

BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

FERRAJOLI, Luigi: Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale; con Prefazione de Norberto Bobbio, colec. "Storia e Società", Editori Laterza, Roma-Bari 1989, pp. XXIV-1.034: hay 2ª edición 1990.

Desde la época del iluminismo penal hasta que el funcionalismo tecnocrático ingresa en la dogmática —tomando como fechas de referencia 1764, año en que se publica por primera vez *Dei delitti e delle pene* de C. Beccari y 1976, en que aparece *Schuld und Prävention* de G. Jakobs (sin pretender establecer comparación alguna entre ambas obras y autores, ciertamente)— han transcurrido más de dos siglos. No obstante, por un motivo u otro ni el capitalismo liberal ni el capitalismo de concentración han alcanzado la plena legitimación del sistema de control penal a que ambos dieron lugar y entre los principales motivos para ello debe tenerse en cuenta la frustración del conjunto de garantías que todo sistema penal debe asegurar, mientras aplica el castigo.

1) Ese es el marco temporal en el que se diseña esta obra de *Luigi Ferrajoli*, seguramente la más importante hasta ahora de su acervo intelectual y posiblemente una de las que más trascendencia están llamadas a ejercer sobre la cultura iuspenalista de esta última parte del S. XX. Arco de tiempo aquel en cuyo transcurso nace y se configura el derecho penal liberal del que hoy se nutren preferentemente las sociedades de Occidente, las cuales apoyan sus sistemas de relaciones sociales sobre el modo de producción capitalista pero que tanto influjo ha venido demostrando en Oriente, como asimismo en el Este de Europa, en la medida que tan velozmente se está reemplazando en estas sociedades la jerarquía de valores sociales, tal como lo han ya sido sus burocratizantes regímenes de gobierno.

Mas, ¿cuáles son los atributos de esta obra de *Ferrajoli* que han provocado no sólo los elogios que expresa el propio *Norberto Bobbio* en la *Prefazione*, sino que apenas a un año de su aparición la editorial Laterza se encuentra abocada a emitir una segunda impresión? Y, también, ¿cuáles las circunstancias que me convocan —aparte de las personalmente afectivas que me unen a este inestimable amigo (recuerdo de aquellos tiempos del *autunno caldo* de 1968 y 1969 en la Universidad romana, en el nacimiento de *Magistratura Democrática* que tuvo a *Ferrajoli* como uno de sus históricos fundadores, en la gestión de *il Manifesto* o después de *Democrazia Proletaria* y en tantos y tantos encuentros, seminarios, revistas —como *Dei delitti e delle pene* —, publicaciones del gran debate cultural y político italiano de los años setenta y ochenta, eventos todos en los que tuve la suerte de participar, vivir o presen-

ciar) y que naturalmente pueden inclinar mi valoración— a presentar el volumen de *Ferrajoli* en una sección como ésta del *ANUARIO DE DERECHO PENAL*?

Pués bien, *Diritto e Ragione* no es únicamente un estudio de los sistemas penales, ni tampoco es sólo una obra de derecho penal. Mucho menos se trata de una exposición de principios y categorías con los cuales se pretende fundar una nueva teoría penal. Es, más bien, la conclusión de una vastísima y puntillosa exploración continuada durante años en las más diversas disciplinas jurídicas (particularmente en el derecho penal) y de una larga como apasionada reflexión nutrida por estudios filosóficos e históricos, sobre las ideas morales que inspiraron o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Para llegar a esa conclusión *Ferrajoli* descarga todo su bagaje de conocimientos de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecidos todos ellos con la experiencia intensa y vivida, extraída del ejercicio de su pasada actividad de magistrado (fue pretor durante diez años de Firenze), de dirigente en una y mil iniciativas político-culturales y de cabeza de tantas batallas civiles por las libertades individuales y colectivas (también como integrante de la *Fondazione Lelio e Lisli Basso*) en Italia, en Europa y en América latina.

El profundo discurso de *Ferrajoli* se desenvuelve ordenadamente entre la crítica a los fundamentos gnosológicos y éticos del derecho penal, por un lado, y la crítica de la praxis judicial en Italia (pero con amplias referencias y remisiones a otros ámbitos), por el otro. Y, todo ello, como dice *Bobbio*, escapando de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios; más aún, sin perder de vista, no obstante, la multiplicidad de problemas encarados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo de la obra, la unidad del sistema y la síntesis final.

II) Ante esta marea de razones que, en parte y, en principio, responden a los interrogantes que promoví arriba, es obvio que la noticia sobre esta obra que muchos anotadores —como S. Senese en *L'Indice* (dei libri del mese), marzo 1990, 4-6, o E. Resta en *il Manifesto* del 5 diciembre 1989— la consideran ya fundamental, no puede concretarse simplemente a reseñarla. Junto a una síntesis de ella no se puede menos que, al exaltar las principales cuestiones que pone de manifiesto, dejar que surjan comentarios o reflexiones claramente polémicas con ciertas tradiciones penalistas; sobre todo con aquellas que se manifiestan como “liberales” pero que —tal como la crítica *Ferrajoli*— a lo largo de sus desarrollos se han demostrado responsables de haber admitido la violación y corrupción de los auténticos principios de tales tradiciones. De ahí que, a la luz del alejamiento de esos principios, revelado por ciertos teóricos afiliados a ellas, a través del olvido o desinterés por la praxis del sistema penal, hoy resulta de verdad quimérica la limitación a los abusos del poder punitivo que el derecho penal del iluminismo pretendía y más bien es la vida social la que los denuncia al verse inundada de una justicia penal inflacionaria.

La distorsión y el exacerbamiento de los conflictos individuales y sociales, a que ha llevado esta tercera fase del capitalismo, la cual en los países centrales produjo la sustitución de los sujetos históricos —capitalista por *manager* y obrero por sindicato (*Dahrendorf*)— mientras en los periféricos genera muerte, miseria y analfabetismo, han provocado una excesiva intervención punitiva del Estado. En consecuencia, no sólo la creación de una legislación penal excesiva sino también una aplicación abusiva de ella por las instancias dispuestas a tal fin (policía, tribunales de justicia, instituciones penitenciarias) han dado lugar a un creciente abandono de las

garantías fundamentales establecidas por las Constituciones positivas, los códigos penales y de procedimientos.

Es verdad que ese proceso de inflación penal por el que atraviesan en general todas las sociedades occidentales se manifiesta en unas, las post-industriales, mediante auténticos reclamos sociales de mayores penas y más severidad punitiva de los aparatos de control penal, mientras en otras, las no desarrolladas, se traduce en la directa invasión de los factores de poder económico y político sobre la legítima violencia estatal; en ambas, no obstante, es evidente la mediatización que en todo ello cumplen los medios de comunicación social. Mientras tanto, en el campo teórico-penal, las reflexiones han discurrido sin atender la realidad de *ese ius puniendi*.

Más aún, en el afán de encontrar un fundamento del derecho de penar, acorde con el supuesto de una estructura dinámica de las normas jurídico-penales, se ha llegado a idealizar la existencia en ellas de un proceso comunicativo (*Callies*) según una visión sistémica del derecho penal y de la misma sociedad. Semejante proceso que se establecería tanto entre sujetos relacionados con la norma, como entre quienes aguardan algún resultado de su aplicación pretende, como función última —como bien lo acaba de exponer recientemente en España *D. Luzón Peña, Alcance y función del Derecho penal*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, T. XLII-fasc. 1, enero-abril MCMLXXXIX, 5-33 esp. 15-19—, la estabilizar las conciencias, el equipo emocional y el funcionamiento social (*Jakobs*) en la creencia que asegurando el nivel de expectativas de los ciudadanos (de que no se cometa la infracción o de que si se comete, se sancione al infractor) queda afianzado el propio sistema social (*Luhmann*). Más, con afianzar ese funcionamiento del sub-sistema penal la teoría no ha logrado ni siquiera morigerar los excesos de su aplicación, con lo cual la satisfacción de las necesarias garantías del mismo ante el eventual abuso del poder de sancionar tampoco ha sido alcanzada con las últimas evoluciones del funcionalismo-estructural punitivo.

III) Si esto es lo acaecido en el ámbito de la teoría jurídico-penal, mirando últimamente hacia el Estado democrático, lo sucedido con ella en relación a las caídas de legitimidad en que han incurrido de reciente los Estados del bienestar, es aún más reprochable. Como se sabe, en estas situaciones ha sido emblemático el caso italiano —del que *Ferrajoli* mismo ha dado debida cuenta en repetidas ocasiones anteriores a la de *Diritto.e Ragione*— cuya legislación excepcional de los años setenta y ochenta invadió el sistema penal ordinario y llevó a su interior elementos que lo llegaron a corromper tanto en sus fuentes de legitimación política, como en sus principios inspiradores.

La cultura de la emergencia y la práctica de la excepcionalidad que se introdujeron en un principio, como medios de lucha contra el terrorismo, se extendieron luego en Italia a muchas otras situaciones emergentes: la mafia, la camorra, la *n'drangheta*, el tráfico internacional de armas, cierta criminalidad económico-financiera, la corrupción política y administrativa. Pero semejante cultura y práctica, todavía antes de las transformaciones legislativas que generaron, fueron res pensables de una involución del sistema punitivo italiano que se manifestó, bajo ciertas formas modernizadas, en la reedición de viejos esquemas substancialistas propios de la tradición penal pre-moderna, como asimismo en la recepción por la actividad jurisdiccional de ciertas técnicas inquisitorias y métodos de intervención que son típicos de la actividad policial.

Por todo esto quizá resulte el Cap. XII de la parte Cuarta del volumen que co-

mento —salvo mejor opinión o examen— uno de los análisis más lúcidos y brillantes que hoy se pueden leer acerca de la demostración del primado de la razón de Estado por sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal (a lo cual aludiré más tarde con abundancia), sea tanto en situaciones verdaderamente excepcionales —como las creadas por el terrorismo político u otras formas de criminalidad organizada— cuanto en otras en las que la jurisdicción debe suplir al poder político. La alteración de la fuente de legitimación de este derecho y sistema penal excepcionales consiste precisamente —dice Ferrajoli (pág. 844)— en algo que resulta de verdad clave como para entender, por ej. en Argentina, las raíces de cierta legislación de excepción (“punto final”, obediencia debida) o de la jurisdicción que se convirtió en excepcional al aplicarla y de las decisiones políticas que han modificado intervenciones penales (indultos) en función de un principio normativo de legitimación, no más jurídico sino estrictamente político; no más subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías, sino sobreordenado a ella. Quiero aludir con esto precisamente a la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterroristas, antimafiosa para el caso italiano y de *reconstrucción nacional* para el argentino) como justificación política de la ruptura, o si se prefiere del cambio, de las reglas de juego que en el Estado de derecho disciplinan la función punitiva.

IV) Dentro de los múltiples y variados asuntos que provocan mi admiración por este monumental trabajo de *Ferrajoli*, hay uno que deseo destacar todavía —pese a una breve alusión que he hecho antes— pues me parece que viene a constituir, sino el principal, uno de los ejes centrales de la investigación. Me estoy refiriendo a lo que nuestro A. plantea desde un comienzo del volumen y despliega prácticamente a lo largo de él, pero que concreta en las tres primeras Partes de las cinco que incluye la obra. Se trata de aquellos criterios de racionalidad que deberían informar el derecho penal como también el sistema a que da lugar y que deberían ser pertinentes a tres distintos ámbitos disciplinarios.

El primero de esos criterios designa el tema de la racionalidad de las decisiones penales —pertinente a la *epistemología del derecho*—, o sea del sistema de vínculos elaborado sobre todo por la tradición liberal y orientada a fundamentar sobre el “conocimiento” antes que sobre la “autoridad” los procedimientos de imputación y de sanción penal. El segundo, de carácter axiológico y político que alude al tema —propio de la *filosofía del derecho*— de la *justicia* penal, o sea de las justificaciones ético-políticas de la cualidad, de la calidad y antes todavía de la necesidad de las penas y de las prohibiciones, como también de las formas o pautas de las decisiones judiciales. El tercero, normativo y jurídico, que se relaciona con el tema —pertinente a la *ciencia penal*, o sea a la teoría general del derecho y a la dogmática penal de los distintos ordenamientos— de la *validez* o coherencia lógica interna a cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores, sus normas y sus prácticas inferiores.

Esos tres diferentes criterios de racionalidad permiten a *Ferrajoli* distinguir —a través entonces de la epistemología, de la axiología y de la teoría penales— porqué, cómo y cuándo se debe emplear el derecho penal analizando sus fundamentos, sin límites y sus fines. El resultado de tal distinción es la neta separación entre las razones *en, del y de* derecho penal y aquellas otras que pueden denominarse de fuerza, de autoridad o de Estado, las cuales han sido habitualmente (y son) confundidas con las primeras, provocando una utilización instrumentalmente partidista o parcial

o ideológica del sistema penal. Esta tarea también permite a *A.* ir elaborando eso que él va a denominar —en la Parte Quinta de la obra— una *teoría del garantismo penal*, con lo cual queda claramente encuadrado el empleo de los instrumentos penales dentro de lo que *Ferrajoli* denomina como *derecho penal mínimo*.

Es evidente que esta reflexión teórica y filosófica sobre los fundamentos, otorga a *Ferrajoli* una clara posibilidad de analizar aquellos perfiles de *irracionalidad*, de *injusticia* y de *invalidez* que caracterizan —según su opinión— el ordenamiento penal y procesal italiano. En la Parte Cuarta del volumen nuestro. *A.* procura precisamente demostrar que el sistema penal italiano, desarrollado desde el fascismo a la actualidad, es el resultado de una triple diferenciación interna que correspondería a una triple divergencia entre sus principios garantistas y liberales —constitucionales y codificados como su modelo teórico normativo— y su modo de *ser efectivo*, ya legislativo como jurisdiccional (el deber ser y el ser del sistema penal) La primera diferenciación es aquella determinada por el desarrollo, dentro del derecho penal y del procesal, de una larga serie de técnicas e instituciones que más o menos desmienten aquellos principios constitucionales; tales como: la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión preventiva, las varias violaciones del contradictorio y de la presunción de inocencia, como asimismo los múltiples mecanismos inquisitorios que todavía afligen el proceso penal italiano aun después de la aprobación y entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos. La segunda y más ostensible diferenciación es la producida por la formación, al costado del derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, de un verdadero y propio derecho penal especial y administrativo, de competencia parcial de la magistratura y en más amplia parte de la policía; se refiere con ello *Ferrajoli* al amplio abanico de sanciones *ante, extra* o *ultra delictum* y *ante, extra* o *ultra iudicium* compuesto —además que por la prisión preventiva— por las medidas de seguridad, también las de orden público y por los numerosos poderes instructorios como de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial. La tercera divergencia que anota y desarrolla nuestro *A.* es la que se manifiesta, dentro de ciertos límites como corriente, entre las leyes y su aplicación; las prácticas judiciales y sobre todo policiales, se realizan siempre a un grado más bajo de las leyes, sino por otra causa porque estas últimas siempre reflejan modelos de “deber ser” mientras las primeras están sometidas a imperativos contingentes de eficacia que inevitablemente confluyen para quienes los advierten como molestos obstáculos antifuncionales; esta divergencia se ha acentuado aún más en Italia, durante la última década, a causa de la producción de una masiva legislación “de emergencia”, como de una jurisdicción similar.

De tal modo es como —dice *Ferrajoli*— se han producido en Italia tres sub-sistemas penales y procesales, autónomos entre sí aunque se interfieren variadamente; el primero sometido, según los principios, a las clásicas garantías de estricta legalidad, de responsabilidad personal, del contradictorio y de la presunción de inocencia, no obstante que desmentidas de hecho por formas de legalidad atenuada que dejan amplio espacio a la discrecionalidad judicial; el segundo, expresamente abstraído a tales garantías, aún cuando inciden —como el primero— sobre la libertad de las personas y está informado por meras razones de seguridad y por esquemas substancialistas de racionalidad administrativa; y, el tercero, que se ha desarrollado por vía no sólo legislativa sino de manera prevalectante por la judispru-

dencia, en excepción al primero e inspirado, casi abiertamente, por el criterio decisionista de la justificación de los medios por parte de los fines.

La visión que se recoge de este inventario de derogaciones y lesiones al modelo garantista que provoca cada uno de estos sub-sistemas penales y procesales que actúan en Italia, según *Ferrajoli*, no puede ser menos pesimista aunque también de ella, y así conviene recordarlo, es el que el *A.* emerge con su teoría de nuevo garantismo: *un verdadero desafío para la teoría y la praxis jurídico-penal*. La deducción que puede adelantarse es que la alternativa entre garantismo y autoritarismo, además de configurarse como una alternativa teórica entre diversos modelos de ordenamientos penales, será consecuentemente una aplicación para interpretar el conjunto de todas las oposiciones que puedan manifestarse dentro de un mismo sistema penal entre principios de legitimación y praxis, entre normativas y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento concreto de las instituciones punitivas.

V) No cabe ninguna duda que el aporte de fondo que produce esta gran obra de *Ferrajoli* se concreta como un llamado de atención y un reclamo a la cultura penal de nuestro ámbito.

Las exacerbaciones de los sistemas penales contemporáneos —a través de los cuales el poder político pretende “solucionar” toda la conflictividad que generan las sociedades postindustriales—, no es sólo el producto de formas abusivas de aplicación de aquellos instrumentos punitivos a disposición de la policía, de la jurisdicción o de las cárceles. Es, antes de todo esto, el resultado de una creación del derecho penal y procesal sometido a razones *no* jurídicas. Vale la pena tomar ejemplos de nuestros sistemas penales para saber a qué se alude cuando cuando se menciona este tipo de razones; el sistema penal español, en esta fase de plena consolidación democrática, ha venido procurando muchos muestras de *razones de Estado* (no jurídicas) como para ser alcanzado por la reflexión emitida antes. No obstante, pocas investigaciones socio-jurídicas se han aplicado al análisis de ellas. En el campo de la creación del derecho y a la búsqueda de una explicación para la prolongación de una legislación excepcional, fruto de una cultura de la emergencia que se arraiga, permítaseme hacer aquí mención del volumen de José Ramón Serrano-Piedecasas, *Emergencia y crisis del Estado social* (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación), colec. “Sociedad-Estado” 3, PPU, Barcelona 1988; mientras que en el ámbito latinoamericano merecen recordarse con aquel sentido el Informe sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América latina*, coordinado e introducido por Eugenio R. Zaffaroni, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984 y el estudio *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, de Colombia, de Fernando Velásquez V., Monografías Jurídicas 57, editorial Temis, Bogotá 1987.

Finalmente, confío que la obra de *Ferrajoli* reciba pronto una traducción al castellano la cual, por cierto —aunque en una tarea no muy sencilla—, debería ser capaz de reflejar los cuantiosos atributos que ella posee. No obstante, si bien para una sola persona semejante traducción es una labor ciclópea, sería conveniente que efectivamente la llevara a cabo un único traductor pues, de otro modo, si se realiza por más de uno se corre el riesgo de la pérdida de coherencia, virtud ésta que precisamente es una de las que más posee el volumen que se comenta. Si dicha traducción se concretara por fin sería posible abrir el debate que desde tiempo está reclamando la sociedad a la cultura penalista de habla española en torno a los límites permisibles de la intervención estatal de carácter punitivo. Por lo que se sabe, y lo que se anuncia, la aparición de una traducción del volumen de *Ferrajoli* sería posterior

a la discusión acerca del nuevo Código penal cuyos primeros documentos comienzan a ser debatidos, lo cual debe lamentarse puesto que el conocimiento de la obra habría indudablemente enriquecido el nivel de tal discusión. De todas las maneras, la publicación de las presentes reflexiones quizá puedan modestamente contribuir no sólo al interés por la obra sino asimismo a entregar a los lectores españoles algunas indicaciones que puedan servirles para abundar en aquella discusión con los elementos de esta teoría del garantismo penal que ha inaugurado *Ferrajoli*. Con ello, ya sería suficiente para sentirse satisfecho y, de tal modo, se brindaría una gratificación al querido amigo y respetado colega.

ROBERTO BERGALI
Universidad de Barcelona