 1094 y Mississippi con una tasa de 1031. Siguen Cuba (570), El Salvador (562), Rusia (436), Brasil (357), Turquía (335), Perú (269), Sudáfrica (248), Argentina (230), Irán (228), Chile (211), Túnez (194), Polonia (188), Australia (160) y Venezuela (134). China que, por su población, es la segunda en el número de presos, tiene una tasa de encarcelamiento de 121 por cada 100 000 habitantes, mientras que la tasa de la India, con 419 623 presos, es solo de 35. Según *Space*, el informe anual del Consejo de Europa, publicado el 5 de abril de 2022, en 49 países (los que han facilitado los datos) de los 56, incluida Rusia, que son miembros, el número de presos —que disminuyó en un 5,3 % respecto al año anterior a causa del covid— era, a 31 de enero de 2021, de 1 414 172, con una tasa de encarcelamiento de 102 cada 100 000 habitantes. En el vértice se sitúa Rusia, seguida de Turquía (272 115), Reino Unido (87 035), Polonia (67 894), Alemania (59 045), España (55 110) e Italia (53 329; 58 083 a fecha de 22 de agosto de 2023).

42. Son los datos ofrecidos por el óptimo y meritorio estudio de D. Galliani, «L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1 (2022), pp. 109 ss.; Íd., «Gli ergastoli altrove. Ovvero: la pena perpetua nel mondo», en *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 109 ss.

43. «Fue, pues, la necesidad», escribió Beccaria, «lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno solo quiere colocar en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo» (*De los delitos y de las penas*, cit., § II, p. 113). No, pues, el «máximo entre todos los bienes, la vida», para cuya tutela se ha construido el edificio del derecho y del que, por lo demás, añade Beccaria, el hombre mismo no puede privarse, dado que él «no es dueño de matarse [...] Por consiguiente, la pena de muerte no es un derecho [...] sino que es una guerra de la nación con un ciudadano» (*ibid.*, § XXVIII, p. 205). Es el argumento formulado por Thomas Hobbes, *Leviatán*, cit., Introducción, p. 13, de la tutela de la vida como razón de ser de ese «hombre artificial» que es el estado, «de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido», pero luego contradicho por el apoyo que el autor presta a la pena de muerte (*ibid.*, cap. 28, p. 251). Sobre la compleja relación entre el pensamiento de Beccaria y el de Hobbes, véanse las páginas de P. Audegean, *Violenza e giustizia*, cit., pp. 59 ss.

44. «La ley natural», escribió Francesco Carrara, «no tolera que el hombre haga del cuerpo de otro hombre un *instrumento* para sus fines» (*Programa*, cit., vol. II, § 661, p. 103). Es el argumento de Kant del valor de la persona como fin y nunca como medio, expresado en «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», en Íd., *La metafísica de las costumbres*, cit., segunda parte, E, I, p. 166 —«el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real»—, pero contradicho poco después por el propio Kant con el duro apoyo a la pena de muerte (*ibid.*, pp. 168 ss.). Como ya había hecho Beccaria con el argumento hobbesiano, Carrara utiliza contra la pena de muerte el principio kantiano que, por lo demás, ya había sido expresado por Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XX, p. 185: «No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*».

45. Según Amnistía Internacional, a finales de 2021 más de dos tercios de los países del mundo abolieron, de derecho o de hecho, la pena de muerte. Los estados en los que la pena capital está todavía prevista son 53 (pero en muchos de ellos no se aplica desde hace varios años). En Estados Unidos ha sido abolida en 23 estados, suspendida en otros 7 y no aplicada desde hace diez años en otros 5. El mayor número de ejecuciones capitales se produce en China, Vietnam, Corea del Norte (tres países en los que el número es desconocido por secreto), Irán, Arabia Saudí, Egipto e Iraq. A este número hay que añadir la enorme cifra negra de las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones de opositores y disidentes. En el mundo, las penas de muerte ejecutadas, de las que se sabe con

seguridad, fueron 657 en 2019, 483 en 2020 y 579 en 2021. En Estados Unidos las penas de muerte ejecutadas entre 1976 y 2016, la mayor parte en Texas y en Missouri, fueron 1427 (sobre 8466 condenas a muerte, la mayor parte de las cuales, por tanto, fueron conmutadas).

46. En 2022 las ejecuciones capitales en el mundo fueron 883, casi el doble de las producidas en 2020 y más del 53 % de las aplicadas en 2021. El 90 % de estas ejecuciones se produjeron en Irán, Arabia Saudí y Egipto (pero se desconoce el número de ejecuciones en China, Corea del Norte y Vietnam). Las ejecuciones aumentaron de 11 a 18 también en Estados Unidos.

47. Sobre la tímida jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de cadena perpetua —de la Sentencia n.º 264/1974 a la llamada inconstitucionalidad de la cadena perpetua obstativa no pronunciada, sino solo «planteada» y «diferida» mediante un auto interlocutorio de mayo de 2021, en espera de la penosa intervención legislativa antes recordada, es decir, del Decreto Ley n.º 162/2022, de 31 de octubre, sobre la llamada «instrucción reforzada»—, véase A. Pugiotto, «La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale», en *Contro gli ergastoli*, cit., pp. 29 ss.

48. V. Foa, «Psicologia carceraria», en el número de *Il Ponte* dedicado a *Carceri: esperienze e documenti*, 1949, ahora en P. Gonnella y D. Ippolito (eds.), *Bisogna aver visto*, cit., p. 30. Umberto Terracini, que estuvo en la cárcel durante casi los veinte años de fascismo, propuso a la Asamblea Constituyente un límite máximo de 15 años de reclusión.

49. La ley delegada n.º 134/2021, ha dado un paso adelante en esta dirección al reformar, en el punto 7 del art. 1, el instituto de las sanciones sustitutivas de las penas breves de prisión, cuya aplicación está encomendada, por la Ley n.º 689/1981, exclusivamente a la justicia de vigilancia en la fase de ejecución penal. En efecto, ha previsto el poder discrecional del juez de anticipar en la sentencia de condena la aplicación —como sanciones sustitutivas de las penas privativas de libertad no superiores a cuatro años— de la semilibertad, el arresto domiciliario, el trabajo en beneficio de la comunidad y la pena pecuniaria. Siempre que tales sanciones sean consideradas las más idóneas para la reeducación del condenado y no exista el peligro de que cometa otros delitos. También aquí, como en el caso de las contravenciones, del que se ha hablado ya en la nota 21, se está ante una inútil complicación. No se entiende por qué la reforma, en garantía de la igualdad ante la ley y de la certeza del derecho, no ha dado un paso más, consistente, no en confiar la aplicación de estas sanciones «sustitutivas» al poder discrecional del juez, sino en la simple previsión, aquí propuesta, junto con las demás sanciones antes aludidas, como penas previstas con carácter general por la ley, en tanto efectos de delitos leves castigados por ella.

50. Véase la traducción de estas dos últimas sentencias y el comentario de G. Salvi, «Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court, California, 8 aprile 2009)»: *Questione giustizia* 5 (2009), pp. 122 ss. e Íd., «'La Costituzione non permette questo torto': la Corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario»: *Questione giustizia* 6 (2011), pp. 205 ss. Cf. también G. Grande, «La Corte suprema degli Stati Uniti e l'ordine alla California di ridurre il numero dei prigionieri»: *Antigone* 2-3 (2011), pp. 13 ss. y L. Pepino, *Forti con i deboli*, Rizzoli, Milán, 2012, pp. 162-164. En la bella motivación de la sentencia californiana se afirma: «Sobre la base de pruebas claras y convincentes, consideramos que no hay otro remedio idóneo que no sea una orden de liberación del preso para poner remedio a las deficiencias constitucionales de estos casos [...] El imponente incremento del 750 % de la población carcelaria californiana a partir de mediados de los años setenta es el resultado de decisiones políticas de las últimas tres décadas [...] Las autoridades políticas de California a las que correspondía hacer frente a la crisis del sistema penitenciario no lo hicieron. Por el contrario, los derechos de los presos de California han sido reiteradamente ignorados. Cuando el proceso político ha dejado totalmente de proteger los derechos constitucionales de una minoría, los Tribunales deben tutelar estos derechos [...] Es lo que hacemos hoy». Sobre la propuesta de introducir el *numerus clausus* en las cárceles, cf. G. Palombarin y C. Renoldi, «Una consapevole provocazione: pena detentiva e numero chiuso»: *Questione giustizia* 5 (2006), pp. 929 ss.; F. Della Casa, «Il meccanismo del numerus clausus tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature»: *ibid.*, pp. 26 ss.; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma, 2012, pp. 120-124.

51. Como conclusión de *De los delitos y de las penas*, cit., § XLVII, p. 281.

52. Esta tesis tiene como base la idea de que el derecho de defensa y el consiguiente *ius puniendi* son derechos naturales correspondientes a las personas en cuanto tales: «cada hombre tiene el derecho de castigar al que comete una ofensa, y de ser ejecutor de la ley de la naturaleza», escribió John Locke,

Segundo tratado sobre el gobierno civil [1690], trad. cast., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. 2, § 8, p. 40; «Natura igitur homini competit ius puniendi eum qui ipsum laesit», declaró a su vez Christian Wolff (*Institutiones juris naturae et gentium* [1750], Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1962, § 93, pp. 48-49). En esta idea se basa la tesis, también sostenida por muchos utilitaristas, de la continuidad histórica y teórica entre pena y venganza, y del derecho penal como derecho (ya no natural, sino positivo) de *defensa social* con el que se habría positivizado y garantizado el derecho natural de *defensa individual*: así, U. Grozio, *De jure belli ac pacis libri tres* [1625], Brill, Lugduni [Lyon], 1939, lib. II, cap. XX, § 3; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* [1798], trad. it. de M. A. Cattaneo, Giuffrè, Milán, 1972, VII, pp. 114 ss.; G. Romagnosi, *Génesis del derecho penal*, cit., § 56-58, pp. 31-32 y § 221-337, pp. 96-126 e incluso F. Carrara, *Programa*, cit., vol. I, § 602-612, pp. 52-66 ss.

53. Contra la idea de la pena como venganza o como expiación merecen ser citadas las palabras de G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, segunda parte, cap. XXVII, vol. I, p. 873: «Ni la venganza de la ofensa hecha a la sociedad, ni la expiación del delito son los objetos de las penas. La venganza es una pasión, y las leyes están exentas de ella; ni la justicia es una de aquellas terribles divinidades a las cuales inmolan víctimas humanas sus crueles adoradores para aplacar el furor que ellos les atribuyen. Cuando las leyes castigan, tienen a la vista la sociedad y no el delincuente; las mueve el interés público, y no el odio privado; buscan un ejemplo, un escarmiento para lo sucesivo y no una venganza de lo pasado».

54. En este punto, remito a *Derecho y razón*, cit., § 24, 1, pp. 325-329.

55. F. López de Oñate, *La certezza del diritto* [1942], Giuffrè, Milán, 1968, p. 161 [trad. cast. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, *La certeza del derecho*, prólogo de E. J. Couture, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953].

56. «El fin» de las penas, escribió Beccaria, «no es otro que impedir que el delincuente cause nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo que él hizo» (*De los delitos y de las penas*, cit., § XII, p. 151). La ausencia en el pensamiento de Beccaria de cualquier referencia a la corrección del culpable entre las finalidades de la pena, ha sido bien ilustrada por P. Audegean, *Violenza e giustizia*, cit., cap. IV, pp. 87-110.

57. Sobre las revueltas de los presos antes de la reforma penitenciaria, véase M. Graziosi, *Le rivolte dei detenuti*, cit.

58. Son merecedoras de recuerdo las palabras luminosas de Vittorio Foa, «Psicologia carceraria», cit., pp. 34-35: «No se puede dar a la pena una duración incierta en relación con el comportamiento del reo. Una selección solo puede llevarse a cabo sobre la base de los juicios de los funcionarios, y sucede que las que, para estos, son cualidades positivas, son necesariamente los perores defectos de carácter a los fines de una vida en libertad. El funcionario defiende su pequeño poder sin control, sigue las vías de la menor resistencia, favorece fatalmente el servilismo, la mentira, la delación, la falta de carácter, desprecia y hostiga fatalmente las cualidades positivas de la vida libre. La pena, puesto que ha de ser tal, que sea cierta, con exclusión, no solo de toda amnistía e indulto, sino también de los beneficios condicionales que dependen de valoraciones subjetivas».

59. N. Trocchia da cuenta de este tremendo episodio en *Pestaggio di Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2022.

60. Un atroz testimonio es, en Italia, el número de suicidios en la cárcel: 85 en 2022. Por tanto, 15,2 por cada 10 000 presos, mientras que el número de suicidios en la población italiana es de 0,71 por cada 10 000 personas; en aumento respecto de 2020, cuando fueron, como se dice aquí *supra* en la nota 28, el doble que en el resto de Europa. Además, en 2020, en las cárceles italianas se produjeron 11 315 casos de autolesiones («Il carcere visto da dentro. XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione», en www.antigone.it, pp. 45-52). Sobre este asunto, véase L. Manconi, «Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena»: *Politica del diritto* 2 (2002), pp. 315 ss. El dato más impresionante es que el índice de suicidios en la cárcel va en constante aumento: en 2015 fueron 39 sobre un total de 52 986 presos. De 1990 a 2022 sumaron 1775. Con respecto a los años sesenta, el aumento ha sido enorme: entre 1960 y 1969 los suicidios en las cárceles italianas, cuando la condición de los presos estaba informada por la igualada en el tratamiento, fueron solo 100, 10 al año de media, sobre una población de en torno a la mitad de la actual. En Europa la media es de 10,43 cada 10 000 habitantes, con una punta máxima de 27,9 en Francia.

61. En los años sesenta del siglo pasado, cuando se aprobó la reforma penitenciaria, el número medio de presos era de 26 990. En *Derecho y razón*, cit., cap. VII, nota 183, p. 455, pueden verse datos estadísticos sobre el número de presos desde el siglo XIX a los años ochenta del siglo pasado, relativos a Italia.

62. La función preventiva y no retributiva, y la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de estas medidas fueron explícitamente declaradas por el ministro Rocco, que en la Exposición de motivos del Código Penal las definió de «medios de prevención individual de la delincuencia, que tienen el carácter de integración de los medios represivos de lucha contra la criminalidad en general y de la pena en particular», y las justificó con «la necesidad de predisponer de medios nuevos y, en todo caso, más adecuados de lucha contra las agresiones al orden jurídico, aplicables cuando las penas por si solas no sean adecuadas para este fin o cuando falten los presupuestos y las condiciones para su aplicación».

63. Es la tesis sostenida por L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milán, 1962 y por Franco Bricola, «Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione», cit., pp. 29 ss. «Dudas de inconstitucionalidad» de las medidas de prevención personal, pero en sustancia la tesis de la inconstitucionalidad, se han formulado por G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, cap. VI, § 2, pp. 200-211, que, entre otras cosas, hace ver lo paradójico de la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 23/1964, de 23 de marzo, citada en la Sentencia n.º 76 /1970, de 25 de mayo, según la cual el art. 27,2 de la Constitución no sería relevante para las medidas de prevención por no estar conectadas con responsabilidades penales: las garantías valdrían, pues, solo para el imputado de delitos pero no para quien no tiene siquiera la condición de investigado. En análogo sentido, G. Corso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1978, pp. 299 ss., pone de relieve lo contradictorio de tal conclusión con la tesis, en la misma sentencia, de que la presunción de no culpabilidad es «un principio fundamental de civilidad y de justicia que prohíbe considerar culpable, *en cualquier aspecto* y *a cualquier efecto*, al imputado antes de la condena definitiva», lo que, con mayor razón, debería valer para quien no tiene siquiera la condición de imputado de algún delito (*ibid.*, p. 338). A D. Pulitanò se debe una crítica radical del sistema de las medidas de prevención en su conjunto, en «Misure di prevenzione e problema della prevenzione»: *Rivista di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 655 y 657-658.

64. Así Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Giappichelli, Turín, 2021, p. 152, y F. Palazzo y F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bolonia, 2018, pp. 9, 48 ss., 219.

65. De la añosa cuestión de la separación de las carreras entre magistratura de enjuiciamiento y magistratura requirente hablaré más adelante en el § 6.3. Una útil reconstrucción del proceso penal en Italia durante los años de la República, puede verse en F. Colao, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milán, 2013.

66. Así G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 97.

67. «¿Qué contrato es este —se preguntaba Mario Pagano— que han soñado los doctores? El Fisco no es más que un acusador público, el ejecutor de las leyes. Y el ejecutor no puede, ni siquiera mínimamente, dispensar o alterar la ley. El reo, que debe al estado el ejemplo de la pena, por medio de su delito tiene contraída con la sociedad la obligación que el abogado del Fisco no puede eliminar ni cambiar de naturaleza. Pero nuestros profesionales del foro han confundido con frecuencia las distintas funciones de la soberanía, la facultad legislativa y la ejecutiva. No han tenido claras las ideas de tales cosas. Ocupados solo del derecho privado, han ignorado por completo el público. Así, ese contrato es un sueño y un sofisma forense» (*Considerazioni sul processo criminale*, cit., cap. XXII, p. 93).

68. Para un análisis más amplio de estos procedimientos, cf. T. Padovani, «La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2 (1981), pp. 529 ss. y mis «Patteggiamenti e crisi della giurisdizione»: *Questione giustizia* 2 (1989), pp. 371 ss., y *Derecho y razón*, cit., § 45, 4-6, pp. 744-752 y § 54, pp. 820-828.

69. Los dos arts. —64, 2.º y 188 CPP— son idénticos: «No se pueden utilizar, ni siquiera con el consenso de la persona interesada, métodos o técnicas idóneos para influir en su libertad de autodeterminación o para alterar su capacidad de recordar y valorar los hechos».

70. Elvio Fassone ha puesto de relieve que los «tiempos activos de un proceso medio representan entre el 5 y el 15 % de su duración total», consistiendo el resto del tiempo en un vacío de actividad, entre un tiempo activo y otro, debido principalmente a aplazamientos. Señala tres causas principales de estos tiempos muertos: los defectos de notificación de los actos al imputado, la gestión simultánea de otros procesos por el defensor y la incomparecencia de sujetos cuya audición se considera esencial

a los fines de la causa. Y propone otros tantos remedios para reducir estos tiempos de un 85 % a un 95 % de la duración actual de los procesos: la validez de las notificaciones hechas regularmente al defensor; la obligación de este de nombrar un sustituto, o bien la previsión de que sea el juez quien decida cuál de los dos procesos deba celebrarse (el más importante, el más próximo a la prescripción) y cuál pospuesto; el aumento de las audiciones a distancia («Bozza di un programma per la giustizia», en *Un progetto per la giustizia. Idee e proposte di rinnovamento*, ed. de L. Pepino y N. Rossi, Franco Angeli, Milán, 2006, pp. 305-307).

71. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Florencia, 1895, p. 15.

72. Precisamente, el 22 de agosto de 2023 los presos sin condena definitiva eran 14 105 sobre un total de 58 083, es decir, poco menos de un cuarto del total de la población carcelaria.

73. «Pero ¿no puede ser el rigor extremo de vuestro procedimiento criminal quien le obligue a esta desobediencia?», exclamó Voltaire, «Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible; no permitís que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros; como si ya le hubieseis juzgado culpable. [...] ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? ¡Oh, jueces! Queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilitadle los medios para defenderse» («Comentario al libro *De los delitos y de las penas*» [1766], en C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. cast. de J. A. de las Casas, ed. de J. A. del Val, Alianza, Madrid, 1968, cap. 22, p. 156).

74. «Desde que el individuo, en esa forma aislado, ha prestado su testimonio, las puertas de su prisión deben ser abiertas a todos aquellos a quienes desee consultar. Esta libertad, tan necesaria en la hipótesis de la inocencia, no da al culpable, como se cree comúnmente, facilidades para engañar a la justicia. Sus declaraciones se encuentran ya consignadas por escrito y no puede negarlas. Las informaciones que pueda recibir de sus cómplices no serían suficientes para alterar esencialmente su relato fundamental. Podrá pretextar algunos errores, algunas omisiones, cambiar determinados detalles; pero su testimonio original es un elemento de comparación con el cual se confrontan todas las declaraciones subsiguientes. Y aun admitiendo la posibilidad de variaciones considerables, se vería fácilmente de qué lado se hallan las características de la verdad y de cuál las de la mentira» (Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. de M. Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, vol. I, lib. III, cap. XIV, p. 228).

75. «Si esa clausura absoluta», escribe Bentham (*ibid.*), «se prolongase hasta el día de la audiencia definitiva, el más inocente de los hombres llegaría al tribunal sin haberse podido aconsejar ni reunir sus pruebas, y no estaría en condiciones de enfrentarse con sus acusadores».

76. Al disponer de la prisión preventiva del investigado, escribe Beccaria, «el juez se adueña del cuerpo de un reo, y lo despedaza con metódicas formalidades para extraer de él como de un fundo de su pertenencia todo el provecho posible» (*De los delitos y de las penas*, cit., § XVII, p. 175).

77. Este nefasto papel de los medios de comunicación al secundar en la opinión pública la idea de que la prisión preventiva en la cárcel sea la pena y que no adoptarla equivale a la impunidad, está bien ilustrada por G. Giostra, *Prima lezione*, cit., pp. 110-111.

78. P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*. *Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, cap. XVIII, pp. 479 ss.

79. «Si el ministerio público», escribió Carrara, «estuviere encadenado al poder ejecutivo, sería una mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de este* por encima de la *voluntad de la ley*» (*Programa*, cit., vol. II, § 845, p. 303).

80. A. Tocqueville, *La democracia en América* [1840], ed. crítica y trad. cast. de E. Nolla, Trotta, Madrid, 2010, vol. I, primera parte, cap. VI, p. 255: «característica del poder judicial es la de no poder actuar más que cuando se recurra a él o, según la expresión legal, cuando se apela a él. [...] Por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerlo en movimiento para que se mueva. Se le denuncia un delito, y castiga al culpable. Se lo llama para rectificar una injusticia, y la rectifica. Se le somete un acto, y lo interpreta. Pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia y a examinar los hechos. El poder judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si tomase por sí mismo la iniciativa y se erigiese en censor de las leyes».

81. Es el órgano postulado por Kelsen como «defensor de la Constitución» (en «La garantía jurisdiccional de la Constitución [la justicia constitucional]», § 19, en Íd., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 147).

82. El art. 93,1.º de la ley fundamental alemana contempla el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad de las leyes ante la jurisdicción constitucional por parte del gobierno federal, el de un *land* o un tercio de los miembros del *Bundestag*. El art. 162, 1a) de la Constitución española atribuye la misma acción al presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 diputados o senadores y a los ejecutivos de las comunidades autónomas, y en su caso a las asambleas de las mismas. El art. 140,1.º de la Constitución austriaca la atribuye al gobierno federal, a los provinciales, a un tercio de los miembros del Consejo Nacional y a un tercio de los del Consejo Federal. El art. 281,2.º de la Constitución portuguesa lo hace al presidente de la República, al de la Asamblea de la República, a un décimo de los diputados de esta, al primer ministro, al Proveedor de justicia, al procurador general de la República y a varios órganos regionales para las cuestiones que interesen a las Regiones autónomas. El art. 103 de la Constitución brasileña de 1988 instituyó un procurador general ante el Supremo Tribunal Federal, titular de la acción de inconstitucionalidad, además de junto a otros sujetos, como el presidente de la República, los gobernadores de los estados e incluso a los partidos políticos representados en el Parlamento.

83. Así Kelsen, «La garantía constitucional», cit., § 19, pp. 146-148.

84. El art. 129 de la Constitución brasileña impone al ministerio público, además del ejercicio de la acción penal, una larga serie de funciones garantistas: *a*) cuidar de que los poderes públicos y los servicios de utilidad pública respeten los derechos constitucionalmente establecidos, promoviendo las necesarias medidas de garantía; *b*) promover la investigación civil y la acción civil pública para la tutela del patrimonio público y social, del medio ambiente y de los demás intereses difusos y colectivos; *c*) ejercitar la acción de inconstitucionalidad; *d*) defender en juicio los derechos y los intereses de las poblaciones indígenas. De la abundante literatura sobre esta original figura del ministerio público brasileño como órgano de garantía, véase, P. C. Pinheiro Carneiro, «O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública. Dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos»: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 2 (1995), pp. 138 ss.; A. Araujo de Souza, «O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática»: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 15 (2002), pp. 23 ss.; H. Nigro Mazzilli, *O acesso à justiça e o Ministério Público*, Saraiva, São Paulo, ^{5}2007; E. Garcia, *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*, Lumen Juris, Río de Janeiro, ^{3}2007; H. Zaneti Jr. y F. Didier Jr., *Curso de Direito Processual. Processo Coletivo*, Jus-Podium, Salvador de Bahía, 2012, pp. 349 ss. Véase también, por último, A. Araujo de Souza, *O Ministério público como instituição de garantia. As funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2020, que ha recordado la atribución al ministerio público de funciones de defensa de la legalidad y de garantía de intereses públicos también en otros ordenamientos: por lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución española de 1978; en el art. 277,3.º y 4.º de la Constitución colombiana de 1991; en los arts. 266 y 268 de la Constitución de Paraguay de 1994; en el art. 120 de la Constitución argentina de 1994; y en el art. 225 de la Constitución boliviana de 2009. He defendido estas expansiones del papel del ministerio público en «Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia»: *Questione giustizia* 1 (2012), pp. 31 ss.

85. *Ciencia de la legislación*, cit., vol. I, lib. III, primera parte, cap. XX, pp. 836-837: «Sería, pues, necesaria la institución de un magistrado defensor, y cada provincia debería tener uno o más con respecto a su población. Este magistrado habrá de cuidar de defender a los reos que, por razón de su pobreza, no pudiesen ser defendidos por otros, y tendría también obligación de asistir a todos los juicios capitales, aunque el reo no hubiese implorado su auxilio».

86. *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, trad. cast. y comentarios de B. Anduaga Espinosa, Oficina del Establecimiento Central, Madrid, 1843, cap. XIX, pp. 87-88: «¿Este empleo [de defensor público] es inútil o menos necesario que el de acusador público? ¿No está tan interesada la sociedad en la seguridad de la inocencia como en el castigo del delito? ¿Será por ventura acertado manifestar más precauciones y emplear más medios para el ataque que para la defensa? [...] Es esencial colocar ostensiblemente al lado del magistrado que persigue el delito, otro que vigile sobre la suerte de la inocencia, no dar al acusador ninguna ventaja de que no participe igualmente el defensor, y separar estos dos ministerios del de juez, para dejar a este toda su imparcialidad».

87. *Programa*, cit., vol. II, § 867, p. 340, donde se propone la institución de un «*tribunado* de la defensa, constituido como magistratura permanente, destinada a garantizar la libertad civil de los

ciudadanos desde el primer momento en que el peligro de un proceso criminal surge contra ellos. Al ministerio público debiera dejársele todo lo que sea preciso para perseguir a los delincuentes, es decir, todos sus poderes actuales; pero enfrente de él debería haber un magistrado que tuviera otros tantos poderes en el sentido de vigilancia del proceso y de protección a la inocencia. Así las iniciativas del magistrado destinado a acusar se equilibrarían (si se quisiera) con las iniciativas del magistrado destinado para la defensa. A aquel le tocaría ejercer la acción pública y provocar los arrestos y procesos a cargo del acusado; al segundo le corresponderían las excarcelaciones y las comprobaciones en descargo del reo».

88. *Elementi di procedura penale*, cit., § 194-195, pp. 217-219: «El oficio del defensor es de carácter público del mismo modo que el oficio del acusador [...] La defensa, además, es también una urgente exigencia de la lógica judicial, que no puede esperar el descubrimiento de la verdad, sino merced a la lucha incesante de las dos fuerzas paralelas de la acusación y de la propia defensa». Da la impresión de estar leyendo, cuarenta años antes, una formulación *ante litteram*, del principio de falsabilidad teorizado por Karl Popper como banco de pruebas de la validez de cualquier proposición empírica. «De aquí se siguen», prosigue Lucchini, «dos corolarios: que en toda causa deberá haber un defensor, que coopere en todo acto del proceso; y que el imputado no pueda renunciar a él. [...] Pero si es posible que falte o sea deficiente la libre acusación, no es menos fácil que falte la libre defensa. Y, puesto que la defensa ha de estar en todo procedimiento, es necesario proveer, como se ha hecho en el caso de la acusación, para que su actuación defensiva no falte y sea eficaz. A tal efecto es aconsejable la institución de otros funcionarios, en paralelo a los del ministerio público: unos integrantes de la acusación, los otros de la defensa».

89. Sobre esta figura, remito a mi «Il pubblico ministero di difesa: un'esigenza garantista»: *Questione giustizia* 2 (2011), pp. 7 ss. Sobre la defensa pública en América Latina, véanse M. F. López Puleio, «Note sul modello di difesa pubblica en Argentina e in Guatemala»: *Questione giustizia* 3 (2001), pp. 547 ss.; Íd., «El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos», *La aplicación de tratados de derechos humanos en el ámbito local*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007; J. B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 259 ss. Véase, además, el número dedicado a la defensa pública de *Pena y estado*, 5 (2002) y, en particular, los trabajos de M. F. López Puleio, «Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente»: *ibid.*, pp. 26 ss.; A. Ruiz, «Asumir la vulnerabilidad», en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de Defensa, Buenos Aires, 2008, pp. 37 ss.; L. Ferrajoli, «La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública», *ibid.*, pp. 77 ss.; Cleber F. Alves, «Pobreza y derechos humanos: el papel de la defensa pública en la lucha por la erradicación de la pobreza», *ibid.*, pp. 147 ss.

90. R. Orlandi, «Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata. Rilievi critici intorno all'esperienza italiana degli ultimi decenni», versión mecanográfica de la ponencia presentada en el seminario sobre la criminalidad organizada, celebrado en Lisboa los días 22 y 23 de noviembre de 2022. La noción de «investigación preparatoria» como versión actual de la antigua *inquisitio generalis*, distinta de la *inquisitio specialis* sobre una determinada hipótesis de delito, había sido ya formulada por R. Orlandi, «Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2-3 (1996), pp. 568 ss.

91. La hipótesis debe ser «no inverosímil», dice el art. 335 CPP, a fin de que «los elementos adquiridos en el curso de las investigaciones preliminares», precisa el art. 408 CPP, permitan «formular una razonable previsión de condena». Un caso ejemplar de la ausencia de estos presupuestos, aun cuando en presencia de numerosas denuncias, lo constituye la increíble acusación de epidemia culposa agravada y de homicidio culposo múltiple promovida contra diecinueve exponentes del segundo gobierno Conte, por no haber impedido en Bérgamo los numerosos muertos por covid, cuando nadie podía prevenir, ni lejanamente, sus efectos: «quizá los jueces consideren que no se debe proceder por la epidemia culposa», declaró cándidamente el fiscal jefe de Bérgamo, «mi objetivo es que la gente conozca lo sucedido». Y el perito Andrea Crisanti: «me he comprometido a dar una respuesta al dolor de los familiares de las víctimas». «Parece desvanecerse», ha escrito Edmondo Bruti Liberati, «el único objetivo de la investigación penal: la averiguación de los delitos» («I dubbi sull'inchiesta Covid e la differenza tra verità e giustizia»: *La Stampa* de 8 de marzo de 2023).

92. O. Ranelletti, «La polizia di sicurezza», en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, ed. de V. E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milán, 1904, vol. IV, t. I, primera parte, § 33, pp. 284-289.

Capítulo VI

ORDENAMIENTO JUDICIAL Y DEONTOLOGÍA DE LOS JUECES

6.1. *La difícil constitucionalización del ordenamiento judicial italiano*

El modelo garantista de la jurisdicción requiere, como condiciones de efectividad del conjunto de las garantías penales y procesales, un ordenamiento judicial capaz de asegurar las garantías institucionales de la imparcialidad y la independencia de los jueces. Es por lo que se puede calificar a estas garantías de «meta-garantías» institucionales, es decir, garantías de garantías. La Constitución italiana ofrece al respecto un óptimo inventario: la sujeción de los jueces «solamente a la ley» (art. 101,2); la igualdad de los jueces, que «se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones (art. 107,3); su inamovilidad (art. 107,1); su nombramiento «por oposición» (106,1); su autogobierno, como «orden autónomo e independiente de cualquier otro poder» (art. 104,1), a través del Consejo Superior de la Magistratura compuesto por dos tercios de jueces elegidos por los jueces ordinarios (art. 104,4) y competente para decidir «los ingresos, los destinos y los traslados, los ascensos y las decisiones en materia de disciplina relativos a los jueces» (art. 105): el «juez natural preconstituido por ley» al que «nadie puede ser sustraído» (art. 25,1); la prohibición de instituir «jueces extraordinarios o jueces especiales» (art. 102,2): la motivación de «todas las resoluciones jurisdiccionales» (art. 111,6); el principio de que «la autoridad judicial dispone directamente de la policía judicial» (art. 109); «la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del ministerio público ante estas, y de los ciudadanos que

participan en la administración de justicia» (art. 108); la «obligación» del ministerio público «de ejercer la acción penal» (art. 112).

Este conjunto de garantías se ha realizado trabajosamente y solo en parte[1]. Hasta la institución del Consejo Superior de la Magistratura, el 18 de julio de 1959, mediante la Ley n.º 195/1958, de 24 de marzo, permaneció en vigor el ordenamiento fascista Grandi, aprobado por Real Decreto n.º 12/1941, de 30 de enero, y modificado solo en pequeña parte por el Real Decreto Legislativo n.º 511/1946, de 31 de mayo —la llamada «ley sobre las garantías» del ministro Togliatti—, cuya mayor innovación fue la extensión de la inamovilidad a los integrantes del ministerio público y la transformación de su «dirección» en «vigilancia» por parte del ministro de Justicia, similar a la prevista para los jueces. Por lo demás, en los primeros años de la posguerra, al no haberse llevado a cabo el proyecto de depuración[2], la magistratura italiana continuó estando, no solo jerarquizada, sino también gobernada y hegemonizada por el viejo estamento judicial formado durante el fascismo, extraño y hostil a la Constitución republicana[3]. Es por lo que, también en lo que se refiere a los contenidos y las orientaciones jurisprudenciales, el tránsito del fascismo a la democracia se caracterizó por una sustancial continuidad bajo la enseña del dogma del apoliticismo[4].

Fue en los años sesenta y setenta del deshielo constitucional cuando el viejo orden jerárquico basado en la carrera selectiva resultó sustancialmente abatido, gracias a las batallas libradas por la magistratura progresista para la actuación del art. 107,3 de la Constitución sobre la igualdad de los jueces y del art. 101,2 sobre su sujeción «solamente» a la ley. Mediante las leyes n.º 1/1963, de 4 de enero, n.º 570/1966, de 25 de julio (Ley Breganze) y n.º 831/1973, de 20 de diciembre (llamada Breganzone) se disociaron las categorías (es decir, los grados de adjunto, magistrado de tribunal, de apelación y de casación solo conectados con la antigüedad en el servicio) y los sueldos correspondientes a las funciones, y se abolió por completo el sistema de concursos internos

para el acceso a las categorías superiores, hasta entonces controlado por la llamada «alta magistratura» en oposición a la «baja magistratura»[5] . Siguió un cambio profundo del rostro y del papel de la organización judicial[6]. Al mismo tiempo se puso fin a las discriminaciones de los ciudadanos en el acceso a la magistratura. En 1963, como ya he recordado, se franqueó el acceso a las mujeres, que cincuenta años después serán mayoría entre los jueces y hoy son el 54 %. Además, una circular del Consejo de 1 de julio de 1962, invitó a los presidentes de las Cortes de Apelación a dejar de incluir en los expedientes relativos a la tramitación de las solicitudes de admisión a las pruebas de ingreso en la magistratura los informes policiales sobre las ideas políticas de los candidatos, normalmente acompañados, cuando eran de izquierdas, de informes contrarios a la admisión, por lo general acogidos.

Pero la carrera ha sido restaurada hace algunos años y ha vuelto a estimular las ambiciones de los jueces, con la pugna por el acceso a los cargos directivos, acerca de la que decide el Consejo sobre la base de valoraciones de profesionalidad. Hay que recordar que, aún más regresiva que este sistema de valoraciones, ha sido la ley delegada n.º 150/2005, de 25 de julio, promovida, no obstante las duras críticas de la Asociación Nacional de Magistrados y la huelga de protesta del 14 de julio de 2005, por el ministro Roberto Castelli; fruto, sobre todo, de las modificaciones debidas a un texto todavía peor, aprobado por la Cámara el 1 de diciembre de 2004 y devuelto al Parlamento por el presidente Ciampi con varias objeciones de «manifiesta inconstitucionalidad». Con esta ley Castelli se producía un retroceso al viejo ordenamiento Grandi, con la introducción de un sistema de concursos en cadena para el paso de una a otra categoría, la restauración de la jerarquía entre jueces, la consiguiente lesión de su independencia interna, la atribución de un ilimitado poder de avocación de los fiscales jefes e incluso la previsión como ilícito disciplinario de la actividad interpretativa «manifiesta e inequívocamente contraria a la letra y la voluntad de la ley».

En la siguiente legislatura este texto punitivo fue radicalmente modificado por la reforma Mastella, aprobada por la Ley n.º 111/2007, de 30 de julio, que, no obstante, sustituyó los concursos internos por un sistema de valoraciones de profesionalidad de todos los jueces, cada cuatro años[7]. Además, otra ley Mastella, de n.º 269/2006, de 24 de octubre, había confirmado, en relación con los integrantes del ministerio público, la lesión del art. 107,3 de la Constitución sobre la igualdad de los magistrados ejercientes de las mismas funciones: también en ella el fiscal jefe había sido configurado como «titular exclusivo de la acción penal», dotado del poder de asignar los procesos, de «establecer los criterios a los que el concreto fiscal tendría que atenerse» y de «revocar la asignación» si este, convertido sustancialmente en un dependiente, «no se atuviera a ellos».

Los frutos venenosos de la carrera así reconstituida han sido los abusos y las prácticas de distribuciones por cuotas (*lottizzazione*) y reparto de los cargos directivos entre grupos dentro del Consejo, descubiertos en 2019 con el escándalo Palamara. A este ha seguido un descrédito de la magistratura que ha ofrecido, a las fuerzas políticas que no soportan los excesivos poderes de jueces y fiscales y su total independencia, el pretexto para proponer reformas radicalmente regresivas, en relación con las cuales la reforma Cartabia, aprobada definitivamente por la Ley n.º 71/2022, de 16 de junio ha adoptado soluciones de compromiso, introduciendo normas justamente informadas en los principios de separación —entre acusación pública y jurisdicción, a través de una sola posibilidad de paso de una a otra función en diez años, y entre poder político y poder judicial al imponer al magistrado que haya desempeñado un cargo electivo, una vez cesado, la obligación de permanecer fuera de la jurisdicción por al menos un año—, aunque ha confirmado el sistema de las carreras y la estructura jerárquica del ministerio público.

6.2. *La responsabilidad de los magistrados*

En la campaña contra la magistratura promovida por la clase política y la prensa de la derecha a causa de los procesos intentados contra los poderosos, la acusación más frecuente, aparte de la de «politización», es que los magistrados no responden de sus errores y de sus culpas. Pero no es raro escuchar, en muchos debates televisivos, que «errores» y «culpas» tendrían que ver con la absolución o el resultado negativo de investigaciones o juicios penales, sobre todo si promovidos contra imputados excelentes. Toda absolución, en lugar de uno de los resultados fisiológicos de cualquier proceso penal, expresaría un error o una culpa de los fiscales o de los jueces, que incautamente habrían promovido o celebrado el juicio. Paradójicamente, según esta concepción, una justicia «justa» solo podría resolverse en sentencias condenatorias, es decir, en la confirmación judicial de las hipótesis acusatorias.

6.2.1. *La responsabilidad jurídica*

No es casual que quienes sostienen estas tesis sean los mismos que querrían introducir una responsabilidad civil de los jueces por los daños injustamente producidos a las personas sometidas a juicio. El CPP, es obvio, prevé justamente la indemnización a cargo del estado de los daños consistentes en una detención injusta por la prisión cautelar sufrida por quien resulte absuelto de la acusación de un delito (arts. 314-315 CPP), así como de los debidos a un error judicial (art. 24,2 de la Constitución y arts. 643-647 CPP); que, además, en caso de absolución, todos los gastos procesales sean pagados por el querellante, incluidos los de la defensa del querellado y, en caso de culpa grave, los perjuicios sufridos por este (arts. 427 7-542 CPP); que, en fin, el que hubiera sido despedido del trabajo que ocupaba antes de la prisión preventiva o del arresto domiciliario, tiene derecho, en caso de absolución o de archivo, a ser reintegrado en su puesto de trabajo (art. 102 *bis* de las normas de actuación del

CPP)[8]. En todos estos casos se trata de daños prevenientes de actos lícitos[9], que excluyen, pues, la responsabilidad civil del juez por los daños provocados de forma no culpable por el ejercicio de la jurisdicción. Una responsabilidad semejante generaría el riesgo de resolverse en la parálisis de la justicia en relación con la criminalidad de los poderosos, al, ciertamente, no poder pretenderse que un juez o un fiscal se arriesguen a resarcimientos imposibles, procediendo, con seriedad y desinterés, por delitos como las quiebras fraudulentas, las contaminaciones del medio ambiente, las falsedades, las corrupciones, los abusos urbanísticos, las estafas en perjuicio del estado y similares. En efecto, pues pertenece a la fisiología de cualquier proceso su conclusión con la confirmación, o bien con la refutación de las hipótesis de delito que lo hubieran activado.

La cuestión de fondo suscitada por el debate de estos años se refiere al objeto de la responsabilidad de los magistrados: ¿de qué culpas deben ser llamados a responder los jueces y los fiscales? Excluida la *responsabilidad política* —hacia arriba, frente al poder político, o hacia abajo, ante los electores, que contradice la separación de poderes y las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción— la responsabilidad de los magistrados se funda y se justifica solo por los actos ilícitos, sean penales, disciplinarios o civiles. De aquí, por tanto, sobre todo la *responsabilidad penal* por los ilícitos de esta clase, que no plantea problemas, al estar ligada, como la de todos los ciudadanos, al principio de legalidad penal. En segundo lugar, la *responsabilidad disciplinaria*, que requiere la predeterminación legal de los ilícitos disciplinarios, que deben consistir en hipótesis taxativas de violaciones de deberes inherentes al ejercicio de la función, como son en gran parte las violaciones previstas por los arts. 2-4 del Decreto Legislativo n.º 109/2006, de 23 de febrero, y ya no, como establecía el art. 18 del Real Decreto Legislativo n.º 511/1946, en figuras indeterminadas como la violación del «prestigio de la organización judicial» que de hecho, al permitir indebidas intimidaciones a los jueces por declaraciones u

orientaciones inconvenientes, lesionaban sus derechos y su independencia.

Más problemática, por las razones expuestas, es la *responsabilidad civil* de los jueces. Como consecuencia del éxito, en 1987, del referéndum abrogatorio de los arts. 55 y 56 del Código Procesal Civil de 1940, que preveían que los jueces fuesen llamados a responder solo por dolo, fraude o cohecho y por denegación de justicia, la Ley n.º 117/1988, de 13 de abril, estableció, atenuando el resultado de la consulta, a fin de tutelar la independencia y la serenidad de juicio de los jueces, que la acción de resarcimiento del daño sea procedente en el caso de los injustamente causados no solo con dolo o por denegación de justicia, sino también por culpa grave; que se dirija solamente contra el estado, que podrá repetir contra el juez; que, además, queden exentas de responsabilidad la actividad interpretativa de normas de derecho y la valoración de los hechos y de las pruebas; que la acción solo pueda ser promovida después de que se hayan utilizado todos los medios de impugnación; que, en fin, su admisibilidad sea declarada previa deliberación por el tribunal. De hecho, a causa de todas estas condiciones, han sido poquísimos los procedimientos concluidos con una condena del estado y con un resarcimiento a costa del juez[10].

6.2.2. *La responsabilidad social*

A estas formas de responsabilidad jurídica debe añadirse la que cabe llamar *responsabilidad social*. Contra la idea extraña y difundida del carácter de incuestionables de las sentencias, debe sostenerse y desarrollarse este último tipo de responsabilidad como contrapeso necesario de la independencia. Este supone la total libertad de crítica de las decisiones judiciales: por sus excesos punitivos, por sus retrasos, por la falta de fundamento de sus motivaciones, por la escasa atención a la especificidad de los hechos; en síntesis, por la lesión o, en cualquier caso, la falta de riguroso respeto de las garantías. La frase corriente «las sentencias se respetan» carece de sentido. Las sentencias injustas, como las leyes injustas, no se

respetan sino en el sentido de que deben respetarse la institución judicial y la institución parlamentaria que las producen, precisamente porque se tiene el derecho de criticarlas.

Es en el control de la «opinión pública», tal como resulta de la máxima publicidad de los juicios, y en la sustitución de las «miradas del soberano» y la complacencia de los jueces de apelación por las miradas «del público», escribió Jeremy Bentham, donde reside el principal factor de probidad, responsabilidad e independencia de los jueces[11]. De forma análoga Francesco Carrara contrapuso a la solidaridad corporativa entre jueces, la libertad de prensa y «la vigilancia por parte de juristas libres» como esenciales factores de responsabilización democrática y, a la vez, de educación de los jueces en un hábito de independencia: «la curia y la prensa libres, al vigilar o al aplaudir, con conocimiento de causa, la obra de los jueces, aumentan la fuerza de estos y su independencia»[12].

Naturalmente, esta responsabilización social y moral de los jueces requiere una amplia serie de presupuestos de tipo institucional, cultural y social: la plena libertad de crítica y de censura frente a los jueces y por eso, en Italia, la supresión del delito de vilipendio de la organización judicial; la posibilidad de atribuir las decisiones no solo a los órganos —tribunales, fiscalías, cortes de apelación y similares —, sino a los jueces y fiscales que las hubieran adoptado, a través de la obligación de dar cuenta del eventual disenso (la *dissenting opinión*) de alguno o algunos de los miembros del colegio en todas las decisiones de este; la participación activa de los ciudadanos en la vida pública y su maduración civil y política en torno a las cuestiones de la justicia; la aproximación crítica y técnicamente argumentada de la cultura jurídica a las actuaciones de la magistratura; la plenitud, la independencia y la corrección de la información judicial por parte de la prensa[13]. La crítica pública de las actividades de los jueces y los fiscales por parte de quien no tiene poderes es la vía maestra a través de la cual, de acuerdo con el principio de que «la justicia se administra en nombre del pueblo» establecido en el art. 101,1 de la Constitución italiana, se ejerce el control popular sobre la justicia, se responsabilizan socialmente los jueces del

respeto de las garantías de los ciudadanos y se refuerza su independencia frente a los condicionamientos de poderes externos e internos a la jurisdicción.

Se confirma así el nexo biunívoco, del que se habló en el § 2.2.2, entre los dos principios enunciados por el art. 16 de la *Déclaration* de 1789, es decir, entre las metagarantías de la separación de poderes y de la independencia externa e interna de la jurisdicción y las garantías de los derechos de las personas hechas valer por la libre crítica de sus resoluciones. Si es verdad que la legitimación de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad de las garantías, sustanciales y procesales, de modo que no hay garantía de derechos sin jueces independientes, también es cierto lo contrario: cada vez que un juez o un fiscal cometen un abuso o violan la ley, cada vez que condenan a un inocente sin pruebas adecuadas o lesionan los derechos de un ciudadano, minan la legitimidad de sus funciones y el fundamento mismo de su independencia. Solo la función de garantía efectivamente cumplida por la jurisdicción, estimulada por su responsabilización social y por la libre crítica de sus actuaciones, sirve para fundar y, al mismo tiempo, para acreditar a los ojos de los ciudadanos el valor de la independencia de los jueces.

Este nexo biunívoco se manifiesta en una específica relación entre jurisdicción y ciudadanos. Para la legitimación de la jurisdicción, no se necesita, antes bien sería generalmente perjudicial, el *consenso* de la mayoría, con la que el juez se relaciona solamente a través de la sujeción a la ley en la que se ha expresado la voluntad de la mayoría antes de la producción de los hechos sometidos a su juicio. Lo que, en cambio, se requiere, en virtud de la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de la jurisdicción y de su papel de garantía de los derechos de las personas, es la *confianza* de los ciudadanos en sus jueces: confianza en su honestidad, en su rigor intelectual y moral, en su competencia técnica, en su capacidad de juicio, en su equilibrio y en su sentido de la humanidad. Consenso y confianza son sentimientos diferentes. El consenso es la adhesión o el hecho de compartir el sentido de las decisiones judiciales, a veces

fruto de las presiones de la opinión pública y de la inclinación de los jueces a satisfacerlas: es el objetivo perseguido por el populismo judicial. En cambio, la confianza consiste en fiarse de la corrección, la sujeción a la ley, el respeto de las garantías y la independencia de los magistrados. Prueba de ello es el hecho de que, como se dijo en el § 2.2.1, un magistrado merece confianza si, gracias a su independencia, es capaz de absolver cuando todos pretenden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. Dicho brevemente, cuando en la imparcial aplicación de la ley no se deja condicionar por la búsqueda del consenso. En efecto, pues lo que deslegitima a la jurisdicción no es tanto el disenso y la crítica que, no solo son legítimos, sino que operan como saludables factores de responsabilización, sino la desconfianza en los jueces, hasta el miedo, generada por la falta de garantías o, lo que es peor, por las violaciones de la ley precisamente por quien está llamado a aplicarla y trae su legitimación de la sujeción a ella. Es este miedo, es decir, el desvanecimiento del nexo entre libertad y seguridad[14], lo que hace del poder judicial el poder terrible de que habló Montesquieu. Y el miedo es siempre un signo de fracaso de la jurisdicción, que normalmente habla de su carácter arbitrario por imprevisible, precisamente a causa de la ausencia, o de la violación de las garantías sustanciales o procesales.

Todos los magistrados deberían temer a este miedo y a esta desconfianza de las personas sometidas a su juicio como los principales factores de su descrédito y de su deslegitimación. Al respecto, alguna vez les he aconsejado un ejercicio mental: ponerse siempre en el lugar de alguna de los miles de personas —imputados, víctimas, actores, demandados, testigos— con los que se encuentran a lo largo de su carrera. Estos serán siempre quienes, a su vez, juzguen a los magistrados, que no recordarán a casi ninguno de ellos. Pero cada uno de estos miles de personas guardará el recuerdo de su proceso como una inolvidable experiencia existencial. Recordará, valorará y juzgará severamente a sus jueces: su imparcialidad o su prejuicio y su parcialidad, su equilibrio o su arrogancia, su humanidad o su inhumanidad, su respeto o su

desprecio por la persona, la capacidad de escuchar sus razones o su presunción u obtusidad burocrática. Sobre todo, recordará si aquellos jueces le dieron miedo o le suscitaron confianza. Solo en este segundo supuesto advertirá y defenderá la independencia como una garantía de sus derechos de ciudadano. En otro caso, es seguro, entenderá esa independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible. Los jueces del *ancien régime* eran independientes, como propietarios de sus cargos. Pero eran jueces feroces e inicuos, y nadie defendió y añoró su independencia porque nadie confiaba en su equidad.

Los parámetros y los principios con los que se mide esta confianza de los ciudadanos en los magistrados son dos: su *imparcialidad* y su *independencia* de lógicas de poder[15], que el ordenamiento debe asegurar. Las páginas que siguen están dirigidas a identificar las medidas idóneas para garantizar estos dos valores, para refundar sobre ellos la legitimación de la magistratura y para reparar los daños sufridos por el autogobierno como consecuencia de los recientes escándalos. Para tal fin no solo se necesitan medidas institucionales de carácter garantista, sino también el máximo rigor moral en el ejercicio de tan terrible poder. Así pues, hablaré primero de las garantías normativas de la imparcialidad y de la independencia, y luego de las no menos importantes reglas deontológicas que aseguran estos dos esenciales valores, fuertemente conectados entre sí.

6.3. *Las garantías institucionales de la imparcialidad de los magistrados*

El fundamento del valor de la imparcialidad reside en las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción —su carácter cognoscitivo y su papel de defensa de los derechos, como se dijo en el capítulo II— que imponen a los jueces asumir la condición de terceros (*terzietà*), es decir, la equidistancia de las partes del proceso, como *tertius*

super partes, y el desinterés personal respecto de los intereses en conflicto. En particular, hay un sujeto en el que es necesario que los jueces susciten, no el consenso, sino la confianza en su imparcialidad: es el imputado, que en el proceso penal está en conflicto con el interés punitivo del estado y sus expresiones políticas.

Un primer orden de garantías de la imparcialidad se basa en la necesidad de esta confianza: la más amplia posibilidad de que las partes recusen al juez, que en materia penal ha sido siempre un rasgo característico del proceso acusatorio, a fin de que los sujetos sometidos a juicio no solo no tengan, sino que tampoco teman tener un juez enemigo o, en cualquier caso, no imparcial. Pero también el fiscal, aun siendo parte y no tercero —y no obstante su condición de parte pública— tiene el deber de guardar una distancia institucional de los intereses en juego en el proceso y, por eso, en este sentido, de ser imparcial en su actividad investigadora. Hasta el punto de que, dice el art. 358 CPP, está obligado, no solo a acopiar pruebas en apoyo de la acusación, sino también a realizar «averiguaciones sobre hechos y circunstancias favorables a la persona objeto de las investigaciones». Como se dijo en el § 1.6.1, él no es un abogado que gana o pierde según que la persona objeto de su investigación sea condenada o absuelta. Su cometido es aplicar imparcialmente la ley.

El segundo orden de garantías de la imparcialidad es el rechazo radical del derecho penal del enemigo y de cualquier forma de sectarismo. La jurisdicción no conoce enemigos —ni siquiera si se trata de terroristas, mafiosos o corruptos—, sino solo ciudadanos, y es incompatible con cualquier connotación partidaria tanto del juicio como de la acusación. La idea del enemigo en la jurisdicción penal contradice el papel del juez como «investigador indiferente de la verdad» querido por Beccaria[16] y refleja, pero de forma aún más grave a causa de la diversidad de sus fuentes de legitimación, la análoga lógica del amigo/enemigo que subyace a todos los populismos políticos y que en estos años está envenenando la vida democrática. De esta lógica resulta un inevitable prejuicio

culpabilista, que de hecho hace vanas todas las garantías procesales en las que se basa el proceso como verificación o refutación en concreto de las hipótesis acusatorias: la carga de la prueba, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, el derecho de defensa y el juicio contradictorio. La perversa lógica del imputado como enemigo y del proceso como arena de una lucha contra la criminalidad, resulta hoy amplificada por la espectacularización televisiva de los grandes procesos, destinada a favorecer el prejuicio acusatorio, de acuerdo con el culpabilismo que prevalece casi siempre en la opinión pública[17].

Más en general, la imparcialidad es incompatible con cualquier sistema punitivo que tipifique al autor, en lugar de la acción, y degrade así la jurisdicción a lucha contra los delincuentes. Particularmente insidiosos, como elementos de construcción del enemigo, son todos los delitos asociativos, y más cuando su imputación no va acompañada por la de los delitos específicos de cuya ejecución la asociación delincuencial sea el supuesto instrumento. En efecto, pues en tales casos el modelo es inevitablemente el del derecho penal de autor con sus también inevitables perversiones inquisitivas, ya que, en ausencia de pruebas de otros más específicos, el delito asociativo es de hecho utilizado como delito de sospecha de la identidad delincuente del imputado, del que resulta imposible tanto la verificación como la refutación. A la acusación de ser un terrorista, un mafioso o un sujeto peligroso no se puede responder con contrapruebas, sino solo negando o apelando a la clemencia del juez, que no tiene nada que ver con la imparcial averiguación de la «verdad». Añádase que, como se dijo en el § 5.6.1, los delitos asociativos son también las figuras más utilizadas para promover maxiprocesos con centenares de imputados sobre la base del cuadro de conjunto hipotetizado por la acusación, dentro del cual difícilmente cabrá una adecuada e imparcial verificación o refutación de la culpabilidad de cada imputado y una seria valoración equitativa de su concreta conducta.

El tercer orden de garantías de la imparcialidad de los jueces consiste en la separación de los papeles de juez y acusador y de sus

carreras, cuyas razones epistemológicas han sido ilustradas en el § 1.4. Esta separación es el primer requisito del proceso acusatorio, indispensable para la correcta determinación de la verdad sobre la base de la igualdad de las partes en el juicio contradictorio y la imparcialidad, equidistancia y ajenidad del juez a las finalidades perseguidas por ellas. Una ajenidad que debe ser de tipo institucional, sin que el juez tenga que sufrir condicionamiento alguno de parte y menos aún de la parte acusadora. A tal efecto se necesita una garantía estatutaria, dirigida a asegurar que los jueces y los fiscales, aun cuando dotados de la misma independencia, no sean intercambiables; de modo que entre ellos no se forme entre ellos un espíritu de cuerpo y una ambigua solidaridad para que no se influyan, sino que se controlen recíprocamente. Se trata de una garantía elemental, que hoy es tanto más necesaria después de que el proceso penal, a pocos años de su reforma, haya experimentado tantas modificaciones, hasta resultar caracterizado por el predominio del ministerio público y por el debilitamiento del papel de la defensa. Es por lo que un fortalecimiento de la imparcialidad, como equidistante de las partes en causa, solo podría provenir, según se ha dicho en el § 5.5.3, de la introducción, con carácter subsidiario, de un ministerio público de defensa además de la defensa privada y en posición de mayor igualdad respecto de la acusación pública.

Además, es infundada la preocupación, difundida en la magistratura, de que la separación entre función de enjuiciamiento y de acusación pueda implicar la reducción de la independencia del ministerio público. No existe ningún nexo lógico entre las dos cosas. El fundamento de la independencia de la acusación reside en el carácter cognoscitivo de sus actividades y en la obligatoriedad de la acción penal como función pública de garantía, establecida en Italia por el art. 112 de la Constitución: una obligatoriedad que, si acaso, sería necesario no comprometer con las formas de discrecionalidad en el ejercicio de funciones impropias, de prevención y de investigación, como las que se ha criticado en los § 4.6.3, 5.3.3.3 y 5.6.1. Tampoco vale, contra la neta separación entre ambas funciones y las correspondientes carreras, el argumento de la posible

pérdida de la cultura de la jurisdicción por parte de los fiscales. La separación sirve para impedir un peligro no menos grave: la posibilidad de que la cultura de los jueces, también por la preeminencia que hoy, en Italia, todos reconocen a los fiscales —como lo acredita la excesiva aquiescencia de los jueces de las investigaciones preliminares a las solicitudes de sus «colegas» del ministerio público— resulte contaminada por la cultura inquisitiva. Las dos funciones, aunque ambas de carácter cognoscitivo, son, en lo demás, por completo diferentes al ser una institucionalmente de parte y la otra *super partes*.

Por eso, además de un equívoco teórico, haber avalado el *non sequitur* entre separación de las carreras y pérdida de la independencia de los fiscales, ha sido un grave error de imprevisión de los magistrados. Sobre todo, porque no se puede defender un buen principio con malos argumentos sin debilitar sus razones. En segundo lugar, porque, a fuerza de decir que la independencia resultaría comprometida por la separación de las carreras —no obstante la naturaleza del ministerio público como institución de garantía, la obligatoriedad de la acción penal y el principio de igualdad— se crea el riesgo de que quien lo sostiene sea tomado por la palabra. En fin, porque se ha dado la impresión de que la magistratura defiende en realidad un interés corporativo o, peor aún, que, al sostener la no separación institucional entre las dos funciones, las entiende como sustancialmente similares ofreciendo, así, una imagen inquisitiva de sí misma.

Esa imagen antigarantista, corporativa e inquisitiva que la magistratura ofrece de sí misma, unida a la oposición a reformas garantistas en materia penal —de la abolición de la cadena perpetua a la reducción de los términos de la prisión preventiva y a la garantía de la formación de las pruebas en el juicio público contradictorio— tantas veces manifestada, es simplemente autolesiva. En efecto, pues el papel central y creciente adquirido en estos años por la justicia penal hace más decisivo que nunca el valor de las garantías penales y procesales, incluida la separación entre las funciones jurisdiccionales y las del ministerio público, que, precisamente, los

jueces a los que preocupa la confianza de los ciudadanos en su profesionalidad deberían sostener y reivindicar como fuentes primarias de su legitimación. Ya que esas actitudes antigarantistas y corporativas, una vez pasada la popularidad de los magistrados, generan el riesgo de minar su credibilidad y de ofrecer argumentos a quienes pretendan limitar, no ya sus poderes impropios, sino sus poderes propios y, con ellos, su independencia del poder político.

6.4. *Las garantías institucionales de la independencia de los magistrados*

También el valor de la independencia de los magistrados, sean jueces o fiscales, se funda en las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción ya señaladas: la verdad procesal y la garantía de los derechos. Sobre todo, la independencia externa, que requiere el autogobierno de los magistrados, mediante un Consejo Superior de la Magistratura que el art. 104 de la Constitución italiana configura como un órgano presidido por el presidente de la República y compuesto, además de por el primer presidente y el fiscal general de la Corte de Casación, por vocales elegidos en dos tercios por los magistrados y en un tercio por el Parlamento en sesión conjunta. El rasgo constitucionalmente más relevante de este órgano, idóneo para garantizar, con el autogobierno, la independencia externa de la organización judicial frente al poder político, es claramente la elección, por parte de los mismos magistrados, de la mayoría de sus miembros[18], y por eso la representatividad del pluralismo de las distintas corrientes o componentes, hoy consideradas responsables de la degeneración de carácter clientelar de los nombramientos de los presidentes de los órganos jurisdiccionales. Volveré sobre la cuestión de las corrientes en el § 6.6, Aquí me limitaré a poner de relieve que existe una analogía entre la crisis del autogobierno judicial y la crisis de la democracia parlamentaria, entre la crisis involutiva de las corrientes y la análoga y paralela de los partidos.

Pero esta crisis no quita que, así como la democracia política no puede funcionar sin partidos, del mismo modo, tampoco un autogobierno de la magistratura puede funcionar sin corrientes capaces de expresar y organizar el pluralismo y la representación.

Es por lo que resulta inadmisible, en cuanto contradice la naturaleza representativa de la componente togada del Consejo, su designación, propuesta en algunos casos, en vez de con el método electoral con el de sorteo, aunque sea en la forma atenuada de sorteo entre los previamente elegidos o de la elección entre los antes sorteados. La adopción de este método, aparte de violar el art. 104,4 de la Constitución que quiere a los componentes togados «elegidos» por los magistrados, vendría a deslegitimar gravemente no solo el Consejo, sino a la entera magistratura, considerada incapaz del autogobierno confiado a ella por el texto fundamental. Por otra parte, es ilusorio pensar en sanar el mal gobierno reduciendo el papel de las corrientes de la Asociación Nacional de Magistrados, que, por el contrario, son el lugar de debate colectivo sobre los problemas de la justicia y el fundamento de un autogobierno con seguridad más transparente del que se tendría en su ausencia. En efecto, pues no se deben cambiar los efectos por las causas. La involución de las corrientes es un efecto del poder adquirido por ellas a través de sus representaciones en el Consejo, en materia de autogobierno y, en particular, de nombramiento de los presidentes de los órganos judiciales: un poder que las ha transformado, precisamente, en grupos de poder. Cualquier reforma del CSM que se ajuste a la norma constitucional sobre el carácter electivo y la representatividad de la componente togada de sus miembros no resolverá nada, dado que, en un órgano colegiado, no podrá suprimir las dinámicas y las luchas de poder inevitablemente determinadas en un órgano colegiado por el nombramiento por mayoría de los cargos directivos.

Entonces, el problema debe afrontarse en la raíz: suprimiendo o cuando menos reduciendo estas luchas de poder, o sea, los mismos poderes que forman los objetos y los sujetos de estas dinámicas y estos conflictos. Se solucionará, precisamente, con la supresión o, al

menos, la drástica reducción, de un lado, del poder de los presidentes de los órganos judiciales y, de otro, del poder discrecional que se expresa en su nombramiento. Es, en suma, el problema de la carrera el que debe resolverse interviniendo sobre sus presupuestos: eliminando o, cuando menos, reduciendo profundamente las razones del carrerismo, que residen, todas, en la existencia de poderes impropios dentro de la organización judicial.

Ante todo, hay que reconocer que la carrera y sus presupuestos, es decir, la aspiración a funciones de mayor prestigio o poder, carecen de sentido, dado que todas las judiciales son igualmente importantes y, si acaso, las de primer grado, como los poderes de los fiscales en el ejercicio de la acción penal, inciden más que las restantes en la libertad y la dignidad de los ciudadanos. Pero, sobre todo, hay que comprender que la carrera es incompatible con la independencia interna de los magistrados y con la lógica de la jurisdicción. Colisiona con tres principios constitucionales. En primer lugar, con el de igualdad de los magistrados que, como dice el ya citado art. 107,3 de la Constitución, «se distinguen entre sí solamente por la diversidad de sus funciones», de modo que debería excluirse cualquier jerarquía dentro del marco judicial, incluidas las fiscalías. En segundo lugar, con el principio establecido en el art. 101,2 de la Constitución, según el cual «los jueces están sujetos *solamente* a la ley» y, por tanto, entre magistrados no caben relaciones y condicionamientos de poder generados inevitablemente por la carrera. En tercer lugar, con el nexo, ya recordado, entre la separación y la independencia de los jueces de cualquier poder, incluso interno a la organización judicial, y la garantía jurisdiccional de los derechos, es decir, entre los dos valores identificados por el art. 15 de la *Déclaration* de 1789 como esenciales a toda constitución.

En síntesis, la carrera —y con ella todas las normas y las prácticas que alimentan el carrerismo, incluidas las valoraciones de profesionalidad— contradice una regla básica de la deontología judicial: el principio de que los magistrados deben desarrollar sus funciones *sine spe e sine metu*, sin esperanza de ventajas o

promociones y sin temor a desventajas o perjuicios por el modo de ejercicio de sus funciones. Las valoraciones de profesionalidad son casi siempre poco creíbles, estereotipadas y en ocasiones arbitrarias: positivas en el 96 % de los casos, difieren entre sí solo por las adjetivaciones más o menos elogiosas. Pero, teniendo en cuenta la larga serie de cargos que cada magistrado está destinado a desempeñar y los innumerables juicios a los que, por eso, debe ser sometido[19], es muy difícil que estos no condicionen el ejercicio de la jurisdicción. Aunque el art. 11,2 de la Ley n.º 111/2007 excluya que puedan referirse a la interpretación judicial y a la valoración de las pruebas, estos juicios siempre corren el riesgo de minar la independencia interna de los magistrados, es decir, de ser percibidos, dentro y fuera de la organización judicial, como coberturas de las prácticas de distribución de cuotas (*lottizazione*) y recomendación; de producir la homologación de las orientaciones jurisprudenciales; de alimentar el conformismo y la dependencia de los presidentes de los órganos judiciales y de quienes están habilitados para evaluar su trabajo[20].

Contra carreras y carrerismos y contra los indebidos poderes internos a la organización judicial que estos comportan, creo que cabe sugerir dos remedios, consistentes en otras tantas reformas que reafirman, con las oportunas correcciones, conquistas y reivindicaciones que se remontan a los años sesenta y setenta del siglo pasado[21].

En primer lugar, para reducir las *razones subjetivas* del carrerismo, habría que disminuir lo más posible los poderes de los cargos directivos y con ellos la ambición de desempeñarlos. A tal fin, sería necesario aplicar el sistema de asignación automática de los procesos no solo a los jueces, sino también a los fiscales y a los grupos de trabajo en los que, en virtud de las diversas competencias por especialidades, son distribuidos los integrantes de las grandes fiscalías. Con este fin tendrían que suprimirse las normas de la Ley n.º 269/2006, que confirmando la contrarreforma Castelli han hecho del fiscal jefe el «titular exclusivo de la acción penal», jerárquicamente supraordenado a los sustitutos en evidente

contraste con el art. 107,3 de la Constitución sobre la igualdad de los magistrados que ejercen las mismas funciones. No es casual que hoy las ambiciones y los mayores conflictos con ocasión de los nombramientos tengan que ver con los cargos de fiscal jefe, más que con los de presidente de Tribunal o de Corte de Apelación. Además, debería asegurarse una efectiva temporalidad de los cargos directivos, previendo que al término de su ejercicio sus titulares vuelvan a sus normales puestos de origen.

En segundo lugar y, sobre todo, para reducir las *razones objetivas* del carrerismo, habría que rehabilitar, como criterio de atribución de los cargos directivos y más en general de las decisiones sobre las solicitudes de traslado, el viejo principio objetivo de la antigüedad. Con dos derogaciones, una en el caso de que el más antiguo hubiera claramente desmerecido, la otra en el caso opuesto de que un candidato con menor antigüedad gozase de una estima general. Para la derogación del primer tipo, los juicios de profesionalidad podrían limitarse al solo señalamiento de la inidoneidad del magistrado para desempeñar funciones directivas. Para la del segundo, se podría prever la atribución del cargo a un candidato diferente del más antiguo solo si fuera votado por los dos tercios de los componentes del Consejo, o al menos por su mayoría absoluta, y contase así con el apoyo de un juicio compartido por todos los grupos del Consejo, de modo que no se tratase de una elección de parte y menos aún de la indicación de una corriente. De este modo se eliminaría la discrecionalidad de los poderes de nombramiento y, con ella, la inevitable lógica de compromisos y de distribución de los cargos directivos entre los diferentes grupos del Consejo. Gracias al carácter objetivo de estos criterios, se pondría fin a los recursos contra las decisiones del Consejo, a causa de los cuales muchos de esos cargos son hoy en realidad atribuidos por los órganos de la justicia administrativa. Las corrientes dejarían de ser centros de poder y volverían a ser asociaciones de carácter ideal y cultural.

El criterio de antigüedad en la elección de los cargos directivos, ciertamente, puede tener un precio. Pero todas las garantías lo tienen. En este caso, el precio parecería ser el nombramiento de

personas carentes de capacidad de organización para sedes importantes y complicadas. Pero las valoraciones profesionales tampoco garantizan la elección de la persona más dotada de tales capacidades, aunque solo sea porque suelen formularse sobre la base de la competencia técnica y las capacidades del magistrado en el ejercicio de sus funciones, que no necesariamente están acompañadas de análogas capacidades organizativas. Se puede ser un óptimo juez y un pésimo organizador, y a la inversa. Si acaso, para el fin ciertamente importante de la mejor organización de los tribunales y las fiscalías, habría que potenciar la figura del dirigente administrativo prevista en el Decreto Legislativo n.º 240/2006, de 25 de julio. Por otra parte, frente al argumento meritocrático, hay que reconocer que el actual sistema de nombramientos, con que solo fueran ciertas en parte las degeneraciones denunciadas, aparte de representar una amenaza para la independencia interna de los magistrados, no asegura en modo alguno la selección de los mejores. En ocasiones favorece la designación de los peores.

En síntesis, si es cierto que la independencia interna está amenazada por poderes extrajudiciales como son *a*) los de los presidentes y *b*) los de quien los designa, entonces el remedio debe ser radical: la reducción de ambos poderes, despojando a los cargos directivos de todo atractivo indebido y, en particular, de todo poder indebido. En efecto, pues los magistrados no deben ser «dirigidos» por nadie.

6.5. *Doce reglas de deontología judicial*

Las garantías sustanciales y procesales y las metagarantías institucionales no bastan para asegurar la imparcialidad y la independencia de los magistrados. A tal fin, es también necesario el respeto de un conjunto de reglas deontológicas requeridas —de acuerdo con las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción, ya indicadas en el capítulo II, es decir, la función de averiguación de la

verdad procesal y la de garantía de los derechos fundamentales—por las opciones subyacentes a las decisiones judiciales[22]. Estas opciones no son solo impuestas por los espacios de discrecionalidad inherentes a las decisiones en materia de verdad jurídica, verdad fáctica y valoración equitativa. Sobre todo, en la jurisdicción penal, son también opciones de carácter moral, que como tales están siempre informadas por el imperativo kantiano según el cual toda persona debe ser tratada como un fin y nunca como un medio. En efecto, pues toda condena a pena de prisión cambia radicalmente la vida del condenado, y esto no puede dejar de conllevar una responsabilidad moral frente a él[23]. El magistrado cuyas opciones no vayan acompañadas de este sentido de responsabilidad y de la consiguiente tensión moral, nunca será un buen juez, sino solo un burócrata.

Indicaré doce reglas de deontología judicial. Alguna se encuentra en los códigos éticos adoptados por muchas magistraturas[24]. Pero en su mayor parte son reglas diferentes, todas esenciales a mi juicio para asegurar la imparcialidad y la independencia de los magistrados y para reducir los espacios de arbitrio. El juicio, se ha dicho desde el capítulo I —sea penal, civil, administrativo o constitucional— es siempre el fruto de un saber- poder: tanto más legítimo cuanto más prevalezca el saber, tanto más ilegítimo cuanto más prevalezca el poder. Las reglas deontológicas que indicaré, como las garantías, están todas dirigidas a reducir el poder y a reforzar el saber puesto como fundamento de las decisiones judiciales.

6.5.1. *La consciencia de los límites del poder judicial*

La primera regla es la más desagradable. Consiste en una triple conciencia, que siempre debería estar presente en cualquier juez o fiscal con objeto de limitar sus poderes. La primera es que el poder judicial es un «poder terrible», como escribió Montesquieu[25] o, peor aún, «odioso», como lo llamó Condorcet[26], dado que es un poder del hombre sobre el hombre, cuyo ejercicio incide en la libertad y la reputación y por ello puede arruinar la vida de las personas. La

segunda conciencia es de carácter epistemológico y se refiere al carácter no absoluto de la verdad procesal, que al ser el fruto, no de deducciones, sino de inducciones e interpretación, es siempre una verdad solo relativa, *probabilista* en lo relativo al hecho y *opinable* en derecho; de modo que es permanente la posibilidad del error, que el respeto de las garantías puede limitar, pero no excluir. La tercera es una consecuencia de las dos primeras: consiste en la conciencia de la legitimación solo relativa e imperfecta que, por su carácter terrible y virtualmente falaz, pesa sobre el poder judicial, por eso viciado, al igual que las demás funciones en relación con sus específicas fuentes de legitimación, por un irreductible margen de ilegitimidad.

Son tres consciencias que equivalen a otros tantos factores de salud institucional. Si es cierto que la legitimación de la jurisdicción y el valor político de la profesión del juez residen en el correcto establecimiento de la verdad y en la tutela de los derechos de las personas, entonces la consciencia del carácter relativo e imperfecto de esta doble función garantista sugiere atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad, prudencia, equilibrio y ponderación.

6.5.2. *La ética de la duda*

De aquí la segunda regla deontológica: la duda como hábito profesional del magistrado y la prudencia del juicio —por eso el bello nombre «juris- prudencia»— como estilo moral e intelectual de la práctica judicial. Y también la imprescindible disponibilidad a escuchar todas las distintas y opuestas razones, y la capacidad de renunciar a las propias hipótesis frente a sus desmentidos.

Es en esta disponibilidad de los jueces, pero también de los acusadores públicos, a exponerse y someterse a la refutación, tanto jurídica como fáctica, por parte de quien está sometido a juicio —dicho brevemente, en la asunción del principio popperiano de la falsabilidad, como banco de pruebas de la plausibilidad de cualquier tesis empírica— donde reside el valor ético, además de

epistemológico, del juicio público contradictorio en la formación de las pruebas. Esta disposición a escuchar todas las opuestas razones equivale a una actitud de honestidad intelectual, basada en la conciencia del carácter solo relativo de la verdad procesal: una conciencia que, por lo demás, no contradice, sino que vale para hacer más cautelosa y meditada la libre convicción requerida, como débil subrogado subjetivo, precisamente, por la imposibilidad de alcanzar una certeza objetiva. Es la disposición que realiza la imparcialidad y la condición de tercero que reclama el juicio como «investigación indiferente del hecho» que, según he recordado en el § 1.6.1, exigió Beccaria para el proceso que llamó «informativo». Y expresa el espíritu mismo del proceso acusatorio, en oposición al enfoque inquisitivo, marcado, al contrario, por la arrogancia cognoscitiva y la resistencia del prejuicio culpabilista a cualquier desmentido o contraprueba en virtud, como dije entonces, de la petición de principio que opera como filtro selectivo de las pruebas: creíbles si confirman, no creíbles si contradicen la hipótesis acusatoria, asumida apodícticamente como verdadera.

6.5.3. *El respeto de todas las partes implicadas en la causa*

La tercera regla deontológica en materia de ejercicio de la jurisdicción es el respeto debido a las partes implicadas en la causa, para comenzar, tratándose del proceso penal, por el imputado, cualquiera que sea, sujeto débil o fuerte, incluso aunque se trate de un mafioso o de un terrorista[27].

Este respeto es necesario por dos razones. En primer lugar, por la asimetría que siempre debe existir entre la civilidad del derecho y la incivilidad del delito, donde reside la principal fuerza de la primera como factor de deslegitimación moral, aislamiento social y, por eso, de prevención penal de la segunda[28]. En segundo lugar, porque el proceso no debe lesionar la dignidad de la persona, garantizada a todo ser humano por el principio, afirmado en el art. 3 de la Constitución italiana, de «igual dignidad social» de todos, incluidos

por tanto los delincuentes[29]. Además, el uso por los magistrados de un lenguaje simple, comprensible y respetuoso, forma parte de la consideración debida a todos los implicados en el proceso, comenzando por los imputados, al comunicarse con ellos[30].

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

La cuarta regla de deontología judicial es un corolario del principio de estricta legalidad, en virtud del cual solo se puede ser castigado por el delito cometido, y no por la identidad de su autor, sustraída en cambio a cualquier penalización. Este principio retroactúa sobre la jurisdicción penal, como juicio sobre hechos más que sobre personas. Precisamente porque fundado en la verificación como verdaderas o como falsas de las hipótesis acusatorias, en el modelo garantista, el juicio penaliza acciones y no autores, hechos y no sujetos, comportamientos y no identidades, *lo que se ha hecho* y no *lo que se es*. Como se dijo en el § 5.4, el juez no debe indagar sobre el alma del imputado, solo ha de pronunciarse sobre la verdad de los hechos que se le atribuyen; también porque solo los hechos y no, en cambio, la moralidad u otros caracteres subjetivos del reo son susceptibles de prueba y de refutación empírica.

En este aspecto, 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 de la persona, y no la averiguación probatoria y la calificación jurídica del hecho cometido por él y previsto en la ley como delito. Además, con una específica connotación ética de tipo laico y liberal, que, partiendo de los principios de igualdad y de estricta legalidad, lleva a la incontrolabilidad jurídica y moral de las conciencias, que se concreta en la igual dignidad de los reos y de los que no lo son, y por ello, en el respeto debido a su identidad, por malvada que sea, y en el reconocimiento del derecho de cada uno a ser como es.

6.5.5. *La comprensión equitativa de la singularidad de cada caso*

La quinta regla de la deontología judicial consiste en el deber de los jueces de valorar y comprender, en cada ocasión, las particularidades específicas y singulares de los hechos objeto de enjuiciamiento, y no solo de decidir sobre su calificación jurídica y sobre su prueba. Esta quinta regla es, pues, la de la equidad, que como se ha hecho ver en los § 1.5, 3.5 y 3.6, no consiste en una derogación, una excepción o una corrección de la ley, sino en una específica dimensión cognoscitiva de cada juicio, que no tiene nada que ver con las otras dos dimensiones, es decir, con la correcta interpretación de la ley en el establecimiento de la verdad jurídica y con la argumentada valoración de las pruebas en la fijación de la verdad fáctica. Consiste en la comprensión y en la valoración de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada caso, de cada caso sometido a juicio, un hecho y un caso irreductiblemente diferentes de cualquier otro, aunque sean subsumibles —por ejemplo, el hurto de una manzana, como el de un diamante— en la misma noción legal. Esto porque cada caso es distinto de los demás, y el juez, y antes aún el fiscal, no se enfrentan con las figuras de delito en abstracto, sino con hechos concretos y, por tanto, no pueden sustraerse al deber de la comprensión equitativa de sus rasgos específicos e irrepetibles. Así, es evidente que la comprensión del contexto, de las concretas circunstancias y de las razones singulares del hecho favorece la indulgencia de los magistrados.

Esta regla deontológica es ampliamente desconocida por la práctica judicial, tanto como, en el plano teórico, se ignora la dimensión equitativa del juicio. Prueba de ello es el hecho de que la medida de la pena impuesta por una sentencia condenatoria —cuya determinación debería ser el fruto de la valoración equitativa del hecho y de sus singulares circunstancias—, normalmente, no resulta siquiera motivada.

Añadiré que esta dimensión equitativa se encuentra hoy gravemente comprometida en los muchos maxi-procesos por delitos

asociativos, con centenares de imputados y decenas de imputaciones que impiden valoraciones cuidadosas y diferenciadas de las acusaciones dirigidas contra cada uno de los imputados. Del mismo modo en que los hechos denominados con el mismo *nomen iuris* son todos distintos entre sí, también el grado de culpabilidad y antes aún de participación de cada imputado en una asociación criminal, es diferente del de los demás y merecería, por tanto, una valoración específica.

6.5.6. *El rechazo del creacionismo judicial*

Del carácter cognoscitivo del juicio se sigue una sexta regla deontológica: el rechazo del creacionismo judicial que se ha criticado en el capítulo III. Como bien se sabe, los espacios de la discrecionalidad interpretativa en el ejercicio de la jurisdicción son enormes y crecientes, a causa de la inflación legislativa, del desorden del lenguaje legal y de la estructura multinivel de la legalidad. Por eso, es del todo inoportuno que, como entonces se dijo, la cultura jurídica, abusando de las palabras, confunda la inevitable discrecionalidad interpretativa con la creación judicial de nuevo derecho, hasta hacer vana la separación de poderes, reducir notablemente el alcance del principio de legalidad y convertir en supraordenación la subordinación de los jueces a la ley.

Esta es, precisamente, la legitimación hoy prestada a la expansión extralegal del poder judicial por los muchos enfoques creacionistas recordados en el capítulo III y basados, como entonces se dijo, en una concepción estricta e insostenible de la cognición judicial como conocimiento objetivo y de la verdad procesal como verdad absoluta. A esta concepción debe oponérsele la naturaleza compleja y relativa de tal verdad, cuyas tres dimensiones —la de la verdad fáctica, siempre y solo probabilista, la de la verdad jurídica, siempre y solo opinable, y la de la valoración equitativa, siempre distinta en cuanto ligada a la singularidad del caso y a su comprensión— son todas perfectamente compatibles con el principio de legalidad y con la sujeción de los jueces a la ley.

6.5.7. *Claridad y brevedad de las motivaciones*

La séptima regla se refiere a la redacción de las motivaciones y al lenguaje de las resoluciones judiciales. Las motivaciones de las sentencias y de las demás decisiones deberían ser tan breves, claras y concisas como sea posible. Deben ser escritas de modo que puedan comprenderlas las partes y no solo sus defensores o los jueces de la eventual impugnación. Sobre todo, las sentencias condenatorias deberían ser idóneas para convencer a los imputados de lo fundado del juicio sobre su culpabilidad, mediante la argumentación rigurosa de la corrección jurídica de las decisiones y de su plausibilidad fáctica tal como resulta de los tres elementos ilustrados en el § 1.4: la pluralidad de las confirmaciones de las hipótesis acusatorias, la ausencia de desmentidos creíbles y el mayor fundamento frente a hipótesis explicativas alternativas. Ciertamente, no son motivaciones las razones de las resoluciones formuladas de manera estereotipada, a veces plasmadas en formularios impresos, como sucede, por ejemplo, en muchas de las que autorizan interceptaciones o registros o convalidan tantas formas de restricción policial o administrativa de la libertad personal.

Las motivaciones de las resoluciones judiciales que reclama el art. 111,6 de la Constitución italiana, solo serán tales si resultan claras, comprensibles y, sobre todo, convincentes. Su claridad es necesaria también por el respeto debido a las partes, a las que se debe siempre poner en condiciones de identificar con certeza las razones de las decisiones que les conciernen. Viene impuesta, en particular, por el derecho de defensa, que podrá ejercerse con tanta mayor eficacia cuando tales razones, de hecho, o de derecho, estén formuladas de manera clara y unívoca. Por eso, las motivaciones deberían limitarse a los argumentos esenciales, indicando con precisión las fuentes de prueba y su colocación en las actuaciones procesales, y evitar inútiles digresiones. Pero ocurre, cada vez más a menudo, que estén escritas, deliberadamente, en una jerga burocrática, críptica y oscura, incomprensible para el común de los ciudadanos. Sobre todo, en los grandes procesos, desde hace

muchos años, las motivaciones han alcanzado las dimensiones de libros enteros. Con violación del genérico art. 426,1 *d*) CPP, según el cual la sentencia debe contener «la exposición sumaria de los motivos de hecho y de derecho en que se funda la decisión», aquellas ocupan centenares, a veces millares de páginas, en buena medida inútiles, en las que las partes y, sobre todo, los no expertos en derecho inevitablemente se pierden[31].

6.5.8. *El rechazo del protagonismo judicial*

La octava regla consiste en un hábito de sobriedad y discreción. Esta impone la reserva del magistrado en relación con los procesos de que es titular y el rechazo de la búsqueda del consenso a través de la exhibición pública de su actividad judicial. En la actual sociedad del espectáculo, los magistrados deben evitar cualquier forma de protagonismo y de exhibicionismo. Sobre todo, es inadmisible —y debería ser causa de abstención y de recusación— que hablen de los procedimientos que tramitan, sobre todo en público y peor todavía en televisión. Sabemos muy bien hasta qué punto el populismo político es una amenaza para la democracia representativa. Pero aún más amenazadora es la mezcla de populismo político y de populismo judicial que se manifiesta en la relación irreflexiva de los jueces con los medios de comunicación. El populismo político, cuando menos, mira al reforzamiento, aunque sea demagógico, del consenso, es decir, de la fuente de legitimación que es propia de los poderes políticos. Mucho más grave es el populismo judicial, porque está en contradicción con las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción, que es todavía más intolerable cuando sirve de trampolín para carreras políticas.

Mientras que es justo que los magistrados hablen de las resoluciones de sus colegas, e incluso que las critiquen con conocimiento de causa, resulta inadmisible que hablen de los procesos que ellos mismos tramitan. Cualquier forma de protagonismo de los magistrados tiene siempre el riesgo de resolverse en parcialidad y en sectarismo, inevitablemente lesivos de

la imparcialidad. La figura del juez «estrella» es la negación del modelo garantista de la jurisdicción. Y es que, no solo contradice el hábito de la duda como hábito profesional del magistrado, sino que lleva consigo el riesgo de plegar el trabajo judicial a la búsqueda demagógica de la popularidad. En democracia, el interés público en la máxima transparencia del funcionamiento de la justicia no puede ir en detrimento de la reserva de los magistrados en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y, sobre todo, de la presunción de inocencia de las personas investigadas[32].

6.5.9. *El valor no del consenso popular, sino de la confianza de las partes*

De lo anterior se sigue, como ulterior regla deontológica, una específica relación de los jueces con la opinión pública y con las partes en causa. Según se ha dicho en el § 6.2.2, el banco de pruebas del índice de legitimidad de los magistrados, no es el consenso, sino la confianza de los ciudadanos y sobre todo de las partes del proceso, esencialmente los imputados. Por eso, aquellos no deben buscar el consenso de la opinión pública. Por el contrario, repito, sobre la base de la correcta cognición de las actuaciones del proceso, deben ser capaces de absolver cuando todos piden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. El poder judicial no está basado en el consenso, precisamente porque la fuente de legitimación de la jurisdicción consiste en la comprobación de los hechos objeto de enjuiciamiento. Por el contrario, es un poder contramayoritario, no menos que los derechos que garantiza, que son derechos de la persona como individuo y por ello siempre, virtualmente, contra la mayoría[33].

En efecto, ningún consenso político —del gobierno, la prensa, los partidos o la opinión pública— puede suplir la prueba que falte o desacreditar la adquirida de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista el consenso o el disenso popular no añaden ni quitan nada a la legitimidad de los juicios, esto es, a la verdad o falsedad jurídica o fáctica, de sus motivaciones. En el caso de los

magistrados empeñados en importantes procesos, se entiende la tentación de ceder a las lisonjas y los aplausos y a la autocelebración como poder bueno, depositario de lo verdadero y lo justo. Pero esta tentación vanagloriosa es un vicio que conlleva siempre el riesgo de plegar la actividad judicial a las expectativas de la opinión pública y de los medios de comunicación, cuya influencia solo puede obstaculizar la obtención de la verdad.

6.5.10. *El rechazo del papel de custodios de la moralidad pública*

Una décima regla: la jurisdicción penal no debe traspasar los confines representados por su sujeción a la ley. Los magistrados, en contra de lo que demasiado a menudo sucede y ha sucedido en estos años, no deben constituirse en guardianes de la moral y de la virtud pública o en vindicadores del pueblo[34]. La distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad política y moral —solo la primera relevante para la jurisdicción— es una distinción que se reclama no solo a la política, que no debe condicionar solamente a la primera su papel de censura, control y selección de sus propios exponentes, sino también a la magistratura, que no debe ocuparse de la segunda, ni interferir con inadmisibles controles de mérito en el ejercicio discrecional, aun cuando incorrecto o inmoral, de las funciones políticas de gobierno y de los poderes de la administración pública.

Además, la imparcialidad del juicio exige de los magistrados, no solo el rechazo de la autosuficiencia moralista, sino también de la autosuficiencia cognoscitiva y, con ello, gracias a la consciencia de los posibles errores, un firme control de las pasiones y de las emociones que son una de las principales causas de los errores. La cólera, la irritación, el desdén, pero sobre todo la arrogancia, la presunción, la vanidad, la vanagloria, la complacencia en el ejercicio del poder punitivo deben ser extraños a la actividad judicial[35], que exige a los magistrados serenidad, equilibrio buen sentido y plena conciencia de los propios límites. El presupuesto elemental para

poner un freno a las emociones y asegurar la serenidad de juicio es que el magistrado no ame el poder que tiene el deber de ejercer; que lo considere un instrumento necesario para su papel de garantía de los derechos; que no lo conciba como un poder bueno —ningún poder lo es—, sino que lo advierta como un límite, terrible y desagradable, de su desapasionado trabajo.

6.5.11. *El rechazo de toda instrumentación política de la jurisdicción*

La undécima regla deontológica consiste en no plegar el juicio penal a fines políticos y también en no dar lugar tampoco a la más lejana sospecha de una instrumentación política de la jurisdicción. Hoy la imagen de la magistratura ante el gran público tiene el riesgo de identificarse con la de los fiscales que se han dado a conocer por la relevancia política de sus investigaciones. Es una imagen nociva, que compromete la credibilidad de la magistratura y no solo la de las actuaciones judiciales.

Esa imagen trae a primer plano la cuestión de la participación de los magistrados en las competiciones electorales. Obviamente no puede prohibírseles presentarse a las elecciones: sería una violación del art. 51 de la Constitución. Pero en tiempos como estos, cuando es tan frecuente, aunque a menudo injustificada, la acusación de un uso político e instrumental de la jurisdicción, basta la simple sospecha de que la actividad judicial o incluso solo la notoriedad adquirida a través de los procesos sean utilizadas con fines políticos y electorales para justificar las reglas, introducidas por la reforma Cartabia, sobre los límites territoriales impuestas a las candidaturas de magistrados a las elecciones y sobre el no retorno a sus funciones judiciales de quien haya desempeñado cargos políticos electivos.

6.5.12. *El rechazo del carrerismo como regla de estilo*

En fin, la duodécima y última regla deontológica es una elemental regla de estilo: la tendencial indisponibilidad del magistrado o, cuando menos, su no excesiva aspiración a ejercer funciones de poder dentro de la organización judicial. En el § 6.4 se ha hablado de las reformas que habría que aprobar para poner sustancialmente fin a las carreras a través de la reducción de los poderes impropios de los que se alimentan. Pero más allá de tales reformas, un antídoto contra el carrerismo es el tendencial rechazo de la carrera y la indisponibilidad de los magistrados a satisfacer las distintas normas y prácticas que la determinan, incluidas las valoraciones de profesionalidad. Estas valoraciones, repito, a más de ser a menudo arbitrarias, acaban de hecho por instaurar relaciones impropias de poder entre los magistrados y, con ello, por minar la independencia.

En virtud de esta última regla deontológica, la mayor ambición de un magistrado debería estar dirigida, más que al ejercicio de funciones de dirección, al mejor ejercicio de la jurisdicción, en garantía de los derechos fundamentales de las personas. Esta regla de estilo sirve para fundar un amor propio profesional y un hábito intelectual que constituyen, no solo el presupuesto de la independencia de juicio y de la imparcialidad de los magistrados, sino también el mejor antídoto contra la pereza burocrática, la homologación y el conformismo.

6.6. *El asociacionismo judicial sin poderes*

Las causas de las degeneraciones producidas en Italia en las funciones de autogobierno y, en particular, en la atribución de encargos directivos, suelen identificarse, en el debate público, más que en el carrerismo y en las lógicas de poder que este genera, en el asociacionismo judicial y en el pluralismo de las corrientes dentro de la Asociación Nacional de Magistrados. Así se ha producido una verdadera inversión de la relación causa efecto. El verdadero origen

de las degeneraciones de las corrientes internas de la Asociación y del deterioro de las funciones de autogobierno está en el carrerismo y en las consiguientes lógicas clientelares de poder. Si acaso, el asociacionismo judicial y las corrientes, necesarias, dado el carácter electivo del CSM establecido por el art. 104,4 de la Constitución, precisamente porque confieren responsabilidad y transparencia a las formas y las dinámicas del autogobierno, son un antídoto a tales degeneraciones y un factor esencial de la democratización de la magistratura.

Pero hay otras dos razones por las que el asociacionismo de los magistrados debe defenderse y ser refundado como factor de democracia. Las indicó claramente el entonces ministro Vittorio Emanuelo Orlando, a raíz del nacimiento de la Asociación General de Magistrados de Italia, en el lejano 1906. En el curso de una entrevista, Orlando señaló los que consideraba dos peligros inevitablemente intrínsecos al asociacionismo judicial: la *igualdad* de los magistrados y su *compromiso civil colectivo*[36]. Pues bien, son precisamente estos dos aspectos los que durante más de un siglo han distinguido a la Asociación de Magistrados Italianos en defensa de la independencia de la jurisdicción y en apoyo de la democratización de la organización judicial: dos aspectos que, no por casualidad, son siempre vistos con fastidio y desconfianza por el poder político y que, en 1925, vale la pena recordarlo, llevaron a la disolución de aquella por su rechazo a transformarse en un sindicato fascista.

El primer aspecto es la igualdad de los magistrados, que requiere el abatimiento de la estructura piramidal del ordenamiento judicial como obvia condición de su independencia. Esta igualdad, ya lo he recordado, fue el fruto institucional más relevante de las batallas civiles de la magistratura progresista en los años sesenta y primeros setenta para la supresión de los distintos concursos internos —por títulos y/o por exámenes— a través de los cuales se desarrollaban las carreras de los magistrados y el control sobre ellos. Lo que contestamos fue, precisamente, la existencia de una carrera y, por eso, de una jerarquía dentro de la organización judicial. Aquella

jerarquía, decía Orlando en su entrevista, era «la esencia» de la vieja magistratura. Hoy, por el contrario, es la negación de la figura de los magistrados diseñada por la Constitución: iguales entre sí y distintos «solamente por la diversidad de funciones», dice el art. 107,3 y «sujetos *solamente* a la ley», dice el art. 101,2. La igualdad y la ausencia de jerarquías son, en suma, un requisito de la actividad profesional de los magistrados como condiciones de su independencia de juicio; del mismo modo en que deberían serlo, añadiré por inciso, de la actividad profesional de los estudiosos y los docentes universitarios, como condiciones elementales de su libertad de pensamiento, de investigación y de docencia, hoy pesadamente comprometida por los innumerables juicios y concursos a los que están sometidos.

No menos importante es el segundo aspecto del asociacionismo de los jueces: la vocación, criticada y temida por Orlando, al compromiso civil promovido por aquel. Preguntémonos: ¿por qué el asociacionismo ha tenido un papel tan decisivo en la democratización de la magistratura y en el desarrollo de una cultura garantista y una práctica judicial independiente? Porque las batallas civiles contra situaciones de poder consolidadas es muy difícil que puedan librarse con éxito por individuos aislados, y solo pueden serlo con eficacia por sujetos colectivos; y porque, en segundo lugar, el asociacionismo ha sido siempre en sí mismo un factor de movilización intelectual y cultural, y por tanto de maduración y de reflexión colectiva, de debate y de confrontación, de solidaridad, de común empeño civil y de fortalecimiento de la independencia. No es casual que el decreto de 16 de diciembre de 1926, por el que, tras la disolución de la Asociación decidida un año antes, fueron expulsados de la magistratura sus dirigentes más conocidos, fue motivado por el hecho de que «por obra de estos la Asociación asumió una actitud antiestatal», en realidad antifascista, «de subversión de la disciplina y la dignidad de la organización judicial»[37].

En los años de la República fue precisamente gracias a aquellos dos valores —la igualdad de los magistrados y el compromiso civil— como la renacida Asociación y sus corrientes, cuando todavía no se

habían convertido en grupos de poder, sino que solo eran lugares de debate y de reflexión colectiva, cumplieron un papel determinante en la democratización de la jurisdicción. Hasta la primera mitad de los sesenta, la magistratura italiana era un cuerpo burocrático jerarquizado, cultural y políticamente conservador, separado de la sociedad y sobre todo de sus sectores más débiles a los que advertía como hostiles y por los que, a su vez, era advertida como hostil. Fue el descubrimiento de la Constitución, que no podía producirse más que en la forma colectiva y compartida de los congresos de la Asociación de los magistrados —el más importante el de Gardone de 1965, ya recordado en el § 4.1.3— y de los debates en las corrientes y entre estas, lo que produjo un cambio profundo en la cultura de los jueces y promovió su compromiso dirigido a la constitucionalización de la jurisdicción[38]. Fue el asociacionismo de los jueces lo que produjo una toma de conciencia colectiva acerca de los valores constitucionales que la jurisdicción debe actuar y defender. Fue la acción colectiva de sus corrientes más avanzadas la que alimentó, y antes aún hizo posibles tantas batallas de progreso civil: por la democratización de la organización judicial; por la actuación del principio del juez natural: por la interpretación de la ley a la luz de los principios y los derechos constitucionalmente establecidos; por la afirmación de los derechos de los trabajadores como derechos fundamentales; por la defensa de los derechos de los presos contra las normas del reglamento carcelario fascista[39]; por la garantía de las libertades fundamentales contra las normas liberticidas y la jurisprudencia reaccionaria que ignoraban los principios constitucionales[40]; por la afirmación, en la cultura de los jueces, del principio de igualdad en sus dos significados, el formal y el sustancial, contenidos en los dos apartados del art. 3 de la Constitución italiana; por la promoción entre los magistrados del valor de independencia de la jurisdicción como función contramayoritaria instituida en garantía de los derechos de las personas[41].

Ha sido, en fin, el asociacionismo el que ha representado y todavía representa el principal antídoto contra tres tentaciones involutivas

que siempre amenazan a los magistrados. La primera es la de tipo *burocrático*, a la que corresponde la figura del juez amante de la vida tranquila y las jerarquías, que normalmente gravita en torno al poder. Es el tipo de juez que mi generación encontró en la Italia de los años sesenta, pero que vuelve a reproducirse en aquellos magistrados cuyo horizonte y cuyas ambiciones se identifican principalmente con las perspectivas de carrera.

La segunda involución, asimismo favorecida por la ausencia de la confrontación crítica generada por el asociacionismo, es la aparentemente opuesta de tipo *belicista* e inquisitivo, a la que corresponde la figura del magistrado protagonista y narcisista que se asume como poder bueno en lucha contra el mal —el terrorismo, la mafia, el crimen organizado, la corrupción o algún otro—. Es el tipo de juez que concibe la jurisdicción como lucha y al imputado como enemigo, según fue estigmatizado por Beccaria en el pasaje ya recordado sobre el «proceso ofensivo», y como sugiere el modelo del «derecho penal del enemigo» teorizado por Günter Jakobs.

La tercera involución es de tipo *corporativo*. Esta solo puede ser contrastada por un asociacionismo democrático basado, precisamente, en el pluralismo de las corrientes y de las opiniones. El asociacionismo desarrolló en el pasado y todavía puede desarrollar anticuerpos eficaces contra el corporativismo, correspondientes a otras tantas opciones estratégicas: en primer lugar, la crítica pública jurídicamente argumentada, por parte de los mismos magistrados, de las decisiones de sus colegas cuando lesionen principios constitucionales[42], rompiendo con ello la solidaridad corporativa[43]; en segundo lugar, el desarrollo del debate, dentro y fuera de la ANMI, sobre las diversas concepciones del papel de los jueces, acerca de los distintos modos de entender los problemas de la justicia y sobre sus distintas orientaciones jurisprudenciales. Estas opciones, que servirían para mostrar el pluralismo interno de la magistratura y para contradecir su solidaridad corporativa, han sido en gran parte abandonadas hace tiempo. Se trata de una opción miope, cuyo resultado, perjudicial para la imagen de la organización judicial, es que la magistratura es

hoy generalmente percibida como una casta homogénea, empeñada de una manera compacta en la tutela de sus componentes y de sus privilegios, y en la defensa también de las prácticas judiciales más iliberales y antigarantistas.

Invertir esta imagen y alimentar la crítica y el control de la corrección de los juicios por parte de la opinión pública, debería ser hoy, en interés de la magistratura, el principal objetivo de los grupos asociativos. Pero esto solo puede suceder de darse dos condiciones. La primera es que la Asociación y sus corrientes pierdan el actual carácter de grupos de poder, que está en el origen de su involución, y asuman, sobre la jurisdicción, el punto de vista de la sociedad y de los ciudadanos. Si desapareciera su poder de condicionar las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura gracias a la abolición de los presupuestos del carrerismo que aquí se ha propuesto, seguramente, las corrientes volverían a ser asociaciones exclusivamente comprometidas en la reflexión colectiva sobre los problemas de la justicia y, con ello, a desarrollar tan solo un papel de democratización de la magistratura. De la superación de las carreras depende, pues, no solo la independencia interna de los magistrados y una renovada credibilidad de la jurisdicción, sino también el futuro del asociacionismo de los magistrados. La alternativa es radical: la ulterior involución de la Asociación y de sus componentes como cuerpos separados de la sociedad, carentes de prestigio y de credibilidad, unidos por la autodefensa y divididos solamente por las luchas internas y oscuras de poder, o bien, como ocurrió en sus años mejores, su evolución, en cuanto carentes de poder, como lugares y protagonistas esenciales del debate democrático sobre la justicia y de la defensa de los valores de la jurisdicción.

La segunda condición es el desarrollo entre los jueces de la cultura garantista y una clara opción de la Asociación en su conjunto por las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción aquí ilustradas en el capítulo II. Se ha dicho desde el principio que la jurisdicción es un saber-poder y que será tanto más legítima cuanto mayor sea el saber y menor el poder. Todas las garantías, tanto las sustanciales

como las procesales son otros tantos límites y vínculos al poder de los jueces y de los fiscales, a cuya reducción deben contribuir, realizando en el máximo grado la dimensión del saber y la tutela de los derechos que son la fuente de legitimación de la jurisdicción. Los jueces deberían, pues, defenderlas para la tutela de su legitimación y en apoyo de su independencia, y reclamar su fortalecimiento del legislador. También porque, como se ha hecho ver en el § 3.4, es en la dimensión cognoscitiva de la jurisdicción donde se funda su legitimidad y su independencia; y es en la primacía de tal dimensión, asegurada por el riguroso respeto de las garantías, donde se manifiesta sobre todo la profesionalidad de los magistrados. Lamentablemente, en estos años, muchos magistrados y con mucha frecuencia su misma Asociación nacional se han opuesto a reformas garantistas, como la reducción de la prisión preventiva, la abolición de la cadena perpetua y la neta separación entre magistrados de la acusación pública y magistrados de enjuiciamiento. Han sido opciones miopes y autolesivas, a causa de las cuales se ha reducido la confianza de los ciudadanos en los magistrados y en su papel de garantía de los derechos y del correcto establecimiento de la verdad, y se ha acreditado la impresión de que, demasiado a menudo, estos defienden poderes impropios y privilegios corporativos. Dar un vuelco a estas opciones es, por tanto, del interés de la jurisdicción y de la credibilidad de la entera magistratura.

1. Sobre el ordenamiento judicial italiano, véanse A. Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario* [1963-1998], 2 vols., Editoriale scientifica, Nápoles, 2019, con prólogo de G. Silvestri e introd. de R. Romboli, que recoge los escritos más relevantes de Pizzorusso; G. Volpe, «Ordinamento giudiziario generale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 836 ss.; S. Senese, «Giudice (Nozione e diritto costituzionale)», en *Digesto*, vol. VII, *Pubblicistico*, Utet, Turín ^{4}1991, pp. 3 ss.; E. Paciotti, *Sui magistrati. La questione della giustizia in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1999; S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bolonia, 2012; G. Ferri, *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Turín, 2021, primera parte; Íd. (ed.), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Giappichelli, Turín, 2023. Recuerdo también un viejo escrito mío, «Per una riforma democratica dell'ordinamento giudiziario»: *Problemi del socialismo* 18 (1973), pp. 801 ss., donde, sobre la supresión de las carreras y la reducción de los poderes de los presidentes de los órganos, sostuve tesis no muy diversas de las que mantendré aquí [trad. cast., «Por una reforma democrática del ordenamiento judicial», en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 177 ss.].

2. De los 4000 jueces comprometidos con el fascismo, recuerda Livio Pepino, los depurados fueron solo 16 (*Forti con i deboli*, Rizzoli, Milán, 2012, p. 24). Sobre la ausencia de depuración, últimamente, véase A. Meniconi y G. Neppi Modona (eds.), *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Il Mulino, Bolonia, 2022. Sobre la compacta adhesión al fascismo de la mayor parte de los jueces —con pocas, luminosas excepciones— véanse A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bolonia, 2012, caps. IV-VI y G. Scarpari, *Giustizia politica e magistratura dalla Grande Guerra al fascismo*, Il Mulino, Bolonia, 2019, caps. XI-XVII, pp. 131 ss.

3. E. Bruti Liberati, en *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma- Bari, 2018, pp. 79-81, describe así la organización jerárquica de la magistratura hasta la institución del Consejo Superior, en 1959: «El viejo sistema de carrera» preveía que después de aprobar la oposición, «el primer destino de los auditores fuera decidido por el ministerio, no sobre la base de criterios prefijados, sino según las 'exigencias del servicio', concepto de lo más permeable a las presiones clientelares. Los dos años siguientes eran una suerte de periodo de prueba, destinado a concluir con un nuevo examen para el nombramiento como adjunto judicial también con un planteamiento sustancialmente teórico [...] Los sucesivos nombramientos-ascensos a magistrado de tribunal y a consejero de apelación eran conferidos, tras un concurso de méritos, por una comisión compuesta únicamente de altos magistrados; eran decisivos el examen de las resoluciones emitidas y los informes de los superiores [...] El poder de conformación de la jerarquía interna carecía de contrapesos y además, al no existir regla alguna para la asignación de los asuntos, podía sustraerse a los jueces demasiado celosos cualquier caso relevante. Puesto que el sueldo estaba asociado a las funciones efectivamente desempeñadas, la regla áurea era no entrar en conflicto con la jerarquía y no quedarse en órganos o funciones de 'primera línea', poco indicados para decisiones brillantes, no explorar soluciones jurídicas innovadoras y, menos aún, promover investigaciones incómodas para exponentes del mundo político o económico [...] Entonces, nadie hablaba de 'politización' de la magistratura: el sistema de carrera era decisivo para asegurar la sintonía con el poder». Sobre el viejo encuadramiento de los jueces y su distinción de grados —del grado octavo de auditor judicial al de primer presidente de la Corte de Casación—, según el ordenamiento Grandi, vigente en gran parte hasta los primeros años sesenta, cf. A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale* [1990], en Íd., *L'ordinamento giudiziario*, cit., vol. I, cap. II, § 6, pp. 53-58.

4. Sobre esta continuidad jurisprudencial, hay que recordar los dos libros de A. Battaglia, *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954 e Íd., *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962. Véanse, además, *supra*, las notas 3-5 del capítulo IV.

5. Como recordó Marco Ramat, *Una piccola storia in una grande storia*, en Íd. (ed.), *Storia di un magistrato. Materiali per una storia di Magistratura Democratica*, Manifestolibri, Roma, 1986, pp. 9-14, abatir la carrera fue el objetivo que, en los años sesenta, unió a toda la magistratura progresista y no solo a la recién nacida Magistratura Democratica.

6. «El diseñado por la Constitución que comenzó a cobrar realidad en los años setenta», ha escrito Livio Pepino, «es un poder judicial difuso y carente de vértices capaces de imponer o influenciar sus opciones y orientaciones [...] Es un sistema inverso en relación con el anterior: de la organización

jerárquica y centralizada se pasa a una estructura puntiforme [...] El modelo, en otros términos, es el del *pequeño juez*, de tantos pequeños jueces que realizan intervenciones y definen interpretaciones heterogéneas y preventivamente incontrolables. Rápidamente este modelo desquicia y redefine el sistema. Son tantos pequeños jueces (pretores, sobre todo) que remiten a la Corte Constitucional decenas y centenares de leyes heredadas del periodo liberal y del fascismo, provocando su declaración de inconstitucionalidad. Son tantos pequeños pretores y fiscales los que se aventuran en la empresa del control de legalidad difuso, extendido también a los poderes fuertes, políticos y económicos» (*Forti con i deboli*, cit., pp. 55-56).

7. Sobre este complejo y atormentado itinerario normativo, de la reforma del ministro Castelli a la del ministro Mastella, véase E. Bruti Liberati, *Magistratura e società*, cit., pp. 317 ss.

8. Sobre estas, pero asimismo sobre otras actuaciones resarcitorias que podrían producirse para la tutela también de quienes, sin haber sufrido una medida cautelar, hubieran experimentado un daño por causa del proceso en el que hubiesen sido absueltos, véase G. Spangher (ed.), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Turín, 2017.

9. Así G. Corso, «Danni da processo penale: profili costituzionali», *ibid.*, pp. 23 ss., que funda las indemnizaciones debidas por la detención injusta o por la reparación de los errores judiciales en un reparto social dictado por el principio constitucional de solidaridad. A su vez G. Alpa, «Atto lecito dannoso», *ibid.*, pp. 33 ss., cita, a propósito de dos indemnizaciones, la Sentencia de la Casación, secc. IV, n.º 7787/2016, de 25 de febrero, según la cual «ambos institutos no tienen naturaleza de resarcimiento del daño, sino de simple indemnidad o indemnización con base en principios de solidaridad social para quien haya sido injustamente privado de la libertad personal o condenado injustamente. Sin embargo, el origen solidarista de la previsión de los dos casos de reparación no excluye que se trate de derechos subjetivos calificables como de derecho público, a los que se contrapone, especularmente, una obligación estatal también calificable como de derecho público».

10. Para un análisis en profundidad, véase N. Zanon y F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bolonia, ^{4}2014, cap. VII, pp. 27 ss., que recuerdan que en 1996 y 1998 se produjeron nuevas propuestas de referéndum abrogatorio, dirigidas a introducir la responsabilidad civil directa del juez, que fueran declaradas inadmisibles por la Corte Constitucional por falta de claridad de la pregunta, mientras que otra, en 2013, no alcanzó el *quorum* de las 500 000 firmas. Últimamente, con su Sentencia n.º 49/2022, de 2 de marzo, la Corte Constitucional ha declarado inadmisible el referéndum abrogatorio promovido por cinco consejos regionales sobre la ley de 1988, a causa del «vacío» normativo a que habría dado lugar la que se consideró una «manipulación creativa» de la ley y no una simple pregunta dirigida a su abrogación.

11. *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. de M. Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, vol. I, lib. II, cap. X, pp. 140, 143-144: «La publicidad es la más eficaz salvaguardia [...] es el alma de la justicia [...] ¿Con qué podría sustituirse la publicidad? ¿Con apercibimientos, con severas leyes contra la prevaricación? Son necesarios, sin duda, pero consultando a la experiencia veremos que esos métodos se han prodigado en todas partes y en todas partes han resultado poco eficaces. ¿Qué significan esos apercibimientos y esas penas? No son sino una advertencia al juez inferior para que esté a bien con el juez superior. Ahora bien, la manera de estar a bien con él no es hacer justicia, sino hacerla en la forma que le sea más grata. Su primera virtud será una complacencia política. Pero para estar a bien con el público, el único medio es hacer justicia: el sufragio nacional tan solo existe a ese precio. El espíritu de cuerpo hará penoso al superior el castigo de un colega. El pueblo siente una simpatía natural hacia los oprimidos, pero los hombres que desempeñan un cargo son de otra especie y no obstante su odio personal, manifiestan siempre una simpatía entre ellos cuando se trata de mantener la autoridad. Por otra parte, ¿de qué sirve apelar a un juez que puede prevaricar en secreto ante otro que puede hacerlo en la misma forma? Si se hacen públicas las diligencias del primero, no se necesita al segundo y si se mantienen secretas las diligencias del segundo, apenas ofrece mayor seguridad que el primero [...] Las miradas del soberano, ¿reemplazarían a las del público?». Así también Beccaria: «Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que es quizá el único cemento de la sociedad, ponga freno a la fuerza y a las pasiones» (*De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § XIV, p. 159).

12. F. Carrara, *Programa de derecho criminal* [1870], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1964, vol. II, Introducción a la Sección tercera, p. 253. Y poco antes, *ibid.*, p. 236: para hacer que «el poder judicial [...] esté lo más que sea posible, emancipado del poder ejecutivo y mantenido de una u otra manera por las manos del pueblo», se necesita la «acción *vigilante*, por medio de la docta censura de jurisconsultos libres, sinceramente informados de las funciones especiales de los jueces». Una acción que no difiere de la crítica de las resoluciones judiciales por parte de otros magistrados, que un siglo más tarde sería teorizada y practicada ya en sus orígenes por Magistratura Democratica. «El mérito de la administración de justicia está en razón compuesta del valor moral de los jueces y del peso de la opinión pública que influye sobre ellos [vigilándolos]», escribió John Stuart Mill (*El gobierno representativo*, ed. de S. García del Mazo, Biblioteca Científica y Literaria-Librería de Victoriano Suárez, Madrid-Sevilla, 1878, cap. II, p. 48).
13. J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., vol. I, lib. II, cap. X, pp. 154-155: «Cuando el tribunal del público se abstiene de juzgar, es cuando, por exceso de ignorancia o de desaliento, cae en una indiferencia absoluta. Esta apatía representa, en ocasiones, el signo de la extrema desgracia. Es mil veces preferible que el pueblo juzgue mal a que se desinterese por completo de los negocios públicos. Cuando cada uno se aísla y se reconcentra, los lazos sociales se disuelven. Desde el momento en que el público dice de los juicios 'qué me importa', ya no hay otra cosa que amos y esclavos».
14. Recuérdese el pasaje de Montesquieu sobre la seguridad de los inocentes frente a las acusaciones arbitrarias, citado *supra* en la nota 34 del capítulo IV.
15. Sobre estos valores de independencia e imparcialidad, remito a P. Andrés Ibáñez, «Ética de la independencia judicial», en C. García Pascual (ed.), *El buen jurista, Deontología del derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 23 ss.
16. Recuérdese el pasaje de Beccaria contra el «proceso ofensivo» en el que «el juez se convierte en enemigo del reo», citado *supra* en el § 1.6.1.
17. Sobre las deformaciones del proceso penal provocadas por los procesos mediáticos paralelos, que consisten en su espectacularización, en el protagonismo de los fiscales, en el papel central asumido por las víctimas y en la confrontación de opuestos partidismos políticos, véanse V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, Bolonia, 2022 y E. Bruti Liberati, *Delitti in prima pagina. La giustizia nella società dell'informazione*, Raffaello Cortina Editore, Milán, 2022.
18. Este rasgo constitucional —esencial para garantizar, con el autogobierno, la independencia externa de la magistratura frente al poder político— ha hecho del Consejo Superior de la Magistratura italiano un modelo para muchos otros países. Ausente en el CSM previsto por el art. 64 de la Constitución francesa de 1958, en Francia el principio electivo fue introducido por la ley constitucional de 27 de julio de 1993. En España se produjo el proceso opuesto. Los efectos positivos del originario carácter electivo de 12 de los 20 componentes del Consejo General del Poder Judicial previsto en el art. 122 de la Constitución de 1978, fueron eliminados con tres pésimas reformas, en 1980, 1985 y 2013, debidas, en cada ocasión, a las contingentes conveniencias de los partidos. La más grave fue la de 1985, que dispuso la designación parlamentaria de todos los vocales del Consejo, transformándolo, como bien ha escrito Andrés Ibáñez, en un órgano partitocrático cuyos componentes, «encargados de garantizar la independencia de los jueces, con escasísimas excepciones, han renunciado a la propia», al obtener primero de los partidos la candidatura al Consejo, para luego satisfacer sus pretensiones de asignación por cuotas (*lottizzazione*) en la distribución de los cargos directivos y los puestos en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo (P. Andrés Ibáñez, «Il Consejo General del Poder Judicial: una istituzione disastrata»: *Questione giustizia* 3 (2021). Un Consejo Superior de la Magistratura, integrado por el pleno del Tribunal de Casación y competente en materia disciplinaria, había sido instituido por vez primera en Francia por una ley de 1883. En Italia un Consejo Superior de la Magistratura, compuesto por magistrados en parte elegidos por las cinco Cortes de Casación, entonces existentes, y en parte designados por el gobierno y solo dotado de funciones consultivas, fue instituido por la Ley n.º 511/1907, de 14 de julio. La primera teorización de un órgano de autogobierno de la magistratura se debe a G. Romagnosi, «Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa» [1815], en Íd., *Opere scelte*, Reale Accademia d'Italia, Roma, 1937, II/1, parte I, § 34-36, pp. 71-75. Una reflexión siempre actual sobre el CSM se debe a S. Senese, «Il Consiglio superiore della magistratura: difficoltà dell'autogoverno o difficoltà della democrazia?»: *Questione giustizia* 3 (1983), pp. 1 ss.

19. El art. 10 del Decreto Legislativo n.º 160/2006 prevé un largo elenco de cargos directivos y semidirectivos, tanto en las funciones propiamente jurisdiccionales como en las del ministerio público: funciones semidirectvas de primer grado, semidirectivas elevadas de primer grado, semidirectivas de segundo grado, directivas de primer grado, directivas elevadas de primer grado, directivas elevadas de segundo grado, directivas de legitimidad, directivas superiores, directivas apicales, a las que se añaden, en el caso de los fiscales, las semidirectivas y las directivas de coordinación nacional en la Dirección Nacional Antimafia. Los juicios («positivo», «no positivo», «negativo») se formulan por el CSM a partir de los emitidos por los Consejos Judiciales del distrito en el que trabaja el magistrado y se basan, sobre todo, en sus actuaciones judiciales elegidas «por muestreo», así como sobre la llamada «relación informativa» del presidente del órgano al que pertenece y sobre las «estadísticas» de sus resoluciones.

20. Recuérdense las palabras de Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. cast. (de la 3.ª ed. italiana) de S. Sentís Melendo, C. Finzi, E. J. Medina Garijo, y N. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, p. 277: «La peor desgracia que podría ocurrirle a un magistrado, sería la de enfermar de ese terrible morbo de los burócratas que se llama conformismo. Es una enfermedad mental, similar a la agorafobia: el terror de su propia independencia; una especie de obsesión, que no espera las recomendaciones externas, sino que se las anticipa; que no se doblega ante las presiones de los superiores, sino que se las imagina y les da satisfacción de antemano».

21. La abolición en la magistratura de cualquier tipo de carrera, la igualdad de las funciones, la temporalidad de los cargos directivos y el valor democrático de la difusión del poder judicial y de la personalización de las funciones han sido, hasta no hace muchos años, objetivos compartidos por toda la cultura jurídica progresista. Me limitaré a recordar, además de mi escrito ya citado «Por una reforma democrática del ordenamiento judicial», a G. Borrè y S. Senese, «Lo sciopero dei magistrati»: *Qualegiustizia* 31-32 (1975), pp. 32-33, que reclamaron «la unívoca abolición de las actuales categorías (magistrado de tribunal, de apelación, de casación, con funciones directivas superiores)», que «serviría muy oportunamente para eliminar cualquier residuo de carrera de la organización judicial»; S. Senese, «Strutture giudiziarie e politica delle riforme», ponencia presentada en el XVI Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados, Bari, 30 de abril-3 de mayo de 1976, pp. 55 ss., en particular p. 59, sobre la «eliminación de los distintos grados» y «la igual legitimación de todos los magistrados para el ejercicio de todas las funciones»; G. Borrè, «C'è ancora una 'carriera' in magistratura?» [1986], en Íd., L. Pepino (ed.), *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001, pp. 146 y 152-153, que afirmó que «la abolición de los aparatos selectivos [...] ha privado de sentido también a sus corolarios naturales representados por las comisiones de evaluación», que «hacían de la alta magistratura un centro de poder», y auspició «el crecimiento de la cultura de la igualdad de las funciones» y la «temporalidad» de todos los cargos directivos; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia*, cit., cap. II, § 6, pp. 53-58, que, además, de la «abolición de la carrera» impuesta por el art. 107,3 de la Constitución, propuso la elección de los presidentes por parte de todos los magistrados del órgano (*ibid.*, pp. 57-58); G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1997, p. 162, según el cual «la figura ideal del magistrado *sine spe nec metu* no es conciliable con una 'carrera' en los rangos de la organización judicial marcada por promociones equivalentes a un estatus profesional de 'grado' más elevado»; L. Pepino, *Forte con i deboli*, cit., p. 49, que pone de relieve que todos los mecanismos selectivos dirigidos a valorizar la meritocracia «han seleccionado siempre no a los mejores, sino a los homogéneos»; P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 145-150, según el cual la carrera «induce al conformismo, jurisprudencial y no solo, con los criterios del vértice» y también con quienes disponen del poder de realizar nombramientos (*ibid.*, p. 147). Pero recuérdese, antes aún, la dura oposición a la carrera expresada por L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Florencia, 1895, § 160, p. 180: «La jerarquía judicial, que hace de la magistratura una carrera que recorrer por grados, con tratamiento económico progresivo, lleva consigo las más funestas insidias para el carácter y la integridad de la función, la envilece y convierte en un oficio cualquiera, en una industria cualquiera para ganarse la vida»; la negación de toda jerarquía entre magistrados teorizada por H. Kelsen, «Giurisdizione e amministrazione» [1929], trad. it. de C. Geraci, en Íd., *Il primato del Parlamento*, trad. it. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1982, § 9, p. 132: «Los jueces, en su actividad específica, no tienen ningún superior,

mientras que los funcionarios administrativos, en la aplicación de las leyes que entran dentro de su competencia, están vinculados por las directivas individuales de sus superiores»; la anulación de los distintos grados y la progresión en la carrera solo por antigüedad propuestos por A. Candian, «E adesso per dove? Il problema dell'ordinamento giudiziario», en A. Candian, E. Redenti y A Loffredo, *Per l'ordinamento giudiziario*, Giuffrè, Milán, 1945, p. 6; en fin, los riesgos generados por la carrera, denunciados por P. Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, cap. III, § 6, pp. 80-81: «La 'carrera' tiene el peligro de transformarse, como sucede para todos los empleados, en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado [...] Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente, por costumbre burocrática, a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia 'carrera', y puesto que el ascenso a que aspira depende del juicio encomendado a una comisión de magistrados de grado superior que deberán valorar los 'títulos' del aspirante (consistentes en la mayoría de los casos en las sentencias redactadas por él) [...] preferir[á] las tareas que le darán mayor oportunidad de fabricarse 'títulos' idóneos para congraciarlo con sus futuros examinadores».

22. Un óptimo modelo deontológico del «buen juez» es el diseñado por Thomas Hobbes: «Las cosas que hacen de un hombre un buen juez o un buen intérprete de las leyes, son, en primer lugar, *un recto entendimiento* de esa principal ley de la naturaleza llamada equidad. Dicho entendimiento, al no depender de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad de la propia razón natural de un hombre y de su capacidad de reflexión, se presume que residirá en mayor medida en aquellos que han podido disponer de más tiempo, y que tienen una mayor inclinación a meditar sobre ese particular. En segundo lugar, *un desprecio por riquezas y honores innecesarios*. En tercer lugar, la capacidad, a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, indignación, odio, amor y compasión. En cuarto y, por último, paciencia para escuchar; diligente atención a lo que se oye y memoria para retener, digerir y aplicar lo que se ha oído» (T. Hobbes, *Leviatán*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, cap. 26, p. 228). Los valores de la prudencia, la equidad, la templanza, el amor a la verdad y la atención a todas las opuestas razones son recomendados a los jueces en el ensayo de Massimiliano Murena, *Tratado sobre las obligaciones del juez*, Trotta, Madrid, 2022, cap. V, pp. 39-45.

23. Amilton Bueno de Carvalho expresa, en cierto modo, esta idea en «Sobre la justicia criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español», trad. cast. de C. López Keller: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 23 (1994), p. 85: «El juez, al condenar, consciente o inconscientemente, se adhiere en el plano ético al resultado de la decisión. O sea, el juez es responsable de los efectos de la condena: queda vinculado psicológicamente al hombre al que impuso la pena de prisión. En consecuencia, el acto condenatorio traspasa la mera relación procesal de depuración de la culpa. La vida (o la muerte) del condenado durante el cumplimiento de la pena, es un fuerte componente del proceso».

24. Por ejemplo, el código ético de los magistrados italianos adoptado el 7 de mayo de 1994 por el Comité Directivo de la Asociación Nacional de Magistrados, sobre el que puede verse el volumen *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, ed. de L. Aschettini, D. Bifulco, H. Epineuse y R. Sabato, Jovene, Nápoles, 2006. Véanse también los llamados *Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, elaborados en un congreso de presidentes de Tribunales Supremos celebrado en La Haya los días 25 y 26 de noviembre de 2002, en VV. AA., *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, pp. 171 ss. y el *Código Modelo Iberoamericano de Ética judicial*, *ibid.*, pp. 110 ss., citados, junto con otros códigos deontológicos, por P. Andrés Ibáñez, «Ética de la independencia judicial», cit., pp. 37-41. Un elenco de valores deontológicos puede verse en art. 1 del Decreto Legislativo n.º 109/2006, de 23 de febrero, sobre la responsabilidad disciplinaria: «El magistrado ejercerá las funciones que le están atribuidas con imparcialidad, corrección, diligencia, laboriosidad, reserva, equilibrio y respeto de la dignidad de la persona».

25. *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. VI, p. 152.

26. M. Condorcet, *Idées sur le despotisme* [1789], en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, t. IX, p. 155.

27. «También los imputados», escribió Dante Troisi, «deberían vestir la toga. El agente judicial les ayudará a ponérsela para ocultar los harapos o el chaleco cruzado, la carne lívida o la camisa de seda

[...] Un imputado vestido como los jueces y los abogados puede que impusiera respeto a unos y a otros, que no le prestan atención o se la prestan lo justo para reforzar la impresión que ya tienen de él. Cada una de las partes pelotea con el imputado con la presunción de saberlo todo de él. Con toga, él, culpable o inocente, quizá se vea semejante a quien lo juzga y lo defiende. En otro caso, este signo solo sirve para infundir temor y aligerar el bolsillo» (*Diario di un giudice* [1955], Einaudi, Turín, 1962, pp. 32-33). Hay que recordar que Dante Troisi, por este libro, sufrió un expediente disciplinario que concluyó con una censura por la «desconfianza en la organización judicial» provocada por él en el lector.

28. He insistido más veces en el valor de esta asimetría, sobre la que volveré en el § 7.3.2, en: *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 53 ss.; *PiII*, II, § 15.5, p. 318 y § 16.6, pp. 494-499; *La construcción de la democracia*. *Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 7.3, pp. 368-375 y § 8.6, pp. 448-449.

29. Un increíble y escandaloso ejemplo de masiva violación de esta regla y, al mismo tiempo, del principio de imparcialidad, es la mole de insultos con que Mimmo Lucano, exalcalde de Riace que —como he recordado en el § 4.5.3— había dado vida a un modelo admirable de acogida y de integración de extranjeros inmigrantes, fue cubierto en la sentencia del Tribunal de Reggio Calabria de 30 de septiembre de 2021 que le condenó a trece años y dos meses de cárcel: «movido por un designio obsesivo» en busca de «cada vez mayor visibilidad» (p. 197), «sediento de poder» (p. 237), dominado por el «ansia de poder» (p. 245), «esclavo de su ferviente ambición política» (p. 248) que «subrepticiamente recurre a trucos contables de bajo perfil» (p. 267), «dirigidos al vil acaparamiento de recursos públicos» (p. 278), cuya «terca determinación» (p. 677) se ha manifestado en plegar la administración pública a «sus propios intereses personales» (p. 679) y al propio «poder patronal» (p. 871). Son solo algunas de las injurias con las que se ha tejido este triste documento de los abusos de poder de nuestros jueces: verdaderos ilícitos disciplinarios, según los arts. 1 y 2a) y d) sobre la falta de respeto, los daños injustos y las incorrecciones en relación con el imputado. En este penoso texto no falta la petición de principio irrefutable propia de la lógica inquisitorial: la ausencia de pruebas del enriquecimiento de Lucano que, dice la sentencia, depende de su «astucia disfrazada de falsa inocencia» (p. 724) y acreditada por su casa, «deliberadamente mantenida en humildes condiciones para enmascarar de un modo más convincente la actividad ilícita puesta en práctica» (p. 619).

30. P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., cap. XIV, pp. 394 ss., dedica un parágrafo a la «palabra de juez», es decir, a las palabras incomprensibles, siempre perentorias, al léxico burocrático, los latinismos, los innumerables gerundios en las premisas, y a las frases crípticas y oscuras de la jerga judicial con la que los jueces se comunican con los justiciables —en las citaciones, en las providencias, los autos y las sentencias— como si el fin, y no solo el efecto, de esta antilengua fuese no hacerse entender. Recuérdense también las palabras de C. Beccaria, *De los delitos*, cit., § 5, p. 125, contra las leyes «escritas en una lengua extraña al pueblo que lo sitúe bajo la dependencia de unos pocos».

31. El instrumento hoy más eficaz para alzar «un mar de niebla» dirigido a hacer incomprensibles las motivaciones, escribe Paolo Borgna, «se llama 'copia y pega'. El contenido de kilométricas observaciones de la policía —a menudo tanto más inconsistentes cuanto más largas— aparece, a veces (no siempre) íntegramente recogido en los escritos del fiscal y de estos trasladado textualmente en las resoluciones del juez de las investigaciones preliminares. Para acabar al fin —en particular, cuando el imputado opta por el procedimiento abreviado— en la motivación de la sentencia. Lo curioso es que las prolijas diligencias policiales de las que se parte son, a veces, el fruto del 'copia y pega' de notas de servicio y de interminables o confusas interceptaciones. El resultado es un potaje motivacional repelente y nada convincente, y también esto explica por qué muchas de las sentencias de primer grado son reformadas en apelación» (P. Borgna y J. Rosatelli, *Una fragile indipendenza. Conversazione intorno alla magistratura*, Edizioni SEB 27, Turín, 2021, p. 94). Sobre la innecesaria prolijidad de las motivaciones y, en particular, sobre ese inútil exceso de erudición jurisprudencial, que ahora es «de disco duro», véanse las páginas de P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., cap. X, pp. 277-283.

32. El difícil equilibrio entre derecho a la información, discreción de los magistrados, derecho de defensa y respeto de los investigados, ha sido realizado en Italia por el art. 5 del Decreto Legislativo n.º 106/2006, modificado en aplicación de la Directiva europea n.º 343/2016, por el art. 3 del Decreto Legislativo n.º 188/2021. El primer apartado de este artículo establece que, en los tribunales, «el fiscal jefe mantiene personalmente, o a través de un miembro de la fiscalía delegado al efecto, las relaciones con los medios de información, exclusivamente mediante comunicados oficiales, o bien, en los casos

de particular relevancia pública de los hechos, a través de ruedas de prensa. La determinación de hacer uso de estas se acuerda mediante resolución motivada y por razones de interés público que la justifiquen». El segundo apartado del art. 5 añade que «la difusión de informaciones sobre procedimientos penales solo se permite cuando sea estrictamente necesaria para la continuación de las investigaciones o concurran otras razones específicas de interés público. Las informaciones sobre los procedimientos en curso se proporcionan con objeto de aclarar la fase en que se encuentra el procedimiento y, en todo caso, para asegurar el derecho de la persona investigada y del imputado a no ser señalados como culpables hasta que la culpabilidad haya sido declarada por sentencia o decreto penal de condena irrevocables». En fin, el tercer párrafo del mismo artículo establece que «se prohíbe a los fiscales realizar declaraciones o proporcionar noticias a los medios de información acerca de la actividad judicial del órgano». Sobre esta compleja disciplina, no siempre dotada de efectividad, véase E. Bruti Liberati, *Delitti in prima pagina*, cit., cap. 7, pp. 205 ss. También G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, cap. I, pp. 24 ss. y cap. IV, pp. 161 ss.

33. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it. de G. Rebuffa, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 274-278 y 318-323.

34. No es admisible, escribió Alessandro Galante Garrone en el lejano 1964, «que el magistrado sea llevado a arrogarse poderes que no le competen, asumiendo funciones de tutor de la moral pública y privada, de censor de la vida pública, de supremo controlador e inquisidor». Y también: «Corresponde al magistrado, no secundar los impetuosos (y en sí mismos ciertamente saludables) movimientos de indignación y de disgusto de la opinión pública frente a ciertos preocupantes y difundidos fenómenos de incorrección administrativa; sino antes bien deslindar el ilícito penal del magma indistinto de la deshonestidad» (pasajes citados por P. Borgna, *Un paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 369-370).

35. «La templanza [...] calma las pasiones de los magistrados, que serían causa de los mayores excesos, porque deben pesar las razones de las partes sin la menor alteración. Los jueces deben establecer por primera regla no juzgar cuando estén encolerizados, porque la razón exige que no se guíen por la pasión que les domina» (M. Murena, *Tratado sobre las obligaciones del juez*, cit., p. 43). La templanza, como actitud del juez consistente en «usar moderadamente el —extraordinario— poder de que está investido [...] [en] esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etc.» es también para Manuel Atienza, una de las virtudes del juez: esta, afirma, conecta con esa virtud que incluye a todas las demás y que es la «prudencia» como «inteligencia práctica», «una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo», que a su vez comporta «la simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro» y, al mismo tiempo, «mantener cierta distancia en relación con los otros» como condición de la «cautela» y la «serenidad» del juicio (*Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, cap. VI, pp. 140-141).

36. Es la entrevista concedida por Orlando el 23 de agosto de 1909 al *Corriere della sera* sobre la Asociación General de los Magistrados Italianos, creada en Milán en una asamblea con 44 participantes celebrada poco más de dos meses antes, el 13 de junio de 1909. A ella se refiere Emilio R. Papa, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana. 1861-1913*, Marsilio, Padua, 1973, pp. 95 y 104-105. Véase también, sobre esta entrevista y sobre el valor del asociacionismo judicial, P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., cap. XVII, pp. 449 ss. y E. Bruti Liberati, *Magistratura e società*, cit., cap. I, § 3, pp. 10 ss.

37. Son todas palabras tomadas de la motivación y citadas por E. Bruti Liberati, *Magistratura e società*, cit., p. 14. Uno de los expulsados fue, obviamente, el presidente Vincenzo Chieppa, autor del editorial del último número de *La Magistratura*, de 15 de enero de 1926, del que Bruti Liberati cita (p. 13), este pasaje: «Puede que, con un poco más de 'comprensión' —como eufemísticamente suele decirse— no hubiera sido imposible organizarse una pequeña vida sin graves dilemas y sin riesgos, una pequeña existencia movida por alguna brisa tenue, al amparo de las intemperies y protegida por la nobleza de alguna satrapía [...] La fe a medias no es nuestro fuerte: la 'vida cómoda' es demasiado simple para espíritus simples como nosotros. Por eso preferimos morir».

38. Sobre el asociacionismo de los magistrados, recuérdense Emilio R. Papa, *Magistratura e politica*, cit.; G. Cotturri, «Associazionismo e politica nella magistratura»: *Democrazia e diritto* 3 (1977), pp. 493 ss.; S. Senese, «Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana»: *Democrazia e diritto* 4-5 (1986), pp. 25 ss.; Íd., «La formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad?», trad. cast. de

P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 12 (1991), pp. 154 ss.; L. Ferrajoli, «Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario»: *Questione giustizia* 4 (2015), pp. 178 ss.; P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., cap. XVII, pp. 449 ss.; E. Bruti Liberati, *Magistratura e società*, cit., *passim*.

39. Causaron sensación las resoluciones del juez de Vigilancia de Pisa, Vincenzo Accattatis, que, en aplicación del art. 27 de la Constitución sobre el «sentido de humanidad» que debe informar la ejecución penal y del art. 101 sobre la sujeción de los jueces «solamente» a la ley (y no también a los reglamentos) concluía legítimamente sus decisiones de concesión de permisos a presos con la fórmula, sin duda provocativa, «este juez, leído e inaplicado el regio Decreto n.º 787/1931, de 18 de junio, con el reglamento de los institutos penitenciarios, dispone, etc.». Lo recuerda I. Cappelli, *Gli avanzi della giustizia. Diario del giudice di sorveglianza*, Riuniti, Roma, 1988, p. 18.

40. Sobre Magistratura Democratica (MD), véase el número dedicado a «La magistratura in Italia»: *Il Ponte* 6-7 (1968), compuesto de escritos de miembros de MD e introducido por Marco Ramat: «Che cosa abbiamo voluto dire» (pp. 718 ss.); V. Accattatis, L. Ferrajoli y S. Senese, *Per una magistratura democratica*, ponencia en el Congreso de Magistratura Democratica del 3 de mayo de 1971 (llamada por la portada de la versión mecanográfica «libretto giallo» [librito amarillo]): *Problemi del socialismo* 13-14 (1973), pp. 149 ss. [«Por una Magistratura Democratica», en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Política y justicia en el estado capitalista*, cit., pp. 115 ss.]; L. Ferrajoli, «Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Bari, 1973, pp. 105 ss. [«Magistratura Democratica y el ejercicio alternativo de la función judicial», en *Política y justicia*, cit., pp. 197 ss.); Íd., «L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano»: *Qualegiustizia* 21-22 (1974), pp. 502 ss. [«Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano», en *Política y justicia*, cit., pp. 87 ss.]; Íd., «Per una storia delle idee di Magistratura Democratica», en *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, ed. de Nello Rossi, Franco Angeli, Roma, 1993, pp. 55 ss.; D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, con introd. de G. Cotturri, De Donato, Bari, 1977; R. Canosa, *Storia di un pretore*, Einaudi, Turín, 1978; M. Ramat, *Una piccola storia*, cit., en Íd. (ed.), *Storia di un magistrato*, cit., donde se recuerda, junto con los primeros seis años de Magistratura Democratica, la bella figura de Ottorino Pesce, entre los fundadores del grupo, fallecido a la edad de 39 años, el 6 de enero de 1970; S. Senese, «Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana», cit.; P. Costa, «L'alternativa 'presa sul serio'. Manifesti giuridici degli anni settanta»: *Democrazia e diritto* 3 (1987), pp. 15-56; G. Borrè, «Magistratura e costituzione. Dalla continuità al nuovo» [1993], en L. Pepino (ed.), *L'eresia di Magistratura democrática. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milán, 2001, pp. 245 ss.; G. Palombarini, *Giudici a sinistra. I 36 anni della storia di Magistratura Democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000; Íd., *La variabile indipendente. Qualegiustizia negli anni Duemila*, Dedalo, Nápoles, 2006; L. Pepino, «Obiettivo 2: Appunti per una storia di Magistratura democrática»: *Questione giustizia* 1 (2002), pp. 111 ss. Sobre la cultura jurídica de la izquierda, véase también el balance realizado en *Quali garanzie. Difesa penale, Pubblico Ministero, Carceri, Informazione. La ricerca sulla giustizia del Centro per la riforma dello Stato*, ed. de G. Cotturri y M. Ramat, De Donato, Bari, 1983.

41. Merece recordarse, a propósito de la batalla en apoyo de las libertades fundamentales, la que fue la experiencia más original de Magistratura Democratica: la propuesta, en 1971, de un referéndum abrogatorio de los delitos de opinión todavía previstos por el Código Rocco —yo mismo me encargué de anunciarla y de escribir la presentación, «Un referendum abrogativo dei 'reati d'opinione'»: *Democrazia e diritto* 3 (1970), pp. 319 ss.— y hoy olvidada, con la que unos pocos centenares de magistrados recogieron centenares de millares de firmas (en torno a 300 000) pero sin llegar a las 500 000 necesarias para su admisión. Anunciada en el congreso de la ANMI celebrado en Trieste en 1970, la iniciativa —el primer intento referendario, después de la Ley n.º 352/1970, de 25 de mayo, que instituyó el referéndum— produjo la ruptura, quizá más clamorosa, con el tradicional conformismo en los modelos de comportamiento de los jueces: una apertura al exterior, aunque fuera de una minoría de magistrados, que, en la recogida de las firmas, los puso en contacto directo con los ciudadanos, llevándoles a hablar de los problemas de la justicia en asambleas públicas, en las casas del pueblo, en las fábricas y en las calles. Desgraciadamente, la izquierda política —parlamentaria y

extraparlamentaria— en confirmación de su débil cultura liberal, no sostuvo, sino que se opuso a la iniciativa.

42. La crítica pública de las resoluciones de los jueces también por parte de los magistrados, como factor de responsabilización y democratización de la función judicial, ha sido uno de los motivos animadores de la acción de Magistratura Democratica desde sus orígenes. La forma más eficaz, y quizá precisamente por esto cuestionada, en que puede hacerse valer la responsabilidad social de los magistrados de la que se ha hablado en el § 6.2.2. Recuérdense: M. Ramat, «Responsabilità politica della magistratura»: *Foro amministrativo* III (1969), pp. 15 ss.; Íd., *Storia di un magistrato*, cit., pp. 23 ss.; S. Senese, «La critica dei provvedimenti giudiziari da parte dei magistrati», en N. Lipari (ed.), *Giustizia e informazione*, Laterza, Bari, 1975, pp. 243 ss.; G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, cit., pp. 76-79. Una crítica analítica del proceso contra Pietro Valpreda fue desarrollada por un grupo de integrantes romanos de MD coordinados por Luigi Saraceni, en el volumen *Valpreda + 4. Anatomia e patologia di un processo*, La Nuova Italia, Florencia, 1973. Recuérdense también todos los números de *Qualegiustizia*.

43. Fue un documento aprobado en una asamblea de MD celebrada en Bolonia el 30 de noviembre de 1969, en el que se expresaba una severa crítica del arresto de Francesco Tolin por delitos de opinión cometidos con algunos artículos publicados en la revista *Potere operaio*, que dirigía. El documento ocasionó, el 20 de diciembre de 1969, la escisión del grupo Giustizia e Costituzione (que luego se llamaría Impegno Costituzionale) y fue el origen de la refundación de Magistratura Democratica. Lo ha recordado M. Ramat, *Una piccola storia*, cit., pp. 22-30. Pero recuérdese, antes aún, el documento aprobado el 30 de julio de 1968, por un grupo de magistrados contra la avocación por parte del fiscal general de Roma, Ugo Guarnera, de la instrucción sobre el llamado suicidio del coronel jubilado del Sifar, Renzo Rocca, asignada al sustituto de turno Ottorino Pesce. En él se afirmó que «el instituto de la avocación es uno de los medios predispuestos por el viejo ordenamiento con el fin de permitir la injerencia del ejecutivo en la actividad jurisdiccional» (F. Marrone, «La 'sezione romana' di Ottorino Pesce», en *Storia di un magistrato*, cit., pp. 35 ss.; G. Viglietta, «Il 'caso Rocca'», *ibid.* pp. 57 ss.). La crítica de las resoluciones se reveló así, no solo como un factor de responsabilización moral y social de los magistrados criticados, sino también como una manifestación de independencia de las jerarquías internas de la organización judicial y un signo de ruptura de la tradicional solidaridad corporativa.

Capítulo VII

LA PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD: DERECHO PENAL MÍNIMO Y POLÍTICAS NO PENALES

7.1. *La expansión del derecho penal y del encarcelamiento de los pobres. Por un derecho penal mínimo y un derecho social máximo*

En estos últimos decenios ha crecido enormemente el uso demagógico del derecho penal y, en todo el mundo, el número de los presos. Ya he hecho referencia al *boom* penitenciario en Estados Unidos, donde en los últimos cincuenta años la población carcelaria se ha multiplicado por siete[1]. En Italia en los últimos treinta años, como he dicho en el § 5.3.1, no obstante la disminución de la tradicional criminalidad individual, se ha más que duplicado el número de presos, pasando de unos 26 000 en 1990 a 58 083 el 22 de agosto de 2023, y el número de los condenados a cadena perpetua ha aumentado en más de cuatro veces. Lo mismo, aunque en menor medida, ha sucedido en los demás países europeos, con incrementos de en torno al 40 %[2]. En todas partes la población carcelaria está compuesta en la mayor medida por personas débiles y marginadas. Los condenados por corrupción o cohecho y otros delitos de cuello blanco son una ínfima minoría[3].

En los orígenes de estos fenómenos están las políticas liberistas de agresión al *welfare* y a los gastos sociales, y la campaña, desencadenada en su apoyo, sobre la urgencia de garantizar la seguridad contra la criminalidad callejera y de subsistencia que, precisamente, tienen en tales políticas sus principales causas. Tolerancia cero y defensa del orden público son las consignas que

han acompañado en el debate político, siempre bajo la enseña de la urgencia, a los innumerables «paquetes seguridad» contra los migrantes, reincidentes y toxicodependientes, al incremento de las medidas de prevención contra los vagabundos y los sin techo, y a las ordenanzas de los alcaldes contra los lavaparabrisas y los mendigos. Gracias a la mayor dureza clasista de las leyes y de los juicios, el derecho y la jurisdicción penal han acentuado su papel de instrumentos de encarcelamiento de los pobres y los marginados. Por lo demás, en el debate público y en el sentido común, la palabra seguridad hace muchos años que ha cambiado de sentido. Ya no significa seguridad social determinada por las garantías de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia. Menos aún significa la seguridad auspiciada por Montesquieu contra los abusos y los arbitrios judiciales y policiales. Solo significa la seguridad frente a los delitos de la calle, los robos violentos y los producidos en domicilios, el pequeño tráfico de drogas y toda la microcriminalidad de subsistencia de los pobres y los marginados. Es un cambio profundo del imaginario colectivo. Con múltiples ventajas para la demagogia política, junto con las ya ilustradas en el § 4.5: el menor coste de las exasperaciones punitivas en relación con los gastos sociales, la desviación de la atención de la opinión pública de la inseguridad social y de los crímenes del poder, y la creación de enemigos, absolutamente esencial para el populismo, tanto político como judicial.

Las actuales políticas liberistas y populistas apuntan, pues, abiertamente, a un derecho penal máximo y a un derecho social mínimo —entendiendo aquí, por «derecho social», sumariamente, el conjunto de las garantías de los derechos sociales y de los bienes fundamentales de todos—, es decir, a una involución de nuestros sistemas políticos de un tipo al mismo tiempo iliberal y antisocial. Es claro que la refundación del garantismo penal solo podrá producirse mediante la renuncia a estas políticas y su sustitución por un derecho penal mínimo y un derecho social máximo. Por ser una fuente de seguridad y no de inseguridad y de peligros para las libertades fundamentales, es necesario que el derecho penal pierda

su actual centralidad como instrumento de control social y recupere su papel de *extrema ratio*. Para ganar, no ya el consenso, sino la confianza de los ciudadanos, la magistratura debe reducir radicalmente sus espacios de arbitrio, gracias a una refundación garantista de su cultura y de sus prácticas. Para refundar el equilibrio entre los poderes del estado, es necesario que deje de ser parte del gobierno, aunque sea indirecta o de hecho, para ser parte de la sociedad, y recupere entera y únicamente sus funciones de garantía. Pero sobre todo, para que los jueces estén sujetos solamente a la ley, es necesario que la legislación y para ello la política sepan cumplir su papel, refundando la legalidad a través de la reserva de códigos y de leyes orgánicas, liberando a la lengua legal de la jerga burocrática, escribiendo las leyes en una lengua comprensible, abandonando los laberintos normativos y las expresiones equívocas e indeterminadas y rechazando las muchas formas de tutela anticipada instrumentadas con medidas de prevención contra peligrosos y sospechosos. Por otra parte, la opción garantista impone la maximización de lo que he llamado «derecho social», y por eso la disminución de la pobreza, que está en el origen de la delincuencia de subsistencia, pero también la reducción de todos los poderes de los que, en ausencia de garantías, resulta posible el abuso.

En efecto, pues el garantismo, como cara operativa del constitucionalismo, no consiste, como algunos querrían, en la limitación del poder judicial en beneficio de la impunidad de los poderosos y de la ausencia de límites al poder político de las mayorías y al económico de los mercados. Quiere decir exactamente lo contrario, sistema de límites, de vínculos y controles impuestos por la ley y la constitución a todos los poderes, tanto públicos como privados, en garantía de los derechos y de los bienes fundamentales de todos. No solo de los derechos de libertad, sino también de los derechos sociales; y no solo de los derechos fundamentales, sino también de los bienes comunes. En su base hay un modelo de democracia como sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites de forma y vínculos de sustancia

a su ejercicio, de garantías de los derechos y de los bienes vitales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Derecho social máximo y derecho penal mínimo están, por tanto, conectados entre sí, del mismo modo que en sentido inverso lo están derecho penal máximo y derecho social mínimo: el derecho penal se expande tanto más cuando está ausente o se reduce el derecho social, y viceversa.

7.2. *Para una teoría general del garantismo. Tres falacias penalistas*

La teoría del garantismo es, por tanto, una teoría que va mucho más allá de la teoría del garantismo penal. Es una teoría general de las garantías de todos los derechos, intrínsecamente unitaria: el garantismo penal supone el garantismo social, que a su vez supone el garantismo constitucional que en la época de la globalización supone, a su vez, la expansión a escala global, más allá de las fronteras disciplinares entre los diversos sectores del ordenamiento. En efecto, las garantías de todos los derechos fundamentales se refuerzan recíprocamente, al igual que las distintas dimensiones de la seguridad, y todas comportan una ampliación de la esfera pública. Una de las mayores mistificaciones en la historia del pensamiento político es la contraposición entre liberalismo y socialismo, entre derechos de libertad y derechos sociales. En cambio, entre las garantías de todos estos derechos existe una relación de sinergia. Sin la garantía de los derechos sociales —a la subsistencia, la educación, la salud— los derechos de libertad y los derechos políticos están destinados a permanecer inefectivos. Sin la garantía de los derechos de libertad y de los derechos políticos, las garantías de los derechos sociales estarán a expensas del arbitrio político y destinadas también ellas, como objeto de discriminaciones y privilegios, a perecer. Sobre estas bases, en las páginas que siguen, haré ver como una refundación del garantismo penal requiere tres

órdenes de políticas dirigidas, con fundamento en un programa de derecho penal mínimo, a la superación de otras tantas ilusiones o falacias alimentadas por las ideologías populistas y liberistas.

La primera falacia es toda ella interna a la concepción del derecho penal: consiste en la deformación del imaginario penalista en relación con los delitos más amenazantes para la seguridad y con la ilusión de la mayor eficacia disuasoria de un derecho penal máximo. La segunda falacia es la idea de que el derecho penal sería sustancialmente *suficiente* para prevenir los delitos, es decir, que no solo es capaz de prevenirlos, sino que lo es tanto más eficazmente cuanto más severas sean las penas y las medidas antigarantistas adoptadas. La tercera falacia es la idea, inversa de la precedente, de que el tratamiento penal es una condición *necesaria* para la calificación de un cierto fenómeno como criminal, de modo que todo lo que no es tratado y, justamente, no es penalmente tratable —el calentamiento global, el crecimiento de las desigualdades y las violaciones masivas de derechos humanos en gran parte del mundo — sería lícito o irrelevante y, en todo caso, no susceptible de prevención. Todas estas ilusiones se fundan en la centralidad del derecho penal, configurado por la primera principalmente como instrumento de control social de las clases pobres y marginadas, por la segunda como el instrumento primario de prevención de los delitos y por la tercera como la técnica de defensa social a la que están reservadas, en exclusiva, la prevención y la denominación de las violaciones de derechos como crímenes. Todas producen el efecto de ocultar la incapacidad de la política para afrontar y resolver los grandes desafíos y los grandes problemas que amenazan nuestro futuro, y de legitimar, como lícito o inevitable, todo lo que no es susceptible de ser tratado con el derecho penal, concebido, pues, como el único medio, suficiente y exclusivo, para prevenir cualquier violación criminal de los derechos fundamentales y los intereses públicos.

Gracias a estas tres falacias y a las ilusiones consiguientes —de las que las dos primeras serán ilustradas en los próximos dos parágrafos de este capítulo y la tercera en el capítulo siguiente— el derecho

penal cumple hoy un papel de desresponsabilización de la política y de ocultamiento de lo que la política podría y debería hacer, no solo con medios penales, sino también, y, sobre todo, con medidas no penales. En el caso de la primera falacia, para afrontar de una manera creíble, una vez reducidas y empleadas sensatamente las energías dispersas contra la criminalidad de bagatela o de subsistencia, la gran criminalidad del poder, de la que provienen las lesiones más graves y devastadoras; en el caso de la segunda falacia, para reducir, con adecuadas garantías de los derechos sociales y con idóneas reformas institucionales, tanto la delincuencia callejera como los delitos de cuello blanco; en el caso de la tercera falacia, para prevenir y reducir, con políticas y garantías a su altura, violaciones criminales de bienes y derechos fundamentales provocadas por la globalización salvaje pero no tratables con el derecho penal, a pesar de ser más destructivas que todo el conjunto de los delitos. Las tres ilusiones solo son superables sobre la base de una teoría general del garantismo no limitada al solo derecho penal, sino dirigida a hacer ver la necesidad, la obligatoriedad, la integración y la sinergia de las diversas garantías de los derechos y de los bienes fundamentales, y por eso a promover una expansión del paradigma constitucional y garantista, por un lado, más allá del derecho penal y, por otro, más allá del estado nacional.

7.3. *Una primera falacia penalista: la ilusión de una mayor eficacia disuasoria del derecho penal máximo*

Comenzamos por la primera de las tres ilusiones y falacias señaladas y responsables de la anormal expansión del derecho penal y de la crisis actual de su modelo garantista: la idea, alimentada por todos los populismos, de que nuestra seguridad está amenazada sobre todo por la criminalidad de la calle y de subsistencia, y la convicción de que la pena es instrumento suficiente para prevenir este tipo de criminalidad y garantizar la seguridad y tanto más eficaz cuanto más

severa. Es una ilusión infundada: las exasperaciones punitivas contra la microcriminalidad solo sirven para encarcelar la pobreza. Si fuera necesario, baste como prueba la sustancial estabilidad de la criminalidad en Estados Unidos, no obstante el *boom* carcelario que en el espacio de medio siglo ha visto aumentar por siete el número de presos. Pero esta ilusión es también el recurso político más eficaz a efectos propagandísticos: porque, como haré ver en los cuatro parágrafos que siguen, es fácil satisfacerla alimentando los miedos con la centralidad asociada a las víctimas, exasperando la violencia de las penas para hacerlas simétricas con la de los delitos, promoviendo la irracionalidad de nuestro sistema penal con el desarrollo de un derecho penal simbólico y declamatorio, destinando la justicia penal a la represión, sobre todo, de la criminalidad de subsistencia y acentuando así su carácter clasista.

7.3.1. *La centralidad procesal asumida por la víctima y su valor antigarantista*

Un potente argumento en apoyo de esta ilusión ha sido, en los últimos decenios, la centralidad asumida, en el debate político, por la figura de la víctima de los delitos, cuya tutela ha sustituido en gran parte los viejos argumentos del orden público y la defensa social como fuentes de legitimación de la dureza del derecho penal[4].

Este enfoque de la cuestión penal basado en la centralidad de la víctima está cargado de implicaciones antigarantistas. En primer lugar, la asunción del punto de vista de las víctimas ha revelado una capacidad estratégica de legitimación del derecho penal máximo mucho más eficaz y, en apariencia, más «democrática» que las viejas fórmulas de «ley y orden» o «tolerancia cero»: una legitimación de la justicia penal y de las políticas punitivas como panaceas de todos los males sociales, no desde arriba, sino desde abajo, no en actuación de instancias represivas del control social, sino para la tutela de los sujetos más débiles —precisamente, las víctimas— frente a la violencia de los más fuertes.

En segundo lugar, el paradigma penal basado en el punto de vista de las víctimas y en el derecho fundamental a la seguridad frente a las violencias ajenas, es por su naturaleza hostil o, cuando menos, intolerante con las garantías penales y procesales. Esto supone, obviamente, una concepción retributiva de la pena. Sobre todo, imprime al proceso penal una connotación partidaria, como «proceso ofensivo», en el sentido en que esta expresión fue usada por Beccaria. En efecto, pues las víctimas requieren necesariamente la condena del imputado al presumirse siempre, desde su punto de vista, su culpabilidad y no ciertamente su inocencia. Es muy difícil encontrar casos en los que la acusación particular, en representación de la víctima, se haya separado de las solicitudes de condena avanzadas por la acusación pública y haya pedido la absolución del imputado por falta o insuficiencia de las pruebas de su culpabilidad[5].

En tercer lugar, el punto de vista de las víctimas deforma el imaginario penalista en un sentido aún más abiertamente clasista. Este identifica la criminalidad con la tradicional criminalidad común, sobre todo la de la calle y de subsistencia, ciertamente la más visible, ignorando la criminalidad del poder aquí ilustrada en el § 4.3.2, en la que consiste hoy la cuestión criminal más relevante. Las víctimas de la criminalidad del poder son, en efecto, invisibles. En la percepción corriente los crímenes del poder —la corrupción, la apropiación de la cosa pública y, en cierta medida, también la criminalidad organizada— no tienen víctimas, aun cuando estas existen, y son bastante más numerosas que las de los delitos comunes y sus daños enormemente mayores. Por eso, la centralidad de la víctima resulta promovida y secundada por las políticas populistas: porque la dramatización de los crímenes visibles de los pobres es bastante más eficaz, para la obtención de consenso, que la denuncia de los crímenes invisibles de los ricos, cuyas víctimas son entidades abstractas, como el estado, la colectividad, la esfera pública, el fisco o la administración pública.

Precisamente estos límites y estos defectos del paradigma de la víctima, pero también del de la genérica defensa social, reclaman, por tanto, un repensamiento a fondo tanto de la cuestión penal

como de la cuestión criminal. Ante todo, debería estar claro que la verdadera tutela de las víctimas se realiza no con la condena en cualquier caso de un chivo expiatorio, sino con las garantías penales y procesales, que son todas garantías de verdad, además que de inmunidad frente a castigos injustos. Es la obtención de la verdad en orden a la responsabilidad del verdadero culpable, y no la condena de un inocente, lo que debería ser del interés de las víctimas y de cuantos son solidarios con ellas. Las víctimas exigen reparaciones. Pero el daño que las convierte en tales —por ejemplo, la muerte de una persona querida— es tanto más irreparable cuanto más grave. Y es, precisamente, el carácter irreparable del daño lo que genera, como ilusoria compensación de lo irreparable, la idea vindicativa de la punición más severa posible de algún chivo expiatorio.

Por otra parte, las víctimas deben ser tuteladas por el estado fuera del proceso, mediante adecuadas formas de asistencia social y de reparación económica y no dentro del proceso manipulando el sistema de las garantías[6]. No es casual que la única reparación jurisdiccionalmente posible dentro del proceso sea el resarcimiento del daño, que, obviamente, en los casos graves no repara nada. Por lo demás, los mismos institutos de la justicia restaurativa se colocan sustancialmente fuera del proceso penal, dado que siempre parten y están en todo caso condicionados por la iniciativa y el consenso de la parte ofendida[7]. En fin, las víctimas se reducen previniendo y reduciendo los delitos, es decir, aumentando la capacidad de prevención y la eficiencia del derecho penal y, sobre todo, de los medios y de las garantías no penales de las que hablaré en el § 7.4.

7.3.2. *La eficacia disuasoria de la asimetría entre pena y delito.* *Contra la idea de la abolición de la pena*

A estos efectos no vale endurecer las penas. Lo que sirve es justamente lo contrario, afirmar y exhibir la diferencia y la asimetría del derecho penal frente a la violencia salvaje de los delitos y las venganzas. Es en esta oposición y en esta asimetría entre la pena y

la violencia informal del crimen y de la venganza en la que consiste la máxima eficacia disuasoria de aquella. En efecto, debe ser literalmente rechazada la tesis retribucionista según la cual la pena debería igualar al delito y consistir en un mal de su misma naturaleza e identidad, según el principio del talión formulado, con connotaciones mágico-religiosas, por los más antiguos textos normativos[8], y retomado por la más ilustre tradición filosófica, de Platón a Tomás, de Montesquieu a Beccaria, de Bentham a Kant y a Hegel[9].

Paso así a una tesis de fondo de la teoría del garantismo penal. Esta pretendida simetría, tan cara a la demagogia y fuente de justificación de la pena de muerte y de las penas corporales, refleja la lógica de la guerra, no la del derecho; el esquema de la venganza, no el de la pena; la relación amigo/enemigo, no la de las instituciones públicas y los ciudadanos. Su eficacia disuasoria se basa únicamente en el miedo. Por el contrario, solo la diferencia entre las formas garantistas del estado de derecho y las prácticas opresivas de la criminalidad, entre la civilidad y la humanidad de las primeras y la incivilidad y la brutalidad de las segundas, puede aislar socialmente, debilitar políticamente y deslegitimar moralmente la violencia criminal y extralegal.

Por eso la pena es tanto más eficaz cuanto más *asimétrica*, gracias a sus modalidades garantistas, respecto de la agresión criminal. No es casual que sean precisamente la pérdida de esta asimetría y la respuesta de la guerra o del derecho penal del enemigo lo que el crimen organizado y, sobre todo, el terrorismo, persiguen siempre como su principal objetivo estratégico. Ya que la simetría rebaja a las instituciones públicas al nivel de las organizaciones criminales o, es lo mismo, eleva a estas al plano de las primeras. No se olvide que fue precisamente el reconocimiento político como enemigos beligerantes lo que los terroristas italianos persiguieron, sin obtenerlo, justamente, en los años sesenta del siglo pasado. Por eso, fue un trágico e irresponsable regalo al terrorismo, extendido de Oriente Medio a todo el mundo, la respuesta de la guerra —de dos guerras, primero contra Afganistán y después contra Irak— a los

estragos de las dos Torres del 11 de septiembre de 2001 y, antes aún, la calificación de esa acción como un «acto de guerra» y no como un crimen atroz al que había que hacer frente con los medios, más difíciles, pero incomparablemente más eficaces, del derecho penal y de las investigaciones policiales coordinadas a escala mundial[10]. En estas terribles vicisitudes se ha revelado el papel performativo del lenguaje y la absoluta necesidad de distinguir entre guerra y derecho, una como negación del otro. En efecto, pues a un acto de guerra se responde con la guerra, mientras que a un crimen se responde con el derecho. Terrorismo y guerra, criminalidad y lógica del enemigo se alimentan recíprocamente tanto cuanto tienden a asemejarse, en una perversa espiral que solo el derecho, con su asimetría, puede interrumpir.

Así pues, la pena será un factor de minimización de la violencia, tanto de los delitos como de las reacciones informales frente a estos, en la medida en que sea radicalmente asimétrica respecto de la naturaleza salvaje de unos y otras, y diametralmente opuesta a la lógica de la guerra, con sus masas ilimitadas de víctimas inocentes. Según una idea de matriz iusnaturalista, ampliamente difundida en el pensamiento filosófico- político, no consiste en la institucionalización de la venganza privada, concebida a su vez como el ejercicio del derecho natural de defensa[11], sino en su negación. Se justifica con el fin, no de asegurarla, sino de impedirla. Como he recordado al final del § 5.3.2, nace con el paso de la venganza de la sangre a la jurisdicción, cuando un juez tercero sustituye a la parte ofendida y la espiral de la venganza no solo resulta interrumpida, sino prohibida.

Por eso el garantismo penal es incompatible con la idea de la abolición de la pena sostenida, en los años setenta y ochenta del siglo pasado, como una alternativa creíble a los límites y quiebras de los sistemas penales vigentes. En efecto, más allá de las intenciones de sus defensores, las tesis abolicionistas son regresivas, dado que se resuelven en la consagración de la ley natural del más fuerte, que es exactamente lo opuesto de la minimización de la violencia perseguida por el derecho penal. Son el equivalente, en el terreno

penal, de las doctrinas comunistas de la extinción del estado cuyo resultado ha sido —y en el caso del abolicionismo del derecho penal acabaría siendo— exactamente lo contrario de lo imaginado por ellas: en vez de la extinción del estado la construcción de estados totalitarios, en la experiencia de los comunismos realizados; la maximización de la violencia punitiva en lugar de su extinción, lo que seguramente provendría de la abolición o incluso solo de la impotencia y de la inefectividad del derecho penal, y por eso de la regresión a la guerra propia del estado de naturaleza[12].

No obstante, de las doctrinas del abolicionismo penal cabe extraer dos enseñanzas. La primera es la inversión de la carga de la justificación. Lo que debe probarse en cada caso es la utilidad, no de la ausencia, sino de la existencia del derecho penal. Ya que la ausencia del derecho es *natural*, mientras que su presencia es *artificial*. Por eso, un derecho penal feroz y carente de garantías, como han sido y son aún algunos sistemas punitivos de ordenamientos totalitarios, no se justifica y lo justificado es su abolición o, en cualquier caso, su radical reforma. Es por lo que, como se dijo en el § 2.2, las justificaciones consistentes del derecho penal deben ser siempre *a posteriori*, condicionadas, parciales, y no *a priori* o en abstracto. Por tanto, como se dirá en los próximos subparágrafos, una justificación racional del derecho penal requiere hoy su refundación a la altura de la nueva cuestión criminal, que solo puede provenir, sobre la base del modelo del derecho penal mínimo, de su liberación de todo el derecho penal inútil, burocrático y declamatorio que anula su capacidad de prevención y de averiguación de los crímenes que mayormente atentan contra la convivencia civil.

La segunda enseñanza es todavía más importante. Consiste en el rechazo, no ciertamente de la existencia, sino de la centralidad asumida hoy por el derecho penal y de la ilusión de su efectiva capacidad de prevención de los delitos. En efecto, pues es cierto que ningún derecho penal, ni mínimo ni máximo, cuenta por sí solo con la capacidad de impedir los delitos, o sea, de realizar la llamada «tolerancia cero». Esta ilusión es una «insensata idea», como la

llamó Francesco Carrara[13], que la política y el sentido común deberían abandonar. Aunque necesario como medio de minimización de la violencia en la sociedad, el derecho penal no es una varita mágica capaz de prevenir el crimen simplemente predisponiendo penas más o menos draconianas. Como sostiene la doctrina penalista más avanzada —pero no las subculturas populistas que desde hace años informan las leyes penales en todo el mundo—, la intervención penal debe tener un carácter subsidiario. Como se verá en las páginas que siguen, ciertamente, son muy otras, más difíciles y bastante más eficaces, las políticas y las medidas capaces de disminuir los delitos reduciendo o eliminando sus principales factores.

Son dos enseñanzas que confirman la hipótesis de fondo de este libro: el nexo entre derecho penal mínimo y eficiencia, y la sinergia, también en materia de prevención de crímenes y de seguridad pública, entre las diversas garantías de los diferentes tipos de derechos y entre las distintas dimensiones —penal y extrapenal, liberal y social, estatal y supraestatal, contra los poderes públicos y los poderes privados, para la tutela de los derechos y la protección de los bienes fundamentales— del garantismo constitucional. En el § 7.4 haré ver la sinergia entre el garantismo penal y las otras dimensiones del garantismo, a través de la identificación de las políticas no penales, bastante más capaces que las penas de prevenir los delitos y de garantizar la seguridad de las personas: de las políticas sociales dirigidas a reducir la pobreza y la marginación social a la transformación del actual *welfare* burocrático en un estado social de derecho, en el que se reduzca al mínimo la mediación administrativa que hoy requieren las prestaciones sociales, y al cese de las confusiones de los poderes puestas de manifiesto en el § 4.2; de la rígida prohibición de las armas a las políticas idóneas para promover el valor de la legalidad, la igualdad y la solidaridad.

El resultado será una más clara explicación del papel del garantismo. Garantismo quiere decir tutela y satisfacción de esas leyes de los más débiles que son todos los derechos fundamentales.

Las relaciones entre garantías y derechos subjetivos, se ha dicho desde el principio, son relaciones de medios a fines: los derechos fundamentales, y, más en general, los principios de justicia normalmente establecidos en las cartas constitucionales, son las finalidades que justifican las construcciones artificiales que son el derecho y las instituciones públicas; las garantías, es decir, las prohibiciones y las obligaciones correlativas a las expectativas negativas o positivas en las que consisten todos los derechos subjetivos, son los medios necesarios para la actuación de tales finalidades, impuestos a los titulares de los poderes públicos y privados, de este modo limitados y vinculados. Por ejemplo, los límites y vínculos impuestos a los empleadores son, en las relaciones de trabajo, las garantías de los derechos de los trabajadores que de ellos dependen; las impuestas a los titulares del poder judicial, son, en las relaciones procesales, las garantías de los derechos de los investigados y de los imputados; las obligaciones impuestas a las funciones de garantía primaria, como las instituciones sanitarias y las docentes, son, en las relaciones entre las personas y la esfera pública, las garantías de los derechos fundamentales a la salud y a la educación. Es así como los poderes, gracias a los límites y vínculos a ellos impuestos por las garantías, se civilizan, convirtiéndose en poderes-deberes, es decir, en *funciones*, y el derecho de las democracias constitucionales viene a configurarse como un sistema de expectativas y de garantías que, al menos en el plano normativo, equivale a una red de relaciones, ya no entre poderes y sujeciones, sino entre funciones y derechos subjetivos.

7.3.3. *Contra el derecho penal declamatorio y criminógeno*

El principal objetivo de un derecho penal mínimo es la racionalización tanto del catálogo de los delitos como de la función disuasoria de las penas. Con este fin, propondré dos tipos de reformas: la primera consiste en la supresión de todas las leyes hasta tal punto insensatas y demagógicas como para resultar, de

hecho, incluso criminógenas; la segunda, de la que hablaré inmediatamente después, consiste en la tendencial superación de los caracteres clasistas de nuestro derecho penal.

La principal de las leyes insensatas y criminógenas es hoy la legislación contra la droga, que es un típico, clamoroso ejemplo de irracionalidad penalista. Por lo general, las leyes penales especiales se justifican cuando menos con el argumento de su mayor eficacia en las funciones de defensa social y de prevención de los delitos. En el caso de las leyes sobre la droga, en cambio, al coste de la represión penal, representado por la reclusión de más de un tercio de la población carcelaria y por los correspondientes procesos, se ha añadido el coste de la agravación de todos los difíciles y dramáticos problemas generados por las obtusas políticas prohibicionistas: el monopolio criminal de la producción y del comercio de la droga; el floreciente desarrollo del crimen organizado y los gigantescos beneficios determinados por el narcotráfico; la clandestinización de los toxicodependientes y, con ello, su huida de las terapias, de la asistencia pública y de la solidaridad social; su penoso pacto de silencio con los traficantes y su integración en el mundo de la droga; el estímulo y a veces la constricción a transformarse en pequeños traficantes para costear el propio consumo; la total dependencia del mercado criminal y el consiguiente aumento tanto de la gran criminalidad del tráfico como de la criminalidad subalterna del pequeño tráfico; la inútil dilapidación de energías de la justicia y de las fuerzas de policía; el atasco de la entera máquina judicial, y por ello su ineficiencia y la vergonzosa duración de los procesos. En suma, en contra del obvio principio de que la intervención penal se legitima al menos por su capacidad de prevenir costes humanos y sociales y sufrimientos mayores de los que ella misma produce, puede afirmarse que la actual legislación en materia de droga, so pena de que no ha servido para reducir el fenómeno de la toxicodependencia, ha acentuado las formas clandestinas del consumo de droga, ha incrementado enormemente la carga de sufrimientos que este lleva consigo, y se ha resuelto en un lucrativo regalo a las organizaciones criminales y en un potente factor de

desarrollo tanto de la macrocriminalidad organizada como de la microcriminalidad de subsistencia.

Bajo este aspecto, hay una analogía entre el castigo de la toxicodependencia y el del aborto, al que se puso fin en Italia con la Ley n.º 194/1978, de 22 de mayo. Cualquiera que fuese el juicio moral sobre el aborto, lo que hacía inmoral su tratamiento como delito era su total, y de todos conocida ineficacia disuasoria, es decir, el hecho de que no servía en absoluto para prevenir y reducir los abortos, sino solo para constreñirlos a la clandestinidad y para impedir su práctica con la imprescindible asistencia sanitaria. Prueba de ello es el hecho de que, en Italia, después de la ley de despenalización, los abortos, no solo aumentaron, sino que disminuyeron enormemente y siguen en constante disminución. Pero, como afirmó la jerarquía católica, lo buscado con su criminalización era la necesidad de que la ley penal, más allá de sus efectos, proclamase el principio de que el aborto es un pecado, consagrando así un principio moral[14]. No es casual que el frente de partidarios de las leyes sobre la droga sea el mismo de los que sostienen la penalización del aborto. Así como los antiabortistas tienen a gala la afirmación jurídica del principio moral de la ilicitud del aborto, incluso a costa de la ineficiencia de su castigo y de la terrible plaga del aborto clandestino masivo, quienes apoyan las actuales leyes antidroga persiguen, sobre todo, la afirmación del principio de la ilicitud de la droga, ignorando su total ineficacia disuasoria y los enormes daños causados por la clandestinización de la toxicodependencia.

Se puede llamar *derecho penal declamatorio* a este uso político e irracional del derecho penal con el fin exclusivo de declamar la contrariedad del legislador por fenómeno penalizado, sin que su prohibición y castigo sirvan para afrontarlo, sino solo para reducirlo a la clandestinidad y, por tanto, agravarlo. El único sentido del castigo del aborto, como, por lo demás, de la legislación antidroga o de la dirigida contra la inmigración irregular —fenómenos todos que el derecho penal no está en condiciones de impedir— consiste en la función simbólica expresada en la afirmación jurídico-penal de un

principio «moral». Que es, precisamente, la función que contradice la laicidad del derecho penal y contra la que, desde hace tres siglos, se ha batido la cultura liberal y garantista. Recuérdense los grandes debates sobre el fin de la pena que opusieron a Jeremy Bentham a *sir* Edward Blackstone, a Jonh Stuart Mill al juez victoriano James Fitzjames Stephen y, en el siglo pasado, a Herbert Hart a *lord* Denning y a *lord* Devlin[15]. Frente a la cultura liberal, que en nombre de la separación de derecho y moral reivindicaba la no punibilidad de los actos no lesivos para terceros y en cualquier caso no prevenibles mediante penas, el moralismo reaccionario oponía la función declamatoria y propagandística del derecho penal como instrumento de afirmación jurídica de la (de su) moral.

A partir del siglo XVIII este ha sido el criterio de distinción entre culturas penales laicas y liberales y doctrinas autoritarias y ético-estatalistas: las primeras informadas en una concepción utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela de las personas frente a las ofensas de otros; las segundas, por una concepción moralista como factor de promoción de la (o, mejor, de una determinada) moral, sin ninguna contrapartida y, antes bien, a despecho de sus efectos dañosos. En sus versiones extremas, esta segunda concepción corresponde a la definición del fanatismo proporcionada por Richard Hare. El «fanático», escribió Hare, es aquel que permite que su ideal moral «pisotee despiadadamente los intereses ajenos», también los de quienes no comparten ese ideal; o sea, quien defiende y pone en práctica sus propios intereses morales sin medirlos, e incluso permaneciendo indiferente a los daños producidos por su actuación «a los más vitales intereses de un grandísimo número de personas»[16].

La actual legislación sobre la droga es hoy la expresión más patente de este engaño, acreditado por su presentación como legislación «antidroga», es decir, como respuesta, poco importa si ilusoria, al problema dramático de la toxicodependencia. De aquí, después de decenios de fracasos, la necesidad de un replanteamiento y de una reforma radical a la luz de los fundamentos racionales y las fuentes de legitimación del derecho

penal. Un enfoque laico y racional del problema, que abandone el terreno de la propaganda y de la demagogia, supone un análisis científico de los distintos tipos de droga, dirigido a perseguir únicamente las drogas letales, dejando al margen las drogas ligeras. En efecto, pues el principio de lesividad, que desde la Ilustración está en la base del utilitarismo penal, exige que el derecho penal se ocupe solamente de las primeras y no de las segundas. Esto significa la liberalización en todo caso de las drogas ligeras, como las formadas por los derivados del cannabis, así como del uso personal de drogas que no depare daños a otros, sino solo al usuario y, al mismo tiempo, la legalización de la venta, en farmacias, de las drogas duras, distribuyéndolas sobre la base de controles y prescripciones médicas. Esta liberalización solo tendría efectos beneficiosos: un redimensionamiento del problema, que permitiría afrontar con seriedad la lucha contra el tráfico de las drogas duras reservando solo para esta las energías y los resortes institucionales disponibles; la ruptura de la continuidad cultural y ambiental y de la comunidad de intereses entre el mundo y el mercado de las drogas duras y el de las blandas, que hoy favorece el tránsito del consumo de estas al de aquellas; el decrecimiento de la presión del mercado ilegal sobre los consumidores, y de la dependencia y la complicidad de los toxicodependientes con los traficantes. Manteniéndose en exclusiva la penalización del gran narcotráfico, al que se sustraerían gran parte de sus beneficios y sus presupuestos, el problema de la droga sería así afrontado sobre todo con medios no penales: la introducción de formas de legalización y distribución controlada de las drogas duras, aptas para sustraer lo más posible a los consumidores de la dependencia del mercado criminal; el desarrollo de formas de asistencia psicológica y social a los adictos, basadas en la solidaridad y no en su culpabilización; la posibilidad de concentrar las fuerzas de policía en la lucha contra el tráfico y no en la caza de sus víctimas.

7.3.4. *Por un derecho penal a la altura de la actual cuestión criminal*

La segunda racionalización del derecho penal consiste en su reforma de acuerdo con las transformaciones que, como se ha hecho ver en el § 4.3, se han producido en la cuestión criminal en estos últimos decenios. Por un lado, la tradicional criminalidad individual ha disminuido y, para algunos delitos, incluso ha hecho crisis. Piénsese en el número de los homicidios en Italia: más de 4000 al año a finales del siglo XIX, casi 2000 todavía en los primeros años noventa, hoy en torno a 300. Pero piénsese también en los hurtos y en otros delitos contra el patrimonio, cuyo número asimismo se ha reducido, gracias al crecimiento del bienestar y de la educación. Por el contrario, se ha incrementado la criminalidad del poder, desarrollada en gran medida en formas organizadas y a veces transnacionales: por una parte, los poderes criminales, por otra, los crímenes de los titulares de poderes tanto públicos como privados, y los que, en el § 4.3.2, he llamado crímenes de sistema. Sin embargo, el cambio de la cuestión criminal no se ha visto correspondido por ningún cambio de la cuestión penal. La criminalidad tratada sigue siendo prevalentemente la de la pobre gente: los inmigrantes, los desempleados, las personas pobres y socialmente marginadas. Los presos por delitos de cuello blanco son poco más del 3 %.

Por eso, una refundación de la cuestión penal apta para hacer frente a la actual cuestión criminal requiere, además del conjunto de las garantías ilustradas en los dos capítulos precedentes, la reducción de la naturaleza clasista de nuestra justicia penal, tan eficiente frente a la criminalidad de subsistencia de los pobres como ineficiente en relación con los crímenes de los poderosos, tales que las corrupciones, las malversaciones, las quiebras fraudulentas y similares. Es por lo que resulta necesaria una minimización de la cantidad de los delitos, de modo que las energías del aparato judicial y del policial se dirijan contra la criminalidad más lesiva, no solo de los derechos y los bienes fundamentales, sino también para la democracia y la convivencia civil. Ya he identificado, en el capítulo V,

las numerosas medidas dirigidas a reducir el trabajo judicial y con él la cantidad y la duración de los procesos: el reforzamiento de la legalidad penal mediante la transformación de la reserva de ley en una reserva de código, y con ello la reducción y la racionalización del conjunto de los delitos; la despenalización de todos los delitos de bagatela, como las faltas y los castigados únicamente con pena pecuniaria; la extensión de la procedibilidad mediante querella a todos los delitos contra el patrimonio; la obligación de la motivación de la información de garantía y de la notificación de la conclusión de la fase de investigación con la indicación de los elementos de prueba a cargo de cada acusado; la abolición del poder del ministerio público de impugnar las sentencias absolutorias, en obsequio del principio de que toda condena requiere un doble pronunciamiento conforme.

Pero ocurre que, en los últimos decenios, nuestro derecho penal ha experimentado un desarrollo exactamente opuesto al que aquí se propone. En efecto, pues se ha creado un doble sistema penal, al que corresponde una justicia penal desigual: destinada a las fáciles investigaciones y la rápida represión de los delitos callejeros y obstaculizada de distintas formas en los procesos contra la delincuencia de los pudientes. Es el *garantismo del privilegio y de la desigualdad* del que he hablado en los § 4.2.2, 5.3.1 y 5.4.2, y que se manifiesta en la dureza de las leyes contra los migrantes y delincuentes callejeros y en la indulgencia, hasta las leyes *ad personam*, frente a los delitos de los poderosos. Gracias a él, el sistema de la corrupción prospera y se desarrolla sobre la base de la impunidad, determinada por la inadecuación de las penas, los breves términos de prescripción y la falta de idóneas figuras de delito. Las estadísticas nos dicen que, en los últimos veinte años, en torno al 80 % de las condenas por hechos de corrupción lo han sido a penas inferiores a dos años, con la consiguiente suspensión condicional. Solo el 3,5 % de los condenados ha sufrido una pena superior a tres años. Por no hablar de la evasión fiscal. En efecto, pues en estos años se ha invertido la lógica de las prescripciones: largos términos para los delitos más simples pero agravados por la reincidencia, que

apenas requieren investigación; términos breves para los delitos más complejos —quiebras fraudulentas, corrupciones, cohechos, estafas en perjuicio del estado— que exigen instrucciones largas y complejas y cuyos autores disfrutan de hábiles defensas, capaces de llevar a cabo todo tipo de prácticas dilatorias para favorecer la prescripción. Con todo, el sistema de la corrupción cuesta en Italia entre 50 y 60 millardos de euros al año y la evasión fiscal 120 millardos, incomparablemente más que el valor de todos los hurtos, estafas y robos en su conjunto. No solo. La corrupción disuade a los inversores, hace imposible la competencia, deforma el gasto público, grava toda la economía, mina en la raíz la democracia.

En el derecho penal desigual así edificado se manifiesta otro clamoroso ejemplo de irracionalidad penal: una verdadera subversión de la razón penal. En contra de lo que habitualmente hace la literatura penalista, no se puede hablar de la capacidad preventiva del derecho penal de manera genérica, cual si fuese la misma en relación con cualquier tipo de delito. Por el contrario, en materia de prevención, es necesario distinguir y reconocer lo que constituye un principio teórico elemental, avalado por la experiencia. La eficacia intimidatoria y disuasoria del derecho penal es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas. Máxima para los delitos como el homicidio y la violencia sobre las personas, pero también para el crimen organizado, la corrupción y, en general, para los delitos de cuello blanco, esto es, para la criminalidad, en modo alguno necesitada, de los ricos y los poderosos, que crece exactamente en la misma medida en que lo hace su impunidad. Pero es casi nula para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si ligados a la indigencia, la toxicodependencia o la marginación. *Ad imposibilia nemo tenetur*. La desviación es tanto menos prevenible con las penas cuanto más su provocación tiene que ver con causas materiales. Obviamente, aunque solo sea para evitar las venganzas privadas, se necesita alguna respuesta penal. Pero es ilusorio confiar a esta la prevención de los delitos de subsistencia, y no a las políticas sociales dirigidas a remover las causas.

Es por lo que la respuesta penal, por razón de eficacia, tendría que estar dirigida contra la criminalidad del primer tipo, sobre todo, mucho más grave y amenazadora para la democracia. En cambio, sucede que la tratada con el derecho penal es casi solo la delincuencia de la calle: basta ver los altísimos porcentajes de negros, en Estados Unidos, y de inmigrantes y toxicodependientes, en Europa, entre los condenados y presos. Es claro que este tipo de delincuencia, en cuanto originada por la pobreza, la precariedad y la inseguridad de las condiciones de vida o por la adicción a las drogas, no es seriamente prevenible mediante penas, que por más severas que sean no tienen en estos casos ningún efecto disuasorio. Además, ocurre que, por lo general, sus destinatarios ni siquiera llegan a tener noticia de tales exasperaciones punitivas. El resultado es que, precisamente la impotencia del actual derecho penal frente a la criminalidad de los poderosos y su ineficacia disuasoria en relación con la de los pobres, sirven para desacreditar a la justicia penal y para incrementar la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

7.4. *Una segunda falacia penalista: la ilusión de la prevención de los delitos exclusivamente con medios penales*

Todavía más importante, para la refundación del garantismo penal, es la superación de la segunda falacia señalada en el § 7.2 y consistente en la centralidad política actualmente asociada al derecho penal como instrumento de la prevención de los delitos. La hipótesis aquí avanzada es que una política racional en materia de seguridad debe, por el contrario, reconocer la necesidad de recurrir, para la prevención de los delitos, sobre todo, a medios no penales que eliminen o reduzcan sus causas que, por eso, con seguridad, son más eficaces y beneficiosos para la justicia penal[17]. En este parágrafo indicaré cuatro formas no penales de prevención de los

delitos, las tres primeras correspondientes a tres diferentes clases de crímenes —la criminalidad callejera y de subsistencia, la criminalidad de cuello blanco y los delitos de sangre—, la cuarta, más genérica, apta para contrastar cualquier fenómeno de desviación criminal.

7.4.1. *A) Contra la criminalidad de subsistencia, no políticas penales, sino políticas sociales*

La primera de estas formas está sugerida por la composición clasista, en todo el mundo, de la población carcelaria. En nuestras cárceles casi no hay más que toxicodependientes, inmigrantes y condenados por delitos callejeros, mientras que es irrelevante el número de los presos por corrupción, malversación, quiebra fraudulenta o grandes evasiones fiscales. El derecho penal —en su modelo normativo, lugar, cuando menos, de la igualdad formal ante la ley— se ha convertido, de hecho, en el espacio de la máxima desigualdad y discriminación. No solo reproduce las desigualdades materiales presentes en la sociedad, sino que ha llegado a codificar discriminaciones y privilegios modelados sobre los estereotipos clasistas del *delincuente social* además de los racistas del *delincuente natural*, a través de normas tan severas con la delincuencia de subsistencia como indulgentes con la del poder.

Estos datos de hecho sugieren una banal consideración. Si es cierto que en el origen de la delincuencia de la calle y de la de subsistencia está, sobre todo, el estado de necesidad, pobreza y marginación social de sus autores, entonces, en su prevención, deberán ponerse en práctica, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión y de represión, políticas de inclusión e integración social de los sujetos pobres y marginados. Pues, en sociedades marcadas por desigualdades clamorosas, es obvio que los excluidos de la sociedad civil y legal están expuestos y dispuestos a ser incluidos en las comunidades inciviles y criminales. Por eso, para impedir este tipo de delincuencia, es necesario destruir las que Marx llamó «las raíces antisociales del crimen»[18]. Por otra parte, en las sociedades avanzadas, a diferencia de las primitivas en

las que los seres humanos podían vivir directamente de los frutos naturales de su trabajo, sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y más un hecho artificial, dependiente de la división del trabajo y con ello del trabajo de los demás, de la distribución de la riqueza y de la integración social[19].

Este es el fundamento de los derechos sociales en las sociedades avanzadas: la necesidad de garantizar el derecho a la supervivencia, no menos que el derecho a la vida, mediante medidas idóneas para reducir la pobreza y la marginación social; la garantía de la salud y de la educación; la erogación de rentas básicas capaces de asegurar la subsistencia; la restauración de las garantías del trabajo; la estipulación de un salario mínimo, impuesta en Italia por el art. 36 de la Constitución, a la que debería añadirse la de un salario máximo a través de una imposición fiscal realmente progresiva. La alternativa, inevitable, es el desarrollo de la criminalidad de la calle y la de subsistencia. Prueba de ello es la relevante disminución de la criminalidad individual en Italia y en Europa de la que he hablado en el § 4.3.2, paralela al mejoramiento de las condiciones de vida a que dio lugar la, aunque fuera imperfecta, construcción del estado social, a la reducción de la pobreza, a la garantía de la salud y de la previsión social y al crecimiento de la educación. Una política social de reducción de la pobreza serviría también para erosionar las bases sociales de la criminalidad organizada, cuya mano de obra, como se dijo entonces, está formada principalmente por personas pobres y marginadas.

Así, el garantismo penal se conjuga con el garantismo social, concurriendo uno y otro a facilitar la convivencia pacífica y el bienestar general. El único modo de destruir los lugares antisociales en los que maduran los delitos no consiste, ciertamente, en la exasperación de las penas promovida por los populistas, sino en la introducción de garantías adecuadas de los derechos sociales y de las correspondientes funciones e instituciones de garantía: sobre todo, la garantía de los clásicos derechos a la salud y, más aún, a la educación[20], a través del carácter público y universal de la sanidad y de la escuela; en segundo lugar, el derecho a la vivienda; en tercer

lugar, la asignación, como garantía de la vida y de la supervivencia, de una renta básica adecuada que, para evitar la objeción de la consiguiente huida del trabajo, debería estar acompañada de la garantía, por ley, de un salario mínimo de los trabajadores de, al menos, el doble de la renta básica de subsistencia[21].

Pero, sobre todo, es necesaria, como medio no penal de prevención de los delitos, una política dirigida a realizar el pleno empleo mediante la creación y la salvaguardia de los puestos de trabajo. A tal fin, pueden señalarse tres estrategias; la creación de nuevos puestos de trabajo, sobre todo en los servicios públicos en garantía de los derechos y de los bienes comunes, como la escuela, la sanidad, la asistencia social, la tutela del medio ambiente y del patrimonio artístico; la redistribución del trabajo actual, a través de las drásticas reducciones del horario laboral y la contratación de nuevos trabajadores; la conservación y no la destrucción del trabajo existente, estableciendo rígidas limitaciones a la potestad de despido, desde el límite de la justa causa al poder de veto de los trabajadores contra las deslocalizaciones arbitrarias de la producción, hasta la limitación de la tendencia a descargar enteramente sobre los usuarios, gracias a las nuevas tecnologías, el trabajo tradicionalmente desarrollado por empleados en las ventanillas, tanto públicas como privadas. Una política no penal en apoyo de la seguridad requiere además la garantía de la máxima estabilidad de los puestos de trabajo y por eso el carácter excepcional de su precariedad, como es el caso de los trabajos estacionales. De este modo, crecería la dignidad del trabajo, del que el primer artículo de la Constitución italiana hace el fundamento de la República.

En fin, la integración social de los migrantes forma parte de una política de la seguridad. Las políticas y las leyes dirigidas a su exclusión o discriminación o a abolir su protección humanitaria, así como las que niegan la ciudadanía a los niños inmigrados de segunda generación, son medidas inhumanas, que tienen el solo efecto de aumentar la clandestinidad y la marginación social de los migrantes y, por ello, son inevitablemente criminógenas. Empujando a los inmigrantes a la ilegalidad, aquellas los entregan al control de

las mafias, acentuando desigualdades y opresiones y, al mismo tiempo, el odio hacia nuestra sociedad y nuestras instituciones. Tratar a los migrantes islámicos como enemigos equivale hoy a transformarlos efectivamente en enemigos, y por eso a hacer el juego al terrorismo yihadista que, precisamente sobre la base de su autorrepresentación como enemigo en guerra contra Occidente, legitima su odio y sus asesinatos. Por eso es necesario ser conscientes de la complementariedad entre seguridad pública e integración social. Una política en garantía de la seguridad requiere exactamente lo contrario de la marginación y la invisibilidad de los migrantes producida por la clandestinidad. Exige políticas de inclusión, y no de exclusión, en actuación del principio de igualdad en sus dos dimensiones —el respeto de las diferentes identidades personales y la reducción de las desiguales condiciones materiales— y sobre la base de la garantía de todos los derechos fundamentales.

En suma, la seguridad pública, cuando menos frente a los delitos contra el patrimonio, puede ser alcanzada, bastante más que con la represión penal, con la mucho más eficaz seguridad social. Piénsese solo en el crecimiento de ambas seguridades que llevaría consigo, por ejemplo, la introducción de una renta de ciudadanía universal e incondicionada —es decir, atribuida *ope legis* igualmente a todos, ricos y pobres, y recuperada de los primeros mediante la exacción fiscal— que serviría para garantizar el derecho universal a la supervivencia sin mortificar la dignidad de sus destinatarios. Ciertamente, las instituciones de garantía de los derechos sociales tienen un coste. Pero este es el coste de la democracia, menor, con seguridad, que el coste, no solo económico, sino social y moral, generado por los delitos provocados por el estado de necesidad y la marginación. Este puede muy bien ser pagado gracias a una adecuada imposición fiscal realmente progresiva y a una redistribución de la riqueza que produciría, entre otras cosas, un seguro crecimiento económico. Solo de este modo podrá desarrollarse en los sectores de población más débiles, junto al amor propio y el sentido de pertenencia a una comunidad de iguales, el sentido cívico, el respeto por los demás y la solidaridad social, que

son los verdaderos, insustituibles factores de prevención de la criminalidad de subsistencia generada, a más de por el estado de necesidad, por el sentimiento de la profunda injusticia padecida. En definitiva, una política penal racional consiste en intervenir sobre las causas de este tipo de desviación, es decir, sobre los males sociales de la pobreza y de la ignorancia en vez de hacerlo sobre sus síntomas. La reducción de la delincuencia de los pobres que se seguiría de ella liberaría una enorme cantidad de energías, policiales y judiciales, que deberían destinarse a las investigaciones y los procesos contra la criminalidad del poder, desde el crimen organizado a la delincuencia de los sujetos de los poderosos.

7.4.2. *B) Contra la corrupción: desburocratizar el estado social y garantizar la separación de poderes*

Llego así al segundo orden de políticas capaces de prevenir los delitos y, por tanto, de minimizar la intervención penal. Esta se refiere a los delitos de los titulares de los poderes públicos. A tal fin, indicaré dos estrategias capaces, no solo de reducir tales delitos, sino también de realizar una finalidad todavía más importante: la construcción de la democracia constitucional a través del progreso del actual estado social burocrático al estado social de los derechos. La primera estrategia consiste en la desburocratización de las funciones públicas de garantía primaria. La segunda en la actuación de las tres separaciones de los poderes —entre los poderes públicos, entre los poderes políticos y los poderes económicos, y entre los poderes públicos y los poderes sociales— cuyas confusiones, como se hizo ver en los § 4.2 y 4.3, están en los orígenes del desarrollo de la criminalidad del poder.

Ante todo, la desburocratización de la administración pública. Si las investigaciones sobre la población carcelaria revelan el origen de la delincuencia de la calle en el estado de necesidad generado por la pobreza y la marginación social, y sugieren, como medidas de prevención, políticas sociales dirigidas a garantizar el trabajo, la salud, la educación y la subsistencia, las investigaciones sobre la

corrupción y sobre las distintas formas de abuso de poder revelan el origen de gran parte de tales delitos en los espacios de arbitrio de que gozan los poderes públicos en materia de medidas económicas y de prestaciones sociales. Estos espacios consisten en la gravosa mediación política y burocrática interpuesta entre el deber ser y el ser de sus intervenciones: una mediación de carácter generalmente discrecional y selectivo, fuente de abusos, favoritismos, discriminaciones y corrupciones y, además, de dilaciones e ineficiencia. No se trata solo de ilícitos penales, sino también de la violación, aún más grave, de todos los principios básicos de la democracia: de la transparencia a la legalidad, de la representación popular al cuidado de los intereses públicos, del principio de economía a la eficiencia administrativa. Por eso, es para la tutela de la democracia y no solo de la legalidad penal, por lo que es necesario reducir lo más posible esta compleja mediación burocrática y los ilícitos a que da lugar, mediante idóneas metagarantías de imparcialidad, automaticidad y efectividad.

Con las investigaciones sobre la corrupción como fenómeno endémico y sistémico de nuestras democracias ha salido al paso un problema nodal totalmente eludido por todos, favorables y detractores de las investigaciones, magistrados y políticos, derecha e izquierda, que tiene que ver con la estructura misma de las instituciones estatales. Me refiero al problema de la anomia del estado social, seguramente uno de los principales factores de su actual perversión ilegal. En efecto, pues los fenómenos de la corrupción y de los distintos tipos de abusos, que hoy invaden la esfera pública como una metástasis, deben en gran parte su existencia a la excesiva discrecionalidad que preside las intervenciones de los titulares de poderes políticos o administrativos en materia de economía y de actuación de los derechos sociales, celosamente defendida por los aparatos. En el estado social burocrático, pervertido por el exceso de aparatos y procedimientos, la satisfacción de los derechos sociales —a la salud, la asistencia, el trabajo, la previsión social y similares— así como la concesión de permisos o autorizaciones administrativas y la prestación de los

correspondientes servicios públicos, son demasiado a menudo obstaculizadas por lo dilatado de los tiempos y por los mecanismos de distribución clientelar generados por los favoritismos y por el voto de cambio. Estos mecanismos, a su vez, son el resultado de numerosas y complejas intermediaciones que, debido a los amplios espacios de discrecionalidad, operan como causa de los principales factores de la corrupción, el despilfarro, los costes y, al mismo tiempo, de la inefectividad en la actuación de los derechos. Naturalmente, el problema no es solo, y tampoco principalmente, una cuestión penal. Incide en la estructura burocrática de nuestro estado social, que necesita un proceso de constitucionalización mediante la sustitución de las mediaciones burocráticas por las garantías de los derechos. Es un problema enorme, que impone un replanteamiento radical de la administración pública. Pensados y destinados, en abstracto, a prevenir corrupciones e ilegalidades, el exceso de procedimientos, documentaciones, visados, autorizaciones, controles, requisitos y condiciones acaban, inevitablemente, obstaculizando solo las actividades de las personas honestas, mientras que son ágilmente eludidos o, peor aún, instrumentalizados por los profesionales del abuso de poder. Me limitaré a formular dos esenciales indicaciones garantistas, cuya actuación equivaldría a la transformación de nuestro estado social burocrático en un estado social de los derechos[22].

La primera indicación la ofrece un principio cuyo valor jurídico, y al mismo tiempo político y económico, ha sido ampliamente avalado por el entramado perverso entre estado y mercado puesto de manifiesto, precisamente, por las investigaciones penales sobre la corrupción. Según este principio, un derecho social puede ser garantizado de un modo tanto más pleno, simple y eficaz en el plano jurídico, quedar tanto más al reparo de la discrecionalidad político-administrativa en el plano político y, por tanto, de la selectividad y de la corrupción alimentadas por esta, y hasta resultar tanto menos costoso en el plano económico, cuanto más se reduzca la mediación burocrática requerida para su satisfacción y, al límite, incluso se anule mediante la garantía igual a todos, *ex lege*, de las

prestaciones sociales, sin comprobación siquiera del estado de necesidad. Desde este punto de vista, el ejemplo paradigmático es, de nuevo, el de la satisfacción por ley —de forma gratuita, universal y generalizada— de los derechos sociales a la subsistencia y a la asistencia mediante la erogación de una renta mínima de ciudadanía garantizada a todos a partir de la mayoría de edad, incrementable solo en razón del número de hijos menores, quizá integrada después de cierta edad por una pensión y recuperada de las personas pudientes mediante una adecuada exacción fiscal[23]. Pero tienen el mismo esquema las formas gratuitas y obligatorias de las prestaciones *ope legis* en materia de asistencia sanitaria, educación y previsión social, de acuerdo con el carácter universal de los correspondientes derechos fundamentales.

En definitiva, una reforma garantista del estado social debería consistir en la máxima reducción posible de la mediación burocrática y discrecional que actualmente pesa sobre todas las prestaciones sociales y que, por su carácter potestativo y selectivo, es virtualmente fuente de abusos y de arbitrios. El carácter gratuito, obligatorio y generalizado de las prestaciones, correlativo a la forma universal de los derechos sociales, comportaría una garantía de tales derechos, con toda seguridad, más plena y eficaz[24]. Así se acabaría con la obtusidad burocrática que a menudo hace difíciles, inciertas, laboriosas y penosas las prestaciones sociales y a veces las impide, en virtud del reflejo condicionado de los burócratas consistente, por lo general, en considerar su rechazo tendencialmente más legítimo que su aprobación. Sobre todo, se reducirían los presupuestos y las ocasiones de la corrupción.

En materia de prevención de las ilegalidades y de los delitos de los poderes públicos, hay una segunda indicación estratégica. Consiste en una refundación institucional del estado de derecho que también va más allá de la cuestión penal: la realización de las tres separaciones de poderes ilustradas en el § 4.2, unidas por la finalidad de evitar la acumulación de los distintos tipos de poder y de hacer que, por el contrario, se limiten y controlen entre ellos.

La primera separación es entre funciones de gobierno, sean políticas o administrativas, y funciones e instituciones de garantía: no solo la clásica separación y la independencia de las funciones judiciales o de garantía secundaria, sino también la separación y la independencia de las funciones de gobierno respecto de las de garantía primaria —de la educación a la sanidad, de la asistencia a la previsión social, de la tutela del medio ambiente a la inspección del trabajo y la protección de los consumidores—, que, como se dijo en el § 2.1, están vinculadas a la aplicación sustancial de la ley tanto como las jurisdiccionales y, por tanto, no deberían quedar expuestas a impropios y perturbadores condicionamientos de poder. Con tal fin, sería necesaria la atribución a estas instituciones de garantía primaria, no solo de independencia, sino también de autonomía financiera. Un óptimo ejemplo de esta última metagarantía es el ofrecido por la Constitución brasileña, que prevé los llamados vínculos presupuestarios, es decir, la obligación de destinar anualmente cuotas mínimas del gasto público —que obviamente pueden crecer en la confrontación de las fuerzas políticas— a la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación[25]. Es claro que esta autonomía, unida a la garantía cuanto más posible *ope legis* de los derechos sociales, serviría, no solo para conferir una más segura eficiencia a las funciones de garantía primaria, sino también para mantener a los poderes políticos al margen de las prestaciones de tipo económico y social y, con ello, para reducir las ocasiones de la corrupción. En síntesis, gracias a esta separación, la política no debería tener nunca un poder de gestión de las prestaciones, y menos aún en el caso de que sean costosas.

La segunda separación es entre los poderes políticos públicos y los poderes económicos privados, y está dirigida a impedir los conflictos de intereses, la consiguiente primacía de los intereses privados y particulares sobre los intereses públicos y generales y, por otra parte, el sustancial gobierno de la política por parte de la economía con la inevitable secuela de corrupciones. Indudablemente valdría para impedir la conmixtión entre asuntos públicos y negocios privados. Pero también para reducir las desigualdades en el derecho

de electorado pasivo y en el acceso a la representación política, que está retrocediendo a los viejos requisitos del censo, hoy imprescindibles para financiar las campañas electorales. En efecto, pues tendría el efecto de reducir el peso creciente del dinero en la política: dinero para hacer política, para obtener favores que deforman el mercado; política para hacer dinero, en beneficio de quienes la financian y con ello deforman la democracia.

La tercera separación, en fin, es entre los poderes sociales expresados por los partidos políticos y los poderes públicos en las instituciones representativas. Al consistir esta en la incompatibilidad entre cargos públicos y cargos de partido, valdría para, con la alteridad entre representantes y representados, restablecer la relación de representación política entre los primeros y los segundos. Pondría fin a la ocupación de las instituciones por los partidos. Restituiría a los partidos a su papel de órganos de la sociedad —como lugares de formación de la voluntad popular, y por eso sujetos representados y no representantes— e invertiría su actual relación con la clase política de los elegidos en las instituciones representativas: en lugar de la actual subalternidad, un efectivo poder de control que sumaría, ciertamente con mayor eficacia disuasoria, al poder y al control de la justicia penal[26]. Actualmente, el reclutamiento de la clase política está confiado a la cooptación, que es el método propio de todas las oligarquías, mediante el que se seleccionan los peores solo por ser fieles. La separación entre partidos e instituciones políticas, incluso electivas, en vez de favorecer la participación democrática de los ciudadanos en la vida pública y la efectividad de la representación política, valdría para determinar un control social desde abajo sobre la actuación de los representantes y, con ello, su responsabilización política, mucho antes que penal, hoy impedidos por la transformación de los partidos en máquinas electorales y en apéndices propagandísticos de sus jefes. La cuestión moral suscitada en los primeros años ochenta del siglo pasado por Enrico Berlinguer —cuestión política por excelencia al tener su origen en la gestión de las instituciones públicas por los dirigentes de los partidos en función de sus intereses— no se

resuelve sin esta separación y sin la restitución de los partidos a su naturaleza de sujetos exclusivamente sociales, realmente capaces de desarrollar su papel de instrumentos de la participación popular en la vida pública y de lugares de selección, de dirección y de control político de sus representantes.

7.4.3. *C) Contra los crímenes de sangre: la prohibición de las armas*

Una tercera forma de prevención no penal se refiere a los delitos contra la vida y la incolumidad de las personas, cuyo factor principal es, sin duda, la difusión de las armas. Este nexo entre (in-)seguridad y circulación de las armas lo revelan claramente las estadísticas de homicidios. Italia está, lamentablemente, entre los países que más armas producen y exportan. Pero está también entre los países con menor violencia criminal, gracias al hecho de que las personas, en su gran mayoría, no las poseen. Cabe hacer dos tipos de consideraciones.

La primera se refiere a la increíble divergencia, de la que he hablado en los § 4.3.2 y 4.5.1, entre seguridad objetiva y su percepción subjetiva: la crisis de la tradicional delincuencia individual, comenzando por los homicidios, simultánea al crecimiento de la inseguridad en la opinión pública. Italia es hoy el país más seguro de la Unión Europea: en 2000 se produjeron 271 homicidios (de ellos 112 feminicidios), con un índice de 0,45 por cada 100 000 habitantes. La siguen Austria, Grecia, Portugal y España, con un índice del 0,7, Holanda y Polonia con el 0,8, Alemania con el 1, Reino Unido con el 1,2, Francia con el 1,3, Estonia con el 2,2, Hungría con el 2,5, Letonia con el 4,2, Lituania con el 4,5, Rusia con el 9,2. En el mundo, Italia sigue, por el grado de seguridad, solamente a Japón, que tiene un índice de 0,3. Los índices de homicidios son mucho más altos en las Américas y en África: respectivamente, 17,2 y 13 por cada 100 000 habitantes. Esta enorme distancia, en Italia, entre la percepción de la inseguridad y el bajísimo índice de la criminalidad violenta solo se explica con el hecho de que la primera está

estimulada y construida por esa fábrica del miedo en que se ha transformado la televisión. El fenómeno de la inseguridad como tema privilegiado de los populismos penales está presente también en otros países. Pero en Italia, según los datos recogidos en el § 4.5.1, es mayor que en cualquier otro país, aunque el número de los homicidios y de los delitos violentos haya literalmente hecho crisis.

Preguntémonos ahora: ¿cómo se explican estas enormes diferencias en el número de homicidios entre Europa y el resto del mundo? La única explicación se encuentra en la diversidad en el modo de distribución de las armas. Cada año mueren en el mundo millones de personas por la facilidad con que pueden adquirirse las armas. En 2017 se produjeron 464 000 homicidios, la mayor parte con armas de fuego, y cada año mueren cientos de millares de personas en las guerras que infectan el planeta; sin contar los altísimos números de suicidios y accidentes causados por las armas de fuego. Se entiende que esta absurda masacre —de la que tienen la responsabilidad moral y política las empresas que producen y venden armas y las instituciones de gobierno que lo consienten— se debe, en gran parte, a la enorme difusión de las armas en los países en los que todos se arman por miedo. En 2020, en Brasil se cometieron 50 033 homicidios, de los cuales 6416 por mano policial, y 21 500, de los cuales el 77 % con armas de fuego, en Estados Unidos, donde es más impresionante el número de las masacres sin sentido[27].

De lo expuesto se sigue que la mejor garantía de la vida, la paz y la seguridad y, por eso, el más eficaz instrumento de prevención de las guerras y los delitos de sangre consisten, no en la exasperación de las penas producidas por la demagogia populista, sino en la radical prohibición de todas las armas de fuego, como bienes ilícitos por mortíferos: en la prohibición de su tenencia y, antes aún, de su comercio y de su producción. Sobre todo, la prohibición de las armas: no solo de los armamentos nucleares, que es milagroso que hasta la fecha no hayan sido utilizados por algún déspota criminal o no hayan caído en manos de un loco, sino de todas las armas de

fuego, también las de guerra, que tendrían que estar fuera de la ley en garantía de la vida y la seguridad. Que es lo contrario de la mayor difusión de las armas promovida en Italia por la derecha populista, que ha conseguido introducir en el Código Penal la previsión de la legitimidad de su uso en defensa, no solo de las personas, sino incluso de los bienes y, en todo caso, contra cualquiera que viole el domicilio[28].

Una política racional en materia de seguridad debería, por el contrario, partir del reconocimiento de un hecho elemental. Las armas, por su naturaleza, están destinadas a matar. Y su disponibilidad, como ilustran las estadísticas, es la causa principal de la criminalidad y de las guerras. La difusión de las armas y el terrible peligro que supone para la paz y la seguridad son el signo de que no se ha realizado, ni siquiera dentro de los estados nacionales —no, ciertamente, en aquellos en los que cualquiera puede adquirir un arma mortífera e ir armado, y menos aún en la comunidad internacional— el desarme de los asociados y el monopolio público de la fuerza teorizados, hace cuatro siglos, por Thomas Hobbes como las condiciones de superación del estado de naturaleza y del tránsito al estado civil. La matanza, cada año, de cientos de miles de personas son el absurdo tributo que pagamos a esas empresas de muerte que son las fábricas de armas.

En efecto, solo los pesados condicionamientos ejercidos sobre nuestros gobiernos por tales empresas y por los aparatos militares explican por qué las armas, no obstante el terrible balance de muertos que provocan, no están prohibidas como bienes ilícitos, al menos como las drogas, *ne cives ad arma veniant*. A diferencia de las drogas, solo nocivas para quien las usa, las armas están destinadas a matar a otras personas. Sería, además, una prohibición bastante más justificada y, al mismo tiempo, bastante más eficaz, aunque solo sea porque la producción clandestina de armas no sería tan fácil como la de drogas. Esta podrá parecer una propuesta utópica solo a quien considere intocables los intereses de los fabricantes y los comerciantes de armas e inevitables las políticas belicistas de las de las grandes y pequeñas potencias, y tolerables

las actividades corruptoras en su apoyo. Por eso, para tal fin, es necesaria, junto a una legislación adecuada, una batalla cultural dirigida a estigmatizar la producción y la tenencia de armas como un signo brutal de incivilidad.

7.4.4. *D) La educación en la igualdad y en la legalidad*

Finalmente, a los efectos de la prevención no penal de la criminalidad en general y, al mismo tiempo, de la refundación del estado de derecho y de un derecho penal mínimo y garantista, hay una última indicación estratégica: una política cultural dirigida a promover los valores de la igualdad y de la legalidad a escala social.

En los capítulos precedentes se ha hablado de una legislación penal pletórica, irracional, inútilmente aflictiva que hace del ordenamiento punitivo italiano un sistema de derecho penal máximo y a veces hasta criminógeno. Sin duda, esta deriva, acentuada en los últimos años, es fruto de la incultura jurídica y política y de las vocaciones obtusamente autoritarias de nuestras clases de gobierno. Pero es también fruto del populismo, es decir, de la tendencia, más o menos explícita y consciente, de los partidos a representar o, peor aún, a alimentar los miedos, las intolerancias, los prejuicios, los egoísmos, la agresividad, la inclinación al odio y a la violencia y el tendencial culpabilismo presentes en la opinión pública.

Una política de seguridad, dirigida a la prevención y a la reducción de los delitos, debería hacer justamente lo contrario. No puede limitarse a medidas legislativas y a reformas institucionales. Debe incluir también una obra de educación de masas en la legalidad, la igualdad, la no violencia, la tolerancia, la tutela y el respeto de todas las diferencias y, en general, en los valores políticos estipulados en las constituciones. Naturalmente, la educación en la igualdad y en la legalidad será tanto más fácil y creíble cuanto más una y otra tengan concreta realización a través de las garantías de los derechos de libertad, que son todos derechos al igual respeto de las diferencias personales, así como de los derechos sociales, que son todos derechos a la reducción de las desigualdades materiales. Cultura y

práctica de la igualdad y de las garantías de los derechos están estrechamente interconectadas.

Esta pedagogía moral y civil es una estrategia no penal de prevención de los delitos, a largo plazo más importante que cualquier otra, por su capacidad de modificar la sociedad en sus costumbres y en sus culturas. Mientras la ilegalidad difusa —la evasión fiscal, la pequeña corrupción, la elusión de las reglas— sea tolerada como signo de astucia o incluso justificada como inevitable sobre la base del principio de que lo hacen todos o, peor aún, de que es algo que no puede dejar de hacerse en la selva burocrática que habitamos, la criminalidad económica, grande y pequeña, solo podrá prosperar. Mientras las garantías de los derechos sean sustituidas por los favores y las concesiones al cliente, y el poder legal se ejerza de una forma ilegal y arbitraria, también los poderes criminales podrán gozar de un espacio libre y obtener consenso. Mientras las discriminaciones y las violencias —de las domésticas a las mafiosas— no susciten indignación como signos de abuso y vileza, en lugar de ser toleradas como expresiones inevitables de la ley del más fuerte, nunca tendrán fin. Mientras las múltiples y variadas diferencias entre las personas, que forman la verdadera riqueza del género humano, no sean respetadas y cultivadas como elementos constitutivos de la dignidad de cada uno y de todos, los odios identitarios, la búsqueda y la construcción de enemigos, y el culto de la fuerza y de la imposición seguirán generando guerra y criminalidad. En efecto, pues el respeto de las diferencias es el principal antídoto contra los rencores, los miedos y las desconfianzas, que tienen siempre por blanco a los percibidos como distintos —por sistema, los sujetos más débiles— y, solo porque distintos, enemigos. Por eso, una pedagogía civil dirigida a hacer frente a las subculturas de la violencia requiere la expulsión de la política, tanto interna como internacional, de la figura y la idea misma del enemigo, de su lógica, su lenguaje, su imaginario. Esa figura que contradice radicalmente el principio de la dignidad de la persona, es la negación de la política. Es siempre el producto de construcciones propagandísticas desarrolladas, sobre todo, no por

casualidad, por regímenes autoritarios y por fuerzas políticas iliberales, que solo con la construcción de enemigos consiguen definir sus identidades y dar un sentido a su existencia.

La batalla cultural en defensa de los valores constitucionales de la paz, la igualdad y la solidaridad es larga y difícil. Las constituciones no nacen de la nada. Son visiones del mundo y depósito de valores morales y de principios políticos largamente madurados en la historia del pensamiento político y, más en general, en la historia de la cultura[29]. Son el producto de las luchas sociales y los movimientos políticos desarrollados en su apoyo y de la acción de los padres constituyentes que teorizaron y se batieron por esos valores[30]. Es por lo que su defensa y su papel como criterios de conducta y de valoración requieren el aprendizaje, la difusión y la memoria histórica de las ideas, las vicisitudes políticas y las luchas sociales que son sus antecedentes. Es claro que una cultura constitucional semejante no se improvisa. Es más fácil demolerla que construirla. La obra de deseducación civil y moral en el vértice del estado —la ostentación de la deshonestidad y del dinero, el racismo de las leyes y de las prácticas, la inhumanidad de las penas, la culpabilización de la pobreza— ha sido devastadora durante más de treinta años. La reconstrucción moral impone un giro del que no hay señales. Requiere el ejemplo de la probidad y el desinterés en los vértices del estado. Supone una enseñanza pública de alta calidad y el desarrollo, en la sociedad, de un debate a su vez unido, si bien en el pluralismo de las opciones políticas, por la compartición de los valores constitucionales de la libertad y de la justicia social. También desde este punto de vista se hace patente la sinergia entre los derechos y los principios constitucionales. Mucho más que las penas, el correcto ejercicio de las funciones públicas y la confianza de las personas en las instituciones, la enseñanza pública y la prensa libre, la participación política y la organización sindical y, en general, todas las formas de asociacionismo democrático, son los antídotos más eficaces contra la depresión del espíritu público y el desarrollo de la criminalidad.

A la inversa, la violencia criminal tiene siempre a sus espaldas concepciones opuestas, opresivas, por así decir anticonstitucionales de la sociedad —la apología de la fuerza y de la desigualdad, las subculturas mafiosas, los fundamentalismos y los fanatismos religiosos, las ideologías terroristas— y más a menudo, simplemente, incultura e ignorancia. La batalla cultural en apoyo de los valores constitucionales es necesaria, sobre todo, frente a las organizaciones criminales y su capacidad de reclutamiento, para aislarlas social y moralmente y para, de este modo, reducir el consenso que consiguen en la sociedad. La mafia, como la camorra y la *'ndrangheta*, no son simples asociaciones para delinquir. Son organizaciones y a la vez culturas criminales que se desarrollan y se mantienen también gracias al consenso social de que gozan, a su vez conquistado a través de la difusión de sus modelos culturales y al papel de suplencia que desarrollan en ocasiones, en garantía de la subsistencia e incluso del trabajo, debido a la ausencia o a la ineficiencia del Estado. Hay que ser conscientes de que el vacío de políticas sociales, pero también de educación y de cultura civil, resulta inevitablemente cubierto por las culturas y las prácticas mafiosas y delicuenciales. Estas subculturas de la violencia y de la ilegalidad solo pueden ser afrontadas con la educación básica y con la generalización de los valores civiles de la legalidad, la igualdad, la solidaridad en el sentido común y, sobre todo, de los derechos fundamentales como leyes de los más débiles en alternativa a la salvaje ley de los más fuertes. Hay un seguro criterio de valoración de los ordenamientos políticos: su civilidad se mide por el modo como tratan a las personas más débiles —presos, migrantes, mendigos, pobres, vagabundos y todas las personas vulnerables, incluidas, lamentablemente, las mujeres, todavía oprimidas y discriminadas en gran parte del mundo— y por la medida en que se tutela su dignidad de personas.

Naturalmente, también la educación en la legalidad y en el respeto de los más débiles es tanto más eficaz y creíble cuanto más racional y cognoscible sea el sistema legal, hoy tan caótico, en parte por la ineficiencia de los controles políticos y administrativos, en parte por

el valor simbólico y declamatorio asociado a la estigmatización penal, hasta el punto de que no hay ley que en los pasados decenios no haya estado acompañada con la previsión de una pena. El resultado ha sido una difuminación de los confines sustanciales entre ilícitos penales y administrativos, una banalización de los primeros y una multiplicación incontrolada de los microdelitos que han llevado a la pérdida de certeza, cognoscibilidad y tendencial compartición social de las leyes. Con el efecto de una inevitable pérdida de calidad de la legalidad y de la jurisdicción y también de un ofuscamiento del sentimiento común de la justicia. Por eso, la racionalización del derecho penal y su restitución a las funciones de tutela exclusiva de los bienes jurídicos primarios, es hoy todo uno con los de su minimización y del reforzamiento de las garantías liberales y sociales de todos los derechos fundamentales. En efecto, las distintas dimensiones del garantismo siempre se refuerzan entre sí y el debilitamiento de una de ellas produce como consecuencia el de las demás.

1. En los años setenta y en los primeros ochenta del pasado siglo la tasa de encarcelamiento en Estados Unidos era análoga a la de los países europeos (96 por cada 100 000 habitantes en 1973 y porcentajes poco superiores hasta 1985). En 2018, como se ha dicho en la nota 41 del capítulo V, ha subido a 724 por cada 100 000 habitantes, sin que mientras se hayan producido cambios significativos en el número de delitos cometidos. 2 145 100 son las personas presas en las 4575 prisiones estadounidenses (locales, estatales, federales y privadas en sus distintos niveles): más del 20 % de los presos en todo el mundo, con una población estadounidense que es el 4,4 % de la población mundial. Sobre este crecimiento insensato, véase L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

2. Sobre el aumento del número de presos y sobre la composición clasista de la población carcelaria en Francia, véase D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea* [2017], trad. it. de L. Alunni, Feltrinelli, Milán, 2018, p. 119. Datos analíticos relativos a los distintos continentes pueden verse en M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bolonia University Press, Bolonia, 2013, cap. I, pp. 19 ss.

3. Según el informe *Statistiques pénales Annuelles du Conseil d'Europe* relativo a 2021, en Italia, sobre una población carcelaria de 53 329 personas (90 por cada 100 000 habitantes), los presos extranjeros eran el 32,4 % (más del doble de la media europea, que es del 15 %) y los condenados por delitos relacionados con las drogas el 32 %. En el mismo año, los presos por delitos de los llamados de «cuello blanco» —corrupciones, cohechos, quiebras, delitos financieros— eran solo el 3,5 % del total.

4. Sobre la «deriva punitivista» generada por esta centralidad asumida por la figura de las víctimas y sobre la expansión de tal figura —virtualmente «todos somos víctimas»— son esclarecedoras las contribuciones de T. Pitch, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milán, 1989, tercera parte, pp. 175 ss.; Íd., «I rischi della sicurezza urbana»: *Parolechiave* 22-24 (2000), pp. 71 ss.; Íd., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2006 y, por último, Íd., *Il malinteso della vittima. Una lettura femminista della cultura punitiva*, Gruppo Abele, Turín, 2022, que ilustran la tendencial sustitución, también en la cultura jurídica progresista, del «paradigma de la opresión» y de la «rebelión» por el «paradigma de la victimización» y la consiguiente despolitización de la cuestión criminal. En apoyo de esta centralidad del papel de la víctima ha llegado a proponerse una «presunción de victimización» de la parte ofendida como contrapeso de la presunción de inocencia del imputado (Teresa Lancry y A. Robalo, «Principio da presunçao de victimizaçao e principio de presunçao de inocencia: un combate de titas?»: *Revista do Ministério Publico* 159 [2019], pp. 169 ss.). Contra esta tesis se ha pronunciado, sosteniendo la incompatibilidad de las dos presunciones, P. Andrés Ibáñez, «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible»: *Revista do Ministério Público* 160 (2019), pp. 59 ss.

5. Una actitud ciertamente singular, por contrastante, en el contexto de referencia, dada la sensibilidad ética y jurídica que expresa, es la de Mario Calabresi, hijo del comisario Luigi Calabresi, asesinado por integrantes de la organización Lotta Continua como supuesto responsable del homicidio de Giuseppe Pinelli, en el que no tuvo participación. Ha escrito: «rechazamos esa idea medieval de que sean los familiares de una víctima los que decidan la suerte de quien ha sido considerado culpable. Para eso están los códigos, las leyes, los tribunales, el Parlamento, a ellos les corresponde la responsabilidad de decidir. No son cuestiones privadas. La justicia pertenece al estado, no a las familias» (*Salir de la noche. Historia de mi familia y de otras víctimas del terrorismo*, trad. cast. de C. Gumpert, prólogo de E. González, Libros del Asteroide, Barcelona, 2023, pp. 131-132).

6. Así F. Palazzo y F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bolonia, 2018, pp. 92-96, donde se propone la institución de «una suerte de servicio social concebido con competencias y finalidades proyectadas sobre las exigencias de las víctimas en relación con las distintas tipologías de delitos».

7. G. Mannozzi y G. Lodigiani (eds.), *La giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bolonia, 2015; G. Bertagna, A. Ceretti y C. Mazzucato, *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, Milán, 2015.

8. El código babilónico de Hammurabi, que se remonta al siglo XVIII a. C. establece: «196. Si alguien hace perder un ojo a otro, pierda él su propio ojo; 197. Si alguien rompe un hueso a otro, se le romperá a él un hueso [...] 200. Si alguien rompe los dientes a un igual, se le romperán a él los dientes [...] 210. Si alguien golpea a una mujer nacida libre y esta muere, se deberá matar a una hija

suya» (citado por V. Manzini, «Il diritto criminale nella più antica legge del mondo»: *Rivista di diritto penale* 1903, pp. 662 ss.). De forma análoga la Biblia: «vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie», en Éxodo, XXI, 24 y Deuteronomio XIX, 21. Y las *XII Tablas*: «si quis membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto» (VIII, 2).

9. Platón, «Leyes», 872e, en Íd., *Diálogos* IX, ed. de F. Lisi, Gredos, Madrid, 1999, p. 166: «el que ha cometido un crimen» es justo que «sufra necesariamente lo mismo que hizo»; Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, La Editorial Católica, Matriti, 1956, IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4: «Haec est forma divini iudicii, ut secundum quod aliquis fecit, patiatur [...] Ergo videtur quod iustum simpliciter sit idem quod contrapassum»; Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XII, cap. IV, p. 174: «la libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito»; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, texto it. fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, § XIX, p. 183: «Hay otro principio que sirve admirablemente para estrechar cada vez más la importante conexión entre el delito y la pena, es que esta sea lo más conforme posible a la naturaleza del delito»; J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, lib. I, cap. VI, p. 16 [hay trad. cast. de D. L. B., *Teoría de las penas y de las recompensas*, Casa de Masson e hijo, París, 1826]: «La pena debe ser *análoga al delito*. Esta incidirá con más firmeza en la memoria y en la imaginación si tiene alguna semejanza con el delito. El talión es admirable desde este punto de vista: *ojo por ojo, diente por diente* [...] pero demasiado costoso»; I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», en Íd., *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, estudio preliminar de A. Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989, segunda parte, 49 E, I, p. 167: «Solo la *ley del talión (ius talionis)*, puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia»; más adelante, p. 168: la conocida y terrible tesis: «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros [...] antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel»; G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la filosofía del derecho* [1821], ed. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 2017, § 101, p. 116: «La eliminación del delito es una *retribución*, pues conceptualmente es la lesión de una lesión y porque el delito, en cuanto existente, es algo determinado cuantitativa y cualitativamente, con lo que la negación de esta existencia tiene una determinación similar».

10. «Guerra», según la clásica definición formulada por Alberico Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, Clarendon Press, Oxford, 1933, lib. I, cap. I, p. 12, es una «publicorum armorum contentio», es decir, un choque entre ejércitos pertenecientes a entidades públicas, y no, ciertamente, entre estas y las organizaciones criminales.

11. Así U. Grozio, *De jure belli ac pacis libri tres* [1625], Brill, Lugduni [Lyon], 1939, lib. II, cap. XX, § 3; J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, [1690], trad. cast., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. 2, § 7-11, pp. 38-42; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* [1783], trad. cast. de J. Ribera, ed. de L. Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2018, lib. III, cap. XXVI, p. 869; G. Romagnosi, *Génesis del derecho penal* [1791], trad. cast. de C. González Cortina y J. Guerrero, Temis, Bogotá, cap. III, § 56-58, pp. 31-32 y § 221-337, pp. 107-142; F. Carrara, *Programa de derecho criminal* [1870], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1964, vol. II, § 598-612, pp. 43-66.

12. A propósito de las doctrinas abolicionistas del derecho penal y del problema de la justificación de la pena, remito a las notas 7 y 8 del capítulo II.

13. En el pasaje citado en la nota 6 del capítulo II.

14. «Cualquier normativa acerca del aborto requiere ante todo que la ley lo reconozca como delito. Y esto comporta también, incluso por razones educativas, la previsión de penas» («Aborto e legge di aborto. Documento del Consiglio Permanente della Conferenza Episcopale Italiana», de 8 de febrero de 1975, publicado en C. Papa, *Dibattito sull'aborto*, Guaraldi, Rímini-Florencia, 1975, p. 61). «Es necesario prestar mucha atención a lo que puede comportar un cambio de legislación: muchos tomarán por una autorización lo que, quizá, no es sea más que una renuncia a castigar. Y, en el presente caso, tal renuncia parece conllevar que el legislador ya no considere el aborto un crimen contra la vida humana, puesto que el homicidio sigue estando gravemente castigado» («Sull'aborto procurato. Dichiarazione della Sacra Congregazione per la dottrina della fede», de 18 de noviembre

de 1974, en C. Papa, *Dibattito*, cit., p. 53). Igualmente explícito fue el jesuita Giuseppe De Rosa, «E' incominciata in Italia la campagna per l'aborto», en *La Civiltà cattolica*, 1975, I, p. 268: «La legalización del aborto hace pensar a la gran parte de la población que no distingue entre 'moral' y 'legal', que el aborto, si la ley lo permite, es que ha dejado de ser un mal moral y un delito». Donde es clara la lesión no solo de la laicidad del derecho, sino también de la laicidad de la moral, que residen en su recíproca autonomía: una en el rechazo del derecho a convertirse en instrumento de la simple afirmación de una determinada moral; la otra en el rechazo de la moral, si autónoma y auténticamente vivida, a pedir el apoyo heterónomo de la ley estatal.

15. Cf. J. Bentham, *A Comment on the Commentaries* [1776], At the Clarendon Press, Oxford 1928, donde las tesis positivistas de la separación de derecho y moral se oponen a las iusnaturalistas de W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], ed. de W. Morrison, Routledge, Londres, 2001; J. S. Mill, *Sobre la libertad* [1861], trad. cast. de P. de Azcárate, prólogo de I. Berlin, Alianza, Madrid, contra cuyas tesis utilitaristas y limitativas de la potestad punitiva polemizó el gran juez victoriano J. F. Stephen en *Liberty, Equality, fraternity*, Smith, Elder & Co., Londres, 1874, pp. 159-165, donde se afirma que el fin de la pena es «combatir el vicio» y «satisfacer públicamente el sentimiento de aversión» producido en el público por el delito, y en *A History of the Criminal Law of England*, Macmillan, Londres, 1883, vol. II, p. 81, donde la etización del derecho es aún más explícita: «la irrogación de la pena de una forma definitiva y solemne ratifica la indignación moral suscitada por la comisión de la ofensa»; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* [1961], trad. cast. de G. R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 193 ss.; Íd., *Diritto, morale e libertà* [1963], trad. it. de G. Gavazzi, Bonanno, Acireale, 1968; Íd., *Castigo y responsabilidad*, trad. cast. de J. Barja de Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2019, escritos en polémica con las tesis jurídico-moralistas de *lord* A. T. Denning, según el cual «la justificación última de todas las penas no es la disuasión, sino la denuncia vibrante de un delito por parte de la comunidad» (en *The Royal Commission on Capital Punishment*, Cmd 8932, § 53, citado por Hart en *Castigo y responsabilidad*, cit.) y de *lord* P. Devlin, según el cual, el fin de la ley penal es «sancionar un principio moral y ningún otro» (*The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1959, p. 9). Sobre estos debates y más en general sobre la imposición de la moral a través del derecho, véase últimamente J. I. Delgado Rojas, *Ciudadanía liberal y moralismo legal*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2021.

16. R. M. Hare, *Libertà e ragione* [1963], trad. it. de M. Borioni, Il Saggiatore, Milán, 1971, pp. 213, 220 y 236.

17. Recuérdense las palabras de Beccaria: más allá del «justo horror que merecen estos delitos [...] al indicar sus fuentes, me creo con derecho a extraer una consecuencia general, esto es, que no puede llamarse precisamente justa (que quiere decir necesaria) la pena de un delito mientras la ley no haya utilizado el mejor medio posible en las circunstancias dadas de una nación para prevenirlo» (*De los delitos y de las penas*, cit., § XXXI, p. 229).

18. «Si el hombre no goza de libertad en sentido materialista [...] no deberían castigarse los crímenes en el individuo, sino destruir las raíces antisociales del crimen y dar a cada cual el margen social necesario para exteriorizar de un modo esencial su vida. Si el hombre es formado por las circunstancias, será necesario formar las circunstancias humanamente» (K. Marx, *La sagrada familia*, trad. cast. de W. Roces, Grijalbo, México, 1967, p. 197).

19. «El hombre civilizado», escribió Tocqueville, «está infinitamente más expuesto a las vicisitudes del destino que el hombre salvaje» (*Mémoires sur le paupérisme* [1838], en Íd., *Oeuvres complètes*, Gallimard, París 1989, t. XVI, *Mélanges* [trad. cast. de J. M. Ros, *Memorias sobre el pauperismo*, Tecnos, Madrid, 2003]). Sobre estas transformaciones estructurales de las condiciones de vida, en virtud de las cuales se ha hecho imposible lo que era posible en el pasado (vivir de los productos de la naturaleza) y posible lo que era entonces imposible (garantizar la salud, la educación, la subsistencia), remito a *La construcción de la democracia*. *Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 5.9. pp. 284 ss.

20. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XLV, p. 277: «el medio más seguro, pero más difícil, de prevenir los delitos es perfeccionar la educación».

21. Sobre la dimensión social de la democracia asegurada por las garantías de los derechos sociales a la salud, la educación, la previsión social y a la subsistencia, remito a *PiII*, cap. XV, § 15.17-15.23, pp. 379-416; al *Manifiesto por la igualdad*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2019; y a *La costruzione della democrazia*, cit., cap. VII, § 7.7-7.10, pp. 392-417.

22. Sobre las formas de esta transformación del actual estado social burocrático de derecho en estado social de los derechos, remito a: *PiII*, § 15.18-15.21, pp. 384-403; *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014; y a *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, cit., § 7.7-7.10, pp. 392-417.
23. Sobre renta básica universal, de la vastísima literatura en la materia, véanse al menos P. van Parijs, «A Basic Income for All», en Íd. (ed.), *What's Wrong with a Free Lunch?*, Beacon Press, Boston, 2001, pp. 3-28; Íd. e Y. Vanderborght, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, Bolonia, 2017; G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Gruppo Abele, Turín, 2011; Th. Casadei, *Oltre i diritti sociali? Il basic income (e i suoi problemi)*, Firenze University Press, Florencia, 2012; Basic Incom Network Italia, *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, Gruppo Abele, Turín, 2012; E. Granaglia y M. Bolzoni, *Il reddito di base*, Ediesse, Roma, 2016, con amplia bibliografía. Una renta básica universal —aunque sea condicionada por una genérica «participación», o sea, por alguna «contribución social»— es la defendida también por A. B. Atkinson, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare* [2015], trad. it. de V. B. Sala y Raffaele Cortina, Milán, 2015, pp. 221-233, que, en su Propuesta n.º 13, la ha llamado «renta de participación, como complemento de la protección social existente» (*ibid.*, p. 227).
24. He ilustrado mejor esta propuesta en *PiII*, § 15.18, pp. 384-390, en *La democracia a través de los derechos*, cit., § 5.6, pp. 199-207 y en *La construcción de la democracia*, cit., § 7.9, pp. 406-417.
25. El art. 212 de la Constitución brasileña establece que «la Unión aplicará anualmente no menos del 18 %, y los estados, el Distrito Federal y los municipios no menos del 25 % de lo recaudado mediante los impuestos [...] al mantenimiento y al desarrollo de la educación». El art. 198, § 2 y 3 establece a su vez, en materia de salud, que «la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios emplearán anualmente, para las acciones y los servicios sanitarios públicos, recursos mínimos derivados de la aplicación de porcentajes», que una ley complementaria —la n.º 141/2012, de 13 de enero— fijó en el 12 % para los Estados y el 15 % para los Municipios y para la Unión, añadiendo que deberán aumentar con el crecimiento del PIB.
26. Sobre esta reformulación teórica de la separación de poderes, remito a las notas 1 y 2 del capítulo II. Sobre las separaciones, remito también a *La democracia a través de los derechos*, cit., § 5.3, pp. 183-191; «Una refundación garantista de la separación de poderes» [2015], en *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, ed. de D. Ippolito y F. Mastromartino, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2020, pp. 73-96; y a «Separar los partidos del estado y devolverlos a la sociedad», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la democracia. Información y debate* 83 (2015), pp. 5 ss.
27. Según un informe del Congressional Research Service, en Estados Unidos hay más armas que habitantes: 357 millones de armas de fuego en posesión de una población de 318 millones de personas, y el 42 % de los civiles armados del mundo en una población que es de solo el 4,4 % de la mundial. El resultado es más de un tiroteo masivo al día. La matanza más sangrienta fue la producida en Las Vegas el 1 de octubre de 2017, cuando una persona disparó desde lo alto sobre los espectadores de un concierto matando a 60 personas e hiriendo a 851. Pero las masacres son cotidianas. En mayo de 2022 se produjeron dos gravísimas en el espacio de diez días: el *raid* racista del 14 de mayo en Buffalo, en el que un muchacho de dieciocho años mató a 10 afroamericanos en un supermercado; y la masacre del 24 de mayo en Uvalde, Texas, donde otro chico de la misma edad mató a 19 niños y a dos maestras. Aunque el 47 % de los estadounidenses sea favorable a una disciplina más rígida sobre las armas y solo el 38 % contrario, es la minoría la que prevalece gracias a los influyentes *lobbies* de las armas, el más potente de los cuales es la National Rifle Association, y a su capacidad de corrupción.
28. Es lo previsto en los apartados 2.º y 3.º del art. 52 del Código Penal, sobre la legítima defensa, en virtud del art. 1 de la Ley n.º 59/2006, de 13 de febrero, y del art. 1 de la Ley n.º 36/2019, de 26 de abril.
29. Sobre la relación entre constitución y cultura, véase P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura* [1982], trad. it. de Jörg Luther, Carocci, Roma, 2001.
30. En una página famosa, Piero Calamandrei reconoció en la Constitución italiana «las voces familiares, augustas y veneradas, de nuestro Risorgimento» que «hablan desde sus artículos: La República del art. 1, la República pacífica del art. 11 que 'repudia la guerra como instrumento de

ofensa a la libertad de los demás pueblos', es Giuseppe Mazzini; el 'espíritu democrático' que, según el art. 52, debe presidir la reconstrucción del ejército, es Giuseppe Garibaldi. En el art. 8, que proclama todas las confesiones religiosas 'igualmente libres ante la ley' parece reconocerse la voz de Camillo Cavour; desde el art. 27, que abole la pena de muerte, habla Beccaria; desde el art. 115, que reconoce la autonomía regional, resuena, después de un siglo, la advertencia de Carlo Cattaneo: 'es preciso que las regiones se despierten a la vida pública...'. Pero hay otras voces más recientes [...] En esa afirmación tan clara, contenida en el apartado primero del art. 3, que hace de la justicia social condición indisoluble de la libertad política y de la igualdad jurídica, revive Carlo Rosselli; en los artículos que sitúan en el trabajo la fuente de toda dignidad social y que auguran una sociedad en la que se garantice 'la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país', reviven Antonio Gramsci y Piero Gobetti» (*La Constitución inactuada*, trad. cast. y estudio preliminar de P. Andrés Ibáñez, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 143-144).

Capítulo VIII

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. CRÍMENES DE SISTEMA Y CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

8.1. *Una tercera falacia penalista: la ilusión de que los delitos previstos y tratados por el derecho penal son los únicos crímenes merecedores de prevención*

Todavía más grave que la ilusión de que el derecho penal sea el más eficaz instrumento de prevención de los delitos es la tercera ilusión o falacia penalista señalada en el § 7.2: la idea de que los únicos delitos configurables como «crímenes» merecedores de prevención son los delitos previstos o en cualquier caso tratables por el derecho penal, concebido por eso como el solo instrumento de defensa frente a las violaciones criminales de bienes y derechos fundamentales. Es una ilusión falaz inversa en relación con la segunda, es decir, con la idea de que el derecho penal es un instrumento *suficiente* o, cuando menos, primario a los efectos de la prevención de los delitos. Con esta base, el tratamiento penal sería una condición *necesaria* para que un hecho pueda ser calificado de criminal. De este modo, si todos los crímenes, todas las graves agresiones a los derechos son susceptibles de una respuesta punitiva, entonces, cuando tal respuesta no sea posible, no estaremos ante crímenes ni ante graves agresiones al derecho y a a los derechos.

Es de lamentar que esta falacia está dramáticamente desmentida por las profundas transformaciones que en estos últimos decenios han afectado al estado del mundo. La seguridad, la paz y la supervivencia misma de la humanidad son hoy amenazadas y

agredidas por violaciones del derecho y de los derechos inconcebibles en el pasado y bastante más graves y devastadoras que el entero conjunto de los delitos. Además, ha cambiado la geografía de los poderes: los poderes que cuentan, los políticos y los económicos de cuyos abusos depende el futuro de la humanidad, se han transferido en gran parte fuera de las fronteras de los estados nacionales, sustrayéndose a límites y controles jurídicos y políticos de los ordenamientos estatales. Por efecto de la globalización, han cambiado todos los presupuestos del constitucionalismo tal como fueron diseñados, en aquella gran etapa constituyente que fue el quinquenio 1945-1949 que siguió a los horrores de la guerra mundial y del nazifascismo, la de las constituciones rígidas de la segunda posguerra, la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Si es cierto que el constitucionalismo consiste en un sistema de límites y vínculos a los poderes de otro modo salvajes, en garantía de los principios de justicia y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, entonces hay que reconocer que hoy, con respecto a la etapa constituyente, han cambiado tanto los poderes que las constituciones tienen el deber de limitar, como sus agresiones a los bienes y los derechos fundamentales. Los poderes de los que depende nuestro futuro son hoy sobre todo los políticos de las grandes potencias y los económicos y financieros del mercado global. Además, ha cambiado, hasta invertirse, la relación entre la política y la economía: a causa del carácter prevalentemente local de la política y del carácter global de la gran economía, ya no es la primera la que gobierna a la segunda, sino a la inversa. Al mismo tiempo, son nuevas y, en el pasado, la mayor parte impensables, las agresiones a la convivencia pacífica y a la supervivencia misma de los seres humanos, provenientes de los poderes globales: el calentamiento climático; las guerras y el peligro de su degeneración en conflictos nucleares; el crecimiento exponencial y cada vez más visible y escandaloso de las desigualdades y la pobreza en un mundo totalmente interconectado; la muerte de millones de seres humanos por hambre y enfermedades curables, pero no tratadas; los

centenares de miles de muertos provocados cada año por la difusión de las armas; la explotación paraesclavista del trabajo; la muerte de decenas de miles de migrantes rechazados en nuestras fronteras. Ninguna de estas agresiones era imaginable hace solo cincuenta años. Baste pensar que ninguna de ellas aparece mencionada en un conocido volumen de 1975 titulado *Crimini di pace*, expresión con la que se aludía esencialmente a las lesiones, los malos tratos y las violaciones de los derechos humanos perpetrados en las instituciones totales en perjuicio de los enfermos mentales y de los presos[1]. Pues bien, no obstante estas transformaciones en la geografía y en la fenomenología tanto de los poderes como de las agresiones criminales a los derechos y a los bienes comunes, no se ha producido ningún cambio sustancial en nuestro ordenamiento internacional, basado todavía en la ausencia de límites a los estados soberanos y a los mercados globales, y en la idea de que las únicas violaciones criminales del derecho y de los derechos son las previstas y sancionadas por el derecho penal. Tampoco la profunda transformación de la cuestión criminal ilustrada en el § 4.3, ha producido un cambio en la cuestión penal y, menos aún, en la más importante cuestión constitucional.

Antes de hablar de esta tercera falacia penalista, es necesario analizar, en este y en el próximo parágrafo, los límites y las aporías del derecho internacional vigente, dotado de cartas y convenciones sobre la paz y los derechos fundamentales que permanecen, todas, penosamente inefectivas. Como se dijo en el § 2.1, las garantías de tales derechos, es decir, las obligaciones y las prohibiciones que les corresponden, no nacen en simultaneidad con la formulación de los derechos mismos, como, en cambio, sucede en el caso de los derechos patrimoniales —en estos el crédito nace a la vez que la deuda y el derecho real de propiedad al mismo tiempo que la prohibición de sus lesiones—, sino que deben ser introducidas por leyes de actuación junto con las correspondientes funciones e instituciones de garantía. No basta establecer el derecho de todos a la salud o a la educación para que nazcan hospitales y escuelas públicas. Para ello son necesarias leyes de actuación adecuadas

sobre la sanidad y la educación públicas que introduzcan las garantías *erga omnes* de tales derechos. Es por lo que la estipulación en la distintas cartas internacionales de los principios de igualdad y dignidad de las personas y de los derechos humanos, tanto de libertad como sociales, habría requerido la introducción de sus garantías primarias y secundarias, es decir, de las prohibiciones de lesión de los derechos de libertad y de las obligaciones de prestación impuestas por los derechos sociales —a la salud, la educación, la subsistencia—, así como de las garantías jurisdiccionales contra las violaciones de unos y otros. En cambio, en el derecho internacional, si se exceptúa el Tribunal Penal Internacional, al que, por lo demás, no se han adherido las principales potencias, poco o nada se ha hecho. Antes bien, ha ido apagándose progresivamente la memoria de los *nunca más* opuestos, en el cuatrienio 1945-1948, a los horrores de los totalitarismos y de las guerras.

Por eso, el internacional es un ordenamiento ampliamente incumplido e incompleto. Contiene grandes promesas: la paz, estipulada por la Carta de la ONU, y luego la igualdad y los derechos fundamentales, no solo los de libertad, sino también los derechos sociales, proclamados en tantas cartas de derechos internacionales y regionales. Pero se trata de promesas no mantenidas que, además, en ausencia de límites y vínculos idóneos para actuarlas, era bien previsible que esto fuera a ocurrir. Tanto la Carta de la ONU como, en general, las cartas de derechos humanos, carecen de rigidez, pues no están efectivamente supraordenadas a cualquier otra fuente, como lo están las constituciones rígidas nacionales respecto de las demás fuentes de sus ordenamientos. Por eso, pueden ser y han sido amplia e impunemente violadas. Por otra parte, no se ha introducido ninguna seria institución global de garantía primaria en temas de salud, educación, alimentación o previsión social. Este incumplimiento hace inadecuadas las instituciones internacionales de garantía secundaria o jurisdiccional, como el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y las instancias regionales, como el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. De este modo, el futuro del garantismo está comprometido, a escala global, por la ausencia casi total de garantías primarias de los derechos fundamentales, aun cuando establecidas en tantas cartas internacionales, y por la sustancial impotencia de las funciones internacionales de garantía secundaria. De tomarse en serio estas cartas, habrá que registrar una distancia abismal entre el *deber ser* expresado en ellas y el *ser efectivo* del derecho internacional, distancia responsable de las catástrofes criminales de las que hablaré más adelante. Por eso, el ordenamiento internacional debe ser leído como un clamoroso conjunto de antinomias y de lagunas. En primer lugar, de *antinomias*, es decir, de violaciones por acción, como son las normas liberticidas que están en la base de las represiones violentas del disenso político en tantos regímenes despóticos; en segundo lugar y sobre todo, de *lagunas*, es decir, de violaciones por omisión, como las consistentes en la falta de introducción de garantías globales de la paz, los derechos sociales y las correspondientes funciones e instituciones de garantía.

Entonces, la pregunta es: ¿cómo reducir esa distancia correspondiente a un vacío de derecho legítimo y a un pleno de derecho ilegítimo? La primera condición de una respuesta que no eluda hacerse cargo del problema es el rechazo de la idea de que no existen alternativas a lo que de hecho sucede, repetida en estos años por todos los gobernantes y por quienes los sostienen. Esta, es una tesis abiertamente ideológica, que, como se hará ver mejor más adelante, tras la pantalla del realismo, naturaliza lo que es artificial y legitima como inmutables las situaciones de poder existentes y su actual deriva. Lamentablemente, una gran parte de la ciencia del derecho internacional ha asumido esta ideología, que expresa la vieja enseñanza de Alberico Gentili y de Hugo Grocio anclada en el principio de efectividad y en la idea de que el derecho internacional es lo que quieren y practican los estados más «civiles»[2], o sea, más potentes. Así, tras de la doble pantalla del principio de efectividad y

de la perdurable soberanía de los estados, resulta avalada la impunidad de los crímenes atroces cometidos por sus gobernantes durante toda la Edad Moderna[3]. Se ignora así la dimensión normativa impuesta al derecho internacional por el principio de la paz y por los derechos establecidos en sus cartas fundamentales, es decir, en la Carta de la ONU y en las distintas cartas y convenciones de derechos humanos. Estas normas nos dicen que la alternativa a las políticas actuales, no solo existe, sino que está impuesta por estas cartas como debida en virtud del principio, aquí formulado en el § 2.1, de que todo derecho fundamental, si se toma en serio su estipulación, implica e impone la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias y las conexas funciones e instituciones de garantía, cuya falta de creación constituye una laguna que debe colmarse.

Este capítulo está dirigido a mostrar lo insostenible, además de ilegítimo, de esta laguna. En el derecho internacional distinguiré dos conjuntos de lagunas. El primero, al que dedicaré el próximo parágrafo, tiene que ver con la actual justicia internacional, cuyos límites están en el origen de su sustancial inefectividad. El segundo, aún más grave e importante, al que se dedicarán los parágrafos sucesivos, se refiere a la dramática inadecuación de la actual Organización de las Naciones Unidas y a la posibilidad de refundarla ampliándola a las relaciones de mercado e incorporando a ella el paradigma del constitucionalismo rígido. La realización de este constitucionalismo y del conexo garantismo global es la última y más decisiva condición de una refundación del garantismo penal a la altura de la globalización y, al mismo tiempo, el punto de llegada del itinerario histórico del constitucionalismo y del garantismo. Parece una utopía. En cambio, como trataré de hacer ver, es la única respuesta realista a los desafíos globales de los que depende la supervivencia del género humano.

8.2. *Los defectos de la justicia penal internacional y su posible superación. Jurisdicciones penales de solo la verdad*

Son muchas las innovaciones que requiere una justicia internacional a la altura del papel de garantía de los derechos establecidos en las cartas de derechos humanos.

Una verdadera innovación debería consistir en la transformación de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia de voluntaria en obligatoria[4] y, sobre todo, en la institución de un tribunal constitucional global competente para verificar y censurar todas las fuentes, estatales y supraestatales, en contradicción con las cartas internacionales de derechos humanos. En ausencia de tal control de legitimidad, los derechos fundamentales, comenzando por los derechos de libertad, están destinados a quedarse en el papel, expuestos constantemente a las prácticas liberticidas de los regímenes despóticos. El carácter no obligatorio, sino voluntario, esto es, ligado a la ratificación estatal del tratado correspondiente, es también el principal límite del actual Tribunal Penal Internacional, que es, ciertamente, la mayor institución global de garantía introducida hasta ahora. Es claro que la previsión del carácter obligatorio de estas jurisdicciones, al implicar la superación de la lógica de los tratados y con ello de la soberanía de los estados, equivaldría a la transformación de la ONU en un ordenamiento federal y a la realización del constitucionalismo global que será aquí diseñado en hipótesis en los § 8.5 y 8.6. Sin embargo, aun sin llegar a este salto de civilidad, a mi juicio, cabe formular en hipótesis algunos remedios a la falta de eficientes garantías secundarias.

Instituido en Roma con el Tratado de 17 de julio de 1998 e iniciado su funcionamiento el 1 de julio de 2002, el Tribunal Penal Internacional es una institución cuya creación ha sido un acontecimiento histórico de los que hacen época, que ha abierto el camino a la integración jurídico-penal del mundo y ha introducido un primer orden de garantías, primarias y secundarias, de los derechos de inmunidad y de libertad proclamados en tantos pactos y

convenciones internacionales. En primer lugar, las garantías primarias consistentes en la prohibición, como delitos de competencia del Tribunal, del genocidio, los crímenes contra la humanidad —entre los que están comprendidos los asesinatos, las masacres, las torturas, el sometimiento a la esclavitud, las detenciones ilegales y prolongadas, los atentados contra la libertad sexual, las persecuciones racistas, las desapariciones forzadas y los crímenes de *apartheid*—, los crímenes de guerra y las guerras de agresión, generalmente impunes porque cometidos por los propios gobiernos o por organizaciones o poderes criminales que gozan de su apoyo; en segundo lugar, las garantías secundarias de los derechos lesionados, esto es, una jurisdicción que tiene carácter permanente y que, en el caso de los crímenes de su competencia, interviene sobre la base del principio de subsidiariedad cuando no lo hacen las jurisdicciones de los estados[5].

Lamentablemente, a causa del exceso de límites, procesales y sustanciales, el papel garantista de esta institución ha estado muy por debajo de las expectativas. Su principal límite es el de su competencia solo en relación con los estados que han ratificado su estatuto, cuando su obligatoriedad como jurisdicción penal sería decisiva para poder hablar del derecho internacional como de un verdadero ordenamiento. El aspecto más penoso de este límite consiste en el hecho de que entre los estados que no se han adherido no están solo regímenes iliberales como China, Rusia, Turquía y Egipto, sino también dos potencias democráticas como Estados Unidos, que fue la cuna del constitucionalismo, e Israel, cuya defección es aún más dolorosa, dado que, precisamente para condenar los horrores del Holocausto, se creó en Núremberg el primer tribunal penal internacional del que este es la institucionalización de forma permanente. Tras de la general indignación suscitada por la criminal guerra de agresión de Rusia a Ucrania y el unánime deseo de justiciabilidad de los crímenes cometidos en ella, debería ser claro que todos los estados que no se han adherido al estatuto del Tribunal Penal Internacional se autocalifican como estados fuera de la ley.

Naturalmente, este límite no es superable sin una refundación constitucional de la ONU. No obstante, mientras tanto, a mi juicio, nada impediría una integración, suscrita por los actuales estados contratantes, que extendiese su competencia no penal —en la forma de los juicios de solo la verdad, según el modelo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación instituida en Sudáfrica para los crímenes cometidos durante el régimen del *apartheid*[6]— a los delitos cometidos en los territorios o por ciudadanos de los estados no adherentes. Se trataría de juicios carentes de efectos jurídicos, solo destinados a determinar las causas y las responsabilidades de los delitos, pero sería la cosa políticamente más importante, y el factor más eficaz de presión idónea para inducir a tales estados a adherirse.

En esta perspectiva, puede resultar preciosa la experiencia de los tribunales de opinión, que son, precisamente, jurisdicciones de solo la verdad. La razón de ser de estos —y, en particular, del más ilustre de ellos, el Tribunal Permanente de los Pueblos, instituido en Bolonia por Lelio Basso el 24 de junio de 1979[7]— ha sido siempre la denuncia moral y política, no solo de los crímenes contra la humanidad, sino también de su impunidad, es decir, de la ausencia de una jurisdicción penal internacional, respecto de la cual los tribunales de opinión se han propuesto como instancias suplentes. Es una suplencia que los límites de la actual jurisdicción penal internacional hacen todavía más necesaria. En efecto, pues la impunidad de los crímenes contra la humanidad no es más que la inefectividad del derecho y, específicamente, de los derechos humanos, frente a los estados y sus gobernantes que, por lo general, son los autores o los cómplices de tales crímenes. Es, por eso, la otra cara de la ausencia, en el derecho internacional vigente, de garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos fundamentales tan solemnemente proclamados. La acción de suplencia de los tribunales de opinión ha servido, primero, para denunciar como una ilegítima laguna la ausencia de una jurisdicción penal internacional, y, después, tras la institución del Tribunal Penal Internacional en 1998, para desarrollar una función de investigación

de los crímenes no juzgados por este y, al mismo tiempo, una función crítica de las limitaciones normativas y las concretas omisiones que hacen, en gran parte, vano el papel garantista de tal jurisdicción.

A mi juicio, nada impide que el propio Tribunal Penal Internacional desarrolle este papel de simple averiguación sin efectos penales, mediante la extensión de su competencia, decidida por los estados firmantes de su Estatuto, a juicios de solo la verdad en relación con los crímenes, para cuyo enjuiciamiento carece de ella. De este modo, el Tribunal heredaría otra importante función de los tribunales de opinión: el desarrollo en el sentido común de la percepción de los derechos fundamentales establecidos en las cartas supranacionales como normas vinculantes, y la movilización de las víctimas de sus violaciones en la lucha por el derecho y por los derechos. En efecto, pues la efectividad de los derechos humanos no solo depende de sus garantías institucionales, sino también, y aún antes, del sentido común que vaya formándose en torno a sus valores vinculantes. Es este sentido común en torno al carácter criminal de sus violaciones, lo que el Tribunal Permanente de los Pueblos ha querido promover en todas sus sesiones. Esta creciente toma de conciencia se ha desarrollado también gracias al hecho de que tales sesiones han sido siempre promovidas por las víctimas; que, con sus denuncias y los testimonios de sus tragedias, han roto en cada ocasión el velo de normalidad y de indiferencia tras el que nuestra mala conciencia tendería a ignorarlas[8].

Pero el desarrollo de un verdadero derecho penal internacional es el punto de llegada de un efectivo garantismo penal. Frente a las dimensiones cada vez más globales de la criminalidad del poder, y a la tendencial integración y colusión entre poderes criminales y crímenes de los detentadores de poderes, sería necesario, ante todo, desarrollar una mayor globalización de las fuerzas, los instrumentos y las técnicas de investigación, mediante la institución de agencias inquirentes y policiales supranacionales. A tal fin, no basta Interpol (International Police), fundada en 1923 en Viena, refundada en 1956 y después de nuevo en 1971, como organización intergubernamental

a la que se han adherido 186 países de la ONU, en cada uno de los cuales existe una oficina central de aquella. Al carecer de agentes operativos, la institución, aunque ha desempeñado un papel relevante en muchas investigaciones policiales, ejerce una función de simple coordinación. Serían útiles instituciones investigadoras de ámbito global, que tuvieran garantizada la independencia de cualquier poder, comenzando por los de carácter político de los distintos estados. Es, en efecto, esencial que la separación de poderes y la independencia connoten, también a escala internacional, no solo a los órganos judiciales, sino asimismo a todos los órganos de investigación penal, incluidos los policiales.

Más difícil y problemática es la unificación a escala global, aunque solo sea tendencial, del derecho y de la jurisprudencia penal —hoy distintos incluso entre los estados federados de un mismo estado federal[9]— en garantía de su eficiencia, de la igualdad ante la ley y de la efectividad de los derechos fundamentales[10]. La creación de un derecho penal más allá del estado nacional se ha producido ya con la institución del Tribunal Penal Internacional y también con el desarrollo de un derecho penal europeo, aunque sea limitado a la tutela de los intereses financieros de la Unión[11]. Pero nada impide, y todo serviría para hacer sumamente oportuna, a través de una específica convención, la formulación a escala global de algunos principios —como la responsabilidad personal, la prohibición de la pena de muerte, el principio de legalidad y el de lesividad, la carga de la prueba y el derecho de defensa— y, por lo que se refiere a las conductas punibles como delitos, la previsión junto a los actuales crímenes contra la humanidad, de algunos delitos como el homicidio, las lesiones personales y la violencia sexual que vulneran básicos derechos fundamentales[12].

Contra la legitimidad de esta tendencial unificación y racionalización del derecho penal no vale el argumento del pluralismo de las culturas. Como se dijo en los § 2.2.2 y 5.2.1, el único fin del derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad y la garantía de los derechos de todos; de modo que, por el principio de laicidad, está excluida su utilización en apoyo de las

diversas morales o culturas, que, por lo demás, si vividas con autenticidad, no requieren, más bien rechazan un apoyo semejante. Una tal unificación penalista, cuando menos en los principios generales, serviría para difundir en el sentido común la idea de igualdad de todos los seres humanos y para reforzar los principios liberales de la tutela de las diferencias como condiciones de la civil y pacífica convivencia.

8.3. *Cinco catástrofes globales en violación de los derechos humanos y el actual vacío de garantías*

Pero el verdadero, dramático vacío de derecho, que está provocando daños irreversibles capaces de poner en peligro la supervivencia misma de la humanidad, es la ausencia de garantías frente a las catástrofes globales que golpean a toda la humanidad y que requieren respuestas también globales. Una de estas catástrofes, la pandemia del covid-19, con sus siete millones de muertos, ha evidenciado con todo su dramatismo la interdependencia y la fragilidad común del género humano, la inadecuación de las instituciones internacionales existentes, la insensatez de las fronteras y de los conflictos identitarios, pero también la disponibilidad a la solidaridad de las opiniones públicas. Bastante más graves que la pandemia son las catástrofes relacionadas en el § 8.1, que solo podrán afrontarse imponiendo garantías idóneas, primarias y secundarias —límites, vínculos y controles— a los poderes actualmente salvajes de los estados soberanos y los mercados globales.

8.3.1. *La guerra y la pesadilla nuclear*

La primera amenaza catastrófica que pesa sobre el futuro de la humanidad es la guerra y su posible deflagración en una hecatombe nuclear. La agresión criminal a Ucrania por parte de Rusia está

provocando una enorme carga de sufrimientos: más de medio millón de muertos, la devastación de las ciudades y del entero territorio ucraniano, millones de refugiados y, además, odios identitarios entre pueblos y desgarros entre las distintas nacionalidades que no será fácil cicatrizar. La escalada del conflicto puede además degenerar en una tercera guerra mundial, con el uso de armas atómicas, según reiteradas amenazas de Rusia. No menos dramático es el conflicto israelí-palestino, originado por la agresión atroz y criminal de Hamás a la que Israel ha respondido con los bombardeos sobre las poblaciones civiles y el asedio inhumano de Gaza y de sus millones de habitantes inocentes.

El aspecto más penoso del debate sobre las dos guerras ha sido el aval que ha ofrecido a las respuestas irracionales dadas a las agresiones en que tienen su origen. A la agresión terrorista y criminal de Hamás, el gobierno israelí ha respondido con los bombardeos, el asedio a Gaza y la masacre de millares de palestinos inocentes, en vez de con la asimetría y la capacidad deslegitimadora del crimen que, como se dijo en el § 7.3.2, habría tenido el respeto del derecho internacional en el uso necesario de la fuerza. Se ha seguido la insolubilidad del conflicto, el crecimiento de los odios, de la voluntad de destrucción y de la deshumanización recíproca, que solo podrá llevar a otras tragedias en una espiral sin fin. En cuanto a la guerra de Ucrania, la tesis dominante ha sido la inexistencia de alternativas al envío de armas a los agredidos. La alternativa, en cambio, existe y ha existido desde el inicio de la agresión. Está prevista e impuesta por la Carta de la ONU, cuyo art. 51, luego de establecer que todo «miembro de Naciones Unidas» tiene «el derecho natural de autotutela individual o colectiva, en el caso de un ataque armado», añade: «hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz». Una medida necesaria, frente al terrible peligro de una degeneración del conflicto en una guerra atómica, habría podido ser, y debería ser aún, la inmediata convocatoria de una conferencia internacional de paz[13], o bien de la reunión en sesión permanente, para hacer consciente al mundo de la gravedad del momento, del Consejo de Seguridad y de

la Asamblea General de la ONU, como lugares institucionales para discutir las condiciones de la paz, apoyando así a Ucrania en la negociación con todo el peso de las potencias de la OTAN.

En cambio, está prevaleciendo la carrera hacia el rearme, en espera de las próximas guerras y de un nuevo peligro de catástrofe nuclear[14]. A esta carrera hacia el desastre contribuye la presión de los aparatos militares e industriales, los únicos interesados en la producción, venta y acumulación de armas cada vez más mortíferas[15]. Por lo demás, como se dijo en el § 7.4.3, la producción y el mercado de las armas convencionales, están ya provocando cientos de millares de muertos cada año. Bastaría prohibir todas las armas de fuego —su tenencia, comercio y producción— para realizar, con el monopolio público de la fuerza, la civil y pacífica convivencia, y poner fin a las masacres que solo benefician a los productores de armas y a la clase política coludida con ella y a veces corrupta.

8.3.2. *El calentamiento climático*

La segunda catástrofe, no menos grave, consiste en la devastación de la naturaleza. La agresión más destructiva es el calentamiento climático, provocado por las emisiones de gases de efecto invernadero. Desde hace muchos decenios la concentración de anhídrido carbónico en el aire crece de manera progresiva: cada año, constantemente, se vierte en la atmósfera una cantidad de CO_2 mayor que la del año precedente. Es claro que, mientras no se interrumpa este proceso, querrá decir que vamos camino de la inhabitabilidad del planeta. Al igual que los desastres nucleares, las catástrofes medioambientales son en gran medida irreversibles, y corremos el riesgo de no llegar a tiempo de formular nuevos «nunca más». La guerra desencadenada por Rusia contra Ucrania ha agravado objetivamente la cuestión medioambiental al reducir su presencia en la agenda política de nuestros gobiernos.

Por otra parte, no son solo los científicos quienes, concordes, nos advierten de este peligro. De la catástrofe que amenaza son también

conscientes los responsables de ella por sus políticas. Pero no bastan para conjurarla los compromisos asumidos por los gobiernos, destinados a permanecer en el papel, de no transformarse, merced a un pacto específico vinculante sobre la seguridad medioambiental, en obligaciones y prohibiciones adecuadamente sancionadas. Como siempre ha sucedido, estos compromisos están destinados al olvido por la prevalencia de las contingencias políticas, ligadas a los cortos plazos y a los espacios restringidos de las competiciones electorales o, peor aún, a los condicionamientos de los grandes poderes económicos y financieros globales. La naturaleza no puede detener la devastación en curso, Pero puede vengarse, como lo está haciendo y lo hará, de manera cada vez más violenta y devastadora. Inundaciones, gotas frías, huracanes, tornados, sequía, cataclismos, la constante superación tanto de los límites mínimos como máximos de las temperaturas nos dicen que la catástrofe ecológica está en marcha, destinada a agravarse y golpeando ahora a los países más pobres.

Por todo, se plantea una cuestión fundamental de justicia medioambiental. La población de los países ricos es un octavo de la población mundial, pero vierte en el aire más de la mitad de los gases de efecto invernadero. La cuestión de la deuda externa de los países pobres tendría que experimentar un vuelco. Son los países ricos los que, sobre la base de elementales principios de derecho civil, tienen frente a estos una deuda bastante mayor, generada por la devastación de nuestra casa común provocada por sus producciones y consumos incontrolados, que golpean a los países pobres de manera enormemente más grave que a los países responsables de ella.

8.3.3. *Las crecientes desigualdades y las violaciones de los derechos humanos*

La tercera catástrofe es la más inicua. Consiste en el crecimiento de las desigualdades planetarias, además, bastante más visibles en un mundo enteramente interconectado y, por eso, más escandalosas e

intolerables que nunca. Los datos estadísticos son espantosos: los pobres son cada vez más pobres y los ricos más ricos. Recuerdo el más impresionante, tomado del informe Oxfam de 2017: las ocho personas más ricas del planeta tienen una riqueza equivalente a la de la mitad más pobre de la población mundial, es decir, de 4 millardos de personas. Y lo más alarmante es el hecho de que el número de estos multimillardarios se ha reducido enormemente en poco años: eran 62 en 2016, 85 en 2014, 388 en 2010[16].

La movilidad social no se ha bloqueado, ha cambiado de dirección: ya no opera de abajo arriba, sino desde abajo a condiciones cada vez más bajas. A causa de la miseria creciente, cada año son millones los muertos por hambre, sed o enfermedades no tratadas: 8 millones de personas, en gran parte niños, por falta de agua potable y de alimentación básica, y otros tantos por carecer de los fármacos que la OMS, desde 1976, considera esenciales y que deben estar disponibles en cualquier país. Es una gigantesca omisión de socorro, cuyos efectos son el odio a Occidente, el descrédito de sus valores, el crecimiento de las migraciones, la violencia, la criminalidad, los fundamentalismos y los terrorismos. Y bastaría con poco para reducir estas desigualdades. «La pobreza en el mundo», escribió Thomas Pogge hace algunos años, «es mucho más grande, pero también mucho más pequeña de lo que pensamos [...] Su eliminación no requeriría más del 1 % del producto global»[17]: más precisamente, el 1,13 % del PIB mundial, 500 millardos de dólares al año, menos del presupuesto de defensa de solo Estados Unidos.

8.3.4. *La devaluación y la explotación del trabajo*

La cuarta catástrofe consiste en la devaluación y en la explotación salvaje del trabajo. La globalización, a causa del poder de las grandes empresas de trasladar sus actividades a países en los que es posible la explotación sin límites de los trabajadores, ha devaluado el trabajo, degradando en los países avanzados las garantías conquistadas en más de un siglo de luchas y reduciéndolo en los países pobres a formas paraesclavistas. Se ha puesto a los

trabajadores en una situación de doble competencia a la baja: en primer lugar, la competencia entre el millardo y medio en los países pobres, carentes de cualquier derecho y garantía, pagados con salarios de hambre, a veces en condiciones serviles de vida[18]; en segundo lugar la competencia a la baja entre trabajadores en los países ricos generada por las amenazas de las deslocalizaciones, por la creciente precariedad del trabajo y, en Italia, por el desmantelamiento de los viejos derechos de los trabajadores y de sus garantías y por la regresión de la jurisprudencia a la clasista de los años cincuenta del pasado siglo.

Así, palabras como clase obrera y movimiento obrero han perdido sentido, hasta dejar de pronunciarse. En efecto, pues con la desaparición de la igualdad en los derechos, se han desvanecido también la solidaridad y la subjetividad política de los trabajadores. Estos, divididos y puestos a competir entre sí, han abandonado los partidos de izquierda, que con sus contrarreformas los habían a su vez abandonado, y han pasado a formar parte de la base social de los populismos.

8.3.5. *El drama de los migrantes*

En fin, el drama de los migrantes. Emigrar es un derecho fundamental, establecido en las cartas internacionales de derechos y también en la Constitución italiana[19]. Es asimismo el más antiguo de los derechos humanos, ya que fue proclamado en el siglo XVI por Francisco de Vitoria, en apoyo de la conquista del «nuevo mundo»[20], para después convertirse en norma fundamental del derecho internacional consuetudinario en justificación de las colonizaciones, para invadir el resto del planeta, cuando los europeos eran los únicos «emigrantes». Entonces, este derecho fue acompañado del derecho de promover una guerra contra quien se opusiese a su legítimo ejercicio[21]: lo que se produjo, con la destrucción de las civilizaciones precolombinas y la masacre de decenas de millones de indígenas[22]. Hoy, cuando la asimetría se ha invertido y el ejercicio del derecho de emigrar se ha convertido en la única alternativa de vida

para millones de desesperados en fuga de sus países —primero depredados por nuestras conquistas, por el robo de sus recursos y la trata de esclavos, y hoy trastornados por las guerras, la explotación y la miseria—, no solo se ha olvidado que tiene su fundamento en nuestra propia tradición, sino que se lo reprime con la misma ferocidad con que fue blandido en los orígenes de la civilización moderna con fines de rapiña y colonización.

Leyes y prácticas contra los migrantes son responsables de la silenciosa masacre producida por los rechazos en las fronteras y las prohibiciones de desembarco de los inmigrantes irregulares. Se trata de muchos millares de víctimas: en los últimos quince años, solo en el Mediterráneo, han muerto más de treinta mil personas, cuya única culpa era haber nacido en países primero empobrecidos por nuestras colonizaciones y después por nuestra globalización. Estos gozan, en el papel, pero no de hecho, de nuestros mismos derechos, atribuidos universalmente a todos por las declaraciones y convenciones internacionales. Por eso, sus muertes y sus opresiones constituyen la negación de todos nuestros proclamados valores, que son universales o no son. Pesan sobre nuestras conciencias y los responsables, algún día, tendrán que avergonzarse. Luego está el drama más específico de los refugiados —en Turquía, Líbano, Pakistán, Irán— que, según la Agencia de la ONU para los Refugiados, eran en 2020, 82,4 millones, a los que se han sumado más de 10 millones de desplazados provocados por la guerra de Ucrania. Hoy, solo el racismo hace posibles tales dramas, a los que se suman las condiciones de explotación y discriminación en que viven gran parte de los migrantes que consiguen establecerse en nuestros países. En Italia, solo el racismo permite la negación de la ciudadanía a hijos de migrantes nacidos o crecidos en el país, que hablan su lengua, han estudiado en sus escuelas y únicamente son culpables del color de su piel.

8.4. *La actual banalidad del mal. Por una emancipación del léxico jurídico del derecho penal: los crímenes de sistema*

¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas catástrofes? Ciertamente, no son delitos, por falta de todos los requisitos exigidos para su punibilidad por los principios garantistas del derecho penal: desde el de responsabilidad personal a los de estricta legalidad y taxatividad en la descripción de los hechos punibles. En efecto, pues se singularizan por el carácter indeterminado e indeterminable de sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos: de la acción y del resultado, por lo general catastrófico, y de sus autores y sus víctimas, consistentes en pueblos enteros o, peor aún, en toda la humanidad. Pero estas tragedias tampoco son fenómenos naturales. Son agresiones gravísimas a los derechos humanos sancionados en múltiples cartas constitucionales e internacionales, y totalmente ignoradas por nuestra cultura jurídica y política, sobre la base de la idea de que no deben admitirse límites y vínculos a los mercados y de que la esfera pública solo debe limitarse a mirar.

Llego así a la tercera y más grave falacia pampenalista apuntada en el § 7.2: la idea de que solo el derecho penal está habilitado para nombrar los crímenes y que solo los crímenes nombrados por él merecen ser prevenidos en las formas que él mismo establece. Es una falacia que sirve para proyectar la indignación pública de manera exclusiva sobre los delitos previstos en las leyes penales, y con ello para ocultar problemas y crímenes mucho más graves, y para desresponsabilizar a la política de su inercia o incapacidad. Puede explicarse, pero no justificarse, con el hecho de que ninguna de las catástrofes aquí ilustradas era concebible en términos tan dramáticos hace pocos decenios. Estas catástrofes, todas desarrolladas en la era de la globalización a raíz del crecimiento de un capitalismo global depredador y destructivo, imponen dos actualizaciones: la primera afecta a las categorías teóricas con las que leemos e interpretamos los nuevos desafíos y catástrofes

globales; la segunda, de la que hablaré en los próximos parágrafos, consiste en la expansión a su altura del paradigma constitucional.

La primera actualización se refiere al lenguaje jurídico. Consiste en la necesidad de leer y afrontar estas catástrofes como fenómenos criminales y así extender también a ellas la palabra «crimen», aunque sea en sentido no penal: para hacerlas objeto de la capacidad de estigmatización moral y política asociada al término; para promover en la opinión pública la conciencia y el miedo a su carácter devastador; para estimular la búsqueda de sus causas; para evidenciar las enormes responsabilidades no penales, sino políticas que pesan sobre quien las tolera y podría impedirlas; para promover el debate público sobre las medidas necesarias a fin de enfrentarse a ellas. En efecto, pues es solo porque tales violaciones catastróficas del derecho y de los derechos no son tratadas ni tratables como delitos por la jurisdicción penal, justamente anclada a los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la determinación de los hechos delictivos, por lo que no producen escándalo, sino la aceptación acrítica —la actual banalización del mal— como si fuesen fenómenos naturales o en todo caso inevitables.

En cambio, es necesario hacer que estos fenómenos no se oculten o legitimen como permitidos, sino que sean reconducidos a la fenomenología del ilícito jurídico, aunque no del ilícito penal. Retomo así una propuesta que he avanzado en varias ocasiones: la introducción, en el léxico de la teoría del derecho, de una noción de *crimen*, por un lado, más restringida y, por otro, más amplia que la de delito. Ciertamente, no todos los delitos son crímenes y no todos los crímenes son delitos. No son crímenes, por ejemplo, los delitos de bagatela o los de opinión. En cambio, deben considerarse tales, aunque no sean configurables como delitos, las actividades responsables del cambio climático, la acumulación de armas mortíferas, y todas las demás acciones y omisiones de carácter genocida, como responsables, cada año, de la muerte de millones de personas por hambre o enfermedades curables, pero no tratadas.

De este modo, ‘crimen’, como noción más amplia que crimen penal, puede ser redefinido como cualquier ilícito jurídico que

produzca daños insostenibles a los derechos fundamentales, a los bienes comunes o a la convivencia civil, como los ilustrados en el parágrafo precedente, y que consista en actos dañosos imputables a la responsabilidad de personas determinadas, o bien en el funcionamiento intrínsecamente catastrófico, de poderes económicos y políticos carentes de límites y de controles. Por eso en el § 4.3.2 he llamado a estas últimas violaciones *crímenes de sistema*: porque consisten en agresiones y violaciones sistémicas de los derechos humanos y de los bienes comunes provocadas por el carácter anárquico y salvaje de los poderes económicos y financieros globales[23]. Comprendo las perplejidades suscitadas por el uso ampliado de la palabra «crimen», habitualmente solo utilizada por el derecho penal como sinónimo de delito. Sin embargo, estoy convencido de la necesidad de que el debate político, la ciencia jurídica y la criminología se liberen de su subalternidad al derecho penal. Solo la estigmatización de aquellas violaciones como crímenes gravísimos de sistema puede provocar un despertar de la razón y respuestas a su altura, como la determinación de las responsabilidades políticas que están detrás y la adopción de las medidas idóneas para afrontarlas. Y, en la sociedad actual dominada por la obsesión punitiva, solo su calificación explícita como crímenes no tratables por el derecho penal puede evitar el peligro de que tales respuestas se busquen en la perpetua, enésima expansión de este, que aquí sería inadecuada e ilusoria, además de contradictoria con las garantías de la taxatividad en la descripción de los hechos punibles y de la culpable responsabilidad personal.

8.5. *Por una Constitución de la Tierra*

Los problemas generados por estos crímenes no son, ni pueden ser afrontados por las políticas nacionales. Ningún estado está objetivamente en condiciones de afrontarlos en solitario. Por eso es cierto que 8 millardos de personas, 196 estados soberanos, 9 de los

cuales cuentan con armas nucleares, un anarcocapitalismo voraz y un sistema industrial ecológicamente insostenible, sin un acuerdo global realmente vinculante, están destinados a sufrir las catástrofes señaladas, capaces de poner en peligro la habitabilidad del planeta y la misma supervivencia de la humanidad.

Estos son datos de hecho. Los poderes más potentes se han deslocalizado fuera de las fronteras de los estados nacionales, sustrayéndose a los límites impuestos por las constituciones estatales. Igualmente globales son las agresiones al derecho y a los derechos provocadas por su ejercicio incontrolado. Por eso, poderes globales y crímenes de sistema indican una trágica inadecuación del actual constitucionalismo —de las constituciones estatales, pero también de ese embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y por las distintas cartas de derechos humanos— modelado todavía sobre el paradigma del estado nacional soberano. Aquellos imponen un salto de civilidad: la tercera etapa de la modernidad de la que se ha dicho en el § 2.5, tras las primeras dos etapas constituidas por el positivismo y el constitucionalismo, es decir, un constitucionalismo más allá del estado, a la altura de los poderes globales de los que provienen las amenazas a nuestro futuro.

Esta es la segunda y más importante actualización impuesta por los desafíos provenientes de los crímenes de sistema: la expansión del constitucionalismo y del garantismo frente a los poderes globales, que solo puede llegar con la transformación de la ONU, según el proyecto kantiano, en una «federación de pueblos» basada en una «constitución civil»[24] rígidamente supraordenada a todas las demás fuentes, estatales e internacionales, y dirigida a hacer frente a las grandes emergencias de las que depende el futuro del género humano[25]. Lo que sirve para este fin no es un gobierno mundial, sino la introducción de adecuadas garantías universales de los derechos humanos y de los bienes comunes, primarias y secundarias. Las funciones de gobierno, al estar legitimadas por la representación política, conviene que permanezcan en manos de los estados nacionales, mientras que, a escala global, bastan las

instituciones de gobierno previstas en la Carta de la ONU, obviamente democratizadas mediante la abolición del poder de veto en el Consejo de Seguridad de las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial y con el carácter electivo y representativo de los componentes de la Asamblea General. Son, en cambio, necesarias y deben ser introducidas en actuación del universalismo de los derechos fundamentales y de los bienes comunes, las funciones y las instituciones globales de garantía, relativas a la esfera de lo no decidible (que o que no) y que, por consiguiente, no podrán nunca interferir en la autonomía de las funciones políticas de gobierno[26].

8.5.1. *Las instituciones globales de garantía primaria*

En primer lugar, han de introducirse las garantías primarias y las correspondientes funciones de instituciones de garantía. Tales garantías deben crearse no solo frente a los poderes públicos, sino también y sobre todo, frente a los grandes poderes económicos y financieros privados. Gran parte de los crímenes de sistema —la devastación de la naturaleza provocada por el desarrollo industrial, la apropiación y la destrucción de bienes comunes, la producción y el comercio de armas, comenzando por las nucleares, y la explotación salvaje del trabajo— se deben, sobre todo, a la falta de límites al ejercicio de los poderes económicos. La expresión «estado de derecho» es sintomática: solo el estado es el lugar del poder que merece ser limitado para no caer en el despotismo, mientras que el mercado sería el lugar de las libertades, que resultaría iliberal y antinatural limitar y vincular. Obviamente, las llamadas libertades del mercado —la propiedad privada y los derechos civiles de autonomía negocial y de iniciativa económica— son derechos. Pero difieren de los derechos de libertad porque son, además, poderes —entendido con 'poder' cualquier facultad cuyo ejercicio produzca efectos en la esfera jurídica de otros— y, por ello, en cuanto tales, deben ser sometidos al derecho. La obra maestra ideológica del pensamiento liberal ha sido, desde sus primeras formulaciones por parte de John

Locke, la confusión en una única clase, tanto de las clásicas libertades fundamentales como de los derechos civiles de autonomía y hasta de los derechos reales patrimoniales, configurándolos todos, indistintamente, como libertades.

Las tres clases de derechos —las libertades fundamentales, los derechos patrimoniales de propiedad y los derechos civiles de autonomía empresarial— son, en cambio, estructuralmente diferentes, y su distinción es una tesis esencial de la teoría de la democracia. Las libertades fundamentales son derechos universales, inalienables e indisponibles que, en cuanto tales, están en la base de la igualdad y conviven entre sí sin posibilidad de interferir o limitar las libertades de los demás[27]. Por el contrario, los derechos patrimoniales, son derechos singulares, *excludendi alios*, alienables y disponibles que, en cuanto tales, están en la base de las desigualdades jurídicas, no solo de las económicas y materiales. En fin, los derechos de autonomía son derechos fundamentales porque corresponden a todos en cuanto mayores de edad y dotados de capacidad de obrar, pero son también poderes, y por eso deberían ser sometidos a límites y a vínculos jurídicos, dado que su ejercicio incide en la esfera jurídica de otros no menos de lo que lo hacen los poderes públicos y es el principal vehículo de la formación de las desigualdades[28].

Un constitucionalismo, no solo de derecho público, sino también de derecho privado, relativo, por tanto, a los derechos, pero asimismo a los bienes, debería distinguir entre las libertades y los derechos-poder de autonomía, para someter el ejercicio de estos, de otro modo salvaje, a límites y vínculos en garantía de los derechos de todos. Debería promover la institución de un demanio planetario que sustraiga los bienes comunes y vitales de la naturaleza —el aire, el agua potable, los grandes bosques y los grandes glaciares— a las apropiaciones privadas y a los consiguientes derroches y devastaciones[29]. Debería prohibir y sancionar las emisiones de gases de efecto invernadero y la producción de residuos tóxicos. Debería limitar las formas más gravosas y contaminantes de la agricultura industrial y de la cría intensiva de ganado. Además, unificar el

derecho del trabajo y las garantías de los trabajadores para asegurar en todo el mundo su igualdad y dignidad. Debería, en fin, prohibir la producción, el comercio y la tenencia de armas como bienes ilícitos.

A su vez, un constitucionalismo supraestatal y no solo estatal, debería promover la construcción de un complejo conjunto de funciones y de instituciones globales de garantía primaria de los derechos fundamentales de todos: la creación de un servicio sanitario y de un sistema de enseñanza públicos y universales, con hospitales, escuelas, y distribución de fármacos y vacunas en todo el mundo[30]; la disolución de los ejércitos nacionales auspiciada por Kant[31] y la realización del monopolio público de la fuerza en manos de la ONU y de las policías locales, en garantía de la paz y la seguridad; en fin, la reforma de las actuales instituciones económicas y financieras internacionales —el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio— para hacerlas independientes del control de los países ricos y dotarlas de capacidad de actuar sus finalidades estatutarias, esto es, la promoción del empleo, del desarrollo de los países pobres y la reducción de las excesivas desigualdades; la introducción, por último, de un fisco global progresivo, dirigido a financiar las instituciones globales de garantía y a impedir las actuales concentraciones ilimitadas de la riqueza[32].

8.5.2. *Las instituciones globales de garantía secundaria*

En segundo lugar, es necesaria la introducción de garantías secundarias o judiciales idóneas. Ya he hablado de la necesidad de refundar las actuales instituciones de la justicia internacional. Junto a estas instituciones, debería instituirse una específica jurisdicción internacional no penal, destinada a la investigación de las causas de los crímenes de sistema, a la determinación de las responsabilidades políticas correspondientes, a la adopción de las medidas adecuadas para impedirlos o reducirlos. Al igual que en el caso de la jurisdicción ampliada del Tribunal Penal Internacional, de la que se ha hablado en el § 8.2, se trataría de una típica jurisdicción no penal de solo la

verdad, según el modelo ya recordado de la Comisión de la Verdad experimentado en Sudáfrica al final del *apartheid*. Como todas las jurisdicciones, consistiría en una actividad sobre todo cognoscitiva, es decir, en la comprobación de los daños producidos por los crímenes de sistema, de sus causas económicas y sociales y de las responsabilidades políticas de aquellos a quienes corresponde afrontarlos y, antes aún, prevenirlos. El fallo de sus pronunciamientos debería consistir en la imposición de medidas dirigidas a hacer cesar los crímenes comprobados y, en todo caso, a reducir o a reparar sus efectos dañosos. La legitimación para accionar debería atribuirse a todos los pueblos, a través de instituciones estatales o regionales o también de organizaciones no gubernamentales. Además, debería preverse, ante esta institución, una Fiscalía legitimada para actuar contra los crímenes de sistema, investigarlos y promover las medidas idóneas para hacerlos cesar[33].

Para configurar esta jurisdicción, de nuevo puede ser útil la experiencia de los tribunales de opinión recordados en el § 8.2, primero entre todos el Tribunal Permanente de los Pueblos. Además, los juicios de este tribunal, en la mayor parte de los casos, han tenido como objeto fenómenos que entran en la categoría de los que he llamado crímenes de sistema, que requieren la determinación de responsabilidades sociales y políticas y de causas estructurales, más que responsabilidades personales por acciones susceptibles de ser tipificadas como delitos. Recuérdense las dos sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre el Fondo Monetario Internacional y sobre el Banco Mundial desarrolladas en Berlín Oeste en 1988 y en Madrid en 1994, reveladoras, frente a la ideología imperante que identifica el mercado con la democracia, de que, en la lógica mercantil, una persona que muere en la India vale cien veces menos que una persona que muere en Estados Unidos o en Europa, y que, también por esto, nuestros proclamados derechos universales carecen de toda credibilidad entre las poblaciones de gran parte del planeta. Pero piénsese también en las sesiones del Tribunal sobre la Amazonía (París, 12-16 de octubre de 1990), sobre la conquista de América y el nacimiento del derecho internacional (Roma, 5-8 de

agosto de 1992), sobre el derecho de asilo (Berlín, 8-12 de diciembre de 1994), sobre las violaciones de los derechos de los menores (Trento-Nápoles, 27 de marzo- 4 de abril de 1995), sobre los derechos de los trabajadores y los consumidores en la industria del vestido (Bruselas, 30 de abril-5 de mayo de 1998), sobre el derecho internacional y las nuevas guerras (Roma, 14-16 de diciembre de 2002) y, más reciente, en la sesión de 2017 en Barcelona, sobre las violaciones de los derechos de los migrantes y los refugiados, y la de 2018 sobre el cambio climático.

Estos tribunales de opinión han sido, en sustancia, tribunales sobre las políticas, las instituciones y las responsabilidades de Occidente por las condiciones de miseria en que viven y mueren las tres cuartas partes de la humanidad en beneficio, directo o indirecto, de nuestras ricas democracias. Lo mismo podrá decirse de una jurisdicción de la verdad sobre los que he llamado crímenes de sistema. Al igual que muchos tribunales de opinión, tal jurisdicción serviría para desvelar las antinomias y lagunas del derecho internacional vigente: la falta, a escala global, de garantías penales y procesales frente a las violaciones masivas de las libertades fundamentales debidas a regímenes despóticos; la falta de introducción, en los niveles estatal y global, de instituciones de garantía de los derechos sociales; la ausencia de una regulación internacional de la economía y del mercado informada en los principios de la paz, la protección de la naturaleza, la igualdad de las personas y de los pueblos, y la defensa de los derechos humanos. Una vez más, el punto de vista de los oprimidos vale no solo para identificar en cada ocasión los derechos fundamentales lesionados, sino también para orientar el diseño de las garantías jurídicas necesarias para asegurar su concreta efectividad.

Esta expansión a escala global del paradigma constitucional y garantista serviría, no solo para actuar las promesas de paz e igualdad formuladas en tantas cartas de derechos humanos. También para promover el crecimiento económico de los países pobres. Piénsese ya solo en el enorme desarrollo económico, político, civil y cultural que un financiamiento de las instituciones de

garantía primaria —de la salud a la instrucción, de la subsistencia a la previsión social— y la prohibición de las armas provocaría en pocos años en el continente africano, cuyas condiciones de miseria y desesperación están en el origen de los fundamentalismos, los fanatismos, los conflictos armados y la tragedia de las migraciones. Además, la introducción de las garantías elementales de los derechos sociales desarrollaría una decisiva función disuasoria frente a la criminalidad global: sería el equivalente supranacional de las garantías sociales y de las políticas nacionales ilustradas en el capítulo anterior como instrumentos no penales de prevención de la criminalidad de subsistencia en los ordenamientos nacionales. En efecto, pues es evidente que las grandes organizaciones criminales transnacionales, la economía ilegal en constante expansión, los fundamentalismos y el terrorismo internacional, sea de tipo político o religioso, reciben alimento, capacidad de reclutamiento e incluso consenso de las condiciones de pobreza, ignorancia y explotación a las que están condenados millardos de personas y del sentimiento de injusticia y la voluntad de insurrección que provocan tales condiciones. Los principios constitucionales de justicia y sus garantías, no importa repetirlo, se afianzan y refuerzan recíprocamente. También a escala global, la creación de garantías idóneas de la igualdad y la dignidad de las personas produciría el efecto de reducir la desviación criminal, contrastar los odios identitarios y las lógicas del enemigo, y promover un sentido general de pertenencia a una comunidad de iguales.

8.6. *El espíritu universalista del constitucionalismo*

Así pues, los enormes cambios producidos en la política y en la economía globales en estos últimos años imponen, con necesidad y urgencia, el desarrollo de un proceso constituyente capaz de refundar el pacto de convivencia estipulado por esa embrionaria constitución del mundo que es la Carta de la ONU y por las distintas

declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Aquel pacto fracasó por tres razones: porque estas cartas no son vinculantes al no estar dotadas de la rigidez propia de las actuales constituciones avanzadas; porque, por el contrario, las contradice la conservación de la soberanía de los estados y de sus desiguales ciudadanías, en contraste, una, con el principio de la paz y, las demás, con el principio de igualdad; porque, en fin, no se han previsto ni introducido las necesarias instituciones globales de garantía, sin las que derechos y principios, por más que solemnemente proclamados, se reducen a una retórica vacía.

La única alternativa a este fracaso es la ampliación del constitucionalismo rígido más allá del estado, en una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacional* agregado al estatal, para poner fin al estado de naturaleza y de guerra virtual en que vive la comunidad internacional[34]; hacia un *constitucionalismo de derecho privado* agregado al de derecho público, a fin de limitar los poderes económicos privados indebidamente concebidos como libertades; hacia un *constitucionalismo social* agregado al liberal, a través de las garantías de los derechos sociales no menos vitales, en la actual globalización, que el derecho a la vida; hacia un *constitucionalismo de los bienes*, agregado al de los derechos, que prevea, por un lado, la tutela de los *bienes fundamentales* en cuanto vitales, como los bienes comunes, el agua potable, los fármacos esenciales y la alimentación básica y, por otro, la prohibición de los *bienes ilícitos* por mortíferos, como las armas, los residuos tóxicos y contaminantes.

Son cuatro expansiones impuestas por la propia lógica del constitucionalismo, cuya historia, hasta ahora, ha consistido —y, si prevalece la razón, deberá aún consistir —en una progresiva ampliación de la esfera de los derechos y de sus garantías. Lo que los desafíos globales imponen hoy al derecho y a la política es un salto de civilidad. En respuesta a tales desafíos, y de acuerdo con su intrínseco universalismo, el constitucionalismo del futuro tendrá que ser un constitucionalismo global, que tome en serio la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de derechos, introduciendo

las garantías de los principios y de los derechos universales en ellas establecidos y superando sus dos contradicciones internas, agravadas enormemente con la globalización: la *ciudadanía* como fuente de desigualdades y de exclusión, y la *soberanía* armada de los estados como fuente de guerras y de divisiones entre los pueblos.

8.6.1. *Dos concepciones opuestas del constitucionalismo, una identitaria, universalista la otra*

La perspectiva de una ampliación del paradigma constitucional más allá del estado suscita una primera cuestión teórica de fondo, relativa al papel de las constituciones y a la misma naturaleza del constitucionalismo. La concepción de la constitución y del constitucionalismo que prevalece en nuestra tradición es diametralmente opuesta a la aquí delineada. Según ella, existiría un nexo entre constitución, pueblo y estado nacional[35]. «Hay que limitar la palabra 'constitución'», escribió Carl Schmitt, al que se remonta esta concepción nacionalista e identitaria del constitucionalismo, a la «constitución *del estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo»[36]. Esta expresa «la unidad del pueblo como conjunto político»[37], de acuerdo con «el axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos»[38]. Es claro que tal unidad y tal identidad no existen a escala internacional. Pero en sociedades democráticas —basadas en el pluralismo, en el conflicto político, en las luchas de clases y, al mismo tiempo, en el valor asociado a todas las diferencias— aquellas tampoco existen a escala nacional. En efecto, pues solo son concebibles sobre la base de la idea schmittiana, totalitaria e iliberal, del *demos* como entidad homogénea, en relación de oposición y de exclusión con los demás pueblos pero también con cuantos, respecto de esta supuesta homogeneidad, son diferentes o discrepantes y por eso virtualmente enemigos[39]. Aunque depurada de estos nefastos corolarios, la idea de la necesidad de un pueblo y de «vínculos prepolíticos», como

presupuestos de las constituciones, está todavía presente en gran parte de la «cultura constitucionalista»[40].

Opuesta es la idea de constitución que se expresa en este libro, y basada en principios de igualdad y dignidad de las personas solo porque tales y sobre el universalismo de los derechos fundamentales estipulados en las constituciones y en las numerosas cartas de derechos humanos. A diferencia de las leyes ordinarias, en virtud de su carácter universal, tales principios y derechos no pertenecen a la que en el § 2.1 he llamado la *esfera de lo decidible* y que, en democracia, está confiada a la voluntad popular y a sus representaciones. Su legitimidad no depende del consenso o de la voluntad de los electores, sino de la igualdad en los derechos estipulada con ellos como *esfera de lo no decidible.* Las normas constitucionales que establecen tales derechos son legítimas y democráticas, no porque queridas por la mayoría de los electores o de sus representantes, sino porque garantizan a todos, incluso a su pesar. Antes bien, resultan tanto más necesarias y democráticas cuanto mayores son las diferencias personales que están llamadas a tutelar y las desigualdades económicas que les corresponde reducir: *necesarias*, pues, más aún que a escala nacional, a escala global, donde mayores son las diferencias y las desigualdades; *democráticas* porque garantizan a todos, mayorías y minorías, y aluden a los pueblos como conjunto de todos los seres humanos.

Por eso, todos los nacionalismos son los obstáculos, y no las bases sociales y culturales del constitucionalismo, y los estados soberanos, inventados por la cultura occidental junto con sus distintas ciudadanías que, al igual que los mercados globales no soportan límites y controles jurídicos, son los verdaderos enemigos del constitucionalismo, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales. Por eso, las constituciones democráticas, a las que corresponde garantizar el pluralismo político y el multiculturalismo y, al mismo tiempo, condiciones de una vida digna a todos los seres humanos, son por su naturaleza internacionalistas, antinacionalistas, antiidentitarias y antifascistas. En efecto, pues su lógica, expresada por los derechos humanos y por el principio de igualdad, no es

nacional, sino universal. No es casual que la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 haya querido llamarse «universal». Por tanto, es necesario refutar el nexo entre constitución y estado nacional: no solo porque el constitucionalismo nacional, ligado a un fenómeno contingente como fue la formación del estado moderno, no está ya a la altura de los desafíos generados por la globalización, sino también porque aquel nexo con el pueblo y con el territorio contradice el espíritu del constitucionalismo expresado por los principios universales —la igualdad y los derechos humanos— estipulados en todas las cartas más avanzadas. A menos que por pueblo se entienda toda la humanidad y por territorio todo el planeta Tierra.

Por otra parte, el rechazo de los nacionalismos identitarios y agresivos, fundados en la exclusión y la intolerancia recíprocas, no excluye en modo alguno, sino que, al contrario, implica el igual valor de las diferentes identidades nacionales, religiosas, políticas y culturales. Entre la convivencia de los pueblos y sus diferencias nacionales existe la misma relación que entre la convivencia de las personas y sus diferencias personales. Así como la convivencia pacífica de las personas se basa en el igual valor y dignidad asociado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de cualquier otro y de cada individuo una persona igual a las demás, del mismo modo la convivencia pacífica de los pueblos se basa en el igual valor y por eso en el respeto debido a todas sus diferentes identidades nacionales, étnicas, lingüísticas y culturales, dentro de ese único pueblo heterogéneo, mestizo y diferenciado que es la humanidad. «Unidad en la diversidad» es la máxima adoptada en 2000 por la Unión Europea para expresar la unidad del pueblo europeo aún en el respeto de las identidades de todos los países miembros. Es una máxima que vale todavía más para el mundo, para la tutela del mestizaje generado por la convivencia civil de sus innumerables diferencias[41].

8.6.2. *Dos concepciones opuestas del realismo jurídico, naturalista una, racionalista la otra*

Salus rei publicae, suprema lex. A esta perspectiva se opone, en nombre del realismo político, la idea de su carácter utópico e irrealizable. Naturalmente, todo lo que acontece no permite ningún optimismo. Sin embargo, es necesario distinguir lo que es improbable, a causa de la miopía de la política y de los obstáculos opuestos por los robustos intereses privados, de lo que es imposible: para no desresponsabilizar a la política y no legitimar como inevitable lo que, en cambio, es fruto de la voluntad de los poderosos. Es esta confusión entre lo que es improbable y lo que es imposible, que habitualmente se produce, la que permite descalificar como utópica e irrealizable la perspectiva de la posible expansión del paradigma constitucional más allá del estado.

Se llega así a una última cuestión teórica de fondo, de carácter metateórico, que a mi juicio se impone a la reflexión de la filosofía política, de la ciencia jurídica y de las disciplinas constitucionalistas. Tiene que ver con el sentido mismo del realismo político y jurídico, que pesa como una suerte de obsesión sobre los estudios de teoría política y de teoría del derecho, paralizando su capacidad de innovación teórica y de proyección práctica.

Creo que hay que distinguir dos tipos opuestos de realismo. Hay un *realismo vulgar*, que se expresa en la bien conocida tesis de que «no hay alternativas» a lo que de hecho sucede. Es un realismo ideológico, que consiste en la naturalización de la realidad social, del derecho, la política y la economía, y comporta la legitimación de lo existente y la desresponsabilización de la política. Ignora la normatividad del derecho y de las constituciones al asumir como norma fundamental el libre juego natural de las relaciones de fuerza, acabando así por secundar como inevitable lo que es obra de los hombres —los crímenes de sistema, de las guerras a las devastaciones medioambientales y a las desigualdades globales— y de lo que los hombres son responsables.

Hay otro tipo de realismo, que llamaré *realismo racional* —el realismo de Hobbes, Kant, pero también y, sobre todo, de las constituciones avanzadas— que consiste en hacer frente a las injusticias y las catástrofes determinadas por el libre juego de las relaciones de fuerza, con la elaboración teórica y la imposición normativa de los remedios racionales y artificiales capaces de impedirlas y de asegurar la paz, la igualdad, la dignidad de todas las personas y su civil convivencia. Este realismo racionalista no es más que la conciencia de la necesidad de construir *artificios* cada vez más complejos, idóneos para hacer frente a las catástrofes que, de otro modo, *naturalmente* se producirán. Son los artificios elaborados por la misma tradición del constitucionalismo moderno como sistema de límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Actualizarlos depende de la cultura jurídica, de los movimientos y de las fuerzas democráticas reivindicarlos y de una política progresista realizarlos.

En este realismo crítico y racional consisten el espíritu y la esencia del constitucionalismo. Sobre su base, el constitucionalismo global no es una utopía. Por el contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado por Thomas Hobbes hace cuatro siglos: la general inseguridad determinada por la libertad salvaje de los más fuertes, o el pacto racional de supervivencia, convivencia pacífica y socorro mutuo basado en la prohibición de la guerra, en la protección de la naturaleza y en las garantías de la vida. Con una diferencia de fondo, que hace el dilema actual enormemente más dramático: la sociedad natural del *homo homini lupus* ideada por Hobbes ha sido sustituida por una sociedad de lobos no naturales, sino artificiales —los estados y los mercados— dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento tradicional. A diferencia de todos los horrores del pasado, la catástrofe ecológica y el desastre nuclear son, no solo más graves, sino también irreversibles: por primera vez en la historia, existe el peligro de que se adquiera la conciencia de la necesidad de cambiar de ruta cuando sea demasiado tarde. Nunca como hoy es tan terriblemente actual la afirmación de John Locke:

«la principal ley de la naturaleza es la preservación de la humanidad»[42]. *Salus mundi (suprema lex esto)* es el imperativo ciceroniano, racional y realista, con el que Michelangelo Bovero ha titulado un libro reciente.

8.6.3. *El papel de la cultura jurídica y política y el futuro del constitucionalismo. Una nota de optimismo*

Este realismo racionalista asigna a los juristas una tarea insustituible. Las constituciones rígidas han estipulado el deber ser del derecho. Han impuesto límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Han reconocido la existencia de «los obstáculos» que limitan «de hecho la libertad y la igualad» de las personas e impuesto, dice el art. 3,2 de la Constitución italiana, el deber de eliminarlos. Han indicado horizontes y formulado proyectos ambiciosos, difíciles pero posibles, a la política y a las luchas sociales. De este modo, como se dijo en el § 2.4, han invertido la antigua función social del derecho, la jurisdicción y la ciencia jurídica —ya no la conservación, sino la transformación del orden de los poderes y de las relaciones sociales, en actuación de los principios establecidos en aquellas— confiriendo un papel y un nuevo atractivo a la cultura jurídica, a la que imponen la crítica de la realidad existente y la proyección de la realidad futura, y un nuevo valor político al oficio de juez: decir el derecho violado en vez de ignorarlo, para que la palabra juris-dicción conserve sentido y valor.

Por otra parte, se están manifestando algunas novedades que permiten concluir este libro con una nota de optimismo. La humanidad está cada vez más integrada, es más frágil e interdependiente; porque todos estamos interconectados; porque nos unen los mismos derechos fundamentales, establecidos para todos en las numerosas declaraciones y convenciones; porque todos estamos gobernados por los poderes económicos y financieros globales, y expuestos a las mismas amenazas y emergencias: basta pensar en el covid, nacido en China y difundido por todo el planeta en pocas semanas. Por primera vez en la historia existe un pueblo

global: la humanidad, mestiza y diferenciada, pero unificada por los mismos desafíos y por el mismo interés, es decir, por el interés público y general en la supervivencia del género humano, bastante más amplio y vital que todos los distintos intereses públicos del pasado[43].

Esta es la fundamental novedad, que impone la expansión del constitucionalismo y la refundación de la política como política interna del mundo. La fuerza del salto de civilidad aquí presentado consiste en la idoneidad de una Constitución de la Tierra, a diferencia de cualquier otro proyecto revolucionario del pasado, para realizar los intereses de todos, ricos y pobres, débiles y fuertes, poderosos y marginados, al no ir contra nadie sino en beneficio de todos. Frente a los desafíos y a las amenazas que a todos nos conciernen —la Tierra, dice un viejo eslogan, es el único planeta que tenemos— se hace inevitable un despertar de la razón. Todos estamos en el mismo barco. El verdadero problema es el tiempo, siempre demasiado largo, en el que, con el retorno de la razón, los sujetos constituyentes de un nuevo orden mundial están destinados a madurar. Cabe que no haya tiempo de cambiar de ruta.

1. *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión*, ed. de F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro, trad. cast. de J. D. Castillo, con la colaboración de M. E. Petrillo y M. E. Ortiz, y la revisión técnica de A. Suárez, Siglo XXI, México, 1977. «El título *Los crímenes de la paz*», escriben los editores en la Premisa, p. 9, «desea, de cualquier forma, ser una clave de lectura de todas las violencias institucionalizadas que sirven como estrategia para la conservación de nuestro sistema social, aun cuando este volumen se limita al análisis de algunos sectores: psiquiatría, historiografía, psicología, sociología y criminología. Queda ausente, o solo marginalmente tocada, la medicina». (El título original italiano es *Crimini di pace*, de modo que su traducción española no resulta precisamente afortunada en cuanto sugestiva de que la paz tendría que ver, no tanto con el marco de los crímenes, como con su autoría [*N. del T.*]).

2. A. Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, Clarendon Press, Oxford, 1933; U. Grozio, *De jure belli ac pacis libri tres* [1625], Brill, Lugduni [Lyon], 1939, lib. I, cap. I, § XIV, 1, p. 30, donde el *jus gentium* se define como «id quod Gentium omnium aut multorum voluntate vim obligandi accepit», es decir, como lo que trae su fuerza obligatoria del consenso de todos o de la mayor parte de los estados, identificados a su vez con quienes poco antes eran llamados «moratiores», es decir, más civiles, además de más potentes (*ibid.*, § XII, 1, p. 28).

3. La impunidad secular de tantos genocidios es lo que ha enlutado la Edad Moderna. Recuérdense a T. Todorov, *La conquista de América: El problema del otro* [1982], trad. cast. de F. Botton-Burla, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2010, sobre el genocidio en América (el exterminio, en medio siglo, de casi el 90 % de las poblaciones indígenas, en torno a 70 millones de personas, también por efecto de las epidemias llevadas por los europeos), y después, sobre los genocidios producidos en el siglo XIX y hasta nuestros días. Y. Ternon, *Lo Stato criminale. I genocidi del XX secolo* [1995], trad. it. de A. Agrati, Corbaccio, Milán, 1997; B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi* [2005], trad. it. de A. Flores d'Arcais, Il Mulino, Bolonia, 2006; W. Morrison, *Criminología, Civilización y nuevo orden mundial* [2006], trad. cast.

de A. Piombo, Anthropos, Barcelona, 2012, con presentación de E. R. Zaffaroni y «Estudio preliminar» de C. Bernal, S. Cabezas, A. Forero, I. Rivera e I. Vidal, que en la p. 94 recoge una relación de 20 genocidios cometidos entre finales del 800 y finales del siglo pasado: los ocho millones de congoleños exterminados en el Congo por los colonizadores belgas entre 1915 y 1922, las masacres de los disidentes en la Rusia estalinista, el genocidio por antonomasia de seis millones de hebreos y de otros cinco millones de gitanos, discapacitados, homosexuales y disidentes por obra de los nazis, los dos millones de personas asesinadas en Camboya entre 1975 y 1979 por el régimen de los jemeres rojos y el genocidio de más de 800 000 tutsis en Ruanda en 1994. Véanse también las sentencias del Tribunal Permanente de los Pueblos recogidas en *Tribunale permanente dei popoli. Le sentenze: 1979-1998*, ed. de G. Tognoni, Stefanoni, Lecco, 1998, dedicadas en gran parte a los crímenes de estado.

4. Es la propuesta avanzada por Kelsen, pero no actuada, a propósito del viejo Tribunal Permanente de Justicia Internacional instituido en 1921 y que, obviamente, vale también para el actual Tribunal Internacional de Justicia: «El establecimiento de una solución obligatoria de las disputas internacionales es un medio, quizá el más eficaz, de mantener el derecho internacional positivo» (*La paz por medio del derecho* [1944], trad. de L. Echávarri, introd. de M. La Torre y C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, § 8, p. 71).

5. Gracias a la institución del Tribunal Penal Internacional, ha escrito, Massimo Donini: «el derecho penal internacional toma cuerpo ante nosotros, y asume la forma y la sustancia de un derecho nuevo. No se trata de un ordenamiento que convive con otros de la misma especie, sino de un ordenamiento único de carácter mundial, que presenta peculiaridades estructurales, competencias y organizaciones incompatibles con otros sistemas penales. Desde varios puntos de vista, constituye un nuevo *genus* en materia penal. En efecto, aun cuando no sea pensable sin la existencia de estados nacionales, a cuya previa jurisdicción condiciona subsidiariamente su propia intervención de manera complementaria, sin embargo, es un derecho penal sin estado» (Presentación del libro de E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza y A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milán, ^{2}2010, p. XIII). «El Estatuto del Tribunal Penal Internacional», añaden los autores en la Premisa, p. XXIII, «inaugura una nueva fase del derecho penal internacional. En efecto, pues, por primera vez en la historia, se codifican en un texto sistemáticamente coherente, principios generales, tipos penales y sanciones, y se instituye un órgano de enjuiciamiento permanente con vocación universal, si bien subsidiario en relación con las jurisdicciones estatales». Véase también P. D. Eiroa, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

6. Sobre las jurisdicciones de la verdad, de carácter normalmente transnacional, véanse R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000; G. Illuminati, L. Stortoni y M. Virgilio (eds.), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia: dai tribunali internazionali alle commissioni di verità e riconciliazione*, Giappichelli, Turín, 2000; A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana Verità e Riconciliazione*, Il Mulino, Bolonia, 2005; G. Fiandaca y C. Visconti (eds.), *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti interindividuali*, Giappichelli, Turín, 2009; E. Maculan y D. R. Pastor, *El derecho a la verdad por medio del proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013; L. Ferrajoli, «La Justicia Penal Transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», en J. E. Londoño Ulloa (ed.), *Justicia, derecho y posconflicto en Colombia*, Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 19-43; L. Ferrajoli y M. Martínez, *Fundamentos de la justicia transicional para Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2017.

7. Sobre este tribunal de opinión véanse *Un tribunal pour les peuples*, ed. de J. Cortázar, F. Rigaux, L. Matarasso, L. Bimbi y G. Tognoni, Berger-Levrault, París, 1983; F. Rigaux, «Lelio Basso e i tribunali d'opinione», en VV. AA., *Lelio Basso e le culture dei diritti. Atti del Convegno internazionale, Roma 10-12 dicembre 1998*, Carocci, Roma, 2000, pp. 21-32 y, por último, G. Monina, *Diritti umani e diritti dei popoli. Il Tribunale Russell II e i regimi militari latino-americani*, Carocci, Roma, 2020. Véanse también las sentencias del Tribunal Permanente de los Pueblos, muchas de las cuales están dedicadas a la impunidad de crímenes de estado, en *Tribunale permanente dei popoli*, cit., y en TPP, *Diritti dei popoli e disuguaglianze globali. 140 anni del Tribunale permanente dei popoli*, con prólogo de Franco Ippolito, Altra economia, Milán, 2020.

8. Recuerdo, al respecto, la experiencia de los tribunales sobre la impunidad en América Latina: en particular la sesión de aquel en el que participé con Salvatore Senese en Paraguay los días 22-24 de

junio de 1990, sobre los crímenes cometidos por el régimen de Alfredo Stroessner. Las sesiones se desarrollaron en una gran sala, ante centenares de personas, con presencia de la prensa y la televisión. Vimos desfilar a decenas de pobres campesinos que acudían a mostrar en sus cuerpos las huellas de las torturas sufridas, a denunciar las masacres y las desapariciones, las violencias de todo género y las expoliaciones. Asistimos a una toma de conciencia colectiva a la que el derecho internacional permanecía en cierta medida ajeno, precisamente en el momento en que era tomado en serio.

9. Sobre la exigencia de unificar el derecho penal en los ordenamientos federales o supranacionales —Unión Europea, Estados Unidos, Suiza, Brasil y México— véase *Hacia la unificación del Derecho penal*, ed. de U. Sieber y J. M. Simon, Inacipe, México, 2011.

10. En esta perspectiva, véase M. Delmas-Marty [1986], trad. it. de A. Bernardi, *Dal codice penale ai diritti fondamentali*, Giuffrè, Milán, 1992. Según Francesco Palazzo, es una perspectiva caracterizada por el cambio del papel de los derechos fundamentales, ya no solo *límites* al poder, sino también *objeto* de la tutela penal (F. Palazzo y F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bolonia, 2018, pp. 201-203).

11. Sobre el proceso de construcción de un derecho penal europeo, me limito a recordar: *Verso uno spazio giudiziario europeo. 'Corpus iuris' contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, bajo la dirección de M. Delmas- Marty, trad. it. y ed. de R. Sicurella, Giuffrè, Milán, 1997; *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea, Atti dell'incontro di studio organizzato a Trento il 3-4.10.1997*, ed. de L. Picotti, Giuffrè, Milán, 1999; *Il difensore e il Pubblico ministero europeo. Atti del convegno tenutosi a Como il 27-28.5.2001*, Cedam, Padua, 2002; *Lezioni di diritto penale europeo*, ed. de G. Grasso y R. Sicurella, Giuffrè, Milán, 2007; *La circolazione della prova nell'Unione Europea e la tutela degli interessi finanziari. Atti del convegno svoltosi a Milano il 27-29.1.2011*, Experta Edizioni, Forlì, 2011; C. E. Paliero y F. Viganò (eds.), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milán, 2013; G. Ubertis y F. Viganò (eds.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Turín, 2016; F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., pp. 226-233.

12. Vale la pena recordar los siete *Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal de Núremberg*, elaborados el 29 de julio de 1950 por la Comisión de Derecho Internacional en actuación de la Resolución n.º 95/I, de 11 de diciembre de1946, por la Asamblea General de la ONU: 1) el principio de la responsabilidad personal; 2) la primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales; 3) la responsabilidad penal internacional también de los jefes de estado; 4) la responsabilidad penal internacional también por los actos criminales cometidos en ejecución de una orden; 5) el derecho de los imputados de crímenes internacionales a un proceso equitativo e imparcial; 6) la identificación como crímenes internacionales de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; 7) la naturaleza de crimen de derecho internacional reconocida a la complicidad en los crímenes aludidos. Tendría que pasar casi medio siglo antes de que estos principios fueran adoptados, de forma bastante imperfecta, por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

13. Así G. Azzariti, «La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza», en Íd. (ed.), *Il costituzionalismo democratico può sopravvivere alla guerra?*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2022, pp. 3-13.

14. En un mundo poblado por millones de cabezas nucleares —13 440 acreditadas, en posesión de 9 países—, capaces de destruir varias veces la humanidad, el peligro de uso de alguna de ellas en el curso de una de estas guerras es permanente. Por otra parte, el gasto militar, ha aumentado constantemente en estos últimos veinte años. Según el informe del SIPRI (Stockholm International Peace Research Institute [Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz]) de Estocolmo, el gasto militar en 2020 fue de 1981 millardos de dólares, un 2,6 % mayor que en 2019 y en el último decenio un 9,3 % mayor que en el decenio precedente. De esta suma, Estados Unidos ha gastado 776 millardos, equivalentes al 39 % del gasto global y al 3,7 % de su PIB, con un aumento del 4,4 % respecto del año precedente; China ha gastado 252, Rusia 61,7, Italia 28,9 (equivalentes a 25,4 millardos de euros y al 1,6 de su PIB) situándose en esta penosa clasificación en el undécimo puesto, pero también en el primero en cuanto al aumento del gasto con respecto a 2019, que fue del 7,5 %. A la OTAN corresponde el 56 % del gasto militar global.

15. Es la opinión expresada por Dwight Eisenhower —sin duda experto tanto en armas como en política, por haber sido el comandante de las fuerzas alidadas vencedoras de la Segunda Guerra

Mundial y el presidente de Estados Unidos durante ocho años— en el discurso de despedida el 17 de enero de 1961, en el que puso en guardia al pueblo norteamericano y al mundo entero ante el peso creciente, los enormes intereses y la potente influencia ejercida sobre la política por el que llamó «complejo militar industrial». Una preocupación análoga sobre la carrera de armamentos como peligro permanente de guerra fue la expresada por I. Kant, *Por la paz perpetua* [1795], secc. primera, § 3, p. 7, en apoyo de la tesis de que «'Los ejércitos permanentes (*miles perpetuus*) deben desaparecer totalmente con el tiempo' [...] Pues suponen una amenaza de guerra para otros estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, por los gastos generados por el armamento, se convierten ellos mismos en la causa de guerras ofensivas al objeto de liberarse de esta carga; añádase a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del estado); este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona».

16. D. De Masi, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, Turín, 2018, p. 679. En Estados Unidos, ha escrito Joseph E. Stiglitz, el 1 % de los americanos posee el 41,8 % de la riqueza del país (en 1978 poseía el 25 %) y el 0,1 % controla el 22 % (*Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica* [2016], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 13-14). En Europa el 10 % de la población posee el 56 % de la riqueza nacional y el 1 % posee el 23 % (OCDE, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OECD Publishing, París, 2011, p. 22).

17. T. Pogge, *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* [2008], trad. it. de D. Botti, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 304 [trad. cast. de E. Weikert García, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005].

18. L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. X y 38.

19. En los arts. 13,2 y 14,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 12,2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y en el art. 35,4 de la Constitución italiana. Pero recuérdese también el art. 4 del Acte constitutionnel del 1793: «Todo extranjero de edad superior a veintiún años que, domiciliado en Francia durante un año, viva de su trabajo, adquiera una propiedad, espose a una ciudadana francesa, adopte un niño o mantenga a un anciano, será admitido al ejercicio de los derechos del ciudadano».

20. F. de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior* [1539], en Íd., *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae*, XII, ed. de E. Nys, Oceana, Nueva York, 1964, secc. III, 1, pp. 257-263. El derecho de emigrar fue reivindicado también por Locke, que lo situó en la base del derecho a la supervivencia, asegurado a su vez por el trabajo, siempre accesible con solo emigrar a «las tierras salvajes de América» porque «hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes» (*Segundo tratado sobre el gobierno civil* [1690], trad. cast., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, § 37 y 36, pp. 63 y 65). Kant, a su vez, enunció no solo el derecho de emigrar —en *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* [1797], en Íd., *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, estudio preliminar de A. Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989, § 50, p. 175: «El súbdito (incluso considerado como ciudadano) tiene derecho a emigrar, porque el estado no podría retenerlo como propiedad suya»—, sino también el principio de «hospitalidad», formulado por él como «Tercer artículo definitivo para la paz perpetua»: «se trata en este artículo [...] de derecho y no de filantropía, y *hospitalidad* (*Wirthbarkeit*) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro (*La paz perpetua*, cit., secc. segunda, p. 27).

21. «Si los bárbaros quisieran prohibir a los Españoles el ejercicio de los mencionados derechos [...] entonces los Españoles podrán defenderse y hacer todo lo que convenga a su seguridad, dado que *vim vi repellere licet*» (*De indis*, cit., secc. III, 6, p. 260).

22. Fue un verdadero genocidio, a comienzos de la Edad Moderna. Tzvetan Todorov, *La conquista dell'America*, cit., p. 162, refiere que de los 80 millones —un quinto de la población mundial— que eran en el momento de su «descubrimiento», las poblaciones precolombinas fueron reducidas a 10 millones a mediados del siglo XVI; en México el genocidio golpeó al 95 % de los indígenas que, de 25 millones en vísperas de la conquista, pasaron a un millón en 1600.

23. He propuesto la introducción de esta categoría de ilícitos, consistentes en violaciones gravísimas de los derechos humanos y del derecho internacional, pero no tratables penalmente en cuanto carentes

de todos los requisitos garantista del delito, en «Criminología, criminalidad global y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea»: *Crítica penal y poder* 4 (2013). He retomado la propuesta en «Crímenes de sistema y crisis del orden internacional»: *Teoría política* 9 (2010), pp. 401-411; en *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, Trotta, Madrid, 2023, § 8.4-8.8, pp. 436-464 y en *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, ^{2}2023, cap. 4, pp. 38-44.

24. I. Kant, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, trad. cast. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, estudio preliminar de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, ^{2}1994, Séptimo principio, p. 13: «El problema del establecimiento de una constitución civil perfecta» es sugerido por la «razón», que impone «abandonar el estado anómico propio de los salvajes e ingresar en una confederación de pueblos, dentro de la cual aun el Estado más pequeño pudiera contar con que tanto su seguridad como su derecho no dependiera de su propio poderío o del propio dictamen jurídico, sino únicamente de esa confederación de pueblos (*Foedus Amphictyonum*), de un poder unificado y de la decisión conforme a leyes de la voluntad común». Y poco después, al final del Octavo principio, p. 20: «preparándose así, indirectamente, para integrar un macrocuerpo político, algo de lo que los tiempos pasados no han ofrecido ejemplo alguno. Si bien este cuerpo político solo se presenta por ahora en un tosco esbozo, ya comienza a despertar este sentimiento, de modo simultáneo, en todos aquellos miembros interesados por la conservación del todo. Y este sentimiento se troca en la esperanza de que, tras varias revoluciones de reestructuración, al final acabará por constituirse aquello que la Naturaleza alberga como intención suprema: un *estado cosmopolita* universal en cuyo seno se desarrollen todas las disposiciones originarias de la especie humana». Kant volverá sobre las mismas tesis once años después: «El derecho de gentes debe fundarse en una *federación* de estados libres [...] Los estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas de la misma manera que los individuos entregaron su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *estado de pueblos* (*civitas gentium*) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra» (*La paz perpetua*, secc. segunda, pp. 21 y 25-26).

25. He defendido este proyecto en los escritos citados en la nota 29 del segundo capítulo. Un proyecto de Constitución Mundial fue redactado en trece sesiones, de noviembre de 1945 a julio de 1947, por un Comité por la Constitución Mundial formado a raíz de las dos bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki, y compuesto por Robert Maynard Hutchins, Giuseppe Antonio Borgese, Mortimer J. Adler, Stringfellow Barr, Albert J. Guerard, Harold A. Innis, Erich Kähler, Wilbert G. Katz, Charles H. McIlwain, Robert Redfield y Rexford G. Tugwell (*Preliminary Draft of a Word Constitution*, The University of Chicago Press, Chicago, 1948). Primero fue publicado, con alguna variante en *Il Ponte* IV, n.º 6, junio de 1948, pp. 584-598 y después en el volumen *Disegno preliminare di Costituzione mondiale*, trad. it. de E. Gianturco, Mondadori, Milán, 1949, con una Premisa de Thomas Mann, pp. 11-12, y una Presentación a los lectores italianos de Piero Calamandrei, pp. 13-38, ahora en P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, ed. de N. Bobbio, vol. I, t. II, La Nuova Italia, Florencia, 1966, pp. 463-484. Este diseño de constitución se limita a la democratización de las instituciones políticas de gobierno, previendo en particular, como órgano primario la Asamblea Federal, compuesta por delegados elegidos por todos los pueblos del mundo en proporción de un delegado por cada millón de habitantes. Hay que recordar la Constitución Mundial —*The Constitution for the Federation of the Earth*— aprobada en 1991 en el cuarto encuentro (después de los encuentros de 1968 en Interlaken, de 1977 en Innsbruck y de 1979 en Sri Lanka) de la Constituyente Mundial celebrado en Troia (Portugal), también ella dedicada sobre todo a las instituciones globales de gobierno y a las judiciales, y acompañada de un *Manifiesto de la Federación de la Tierra*, introducido por Glen T. Martin.

26. Recuérdese el pasaje de Alexander Hamilton citado *supra*, en la nota 29 del capítulo III, que vale para las instituciones de garantía primaria (salud, educación y similares) aún más que para las jurisdiccionales de garantía secundaria. Piero Calamandrei anticipó un constitucionalismo mundial en la conclusión de su introducción a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Florencia, 1946 [prólogo y trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, *El porvenir de los derechos de libertad*, Eolas, León, 2023, p. 101]: «Si, a través de tragedias cada vez más espantosas, la humanidad está llevada fatalmente a buscar la propia salvación en la creación de más amplias uniones políticas en las que sea también

jurídicamente organizada, en vez de la independencia, la 'interdependencia' de los pueblos, no es absurdo pensar que, del mismo modo que la 'libertad frente al temor' resultará salvaguardada sustrayendo a los estados el poder de disponer de los ejércitos y de las armas, la defensa de las demás libertades lo será confiándola a órganos supranacionales. Así se reconocerá que el respeto de la persona humana, cuya expresión jurídica son los derechos de libertad, no es una exigencia de orden individual, y tampoco una cuestión de política interna sobre la que cada estado pueda decidir por su cuenta; sino que es una condición indivisible para el mantenimiento de la paz entre los pueblos y, por tanto, para la salvación de toda la sociedad humana».

27. Recuérdese el pasaje kantiano citado en la nota 13 del capítulo quinto.

28. He criticado más veces estas confusiones conceptuales, situando sus orígenes en el pensamiento de Locke —«sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de 'propiedad'» (*Segundo tratado*, cit., § 123, p. 3134)— y distinguiendo los distintos tipos de derechos sobre la base de su diferente estructura: en mi viejo libro *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1970, cap. II, § 5.2, pp. 99-105; en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, ^{10}2018, § 60, pp. 908-915; en *PiI*, § 1.6, 2.4, 10.10, 11.4-11.7, pp. 126-127, pp. 151-155, 600-603, 701-724; en *PiII*, § 13.17, 14.14-14.21, pp. 85-88 y 218-258; en *Manifiesto por la igualdad*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2019, pp. 114-121; en *La construcción de la democracia*, cit., § 3.2-3.3, pp. 146-159; en *Por una Constitución de la Tierra*, cit., cap. 10, pp. 93-103. D. Ippolito ha desarrollado una reflexión de conjunto en «Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», trad. cast. de T. Effer: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 87 (2016), pp. 37 ss. Sobre el crecimiento y la multiplicación de las desigualdades y la erosión de las libertades consecuencia de la ausencia de límites al mercado, es decir, al ejercicio de los derechos-poder de autonomía contrabandeados como libertades, véase últimamente V. Pazé, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Bollati Boringhieri, Turín, 2023. Esta oposición entre libertad y propiedad está bien expresada en la máxima de Kant sobre la contraposición de precio y dignidad: «En el reino de los fines todo tiene o bien un precio, o bien una *dignidad.* En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad» (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. cast. y estudio preliminar de R. R. Aramayo, Alianza, Madrid, ^{2}2012, segundo cap. [A 77], p. 148).

29. Son los bienes concebidos como bienes «comunes» —*extra commercium* y *extra patrimonium*— desde el derecho romano, «Quaedam enim naturali iure *communia sunt ómnium*», escribió Gayo; «et naturali iure *omnium communia* sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris» (*Inst.*, 2, 1 pr.; D 1,8,2,1).

30. Sobre el problema global de la salud véase, últimamente, N. Dentico y E. Missoni, *Geopolitica della salute. Covid-19, OMS e la sfida pandemica*, Rubbettino, Roma, 2021; A. Cauduro, *L'accesso al farmaco*, Ledizioni, Milán, 2017.

31. En el pasaje citado *supra*, nota 15.

32. En el «Proyecto de Constitución de la Tierra», publicado como apéndice a *Por una Constitución de la Tierra*, cit., pp. 166-171 y 174-177, se prevén, en los arts. 74-85 y 91-99, diez instituciones globales de garantía primaria y tres instituciones económicas globales.

33. En los arts. 86-90 del «Proyecto», cit., pp. 172-174, se prevén cuatro instituciones globales de garantía secundaria: el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Constitucional Internacional, el Tribunal Penal Internacional y el Tribunal Internacional para los Crímenes de Sistema.

34. Según las representaciones ofrecidas por la filosofía política clásica en su conjunto, recuérdense: T. Hobbes, *Leviatán*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXI, § 8, p. 177; J. Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. II, § 14, p. 44: I. Kant, *La paz perpetua*, secc. segunda, p. 14; G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la filosofía del derecho* [1821], ed. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 2017, § 333 y 334, p. 335.

35. «El nexo entre estado y constitución es un dato que ha condicionado el desarrollo del constitucionalismo moderno, y del que sería imposible prescindir» (G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 15).

36. *Teoría de la constitución* [1928], trad. cast. y prólogo de F. Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § 1, p. 3.
37. C. Schmitt, *El defensor de la constitución* [1931], trad. cast. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 2009, II, § 1 A, p. 155. «La constitución», prosigue Schmitt, «procura especialmente dar a la autoridad del presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esa voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación» (III, § 4, p. 287).
38. *Ibid.*, II, § 1, A, p. 155. «La premisa fundamental de toda democracia», escribe Schmitt, «queda destruida cuando se invalida el axioma de que la minoría derrotada se somete de antemano al resultado de la elección (y no aspira a imponer su voluntad propia) y de que, por consiguiente, reconoce como voluntad suya la voluntad de la mayoría» (*ibid.*); ya que «el estado es una unidad indivisible y la parte vencida en la votación no ha sido obligada y violentada realmente, sino conducida a este resultado por su propia y efectiva voluntad» (*ibid.*, III, § 2, p. 261), que con este juego de palabras resulta anulada. «Con la palabra 'identidad'», había escrito Schmitt en *Teoría de la constitución*, cit., § 17, III, p. 273, «se designa lo existencial de la unidad política del pueblo a diferencia de cualesquiera igualdades normativas, esquemáticas o ficticias. La democracia presupone [...] un pueblo homogéneo en sí, que tiene la voluntad de existencia política». Es, pues, inevitable que esta supuesta identidad y unidad política del pueblo se encarnen en la persona y en la voluntad de un jefe: «El presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán» y esto le confiere «la posibilidad de dirigir una 'apelación al pueblo' y establecer una relación directa con los ciudadanos [...] Está ideado como un hombre que reúne en sí la confianza de todo el pueblo por encima de los límites y del marco de las organizaciones y burocracias de los partidos; no como hombre de partido, sino como el hombre de confianza de todo el pueblo» (§ 27, 4, p. 404).
39. «La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo [...] El enemigo no necesita ser moralmente malo [...] Simplemente es el otro, el extraño [...] en último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero 'no afectado' o 'imparcial'» (C. Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. cast. de R. Agapito, Alianza, Madrid, 1991, II, pp. 56-57). Y esto vale también «dentro de un estado» cuando «las diferencias entre partidos políticos se convierten en 'diferencias políticas a secas'» y entonces «es que se ha alcanzado el grado extremo de la escala de la 'política interior', esto es, que lo que decide en materia de confrontación armada ya no son las agrupaciones de amigos y enemigos propias de la política exterior, sino de las internas del estado» en la forma de la «*guerra* civil» (*ibid.*, p. 62). Y más adelante (pp. 63-64): «Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente [...] La guerra no es, pues, en modo alguno objetivo o incluso contenido de la política, pero constituye el *presupuesto*».
40. Recuérdense, en este sentido, P. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?* [1994], trad. it. en *Il futuro della costituzione*, ed. de G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Turín, 1996, pp. 339-367; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán, 1995, pp. 155-160 [trad. cast. de R. Grasa y F. Serra, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000]; M. Luciani, *La costruzione giuridica della cittadinanza europea*, en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ets, Pisa,1999, pp. 87-88.
41. Mireille Delmas-Marty, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, ed. de E. Fronza y C. Sotis, Bologna University Press, Bolonia, 2021, p. 16, recuerda la Declaración de la Unesco de 2001 sobre la diversidad cultural, que proclama tal diversidad «patrimonio común de la humanidad» retomada en 2005 por la Convención sobre la Protección y la Promoción de las Diversidades de las Expresiones Culturales.
42. *Segundo tratado*, cit., cap. 11, § 135, p. 143.
43. A propósito de la creciente integración mundial, merecen ser recordadas las palabras de Piero Calamandrei escritas en el lejano 1949, en apoyo del *Disegno preliminare di Costituzione mondiale*, en su Presentación a los lectores italianos, cit., pp. 464-465: «El movimiento de la historia que, como los

círculos sobre el agua, se difunde en agregaciones de civilidad cada vez más vastas, por las invenciones que han abolido las distancias y privado a la lejanía de toda eficacia protectora, ha asumido en estos últimos decenios un ritmo impetuoso. Europa hoy, aun cuando políticamente desunida, es más pequeña que la Italia de hace un siglo, o la Toscana de hace mil años. El mundo se ha contraído ante nuestros ojos hasta aparecer ciertamente, incluso en los horarios de las líneas de comunicación, un pequeño parterre: y cuando en cualquier parte de él explota un conflicto, cada pueblo está forzado a darse cuenta de que la guerra está allí, a sus puertas. La casa es tan angosta que ya no cabe encender el fuego en una estancia sin que se incendie toda ella».

ÍNDICE DE NOMBRES

Abbagnano, M.
Abbagnano, N.
Abellán, J.
Accatino Scagliotti, D.
Accattatis, V.
Adler, M. J.
Agapito, R.
Agrati, A.
Aguilera, E.
Aguilera García, E. R.
Aguiló Regla, J.
Ainis, M.
Al-Sisi, F.
Albano, S.
Alcalá-Zamora y Castillo, N.
Alchourrón, C. E.
Alexy, R.
Alfano, A.
Allegri, P. A.
Allorio, E.
Alpa, G.
Alsina, H.
Alunni, L.
Alves, C. F.
Amati, E.
Amato, G.
Amodio, E.
Amorosi, M. C.
Anastasia, S.
Andrés Ibáñez, P.
Anduaga Espinosa, B.
Anselmi, M.
Araujo de Souza, A.s.
Aristóteles
Armiño, M.
Arnold, molinero
Aschettini, L.
Aslin, A.
Atienza, M.
Atkinson, A. B.
Audegean, P.
Ayala, F.
Ayerra Redín, M.
Azareto de Vázquez, M. I.
Azcárate, P. de

Azzariti, G.
Baratta, A.
Barbagallo, F.
Barberis, M.
Barja de Quiroga, J.
Barr, S.
Bartole, S.
Basaglia, F.
Basaglia Ongaro, F.
Basile, F.s.
Basso, L.
Basso, P.
Battaglia, A.
Bayón, J. C.,
Beccaria, C.
Beethoven, L. van
Beguelin, R.
Bentham, J.s.
Bergalli, R.
Berlin, I.
Berlinguer, E.
Bernal, C.
Bernardi, A.
Bertagna, G.
Bettiol, G.
Bianca, D. O.
Bifulco, D.
Bimbi, L.
Binding, K.
Biondi, F.
Blackstone, W.
Blázquez, M.
Bobbio, N.
Bolzoni, M.
Bombini, G.
Bompressi, O.
Borgese, G. A.
Borgna, P.
Borioni, M.
Borlizzi, F.s.
Borrè, G.
Borsellino, P.
Bortolato, M.
Bossi, U.
Botti, D.
Botton-Burla, F.
Bovero, M.
Bowring, J.
Brahim, S.
Bricola, F.
Brie, R. J.
Brindisi, G.
Bronzini, G.
Brown Scott, J.
Bruneteau, B.

Bruti Liberati, E.
Bueno de Carvalho, A.
Bulygin, E.
Burdeau, G.
Cabezas, S.
Cabo, A. de
Caccamo, V.
Cadin, R.
Calabresi, L.
Calabresi, M.
Calamandrei, P.
Calderone, V.
Calise, M.
Calvi, A.
Calvi, G.
Cancio Meliá, M.
Candian, A.
Canosa, R.
Cantarero, R.
Cappelletti, M.
Cappelli, I.
Caputo, A.
Caramaschi, O.
Carmignani, G.
Carnevali, B.
Carolini, S.
Carrara, F.
Carrió, G. R.
Cartabia, M.
Cartari, F.
Casadei, Th.
Casas, J. A. de las
Castelli, R.s.
Castillo, J. D.
Cattaneo, C.
Cattaneo, M. A.
Cauduro, A.
Cavour, C. B.
Cazzaniga, G. M.
Ceretti, A.
Chiassoni, P.
Chieppa, V.
Chinnici, R.
Ciampi, C. A.
Cicerón, M. T.
Ciervo, A.
Cirami, M.
Cirielli, E.s.
Coke, E.
Colao, F.
Colombo, E.
Colombo, G.
Colomer, J. M.
Comanducci, P.
Condorcet, M. J. A.

Conill Sancho, J.
Conte, G.
Corleone, F.
Cornelli, R.
Corso, G.
Cortázar, J.
Cortina, R.
Cortina Orts, A.
Cospito, A.s.
Costa, M.
Costa, P.
Costi, M.
Cotturri, G.s.
Couture, E. J.
Crisanti, A.
Crispi, F.s.
Curi, F.
Da Passano, M.
Dahm, G.
Dal Pont, A.
De Acutis, M.
De Masi, D.
De Rosa, G.
Dei Vecchi, D.
Delgado Rojas, J. I.
Della Bella, A.
Della Casa, F.
Della Porta, D.
Delmas-Marty, M.
Denning, A. T.
Dentico, N.
Devlin, P.s.
Di Cesare, D.
Di Iorio, D.
Di Lucia, P.
Diciotti, E.
Diderot, D.
Didier, F. Jr.
Dolcini, E.
Dominijanni, I.
Donini, M.
Duque, F.
Dusi, P.
Dworkin, R.
Echávarri, L.
Echevarría, J.
Effer, T.
Eiroa, P. D.
Eisenhower, D.
Elia, L.
Epineuse, H.
Esquilo
Falcinelli, D.
Falcone, G.
Faro, S.

Fassin, D.
Fassone, E.
Federico II
Federico, P.
Ferrajoli, L.
Ferrarese, M. R.
Ferrer, J.
Ferri, G.
Ferrua, P.
Feuerbach, P. J. A R. von
Fiandaca, G.
Filangieri, G.
Fini, G.
Finzi, C.
Fiorella, A.
Fix Zamudio, H.
Flores d'Arcais, A.
Foa, V.
Forero, A.
Foucault, M.
Francioni, G.
Frege, G
Fronza, E.
Frosini, T. E.
Frosini, V.
Gadamer, H. G.
Galante Garrone, A.
Galgano, F.
Galimberti, F.
Galliani, D.
Gallino, L.
Gallo, E.
Garapon, A.
Garcia, E.
García Amado, J. A.
García del Mazo, S.
García Figueroa, A.
García Máynez, E.
García Pascual, C.
Garibaldi, G.
Garzón del Camino, A.
Garzón Valdés, E.
Gascón Abellán, M.
Gasparri, M.
Gavazzi y Bonanno, G.
Gayo
Genovesi, A.
Gentili, Alberico
Gentili, Aurelio
Geraci, C.
Geymonat, L.
Gianformaggio, L.
Gianturco, E.
Ginsborg, P.
Ginzburg, C.

Giostra, G.
Giovannetti, M.
Gjergji, I.
Gobetti, P.
Gonnella, P.
González, F.
González Cortina, C.
Gozzini, M.
Gramsci, A.
Granaglia, E.
Grande, G.
Grandi, D.
Grasa, R.
Grasso, G.
Grasso, M.
Graziosi, M.
Greppi, A.
Grimm, P.
Groppi, T.
Grossi, P.
Grozio, U.
Guareschi, M.
Guarnera, U.
Guastavino, M.
Guastini, R.
Guerard, A. J.
Guerrero, J.
Gumpert, C.
Guzmán, N.
Häberle, P.
Habermas, J.
Hakimi, H.
Hamilton, A.
Hammurabi
Hare, R. M.
Hart, H. L. A.
Hassemer, W.
Hegel, G. W. F.
Hierro, L. L.
Hobbes, T.s.s.
Humboldt, G.
Hume, D.
Hutchins, R. M.
Iacoviello, F. M.
Ibarra, J.
Igartua Salaverría, J.
Ihering, R. von
Illuminati, G.
Innis, H. A.
Inocencio III (Lotario dei conti
di Segni)
Inocencio IV (Fieschi, S.)
Ippolito, D.
Ippolito, F.
Irti, N.

Izzo, U.
Jakobs, G.
Jori, M.
Kähler, E.
Kant, I..
Katz, W. G.
Kelsen, H.
Kriele, M.
La Torre, M.
La Torre, P.
Labriola, S.
Lancry A. Robalo, T.
Laplaza, F.
Laporta, F.
Lassègue, J.
Laudan, L.s.
Lecaldano, E.
Leibniz, G. W. von
Lenzi, B.
Letta, E.
Liebman, E. T.
Linsky, L.
Lipari, N.
Lisi, F.
Liszt, F. von
Lledó, E.
Locke, J.
Lodigiani, G. A.
Loffredo, A.
Lollini, A.
Lombardi Satriani, L.
Lombroso, C.
Londoño Ulloa, J. E.
Longo, L.
López de Oñate, F.
López Keller, C.
López Puleio, M. F.
Loprieno, D.
Losano, M. G.
Lucano, M.s.
Lucchini, L.
Luciani, M.
Lupo, S.
Luther, J.
Maculan, E.
Maggiore, G.
Maier, J. B. J.
Manconi, L.
Mandrioli, C.
Manes, V.
Mangione, C.
Mann, T.
Mannozzi, G.
Manrique, R. G.
Manzini, V.

Marchena, J.
Marchionne, S.
Margara, A.
Mariani, E.
Marietti, S.
Marinucci, G.
Marrone, F.
Martelloni, F.
Martin, G. T.
Martínez, M.
Martínez Arancón, A.
Marx, K.
Mastella, C.s.
Mastromartino, F.
Matarasso, L.
Mazzini, G.
Mazzucato, C.
McIlwain, C. H
Medina Garijo, F. J.
Mellizo, C.
Meloni, G.
Melossi, D.
Menditto, F.
Meniconi, A.
Meotti, A.
Míguez, N.
Mill, J. S.s.
Minniti, M.
Missoni, E.
Mistretta, E.
Moccia, S.
Monina, G.
Montesquieu, Ch. L. de Secondat, barón de
Mora Cañada, A.
Morales Luna, F.
Moreso, J. J.
Morini, F.
Moro, A.
Morrison, W.
Morsi, M.
Mosterín, J.
Moulines, U.
Muchembled, R.
Muratori, A.
Murena, M.
Musco, E.
Napolitano, G.
Negri, T.
Neppi Modona, G.s.
Nigro Mazzilli, H.
Nino, C.
Nolla, E.
Nuvolone, P.
Nys, E.
O'Gorman, E.

Ochoa Pérez, C.
Olasategui, M.
Olivecrona, K.
Onida, V.
Orlandi, R.s.s.
Orlando, V. E.s.
Ors, C.
Ortega Torres, J. J.
Ortiz, M. E.
Ossorio Florit, M.
Paciotti, E.
Padovani, T.
Pagano, M.
Paladini, F. M.
Palamara, L.
Palazzo, F.s.
Paliero, C. E.
Pallí Bonet, J.
Palma, M.
Palombarini, G.s.
Papa, C.s.
Papa, E. R.
Papa, M.
Pasceri, G.
Passerini Glazel, L.
Pastor, D. R.
Pavarini, M.
Pavone, C.
Pazé, E.
Pazé, V.
Pepino, L.s.
Perelman, C.
Pérez del Valle, C.
Perticone, G.
Peruginelli, G.
Pesce, O.
Petrillo, M. E.
Picotti, L.
Pietrostefani, G.
Pinheiro Carneiro, P. C.
Pinner, S.
Pino, G.
Piombo, A.
Pisani, G.
Pisarello, G.
Pitch, T.
Pizzorusso, A.s.
Platón
Pogge, T.
Pons, H.
Popper, K.
Portinaro, P. P.
Pound, R.
Prats, E. J.
Prezzolini, G.

Prieto Sanchís, L.
Príncipe y Satorre, E.
Priori Posada, G.
Procacci, G.
Pugiotto, A.
Pulitanò, D.
Quattrocolo, S.
Racionero, Q.
Radbruch, G.
Ramat, M.
Randazzo, B.
Ranelletti, O.
Re, L.
Reale, O.
Rebuffa, G.
Recasens Siches, L.
Redenti, E.
Redfield, R.
Redondo, M. C.
Renoldi, C.
Resta, F.
Restrepo Rodríguez, D.
Ribera, J.
Riccobono, F.
Rigaux, F.
Ríos, F. de los
Ripepe, E.
Rivera, I.
Rivera Beiras, I.
Rizzuti, D.
Robles, J. A.
Rocca, R.
Rocco, Alfredo
Rocco, Arturo
Roces, W.
Ródenas, A.
Rodilla, M. A.
Rodotà, S.
Rodríguez Aramayo, R.
Rodríguez Feo, J.
Rodríguez Gil, M.
Rognoni, V.
Romagnosi, G.
Romboli, R.
Romeo, F.
Ros, J. M.
Rosatelli, J.
Ross, A.
Rosselli, C.
Rossi, N.
Rousseau, J. J.
Ruffini, F.
Ruffolo, U.
Ruggiero, V.
Ruiz, A.

Ruiz Manero, J.
Ruiz Miguel, A.
Ruotolo, M.
Sabato, R.
Saint-Just, L. de
Sala, V. B.
Salas, D.
Salazar Ugarte, P.
Salvato, E.
Salvi, G.
Salvini, M.
Sánchez de Aleu, D.
Sánchez Sarto, M.
Sanfélix, V.
Santi, R.
Santoro, G.
Saraceni, L.
Satta, S.
Saussure, F. de
Savater, F.
Savino, M.
Savio, G.
Sbraccia, A.
Scarpari, G.
Scarpelli, U.
Schifani, R.
Schmitt, C.s.
Sciurba, A.
Senese, S.ss.
Sentís Melendo, S.
Seña, J. M.
Serra, F.
Sgubbi, F.
Shakespeare, W.
Shishimarin, V.
Sicurella, R.
Sieber, U.
Silva, C.
Silvestri, G.
Simon, J. M.
Soboul, A.
Sofri, A.s.
Sotis, C.
Spangher, G.
Spataro, A.
Spina, S.
Stajano, C.
Stella, F.
Stephen, J. F.
Stiglitz, J. E.
Stile, A. M.
Stortoni, L.
Stroessner, A.
Suárez, A.
Sunstein, C. R.

Tarski, A.
Taruffo, M..
Teitel, R.
Tercilla, V. M. de
Ternon, Y.
Terracini, U.
Terradillos, J.
Tierno Galván, E.
Tocqueville, A. de
Todorov, T.
Togliatti, P.
Tognoni, G.
Tolin, F.
Tomás de Aquino
Torrente, G.
Trocchia, N.
Troisi, D.
Tugwell, R. G.
Tula, J.
Turco, L.
Turone, G.
Ubertis, G.
Val, J. A. del
Valentini, E.
Valletta, V.
Vallini, A.
Valpreda, P.
Van Parijs, P.
Vanderborght, Y.
Vannucci, A.
Vassallo Paleologo, F.
Vattimo, G.
Vázquez, C.
Vega, P. de
Velasco, G. R.
Venturi, F.
Vernengo, R. J.
Vidal, I.
Viganò, F.s.
Viglietta, G.
Vigna, E.
Violante, L.
Virga, P.
Virgilio, M.
Visco, V.
Visconti, C.
Vitoria, F. de
Vogliotti, M.
Volpe, G.
Voltaire (F. M. Arouet)
Vouglans, P. F. M. de
Wacquant, L.
Weikert García, E.
Welzel, H.
Wolff, C.

Zaccaria, G.
Zaffaroni, E. R.
Zaffaroni, R.s.
Zagrebelsky, G.s.
Zanardelli, G.
Zaneti, H. Jr.
Zanon, N.
Zeno Zencovich, V.
Zolo, D.
Zorzella, N.

ÍNDICE GENERAL

Introducción

Primera parte. EL MODELO GARANTISTA DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ACTUAL CRISIS

Capítulo I. JURISDICCIÓN Y GARANTISMO

1.1. *Una definición estipulativa del concepto teórico de jurisdicción*
1.2. *Tres dimensiones de la cognición judicial: la interpretación, la prueba, la equidad*
1.3. *La interpretación. Verificabilidad y falsabilidad en virtud del principio de estricta legalidad*
1.4. *La prueba. Confirmación por* modus ponens *y refutación por* modus tollens
1.5. *La equidad. La comprensión equitativa de la singularidad del caso*
1.6. *Las tentaciones de la verdad absoluta*
1.6.1. *La perversión inquisitiva*
1.6.2. *La inteligencia artificial y la ilusión de una justicia predictiva*

Capítulo II. LAS FUENTES DE LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL. EL PAPEL GARANTISTA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

2.1. *Una reformulación de la separación de poderes: funciones de gobierno y funciones de garantía, primaria y secundaria*
2.2. *Las fuentes de legitimación del derecho penal sustancial. Un utilitarismo penal no demediado: el derecho penal mínimo*
2.2.1. *El primer fundamento, formal, de la legitimidad de la jurisdicción penal: la verdad procesal*
2.2.2. *El segundo fundamento, sustancial, de la legitimidad de la jurisdicción penal: la garantía de los derechos de las personas*
2.2.3. *El derecho penal entre efectividad y legitimidad. Tres etapas de la modernidad jurídica. Tres puntos de vista críticos y proyectuales*
2.3. *La divergencia deóntica entre justicia y validez*
2.4. *La divergencia deóntica entre validez y vigor*
2.5. *La divergencia deóntica entre vigor y efectividad*
2.6. *Por un positivismo crítico. El papel de una penalística civil: la crítica del derecho penal existente y el diseño de un derecho penal garantista*

Capítulo III. CRÍTICA DE LA CONCEPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMO CREACIÓN DE NUEVO DERECHO

3.1. *La concepción, hoy predominante, de la jurisdicción como creación de nuevo derecho. Dos significados de 'creacionismo judicial'*
3.2. *Cinco versiones del creacionismo judicial*
3.2.1. *El creacionismo de Hans Kelsen*
3.2.2. *El creacionismo hermenéutico*
3.2.3. *El creacionismo principialista*
3.2.4. *El creacionismo realista*
3.2.5. *El creacionismo neopandectista*
3.3. *Derecho como hecho, derecho como norma. La lesión del principio de legalidad por parte de la jurisdicción creativa*
3.4. *La idea insostenible de una verdad procesal absoluta*
3.4.1. *Qué es la subsunción*
3.4.2. *Derecho vigente y derecho viviente. El papel de los 'precedentes'*
3.5. *Universalidad de las normas y singularidad de los casos concretos. Dos precisiones en materia de principios y de ponderación*
3.6. *Ponderación equitativa simple y ponderación equitativa comparada*

Capítulo IV. LA CRISIS DEL MODELO GARANTISTA DE LA JURISDICCIÓN PENAL

4.1. *El cambio de paradigma del derecho positivo y de la democracia consiguiente a la rigidez constitucional*
4.1.1. *Dos dimensiones, una formal y la otra sustancial, de la democracia constitucional. El derecho ilegítimo*
4.1.2. *La Constitución italiana hibernada en los primeros años de la posguerra*
4.1.3. *El papel desempeñado por la magistratura en la constitucionalización del ordenamiento italiano*
4.2. *El declive de la democracia constitucional en Italia: el crecimiento de las desigualdades y la confusión de poderes*
4.2.1. *La falta de separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía primaria*
4.2.2. *La falta de separación entre funciones políticas públicas y poderes económicos privados*
4.2.3. *La falta de separación entre poderes públicos institucionales y poderes sociales de los partidos*
4.3. *La actual transformación de la cuestión criminal*
4.3.1. *La expansión de los aparatos burocráticos y los espacios abiertos a la corrupción*
4.3.2. *La disminución de la vieja criminalidad individual y el crecimiento de la criminalidad de los poderosos*
4.3.3. *El control judicial de la criminalidad de los poderes y el conflicto entre el mundo de la justicia y el mundo de la política*

4.4. *Tres factores de crisis del garantismo penal: A) El colapso del principio de estricta legalidad penal*
4.4.1. *La inflación legislativa*
4.4.2. *El desorden del lenguaje de las leyes*
4.4.3. *La crisis de la legalidad penal como crisis del estado de derecho*
4.5. *B) El populismo penal y la cuestión seguridad*
4.5.1. *La inseguridad imaginaria y la fábrica del miedo*
4.5.2. *Un populismo penal extremo: el derecho penal del enemigo*
4.5.3. *El populismo penal contra los migrantes*
4.6. *C) Un derecho punitivo ilegítimo* ante *o* extra delictum
4.6.1. *Las medidas de seguridad*
4.6.2. *Las medidas de prevención, originariamente solo de policía*
4.6.3. *La actual incorporación de las medidas de prevención a la esfera de la jurisdicción*
4.7. *El futuro del garantismo*

Segunda parte. POR UNA REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL

Capítulo V. EL PROGRAMA DE UN DERECHO PENAL GARANTISTA. LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE DELITOS, PENAS Y PROCESOS

5.1. *Por una refundación de la legalidad penal. Una ciencia de la legislación*
5.1.1. *Reserva de Código Penal y reservas de leyes orgánicas*
5.1.2. *La escritura de las leyes. Claridad y precisión*
5.1.3. *El principio de estricta legalidad como garantía de la separación de los poderes públicos y de su respeto recíproco*
5.2. *Las garantías penales en materia de delito*
5.2.1. *El principio de lesividad como criterio guía de la penalización*
5.2.2. *La anulación iliberal del principio de lesividad. Los bienes jurídicos merecedores de tutela penal*
5.2.3. *Ocho límites impuestos al derecho penal por el principio de lesividad*
5.3. *Las garantías penales en materia de pena*
5.3.1. *La ausencia de taxatividad y la deshumanización de la pena privativa de libertad. Cárcel dura y cárcel durísima*
5.3.2. *Constitucionalizar la ejecución penal. Por un sistema de penas alternativas a la pena carcelaria*
5.3.3. *La garantía del nexo entre sanciones punitivas y delitos*
5.3.3.1. Por la supresión de las medidas alternativas
5.3.3.2. Por la supresión de las medidas de seguridad
5.3.3.3. Por la supresión de las medidas personales de prevención
5.4. *Las garantías procesales del correcto juicio*
5.4.1. *Las tres separaciones entre los protagonistas del proceso y la falta de paridad de las partes*
5.4.2. *La ajenidad de las negociaciones sobre la culpabilidad y la pena y de la discrecionalidad de la acción penal al modelo teórico del proceso acusatorio*

5.4.3. *La presunción de no culpabilidad y los límites que impone a la prisión preventiva*
5.5. *Tres expansiones del papel del ministerio público como institución de garantía*
5.5.1. *Por un ministerio público en la jurisdicción de constitucionalidad*
5.5.2. *Por un ministerio público en defensa de los derechos sociales*
5.5.3. *Por un ministerio público de defensa en el proceso penal*
5.6. *Tres limitaciones de los poderes del ministerio público, en garantía de su independencia y de los derechos de los investigados*
5.6.1. *El ejercicio de la acción penal solo sobre la base de una creíble noticia de delito. Policía judicial y jurisdicción*
5.6.2. *La indicación de las pruebas a cargo de cada investigado al término de la investigación*
5.6.3. *El carácter de inapelables de las sentencias absolutorias por parte del ministerio público*

Capítulo VI. ORDENAMIENTO JUDICIAL Y DEONTOLOGÍA DE LOS JUECES

6.1. *La difícil constitucionalización del ordenamiento judicial italiano*
6.2. *La responsabilidad de los magistrados*
6.2.1. *La responsabilidad jurídica*
6.2.2. *La responsabilidad social*
6.3. *Las garantías institucionales de la imparcialidad de los magistrados*
6.4. *Las garantías institucionales de la independencia de los magistrados*
6.5. *Doce reglas de deontología judicial*
6.5.1. *La consciencia de los límites del poder judicial*
6.5.2. *La ética de la duda*
6.5.3. *El respeto de todas las partes implicadas en la causa*
6.5.4. Nolite iudicare: *juicios sobre hechos y no sobre personas*
6.5.5. *La comprensión equitativa de la singularidad de cada caso*
6.5.6. *El rechazo del creacionismo judicial*
6.5.7. *Claridad y brevedad de las motivaciones*
6.5.8. *El rechazo del protagonismo judicial*
6.5.9. *El valor no del consenso popular, sino de la confianza de las partes*
6.5.10. *El rechazo del papel de custodios de la moralidad pública*
6.5.11. *El rechazo de toda instrumentación política de la jurisdicción*
6.5.12. *El rechazo del carrerismo como regla de estilo*
6.6. *El asociacionismo judicial sin poderes*

Capítulo VII. LA PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD: DERECHO PENAL MÍNIMO Y POLÍTICAS NO PENALES

7.1. *La expansión del derecho penal y del encarcelamiento de los pobres. Por un derecho penal mínimo y un derecho social máximo*
7.2. *Para una teoría general del garantismo. Tres falacias penalistas*
7.3. *Una primera falacia penalista: la ilusión de una mayor eficacia disuasoria del derecho penal máximo*

7.3.1. *La centralidad procesal asumida por la víctima y su valor antigarantista*
7.3.2. *La eficacia disuasoria de la asimetría entre pena y delito. Contra la idea de la abolición de la pena*
7.3.3. *Contra el derecho penal declamatorio y criminógeno*
7.3.4. *Por un derecho penal a la altura de la actual cuestión criminal*
7.4. *Una segunda falacia penalista: la ilusión de la prevención de los delitos exclusivamente con medios penales*
7.4.1. *A) Contra la criminalidad de subsistencia, no políticas penales, sino políticas sociales*
7.4.2. *B) Contra la corrupción*: *desburocratizar el estado social y garantizar la separación de poderes*
7.4.3. *C) Contra los crímenes de sangre: la prohibición de las armas*
7.4.4. *D) La educación en la igualdad y en la legalidad*

Capítulo VIII. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. CRÍMENES DE SISTEMA Y CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

8.1. *Una tercera falacia penalista: la ilusión de que los delitos previstos y tratados por el derecho penal son los únicos crímenes merecedores de prevención*
8.2. *Los defectos de la justicia penal internacional y su posible superación. Jurisdicciones penales de solo la verdad*
8.3. *Cinco catástrofes globales en violación de los derechos humanos y el actual vacío de garantías*
8.3.1. *La guerra y la pesadilla nuclear*
8.3.2. *El calentamiento climático*
8.3.3. *Las crecientes desigualdades y las violaciones de los derechos humanos*
8.3.4. *La devaluación y la explotación del trabajo*
8.3.5. *El drama de los migrantes*
8.4. *La actual banalidad del mal. Por una emancipación del léxico jurídico del derecho penal: los crímenes de sistema*
8.5. *Por una Constitución de la Tierra*
8.5.1. *Las instituciones globales de garantía primaria*
8.5.2. *Las instituciones globales de garantía secundaria*
8.6. *El espíritu universalista del constitucionalismo*
8.6.1. *Dos concepciones opuestas del constitucionalismo, una identitaria, universalista la otra*
8.6.2. *Dos concepciones opuestas del realismo jurídico, naturalista una, racionalista la otra*
8.6.3. *El papel de la cultura jurídica y política y el futuro del constitucionalismo. Una nota de optimismo*

Índice de nombres