



Luigi Ferrajoli

Derecho y razón

Teoría del garantismo penal

Prólogo de Norberto Bobbio

Editorial Trotta

Derecho y razón
Teoría del garantismo penal

Luigi Ferrajoli

Prólogo de Norberto Bobbio

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

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie **Derecho**

La edición de esta obra ha contado con la ayuda de la Consejería
de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid

Título original: *Diritto e ragione.*
Teoria del garantismo penale

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino,
Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés

La traducción se ha realizado del modo siguiente: Perfecto Andrés Ibáñez: prólogos,
introducción y apartados 29 a 31, y del 56 al final; Alfonso Ruiz Miguel: apartados 1 al 12;
Juan Carlos Bayón Mohino: apartados 13 al 31; Juan Terradillos Basoco:
apartados 32 al 36 y 42 al 51; y Rocío Cantarero Bandrés: apartados 37 al 41 y 52 al 55.
Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel han revisado la traducción
de los apartados 37 al 41 y 52 al 55. Y junto con Juan Carlos Bayón Mohino
han llevado a cabo una lectura unificadora de todo el texto

© Gius. Laterza & Figli, 1989

© Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino,
Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés,
para la traducción, 1995

© Editorial Trotta, S.A., 1995
Altamirano, 34. 28008 Madrid
Teléfono: 549 14 43
Fax: 549 16 15

Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 84-87699-94-4
Depósito Legal: VA-20/95

Impresión
Simancas Ediciones, S.A.
Pol. Ind. San Cristóbal
C/ Estaño, parcela 152
47012 Valladolid

CONTENIDO

Prólogo a la edición española.....	9
Prólogo: <i>Norberto Bobbio</i>	13
Introducción	21

I

EPISTEMOLOGIA. LA RAZON EN EL DERECHO PENAL

1. Cognoscitivismo o decisionismo.....	33
2. Modelos de derecho penal.....	91
3. El poder punitivo entre verificación y valoración	117

II

AXIOLOGIA. LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL

4. Los fundamentos del derecho penal	209
5. Si y por qué castigar, prohibir y juzgar. Las ideologías penales.....	247
6. El fin y los límites del derecho penal. Un utilitarismo penal reformado.....	321

III

TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL

7. La pena. Cuándo y cómo castigar	353
8. El delito. Cuándo y cómo prohibir.....	459
9. El juicio. Cuándo y cómo juzgar	537

CONTENIDO

IV

FENOMENOLOGIA. LA INEFECTIVIDAD DE LAS GARANTIAS
EN EL DERECHO PENAL ITALIANO

10. El subsistema penal ordinario	695
11. El subsistema penal de policía	763
12. El subsistema penal de excepción	807

V

PARA UNA TEORIA GENERAL DEL GARANTISMO

13. Qué es el garantismo.....	851
14. El punto de vista externo	905
<i>Índice de nombres</i>	959
<i>Índice general</i>	977

PROLOGO A LA EDICION ESPAÑOLA

Hace algunos años que el derecho penal ha asumido en Italia un insólito papel central, convirtiéndose en protagonista de una crisis política e institucional sin precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas. Nunca hasta ahora toda una clase de gobierno, quizá la más longeva y estable entre las de los países occidentales, había sido sacudida de modo semejante desde los cimientos por el ejercicio de la jurisdicción penal, ni experimentado una tal conmoción junto a amplios sectores del mundo económico y financiero.

Las razones de este protagonismo de la justicia penal son muchas y complejas. De ellas señalaré sólo dos, aparentemente opuestas.

La primera, evidente y llamativa, es la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, en años pasados, al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de población ligadas al mundo de la política por tupidas relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por connivencia o incluso sólo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde el de legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder.

La segunda razón del papel decisivo ejercido por la intervención penal en la crisis del viejo sistema político ha sido la fuerte demanda social de legalidad que ha dado apoyo a esa reserva institucional de la democracia italiana representada, quizá más que en otros países, por la independencia de la magistratura y en particular de la acusación pública. No obstante su difusión social y su arraigo, el conocimiento de la ilegalidad de los poderes públicos en la impresionante extensión de

sus verdaderas dimensiones ha supuesto para aquéllos la pérdida de toda legitimación política. Sólo así se explica que la incompatibilidad estructural entre poderes de gobierno ilegales e independencia del poder judicial, que en la última década había dado lugar a una permanente confrontación institucional dirigida a la neutralización de la segunda, se haya resuelto finalmente con el hundimiento de los primeros.

Las aludidas vicisitudes italianas representan, desde luego, un caso límite y patológico. Pero apuntan al mismo tiempo un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones —y de los correlativos espacios de discrecionalidad— en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.

Esta crisis del derecho no se ve contradicha, sino, al contrario, agravada por la inflación legislativa que ha acompañado al crecimiento del estado social y por el desarrollo de un derecho penal de emergencia mediante el que se ha tratado de hacer frente primero al terrorismo y después a la mafia y demás formas de criminalidad organizada. En efecto, la inflación legislativa, en gran parte coincidente con la inflación penal, se encuentra en el origen de una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece una adicción al ilegalismo difuso y a veces inevitable en ese contexto, resta credibilidad y eficacia a la acción penal y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y al arbitrio. A su vez la legislación de emergencia, al reducir las garantías del correcto proceso y erosionar junto a éstas los fundamentos axiológicos de la jurisdicción, al menos en Italia, ha sido la vía a través de la cual los gobiernos han tratado de exportar la crisis del principio de legalidad a la propia jurisdicción y de implicar también a la magistratura en el déficit de legitimación por el que se han visto afectados.

La propuesta de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, contenida en este libro, quiere ser una contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a esta crisis que sacude al mismo tiempo a la razón jurídica y al estado de derecho. La hipótesis teórica en que se basa es la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder. En fin,

sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del estado democrático de derecho.

Por desgracia, la experiencia de los países europeos se mueve en una dirección exactamente contraria a la que aquí se mantiene. En Italia las propuestas en materia de justicia de la nueva mayoría consisten, principalmente, en perfecta continuidad con los gobiernos precedentes, en proyectos de reforma dirigidos a reducir la independencia del poder judicial: la reforma del Consejo Superior de la Magistratura con el fin de alinearlo con la nueva mayoría, la supresión de la obligatoriedad de la acción penal y, en perspectiva, el desplazamiento de la acusación pública fuera del orden judicial, a la órbita del poder político. El modelo en que se inspiran estos proyectos es sobre todo el ofrecido por España, donde el Consejo General del Poder Judicial, originariamente calcado del italiano, fue reformado en 1985 con la atribución al Parlamento de la elección no de una cuota minoritaria, sino de la totalidad de sus componentes. Pero en lo relativo al estatuto del ministerio público, la referencia ha de ser también a la experiencia de todos aquellos países europeos en los que la acusación pública depende más o menos directamente del ejecutivo. A la inversa, no es difícil reconocer en mucha de la legislación de emergencia vigente en España y, en particular, en la reciente *ley Corcuera* de 1992 sobre «protección de la seguridad ciudadana», la influencia de leyes policiales experimentadas desde hace ya tiempo en Italia. Así, pues, parece que España e Italia tiendan a copiar recíprocamente los peores aspectos de sus respectivas legislaciones.

En la base de estas comunes políticas de la justicia se encuentra la confusión entre democracia y principio de mayoría, explícitamente profesada por muchos hombres de gobierno. Así, la democracia no sería más que el poder de la mayoría legitimado por el voto popular, de manera que todo le estaría consentido a la mayoría y nada que no fuera, directa o indirectamente, querido o mediado por ésta sería democráticamente legítimo. Semejante concepción politicista de la democracia ignora la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

En esta primacía de la Constitución como sistema de límites y de vínculos para la mayoría, contra las recurrentes tentaciones de invertirlo poniendo las reglas constitucionales en manos de las mayorías, debe reconocerse una dimensión esencial de la democracia; no menos, e incluso más importante, que su dimensión política. En la última parte de este libro he llamado «sustancial» a esta dimensión, en oposición a la «formal», constituida, precisamente, por el principio de

mayoría, porque, en efecto, gracias a ella el derecho vincula a los poderes públicos no sólo en lo relativo a la *forma* de su ejercicio, o sea, a los procesos de toma de decisiones, sino también en su *sustancia*, es decir, en lo que se refiere a los contenidos que las decisiones no deben o deben tener. Estos vínculos de sustancia no son otra cosa que las garantías de los derechos fundamentales, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, cuya estipulación ha introducido, en la estructura misma del principio de legalidad propio del actual estado constitucional de derecho, una racionalidad sustancial que se ha añadido a la racionalidad formal propia del viejo positivismo jurídico y del paradigma roussoniano de la democracia política, basados ambos en la omnipotencia del legislador de mayoría.

La división de poderes y la independencia de la magistratura, que en su formulación clásica descansaban en el principio liberal de que todo poder, si no resulta limitado por otros poderes, tiende a acumularse en formas absolutas, resultan así ancladas a un fundamento ulterior, que bien se puede llamar «democrático» y «sustancial»: la igualdad de los ciudadanos y los derechos fundamentales de todos, que el juez no podría garantizar si fuera expresión de la mayoría o estuviera directa o indirectamente condicionado por ésta. También en este aspecto la crisis italiana, al mostrar la degeneración de la democracia que puede provenir del extravío del principio de legalidad y, al mismo tiempo, la función de límite y de control de las ilegalidades del poder ejercitado por una magistratura independiente, es sumamente instructiva. Pero, quizá, precisamente por eso hay quien quiere extraer una lección contraria.

Estoy muy agradecido a mis colegas Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Rocío Cantarero, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Terradillos, por haber asumido la pesada carga de traducir este libro en lengua española. El que han realizado es un trabajo admirable, no sólo por la extensión del libro, sino también por las dificultades que la traducción llevaba consigo. Muchas de las expresiones por mí utilizadas tienen un significado diverso del de los términos españoles correspondientes y algunas son el fruto de redefiniciones escasamente familiares a los propios estudiosos italianos. Siempre, incluso en el caso de los conceptos y de las tesis más complejas, se ha logrado la traducción más precisa y rigurosa y la más lograda desde el punto de vista literario. Deseo asimismo dejar constancia de mi reconocimiento a Alejandro Sierra, director de Editorial Trotta, que se comprometió con esta obra cuando no conocía de ella más que un índice de temas. Por último, quiero expresar una particular gratitud a Perfecto Andrés Ibáñez, promotor de esta hermosa edición española, y al que me une, desde hace ya veinte años, un común empeño civil y un permanente intercambio intelectual del que me he beneficiado también en la redacción de este libro.

LUIGI FERRAJOLI

PROLOGO

Derecho y razón es la conclusión de una extensísima y minuciosa exploración llevada a cabo durante años en las más diversas disciplinas jurídicas, especialmente en el derecho penal, y de una larga y apasionada reflexión nutrida de estudios filosóficos e históricos sobre los ideales morales que inspiran o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Luigi Ferrajoli se había preparado desde hace tiempo para esta obra con estudios de filosofía, epistemología, ética, lógica, teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecidos por la experiencia intensa y seriamente vivida del ejercicio de su pasada actividad de magistrado.

Todo este amplio discurso se desenvuelve de forma compacta entre la crítica de los fundamentos gnoseológicos y éticos del derecho penal, en un extremo, y la crítica de la praxis judicial de nuestro país, en el otro, huyendo de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios, y sin perder nunca de vista, no obstante la multiplicidad de los problemas afrontados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo, la unidad del sistema, la síntesis final. Las distintas partes se despliegan según un orden preestablecido y siempre rigurosamente respetado. El principio anticipa la conclusión, el fin retorna, después del trayecto largo y lineal, al principio.

La apuesta es alta: la elaboración de un sistema general del garantismo o, si se quiere, la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal. Pero es un juego que tiene sus reglas: el autor, después de haberlas establecido, las observa con escrúpulo y así permite al lector encontrar el camino sin demasiado esfuerzo. La coherencia del conjunto se hace posible por la previa declaración de los presupuestos metodológicos y teóricos, por el proceder a través de conceptos bien definidos y de sus

relativas síntesis, por la concatenación de las diversas partes y por la progresión razonada desde cada una a las otras.

La obra, no obstante la complejidad del planteamiento y la gran cantidad de problemas afrontados, es de admirable claridad. Se puede estar de acuerdo o disentir. Pero no hace falta devanarse los sesos para entender lo que el autor ha querido decir. El lector puede transitar de una etapa a otra del largo camino sin que sea necesario despejar a cada momento el paso de los escombros de complejidades inútiles. Ferrajoli es un amante de las ideas claras y precisas, que procede a través de un conocimiento seguro de los hechos de los que habla y, al exponerlos ordenadamente, se aprovecha de su preparación en lógica (no será inútil recordar que una de sus primeras pruebas de estudio fue una *Teoria assiomatizzata del diritto*). Lo que no quiere decir de las ideas simples, o, peor aún, simplificadas. Antes bien, la claridad que deriva de la eliminación de confusiones lingüísticas y conceptuales tiene como consecuencia, y no podría ser de otro modo, la multiplicación de las distinciones y subdistinciones, la disolución de unidades aparentes, el ver de cerca todos los aspectos de una figura que de lejos, en la niebla del pensamiento confuso, parecía uniforme.

No obstante este proceder a través de la desarticulación de lo inarticulado y de la concreción de lo vago y lo genérico, es importante para la plena comprensión del conjunto que no se pierda de vista la idea inspiradora de la obra: la idea ilustrada y liberal, ilustrada en filosofía y liberal en política, según la cual, frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana —por la que en las relaciones entre individuos y entre grupos cuanto mayor es la libertad tanto menor es el poder y viceversa—, es buena y por consiguiente deseable y defendible la solución que amplía la esfera de la libertad y restringe la del poder, o, con otras palabras, aquella para la cual el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.

La obra se desarrolla por antítesis o grandes dicotomías, concatenadas entre sí, de manera que en una línea están las tesis positivas y en otra las negativas. De la antítesis libertad-poder nacen todas las restantes. Comenzando, en la esfera específica del derecho penal, por la que se da entre modelo garantista y modelo autoritario, entre garantismo y decisionismo, y continuando con todas las que tienen conexión con ella: gobierno de las leyes — por lo que se entiende gobierno tanto *sub lege* como *per leges*, con la ulterior distinción, fundamental, entre mera legalidad y estricta legalidad— y gobierno de los hombres, estado de derecho frente a estado absoluto o despótico, formalismo frente a sustancialismo, paso a paso hacia aquellas a través de las cuales el autor expone su orientación en la política penalista, derecho penal mínimo frente a derecho penal máximo, el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte, en última instancia, certeza frente a arbitrio.

La defensa de las propias tesis va acompañada de la crítica de las

doctrinas opuestas que han constituido gran parte de la historia de la filosofía del derecho penal y no dejan de volver a la escena, unas veces agresivamente y otras de manera encubierta. La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, una batalla de minorías. Precisamente por ello, tanto más difícil, y que ha de librarse con armas templadas y afiladas. A veces sucede que el adversario ofrece dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito, y en general del mal, de origen metafísico, cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista, a la que el autor no reconoce carácter científico y para la que no ahorra dardos envenenados. A su vez, la tesis del derecho penal mínimo abre su frente principal contra las teorías del derecho penal máximo (que culminan en la defensa de la pena de muerte), pero no puede pasar por alto las doctrinas abolicionistas o sustitutivistas, según las cuales la pena, por el contrario, estaría destinada a desaparecer. A veces los extremos se tocan: la libertad regulada debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como a la carencia de reglas, o sea, a la libertad salvaje. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que no reconoce la exigencia de la equidad, al que con expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de «connotación», y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce el poder del juez. En el positivismo jurídico el problema de la justicia está separado del de la legitimación interna del ordenamiento o de la validez: una posición como ésta se encuentra a caballo tanto de la reducción del segundo al primero, lo que es propio del iusnaturalismo clásico, como de la reducción del primero al segundo, que caracteriza al legalismo ético.

El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente.

A la descripción del modelo está dedicada esencialmente la primera parte, toda ella centrada sobre la neta contraposición entre el momento de la legislación y el de la jurisdicción: el primero encuentra su elemento constitutivo en el convencionalismo, es decir, en la teoría conforme a la cual es delito lo que la ley establece como tal, en contraste con las doctrinas objetivistas del delito para las que hay acciones malas en sí mismas, y el segundo con su elemento constitutivo en la

doctrina contraria del cognoscitivismo, según la cual incumbe al juez verificar o refutar la hipótesis acusatoria a través de procedimientos que hagan posible el conocimiento de los hechos. Con una feliz antítesis, feliz por su carácter sintético, que se centra en los dos conceptos generales del «poder» y del «saber», la contraposición entre legislación y jurisdicción según el abstracto modelo garantista se expresa con estas dos máximas: respecto a la legislación, *Auctoritas, non veritas facit legem*; respecto a la jurisdicción, *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

La segunda y la tercera parte analizan a la luz del modelo los problemas fundamentales que constituyen la materia tradicional del derecho y del proceso penal —la pena, el delito, el proceso— respondiendo con calculada simetría, en cada uno de los tres temas, a las cuatro preguntas si, por qué, cuándo y cómo «castigar»; si, por qué, cuándo y cómo «prohibir»; si, por qué, cuándo y cómo «juzgar». El modelo, una vez presentado en todas sus partes, sirve de criterio de valoración de la situación actual del derecho y del proceso penal en Italia: tal juicio, al que está dedicada la cuarta parte, es muy severo y trata de mostrar hasta qué punto la realidad del sistema penal vigente está lejos del modelo, por la presencia de tres subsistemas desviados, el del derecho penal ordinario, todavía caracterizado por la supervivencia del código fascista y de algunas deficiencias o lagunas de la misma Constitución; el de las diversas medidas de policía que flanquean y se superponen al derecho penal ordinario; y en fin, el introducido por las leyes excepcionales ante la llamada emergencia. Mientras las tres primeras partes se caracterizan por su rigor argumental y por la complejidad de la construcción sistemática, la cuarta se distingue por la amplitud de la documentación, que hace de ella un verdadero y propio repertorio de las partes enfermas de un sistema, del que tanto el abogado como el juez, el político o el funcionario como el periodista, pueden obtener provecho. Llamo la atención también sobre la extensión de las notas bibliográficas e históricas, en las que el lector encontrará interesantísimas noticias relativas a la historia de cada uno de los problemas.

La última parte, en fin, es un intento de extraer de los resultados obtenidos en la descripción del modelo garantista penal las grandes líneas de un modelo general del garantismo: antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.

No tengo, por cierto, la pretensión de haber dado, con esta pre-

sentación sumaria, una idea suficiente de una obra destinada a suscitar un debate que no se agotará con su primera aparición. Menos aún presumo de poder avanzar un juicio. Puedo decir en general que *Derecho y razón* es una obra en la que se encuentran entretejidos continuamente problemas de teoría del derecho y problemas de política del derecho y que deberá ser comprendida y juzgada desde ambos puntos de vista. Naturalmente, aunque ambos aspectos se encuentran estrechamente ligados, pueden enjuiciarse por separado. Una teoría puede tener resultados prescriptivos diversos, así como un programa de reformas legislativas puede tener distintos fundamentos teóricos.

Como teórico general del derecho, Ferrajoli pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y positivismo italiano de este último cuarto de siglo. Pero es un positivista particularmente atento a distinguir la validez formal, o vigencia, de las normas de su validez sustancial y a subrayar que en un ordenamiento que haya recibido los derechos fundamentales de libertad la validez no puede ser solamente formal, y por tanto existe en él un problema de justicia interna de las leyes, y no solamente externa: un positivista bien consciente de que, una vez producida en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los derechos naturales, el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado, con la consecuencia de que la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico, o, con las palabras usadas repetidamente por el autor, entre «efectividad» y «normatividad». Este contraste está por lo demás en la base de la tarea específica del jurista, varias veces puesta de relieve, que es la crítica del derecho vigente: una tarea que contrasta con uno de los ejes de la ciencia jurídica según el positivismo de estricta observancia, que es el de la avaloratividad de la ciencia del derecho. La recurrente constatación de este contraste, en especial por lo que se refiere al derecho penal italiano, constituye uno de los motivos de interés del libro en el que la frialdad y la sequedad, diría que la aridez, del razonamiento no llegan nunca a sofocar el fuego de la pasión civil.

Si con respecto a las tradicionales escuelas de teoría del derecho la orientación teórica de Ferrajoli pertenece al positivismo jurídico, aun cuando corregido y menos intránsigente pero de hecho más consecuente, en cuanto al método, o simplemente respecto al modo de proceder en la argumentación, Ferrajoli puede ser incluido entre los filósofos analíticos: positivismo jurídico y filosofía analítica han hecho, al menos en Italia, quizá en Italia más que en otra parte, mucho camino juntos. La adhesión a la filosofía analítica está declarada explícitamente en varios lugares. Esta pertenencia se revela en la atención continua-

mente prestada a las «cuestiones de palabras», en el rigor del razonamiento nunca separado de la prueba de los hechos, en la tendencia al *distingue frequenter*, en la aversión hacia toda forma de esencialismo.

Desde el punto de vista de la política del derecho, el teórico del garantismo no puede dejar de injertarse en la gran tradición del pensamiento ilustrado y liberal que en el campo del derecho penal va de Beccaria a Francesco Carrara: aunque propone una revisión de los fundamentos epistemológicos de esta tradición, ingenuamente formalistas y realistas, mediante la distinción entre «significado» y «criterios» de verdad en el proceso, el análisis de los márgenes insuprimibles de opinabilidad de la verdad jurídica y del carácter no más que probable de la verdad fáctica y el nexo establecido entre el grado de verificabilidad y de verificación y el grado de satisfacción de las garantías penales y procesales. La noción de «grado» más o menos alto de garantismo (no sólo en el campo penal) es por lo demás central en todo el trabajo, en el que se excluye repetidamente la idea de que un ordenamiento, incluso el más perfeccionado, pueda nunca aspirar a una plena realización de los valores que forman precisamente sus fuentes positivas de legitimación. Y representa, junto a la tesis del carácter siempre relativo e imperfecto de la legitimidad jurídica no menos que de la legitimidad política que de ello se sigue, la base de la función crítica y reformadora asignada tanto a la ciencia como a la política del derecho, entendido éste como «artificio» o construcción humana confiada a la responsabilidad de los juristas y de los operadores jurídicos.

En el conjunto, todo cuadra: positivismo jurídico, que no debe confundirse con el legalismo ético, como se ha dicho, separación del derecho de la moral, en todas sus dimensiones, método analítico y liberalismo político, entendido como doctrina de los límites y de los vínculos del poder del estado, forman un conjunto coherente y contribuyen, al converger, a la composición del sistema general del garantismo. Las propuestas de reforma avanzadas, particularmente innovadoras las relativas a la pena, son una consecuencia directa de la teoría liberal de las relaciones entre individuo y estado, conforme a la cual primero viene el individuo y después viene el estado, y el estado ya no es un fin en sí mismo porque es, debe ser, solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y de seguridad colectiva. La contraposición entre la concepción técnica y la concepción ética del estado y de todas las instituciones políticas recorre toda la obra de la primera a la última página. Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad. La crítica del estado ético es uno de los muchos aspectos que asume la crítica tantas veces retomada de la confusión entre moral y derecho, a través de los que pasa la salvaguarda del principio de estricta legalidad, en definitiva, el valor de la certeza, valor fundamental en la defensa del ciudadano frente a los poderes ar-

bitrarios que encuentran su espacio natural en la definición no taxativa de los delitos, en la flexibilidad de las penas, en el poder dispositivo, no cognoscitivo, del juez.

Las páginas dedicadas a la demolición de las doctrinas que por diverso título y en distinta medida podríamos llamar por antítesis oscurantistas y de las instituciones que contravienen los principios de un derecho penal garantista —entre ellas, contestadas con particular insistencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, toda suerte de pactos entre el juez y el imputado— no son menos incisivas que las dedicadas a la construcción del edificio. La obra no es un cuerpo inanimado. Dentro de ella sopla el espíritu vivificador que mana de una ética de la libertad sinceramente vivida. El que haya seguido la tenaz batalla del autor, librada casi día tras día a través de debates públicos y artículos de prensa en defensa del respeto de la legalidad durante los años en que una imprevista e imprevisible explosión de violencia política en nuestro país provocó la legislación de emergencia, no puede tener dudas sobre la ocasión que le ha inducido a intentar la gran empresa, que con estas dimensiones y tan completa carece de precedentes, de establecer los fundamentos teóricos y los principios axiológicos de un sistema global del garantismo. Toda la obra esta dominada por la convicción de que únicamente a través de una visión omnilateral del problema es posible al jurista, que no debe ser solamente un frío y distante comentarista de las leyes vigentes, detectar y en consecuencia denunciar no sólo las deformaciones del sistema jurídico positivo, comprendido el desarrollo hipertrófico del derecho penal o la ilusión panpenalista, sino también, como se ve en la parte final, poner al desnudo todas aquellas situaciones en las que permanecen poderes extrajurídicos, sobre las que el estado de derecho no ha extendido aún su regla y que en cuanto tales perpetúan relaciones de desigualdad, a las que se da el nombre sugestivo de «poderes salvajes».

La parte crítica, repito, no es menos importante que la constructiva: una y otra se apoyan y se justifican recíprocamente. No es casual que en las páginas finales Ferrajoli cite con honor el «precioso librito» de Jhering *La lucha por el derecho*, en el que la lucha por el derecho se presenta como un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás. No es casual que en la misma página se recupere con honor el principio de la «garantía social», enunciado en el art. 23 de la Constitución francesa de 1793, definida como la «acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos». Paradójicamente, para concluir, incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos.

Turín, junio de 1989

NORBERTO BOBBIO

INTRODUCCION

1. Este libro quiere contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, y en particular al italiano, respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Tales fundamentos fueron puestos en gran parte —con el nacimiento del estado moderno como «estado de derecho»— por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo. A pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan. La crisis, por otra parte, afecta desde hace tiempo a los mismos fundamentos clásicos del derecho penal, ya porque son inadecuados o, lo que es peor, porque no pueden ser satisfechos, porque han sido olvidados y aplastados por orientaciones eficientistas y pragmáticas.

Debe añadirse que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por Beccaria «un terrible y quizás no necesario derecho», la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más «terrible» y «odioso» de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales. Es por lo que el derecho penal ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica. Su fundamentación *racional*, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente

considerada equivalente a su justificación *ético-política*; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina *jurídica*, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar.

2. La palabra «razón» que aparece en el título de este libro se entiende en tres sentidos diversos, que corresponden a los tres órdenes de fundamentos del derecho penal que acabo de enunciar y de los que trataré en las tres primeras partes: en el sentido de razón *en el derecho*, en el sentido de razón *del derecho* y en el sentido de razón *de derecho penal*.

En el primer sentido, más propiamente teorético, «razón» designa el tema —pertinente para la *epistemología del derecho*— de la *racionalidad* de las decisiones penales, es decir, del sistema de vínculos y reglas elaborado sobre todo por la tradición liberal y dirigido a fundar (también) sobre el «conocimiento» antes que (sólo) sobre la «autoridad» los procesos de imputación y de imposición de sanciones penales. Tal fundamento *cognoscitivo*, que como veremos es el rasgo constitutivo del garantismo penal, requiere una específica tecnología legal y judicial: ante todo, que la definición legislativa de la desviación punible se lleve a cabo con referencia a hechos empíricos exactamente denotados y no a valores; en segundo lugar, que su investigación jurisdiccional se produzca a través de aserciones sujetas a la verificación de la acusación y expuestas a la confutación de la defensa y no a través de opciones y valoraciones como tales no verificables ni refutables. En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones.

En el segundo sentido, axiológico y político, la palabra «razón» designa el tema —propio de la *filosofía del derecho*— de la *justicia* penal, o sea, de las justificaciones ético-políticas de la calidad, de la cantidad y sobre todo de la necesidad de las penas y de las prohibiciones, así como de las formas y de los criterios de las decisiones judiciales. Este segundo tema tiene que ver con la fundamentación *externa* o *política* del derecho penal respecto a valores, intereses y finalidades extra o meta-jurídicas. Está sin embargo ligado al primero. Se verá en efecto que el modelo penal garantista, con su planteamiento empirista y cognoscitivista asegurado por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, fue concebido y justificado por la filosofía jurídica ilustrada como la técnica punitiva racionalmente más idónea —en alternativa a modelos penales decisionistas y sustancialistas, informados por culturas penales políticas autoritarias— para maximizar la libertad y minimizar el arbitrio de

acuerdo con tres opciones políticas de fondo: el valor primario asociado a la persona y a sus «derechos naturales», el utilitarismo jurídico y la separación laica entre derecho y moral.

En el tercer sentido, normativo y jurídico, el término «razón» designa finalmente el tema —perteneciente a la *ciencia penal*, es decir, a la teoría general del derecho y a la dogmática penalista de los ordenamientos concretos— de la *validéz* o coherencia lógica interna de cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores y sus normas y prácticas inferiores. El modelo penal garantista ha sido recibido, siquiera sea de forma sumaria y con lagunas, por nuestro ordenamiento constitucional, al igual que por los demás sistemas jurídicos evolucionados, y representa, por consiguiente, en tal medida, el fundamento *interno* o *jurídico* de la legitimidad de la legislación y de la jurisdicción penal, que vale para vincular normativamente a la coherencia con sus principios. Es éste, por tanto, además de un modelo racional de justificación, también un modelo constitucional de legalidad: idóneo para limitar y al mismo tiempo convalidar o invalidar la potestad punitiva con razones de derecho, o sea, de legitimación interna, tanto como condiciona jurídicamente su válido ejercicio a la prueba de sólo los comportamientos válidamente prohibidos por la ley sobre la base de los criterios ético-políticos de legitimación externa acogidos por las normas constitucionales.

3. El principal objetivo que me he propuesto con la reflexión sobre estos tres órdenes de fundamentos ha sido la revisión teórica del modelo garantista de legalidad penal y procesal tal como fue trazado por el pensamiento ilustrado: de sus bases epistemológicas, de sus criterios de justificación ético-política y de las técnicas normativas idóneas para asegurarle un satisfactorio grado de efectividad. El pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia —nada honorable en su conjunto— de la cultura penalista: aunque sólo sea porque se le debe la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales y procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho. Sin embargo, el esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente impracticable. Es por lo que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pudo ser descalificado en el plano teórico y aplastado en el institucional por modelos autoritarios de derecho penal que replantearon, en formas nuevas y modernas, esquemas penalistas arcaicos de tipo sustancialista e inquisitivo. E incluso, cuando se ha conservado como genérico punto de referencia axiológico, su creciente alejamiento de las orientaciones prácticas del derecho penal y procesal ha acabado por transformarlo en un modelo puramente ideológico. La

revisión crítica de la epistemología jurídica de la Ilustración —a través del análisis de las condiciones lógicas, semánticas y normativas de la verificación y de la refutación procesal, así como de los espacios de valoración equitativa y de discrecionalidad dispositiva inherentes de forma irreductible a la jurisdicción— permanece como la tarea previa de una teoría del garantismo penal que no quiera mecerse en un racionalismo utópico ni resignarse a un decisionismo más o menos irracionalista.

Naturalmente, la crisis del garantismo penal de matriz ilustrada no es sólo el producto de su fragilidad epistemológica, sino también de la falta de claridad de sus fundamentos axiológicos. En los siglos XVII y XVIII el derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del estado de derecho. Fue con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo del *ancien régime*. Y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo, ya lo veremos, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores «fundamentales» de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación. Esta unión entre derecho penal y filosofía política reformadora se rompió en la segunda mitad del pasado siglo, cuando, una vez consolidado el estado liberal, fue afirmándose en las disciplinas penalistas, y como reflejo en las prácticas institucionales, una concepción conservadora del derecho penal como técnica de control social, según diversas orientaciones autoritarias —idealistas, ético-estatalistas, positivistas, irracionales, espiritualistas, correccionistas o también puramente tecnicistas y pragmáticas— que forman todavía el tácito trasfondo filosófico de la cultura penal dominante.

Es claro que una creíble perspectiva garantista exige hoy, frente a orientaciones semejantes, una reconsideración incluso de los fundamentos axiológicos externos del derecho penal. Después de haber analizado en la primera parte de este libro las condiciones epistemológicas que pueden hacer satisfactorio, aunque sólo sea en términos relativos, un sistema penal garantista, trataré en la segunda y en la tercera parte de los problemas de la pena, del delito y del proceso conforme a cuatro ternas de interrogantes: si, por qué, cuándo y cómo *castigar*; si, por qué, cuándo y cómo *prohibir*; si, por qué, cuándo y cómo *juzgar*. Los problemas del *si* y del *porqué* serán afrontados en la segunda parte a través de la crítica tanto de las doctrinas abolicionistas como de las de la justificación del derecho penal y de la propuesta de un utilitarismo penal reformado. Los problemas del *cuándo* y del *cómo* se discutirán en la tercera parte, donde las respuestas a estos dos

tipos de cuestiones serán identificadas con las garantías penales y procesales que articularé, desde el segundo capítulo, dentro de un sistema de diez axiomas conexos entre sí tanto lógica como axiológicamente. Es también evidente que estos mismos axiomas, en la medida en que se hallan incorporados a los ordenamientos positivos, expresan además los fundamentos axiológicos internos o jurídicos de validez.

4. En la parte cuarta desarrollaré, en relación con los tres órdenes de «razones» o «fundamentos» antes indicados, un análisis sumario de los perfiles de *irracionalidad, injusticia e invalidez* que caracterizan al ordenamiento penal y procesal italiano. He querido, en efecto, mantener separada la reflexión teórica y filosófica sobre los fundamentos, que ocupa las primeras tres partes de este trabajo, de la exégesis jurídica de su recepción constitucional y de su grado de efectividad en nuestro derecho positivo: y esto no sólo por razones sistemáticas, sino también para huir del vicio del legalismo ético, incluso en su variante progresiva del constitucionalismo ético, que desde hace muchos decenios paraliza a la primera ocultándola bajo la segunda. Al mismo tiempo me ha parecido necesario tratar contextualmente, tanto en el plano teórico como en el dogmático, los problemas penales y procesales. Desde el punto de vista de los fundamentos y de las garantías los dos órdenes de problemas no son en efecto disociables y unos deben ser afrontados y resueltos conforme a las soluciones predisuestas para los otros.

La hipótesis de trabajo de la que partiré es que el sistema penal italiano, tal y como se ha desarrollado desde el fascismo hasta hoy, es el resultado de una triple diferenciación interna que corresponde a una triple divergencia entre sus principios garantistas y liberales, codificados y constitucionalizados como su modelo teórico y *normativo*, y su modo de ser *efectivo* tanto legislativo como jurisdiccional. La primera diferenciación es la determinada por el desarrollo, dentro del derecho penal y procesal ordinario, de una amplia serie de técnicas y de instituciones que desmienten más o menos radicalmente los principios constitucionales: como la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión provisional, los diversos ataques al contradictorio y a la presunción de inocencia y otros múltiples mecanismos inquisitivos que todavía atormentan a nuestro proceso aun después de la reciente aprobación del nuevo código procesal penal. La segunda y más llamativa diferenciación es la producida por la formación, junto al derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, de un verdadero y propio derecho penal y procesal especial y administrativo, de competencia en parte de la magistratura y en mayor medida de la policía: me refiero al amplio abanico de las sanciones *ante, extra o ultra delictum* y *ante, extra o ultra iudicium* compuesto, además de por la

prisión provisional, por las medidas de seguridad, las medidas de prevención y de orden público y por los numerosos poderes instructorios y de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial. La tercera divergencia es aquella, corriente y dentro de ciertos límites fisiológica, que existe entre las leyes y sus aplicaciones: las prácticas, judiciales y sobre todo policiales, están siempre un escalón por debajo de las leyes, aunque sólo sea porque éstas reflejan modelos de «deber ser» mientras aquéllas están sujetas además a imperativos de eficiencia contingentes que inevitablemente chocan con los primeros, percibidos a menudo como embarazosos obstáculos antifuncionales; en el pasado decenio esa separación se ha acentuado aún más, a causa de la emanación de una imponente legislación de emergencia y del desarrollo de una jurisdicción asimismo de emergencia, una y otra nutridas de impulsos irracionalistas y antiliberales.

Tenemos así tres sub-sistemas penales y procesales, autónomos aunque con distintas interferencias entre ellos: el primero, sometido en principio a las clásicas garantías de la estricta legalidad, la responsabilidad personal, el contradictorio y la presunción de inocencia, si bien desmentidas de hecho por formas de legalidad atenuada que dejan amplio espacio a la discrecionalidad judicial; el segundo, expresamente sustraído a tales garantías, no obstante incidir como el primero sobre la libertad de las personas, e informado por meras razones de seguridad y por esquemas sustancialistas de discrecionalidad administrativa; el tercero, desarrollado por vía no sólo legislativa sino primordialmente jurisprudencial como excepción al primero e inspirado, a veces abiertamente, en el criterio decisionista de la justificación de los medios por los fines. Trataré de realizar un inventario, sumario pero lo más completo posible, de las múltiples derogaciones y lesiones acarreadas al modelo garantista por cada uno de estos sub-sistemas. La alternativa entre garantismo y autoritarismo, además de configurarse como una alternativa teórica entre modelos diversos de ordenamiento penal, será consecuentemente utilizada para interpretar el conjunto de todas las oposiciones localizables dentro del mismo ordenamiento entre principios de legitimación y praxis, entre normatividad y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento concreto de las instituciones penales.

Tales oposiciones no se han atenuado, sino que en algunos aspectos incluso se han agravado, a consecuencia de las dos principales reformas en la materia aprobadas en años pasados: la reforma penitenciaria y la del código procesal penal, producidas la última al inicio y la otra al final del período legislativo de la emergencia y ambas condicionadas por esa situación. Estas reformas, la segunda de las cuales ha entrado en vigor (el 22 de septiembre de 1989) coincidiendo con la salida de este libro, representan sin duda un progreso respecto a la dureza, la iniquidad y la ineficiencia del régimen precedente. Sin em-

bargo han vuelto a diseñar nuestro sistema punitivo según formas todavía lejanas del paradigma clásico de la estricta legalidad, la igualdad y la certeza del derecho penal, a causa del espacio reconocido a diversos mecanismos premiales y transaccionales. En efecto, por una parte, aquéllas han hecho quebrar el nexo legal entre pena y delito conectando de hecho las penas, más que a las conductas criminales de los reos, a las procesales de los imputados y a las carcelarias de los presos; por otra parte, han ampliado enormemente los márgenes de discrecionalidad del derecho penal en la fase pre-judicial de las investigaciones preliminares y de los pactos y en la post-judicial de la ejecución, haciendo perder relevancia al momento propiamente jurisdiccional del juicio oral y profundizando la divergencia entre la normatividad de las penas previstas y la efectividad de las impuestas y cumplidas. Es claro que este cambio de paradigma, operado al margen de una reforma del código penal sustancial, hace hoy todavía más urgente una reflexión sobre los fundamentos axiológicos del conjunto.

5. La diferenciación interna del ordenamiento de la que he hablado no es propia solamente del derecho penal. También refleja las antinomias, presentes en todos los sectores de un ordenamiento jurídico complejo, entre principios de nivel normativo superior y normas y prácticas de nivel inferior: los primeros, caracterizados por cierto grado de *inefectividad*, y las segundas, por un grado correspondiente de *invalidéz* o de *ilegitimidad*. Las antinomias son particularmente graves en el derecho penal: tanto porque éste incide directamente sobre la libertad de los ciudadanos, como porque en esta materia la distancia entre principios constitucionales y legislación, y entre legislación y jurisdicción, ha alcanzado en Italia proporciones alarmantes, resolviéndose en el vaciamiento de hecho de gran parte de las garantías y en el desarrollo incontrolado del arbitrio. Será posible demostrar, sin embargo, que un grado irreducible de incoherencia entre principios normativos superiores y prácticas efectivas inferiores —tanto mayor no sólo cuanto más bajas son las segundas sino también cuanto más altas son las expectativas creadas por los primeros— constituye un carácter estructural y fisiológico (el límite, pero también el mayor mérito) del moderno estado de derecho; que, por otra parte, por amplia que sea la incorporación normativa de derechos y valores políticos «fundamentales» a un ordenamiento, será siempre limitada, relativa e imperfecta, aunque no sea más que por la separación —irreducible más allá de ciertos límites— entre su enunciación y las técnicas garantistas idóneas para asegurar su realización; que, consecuentemente, estas divergencias entre ser y deber ser *en el* derecho respecto de sus parámetros de legitimación interna y entre ser y deber ser *del* derecho respecto de sus fundamentos de justificación externa representan, no sólo en el derecho penal sino más en general en

el derecho público, factores ineliminables aunque reducibles de ilegitimidad jurídica y política de todos los poderes estatales.

Sobre estas bases, en la quinta parte del libro he querido formular, extrayéndolos de las partes precedentes, algunos elementos a mi parecer esenciales de una teoría general del garantismo. Muchas de las reflexiones teóricas y filosóficas desarrolladas en este libro, aun cuando motivadas por el actual desorden de nuestro derecho penal, pueden en efecto extenderse también a otros sectores del derecho público, asimismo afectados por una crisis estructural de las garantías del estado de derecho. También para otros sectores del ordenamiento y para los derechos relativos a ellos se pueden configurar sistemas más o menos garantistas o autoritarios, según los modelos de racionalidad y de justicia asumidos como fundamento, los esquemas de legalidad elaborados positivamente y acaso constitucionalizados, y el funcionamiento concreto de las instituciones. Y también para ellos la divergencia ineliminable entre deber ser y ser *del y en el* derecho —que guarda relación, por una parte, con la separación iuspositivista entre derecho y moral o entre validez y justicia y, por otra, con la que se da entre validez, vigencia y efectividad dentro del ordenamiento jurídico— tiene un valor teórico y metodológico de carácter general. Este libro, por lo demás, ha nacido como parte de un originario y no abandonado proyecto de una teoría del derecho, y así ha terminado por incluir muchos temas y problemas de carácter general.

Diré que el principal de estos temas es el nexo, característico del estado de derecho, entre garantías jurídicas y legitimación política y, por otra parte, entre formas legales y democracia sustancial. Las garantías —no sólo penales— son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes. En el derecho penal, donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, las mismas consisten sobre todo, como se verá, en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su investigación procesal. Pero es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predisuestas en garantía de los mismos: si a los *derechos de libertad* (o «derechos de») corresponden *garantías negativas* consistentes en límites o *prohibiciones* de hacer, a los *derechos sociales* (o «derechos a») corresponden *garantías positivas* consistentes en *obligaciones* de prestaciones individuales o sociales. En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que, así entendido, el «garantismo» no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la

tutela de los derechos fundamentales: los cuales —de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos— representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos «artificios» —como los llamó Hobbes— que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.

Deseo dar las gracias a muchos amigos y colegas con los que he discutido, en todo o en parte, mi trabajo y que me han aportado, con sus críticas y observaciones, un estímulo constante a la reflexión, la profundización y a veces la corrección de las tesis desarrolladas en él: sobre todo a Norberto Bobbio, a cuyo magisterio debo gran parte de mi formación; además, por su apoyo y por sus observaciones críticas, a Perfecto Andrés Ibáñez, Pino Ferraris, Vittorio Foa, Giulio Illuminati, Marco Pivetti, Eligio Resta, Rossana Rossanda, Luigi Saraceni, Uberto Scarpelli, Salvatore Senese y, en particular, a Danilo Zolo.

Abril de 1989

L. F.

Parte I

EPISTEMOLOGIA.
LA RAZON EN EL DERECHO PENAL

Capítulo 1

COGNOSCITIVISMO O DECISIONISMO

1. *El modelo garantista*

1. *La epistemología garantista.* El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Los filones que se entreveran en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena¹. Estos distintos filones, no obstante, además de no ser filosóficamente homogéneos entre sí, tampoco son unívocamente liberales. Por ejemplo, las filosofías utilitaristas pueden fundamentar, como en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria; pero también pueden informar tecnologías penales autoritarias y antigarantistas, como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible. Y el positivismo jurídico, si por un lado está en la base del principio de estricta legalidad, por el otro también permite modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es en todo caso por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales². Por no hablar de las concepciones contractualistas, que han servido de base por igual a la teoría hobbesiana del estado absoluto, a la lockeana de los derechos natu-

rales y del estado de derecho, a la fichteana del estado pedagogo y a la rousseauiana de la democracia directa.

Y, sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. La unitariedad del sistema, que pondré de manifiesto en el apartado 6 mediante su formalización, depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.

Este esquema, como es sabido, presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico y que en varias ocasiones han provocado su descalificación científica y política por parte de la cultura jurídica con resultados indefectiblemente antigarantistas. Por lo demás, antes de emprender la crítica y la revisión teórica es útil delinear, siquiera sea sólo esquemáticamente, sus elementos constitutivos. Estos elementos son dos: uno relativo a la *definición legislativa* y el otro a la *comprobación jurisdiccional* de la desviación punible. Y corresponden a sendos conjuntos de *garantías* —las garantías *penales* y las garantías *procesales*— del sistema punitivo al que dan fundamento.

2. *Convencionalismo penal y estricta legalidad.* El primero de estos elementos es el *convencionalismo penal*, tal y como resulta del *principio de estricta legalidad* en la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter *formal* o *legal* del criterio de definición de la desviación y el carácter *empírico* o *fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible, según la primera condición, no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inhumana, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de *status* o de autor, sino sólo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

La primera condición equivale al principio de la *reserva de ley* en materia penal y del consiguiente *sometimiento del juez a la ley*: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los

fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. La segunda condición comporta además el carácter *absoluto* de la reserva de ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es *solamente* a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva. De ahora en adelante denominaré a la reserva de ley «principio de *mera* legalidad», que, como quiera que se la formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes; y usaré la expresión de «principio de *estricta* legalidad» para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.

El principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter «constitutivo» antes que «regulativo» de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los «vagos», los «vagabundos», los «proclives a delinquir», los «dedicados a tráficós ilícitos», los «socialmente peligrosos» y semejantes. Diremos, pues, aplicando al derecho penal una distinción recientemente elaborada por la teoría general del derecho, que el principio de estricta legalidad no admite «normas constitutivas», sino sólo «normas regulativas» de la desviación punible³: por tanto, no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una *acción* respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la *culpa* o responsabilidad de su autor.

El sentido y el alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra-legal. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del positivismo jurídico⁴: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar

como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto.

Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de *libertad*, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido: por *ius* entiende Hobbes la «libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene»⁵. El segundo es la *igualdad* jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como «tipos objetivos» de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de «tipos subjetivos» de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas⁶.

3. *Cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad*. El segundo elemento de la epistemología garantista, conectado al primero como su condición de efectividad pero a menudo descuidado, es el *cognoscitivismo procesal* en la determinación concreta de la desviación punible. Este requisito afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus «motivaciones», es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Tal requisito viene asegurado por lo que llamaré *principio de estricta jurisdiccionalidad*, que a su vez exige dos condiciones: la *verificabilidad* o *refutabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su *prueba empírica* en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación⁷. Para que la desviación punible no sea «constituida», sino «regulada» por el sistema penal, no es suficiente, en efecto, que esté prefigurada por reglas de comportamiento. Comportamientos como el acto obsceno o el desacato, por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo, «en blanco», cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible. Para que estos mismos principios resulten satisfechos es necesario además que no sólo la ley, sino también el juicio penal, carezcan de carácter «constitutivo» y tengan carácter «cognoscitivo» de las normas y «cognoscitivo» de los hechos regulados por ellas⁸.

En consecuencia, como quiere la primera de tales concepciones, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*. Se comprende que el requisito de la estricta jurisdiccionalidad supone lógicamente el de la estricta legalidad, a falta del cual desciende a «mera jurisdiccionalidad o en sentido amplio»: en realidad, para satisfacerlo «corresponde», como escribió Aristóteles, «a las leyes bien dispuestas determinarlas por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible, [...] pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no» y «si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador»⁹.

De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, *aserciones o negaciones* —de hecho o de derecho— de las que sean predicables la *verdad* o la *falsedad* procesal¹⁰ en el sentido que se elucidará más adelante. Invirtiendo a propósito de la jurisdicción la máxima hobbesiana sobre la legislación, se dirá que *Veritas, non auctoritas facit iudicium*. La jurisdicción, en realidad, según las palabras de Francis Bacon, es —o, al menos, aspira a ser— *ius dicere* y no *ius dare*¹¹: es decir, es una actividad normativa que se distingue de cualquier otra —no sólo de la legislación, sino también de la administración y de la actividad negocial— en cuanto que está motivada por aserciones supuestas verdaderas y no sólo por prescripciones, de modo que no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados mediante reconocimiento de la primera y conocimiento de los segundos.

Podemos decir, recogiendo una conocida endiádis, que si la ética es «sin verdad»¹² por ser los juicios éticos valorativos y no cognoscitivos, una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad», es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y recognoscitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica. Esta concepción cognoscitivista de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria, se dirige a asegurar otros dos

logros ético-políticos de la cultura penal ilustrada. Ante todo, el valor de la *certeza* en la determinación de la desviación punible, confiada no ya a valoraciones extemporáneas y contingentes *post factum*, sino exclusivamente a la taxativa formulación legal y judicial de supuestos típicos generales y abstractos: en efecto, allí donde éstos son definidos de manera precisa por la ley y aplicados en el juicio, resulta exactamente determinada en proposiciones susceptibles de prueba como verdaderas la clase de los supuestos típicos concretos denotados por aquéllos¹³. En segundo lugar, la *separación entre derecho y moral* y, por otro lado, entre derecho y naturaleza: sólo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado que es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo. De ahí resulta además excluida toda función ética o pedagógica de la pena, concebida como aflicción taxativa y abstractamente preestablecida por la ley que no está permitido alterar con tratamientos diferenciados de tipo terapéutico o correccional¹⁴.

4. *Garantismo y utopía liberal. Cuatro dimensiones del poder judicial.* Todo el esquema epistemológico hasta aquí ilustrado y el modelo penal garantista que en él se informa tiene el fundamental y descotado defecto de corresponder a un modelo límite, en amplia medida ideal, porque de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable. El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella¹⁵. La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde, como veremos desde este capítulo, a una ilusión metafísica: en efecto, tanto las condiciones de uso del término «verdadero» como los criterios de aceptación de la «verdad» en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. En consecuencia, en la actividad judicial existen espacios de *poder* específicos y en parte insuprimibles que es tarea del análisis filosófico distinguir y explicar para permitir su reducción y control. Distinguiré estos espacios —que en su conjunto forman el *poder judicial* y que ilustraré analíticamente en el capítulo tercero— en cuatro tipos: el poder de *denotación*, de interpretación o de verificación jurídica; el poder de *comprobación probatoria* o de verificación fáctica; el poder de *connotación* o de comprensión equitativa; el poder de *disposición* o de valoración ético-política.

Ante todo, por muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva. La *interpretación* de la ley, como hoy es pacíficamente admitido, no es nunca una

actividad solamente reconocitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados.

En segundo lugar, aunque disciplinada por el conjunto de las garantías procesales, también la verificación fáctica de una aserción judicial, al igual que la de cualquier aserción empírica, exige decisiones argumentadas. La *prueba* empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas.

En tercer lugar, el juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena, debe discernir las connotaciones concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que éstos pertenezcan al mismo género jurídico. Tales connotaciones nunca son legalmente predeterminables del todo, pues en gran parte vienen remitidas a la *equidad* del juez, que, según mostraré, es una función cognoscitiva que sin embargo incluye una actividad valorativa. En el plano axiológico, por lo demás, el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del estado mediante la exclusión de los castigos *extra* o *ultra legem*, no es en absoluto incompatible con la presencia de momentos valorativos cuando éstos, en vez de dirigirse a penalizar al reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad o para atenuar las penas conforme a las específicas y singulares circunstancias en las que los hechos comprobados se han verificado. De ahí se sigue que no sólo es extraña sino incluso incompatible con la epistemología garantista la ideología mecanicista de la aplicación de la ley expresada en la célebre frase de Montesquieu «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»¹⁶.

En cuarto lugar, dado el nexo que une a la estricta jurisdiccionalidad con la estricta legalidad, en la medida en que el modelo penal garantista no se satisface con el plano legislativo, se abren en el plano judicial espacios inevitables de *discrecionalidad* dispositiva que comprometen tanto el carácter cognoscitivo del juicio como su sujeción sólo a la ley. Dentro de estos espacios, el juez, aun cuando en contraste con la naturaleza de su papel, no puede sustraerse a la responsabilidad política de las elecciones y decisiones. Ésta es la contradicción, nunca del todo resoluble, que aflige a los fundamentos de legitimidad de la jurisdicción penal y sobre la cual se afana desde

siempre la reflexión de la cultura liberal-garantista. Como veremos, en las dos dimensiones se mide el grado de irracionalidad jurídica y de ilegitimidad política de todo sistema penal.

Estos cuatro espacios de poder desmienten irremediablemente la versión clásica del modelo penal garantista, confiriéndole un carácter utópico o, como se ha dicho, ideal. Eso no impide que el modelo, convenientemente redefinido, pueda ser satisfecho en una medida mayor o menor según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas. En realidad, hay que distinguir hasta qué punto su inaplicación depende de límites intrínsecos, como son los márgenes insuprimibles de opinidad en la interpretación de la ley, en la argumentación de las pruebas y en la valoración de la especificidad de los hechos, y hasta qué punto, en cambio, se debe a espacios normativos de arbitrio evitables o reducibles y a lesiones de hecho en el terreno judicial. Y esto requiere una reconstrucción analítica de la fenomenología del juicio y, a partir de ella, una refundamentación teórica de la epistemología garantista y de las técnicas legislativas y judiciales idóneas para satisfacerla.

Podemos llamar *poder de cognición* a la suma de los tres primeros poderes arriba enumerados: del poder de denotación jurídica, del poder de verificación fáctica y del poder de connotación equitativa. La hipótesis de trabajo que aquí se desarrollará es que mientras los tres espacios que forman el poder de cognición son en cierta medida irreducibles y fisiológicos, el espacio dejado abierto al *poder de disposición* es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder; y que las garantías penales y procesales representan precisamente aquel conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo de manera siquiera sea parcial y tendencial. Aun cuando su realización perfecta corresponda a una utopía liberal, el modelo aquí delineado, una vez precisados sus límites y requisitos, puede acogerse, pues, como parámetro y como fundamento de racionalidad de cualquier sistema penal garantista. Al mismo tiempo, al haber sido sancionado en gran parte por nuestra Constitución, como por todas las constituciones evolucionadas, el modelo puede ser utilizado además como criterio de valoración del grado de validez o legitimidad —y, a la inversa, de invalidez o ilegitimidad constitucional— de nuestras instituciones penales y procesales y de su funcionamiento concreto.

2. Los modelos autoritarios

1. *La epistemología inquisitiva.* Si el modelo garantista de legalidad penal y procesal que hasta ahora se ha descrito sumariamente no se remonta más allá de dos siglos atrás, sus lesiones y refutaciones, tal y

como se manifiestan en las divergencias entre principios y praxis mencionadas en la introducción, enlazan con una tradición autoritaria mucho más antigua y nunca realmente interrumpida. Esta tradición es predominantemente el fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales. Pero también enlaza, como mostraré en la segunda y en la tercera parte de este libro, con doctrinas y modelos teóricos y políticos de derecho penal en todo o en parte antitéticos del examinado más arriba: de los esquemas premodernos de la inquisición a las modernas teorías de la prevención especial, de la defensa social o del tipo normativo de autor, en sus múltiples variantes moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas.

El modelo de derecho y de proceso penal que surge de esta variopinta tradición se configura también, antes que como un conjunto de técnicas normativas y de prácticas procesales, como una epistemología penal específica. Y esta epistemología —que llamaré inquisitiva o, más genéricamente, antigarantista— puede ser caracterizada a su vez conforme a dos aspectos o elementos, simétricamente opuestos a los dos requisitos más arriba ilustrados de la epistemología garantista y, como ellos, relativos el uno a la definición normativa y el otro a la comprobación judicial de la desviación penal.

2. *Sustancialismo penal y cognoscitivismos ético.* El primer aspecto de la epistemología antigarantista es la concepción no formalista ni convencionalista, sino ontológica o *sustancialista*, de la desviación penalmente relevante. Según esta concepción, objeto de conocimiento y de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo. Esta idea, como veremos en el apartado 27, ha tenido muchas y diversas versiones: de las doctrinas moralistas que consideran al delito un pecado a las naturalistas que individualizan en él un signo de anormalidad o de patología psicofísica del sujeto, hasta las pragmatistas y utilitaristas que le confieren relevancia sólo en cuanto síntoma privilegiado y alarmante de la peligrosidad de su autor.

En el plano de las técnicas jurídicas, estas representaciones se reflejan en una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados. La técnica más difundida es la previsión de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación —como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva, la asociación de tipo mafioso, la ofensa a la moral familiar, y similares— en vez de denotar

unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables. Pero se dan formas todavía más radicales de desvalorización del papel definitorio de la ley que desembocan en una disolución del propio comportamiento criminoso como presupuesto de la pena hasta identificar, más allá de aquél, al tipo de sujeto o de autor como delincuente desde un punto de vista ético, naturalista o social y, en todo caso, ontológico. Entre las figuras más nefastas del moderno oscurantismo penal, se recuerdan la concepción positivista-antropológica del «delincuente natural», la doctrina nazi del «derecho penal de la voluntad» o del «tipo de autor» (*Tätertyp*) y la estalinista del «enemigo del pueblo». Por otro lado, han de recordarse las diversas medidas de defensa social presentes en nuestro ordenamiento —de las medidas de prevención a las de seguridad, hasta las medidas cautelares de policía—, todas irrogables no ya como consecuencia de hechos legalmente denotados y judicialmente probados como delitos, sino derivados de presupuestos variadamente subjetivos: como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o de *status* como los de «vago», «vagabundo», «proclive a delinquir», «reincidente», «delincuente habitual» o «profesional», «de tendencias delictivas», o similares¹⁷.

Conforme a estos criterios de definición sustancial de la desviación punible se produce un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad, en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y exactamente previsto por la ley como delito. Según veremos mejor en el apartado 28, la tentación común a todas estas técnicas de atenuación o disolución de la estricta legalidad penal es en realidad castigar no *quia prohibitum*, sino *quia peccatum*; y, en consecuencia, perseguir no tanto *por lo que se ha hecho* sino, sobre todo, *por lo que se es*. Contra lo que se ha dicho respecto del modelo formalista de identificación de la desviación punible, lo que fundamenta la relevancia penal en el modelo sustancialista es directamente cualquier pretendida *verdad* —sobre la naturaleza, la lesividad social, la inmoralidad o, en todo caso, cualquier cualidad ontológica del hecho o del autor— y no ya la sola autoridad de la ley¹⁸. Y mientras el convencionalismo penal comporta la rígida separación entre el derecho y otros criterios extrajurídicos de calificación o de valoración, además de la igualdad de los sujetos y de ámbitos seguros de libertad negativa, el sustancialismo penal, por el contrario, está informado por la confusión entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza, permitiendo discriminaciones subjetivas e invasiones incontroladas en la esfera de libertad de los ciudadanos.

3. *Decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo*. El segundo elemento de la epistemología antigarantista es el *decisionismo* procesal,

es decir, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la irrogación de la pena. El decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social. Esta subjetividad se manifiesta en dos direcciones: por un lado, en el carácter subjetivo del tema procesal, consistente más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales, como la pertenencia del reo a «tipos normativos de autor» o su congénita naturaleza criminal o peligrosidad social; pero, por otro lado, se manifiesta también en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho. El primer factor de subjetivación genera una perversión inquisitiva del proceso, dirigiéndolo, antes que hacia la comprobación de hechos objetivos (o más allá de ella), hacia el análisis de la interioridad de la persona juzgada. El segundo degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador.

A la atenuación o disolución de la estricta legalidad se unen así las de la estricta jurisdiccionalidad: es decir, una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. Y el juicio penal, al igual que el ético o el estético, degenera en juicio «sin verdad»: no motivado por juicios de hecho, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas del juego —como la carga de la prueba y el derecho de defensa— que garanticen la «verdad procesal», sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la «verdad sustancial» que ellos poseen.

Es claro que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una intrínseca naturaleza autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso al propio del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la *autoridad* del juez que a la *verificación* empírica de los supuestos típicos acusatorios. Por otra parte, su carácter no cognoscitivo ni estrictamente vinculado a la ley contradice su naturaleza jurisdiccional en el sentido arriba ya precisado. Si, en efecto, «jurisdicción» designa un procedimiento de comprobación de los presupuestos de la pena que se expresa en aserciones empíricamente verificables y refutables, cualquier actividad

punitiva expresamente contraria a este esquema es *algo distinto* a la jurisdicción. Precisamente, se trata de una actividad sustancialmente «administrativa» —o, si se quiere, «política» o «de gobierno»—, caracterizada por formas de discrecionalidad que, al afectar a las libertades individuales, inevitablemente desembocan en el abuso. La estricta legalidad, como veremos mejor, constituye al fin y al cabo el rasgo distintivo de la jurisdicción penal: en el sentido de que de sus pronunciamientos, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otra actividad pública, la ley aspira a predeterminar no sólo las formas sino también los contenidos.

4. *La alternativa entre verdad formal y verdad sustancial.* Es interesante aclarar, en este momento, lo que puede parecer una paradoja. Las doctrinas sustancialistas del derecho penal siempre han tenido la pretensión de contraponer, frente al modelo penal estrictamente legalista y convencional, una fundamentación racional y cognoscitiva de tipo metajurídico y objetivo —moral, natural, material, social o de cualquier otro modo ontológico— de la definición en abstracto de la desviación punible; con el resultado, en ausencia de criterios intersubjetivos en los que anclar la pretendida fundamentación metajurídica, de permitir el más incontrolado subjetivismo en su determinación en concreto. Por el contrario, el modelo formalista del derecho penal, precisamente porque acepta expresamente el carácter voluntarista e intersubjetivamente convencional de la definición de la desviación sometiéndola al principio de estricta legalidad, es el único que puede servir de base al carácter empírico y cognoscitivo y no potestativo de su comprobación judicial y, por ello, fundamentar su «estricta jurisdiccionalidad». La paradoja, naturalmente, lo es nada más que en apariencia. En efecto, sólo es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito si antes una convención legal establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos. En suma, el cognoscitivismos jurisdiccional (*veritas, non auctoritas facit iudicium*) comporta necesariamente el voluntarismo legislativo (*auctoritas, non veritas facit legem*), mientras que el pretendido cognoscitivismos normativo (*veritas, non auctoritas facit legem*) comporta de hecho el más completo voluntarismo judicial (*auctoritas, non veritas facit iudicium*).

La alternativa epistemológica entre los dos modelos —uno estrictamente iuspositivista y el otro tendencialmente iusnaturalista— se manifiesta por tanto en el distinto tipo de «verdad jurídica» por ellos perseguida. La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal es la llamada *verdad sustancial* o *material*, es decir, una verdad absoluta y omnicomprendensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida «verdad sustancial», al ser perseguida fuera de re-

glas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivism ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal.

A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una *verdad formal o procesal*, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes¹⁹. Esta verdad no pretende ser *la* verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética «verdad sustancial»: en el cuádruple sentido de que se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la *falsedad formal o procesal* de las hipótesis acusatorias. Éste, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del «formalismo»: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrollables²⁰.

3. *El problema de la verdad procesal*

1. *El juicio penal como saber-poder. Garantismo y verdad.* La oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivism y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad. Entre estos dos extremos, como mostraré en el próximo capítulo, se sitúan en distintas formas los diversos sistemas penales positivos y, en cada sistema, los subsistemas representados por los diversos niveles y sectores normativos en los que puede ser diferenciado.

Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal —como por lo demás toda actividad judicial— es un «saber-poder»,

es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa. En el modelo ideal de la jurisdicción, tal y como fue concebido por Montesquieu, el poder es «nulo»²¹; en la práctica suele ocurrir que lo nulo es el saber. Existe por lo demás un nexo indisoluble entre el esquema epistemológico de tipo convencionalista y cognoscitivistista y el sistema de las garantías penales y procesales: en el sentido de que los vínculos metodológicos asegurados por el primero a la definición y la comprobación de la desviación punible como condiciones de *verdad* corresponden a los límites normativos impuestos por el segundo al abuso potestativo como condiciones de *validez*²². A la inversa, el despotismo penal es siempre el fruto del decisionismo, es decir, de la arbitrariedad de los jueces y de los criterios sustanciales subjetivamente considerados por ellos en la identificación de los presupuestos de la pena: y tanto si aquella procede del carácter indeterminado y/o valorativo de la definición legal de la desviación, como si, en cambio, proviene del carácter incontrolado de su comprobación judicial²³.

Fue mérito del pensamiento penal ilustrado el reconocimiento de los nexos entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitivismismo jurisdiccional, de un lado, y entre despotismo, sustancialismo extra-legal y decisionismo valorativo, de otro. La tesis que aquí sostendré es que estos nexos no resultan excluidos por la imposibilidad epistemológica, antes incluso que práctica, de un perfecto cognoscitivismismo judicial. Ciertamente, el modelo ilustrado de la perfecta «correspondencia» entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley es una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico²⁴. Sin embargo, se puede salvaguardar su valor teórico y político si —y sólo si— se redefine como *modelo límite* nunca plenamente conseguible sino sólo aproximable y, sobre todo, se aclaran las condiciones en presencia de las cuales puede ser *más o menos* satisfecho. En realidad, se puede demostrar que aun cuando el control empírico de los procedimientos probatorios e interpretativos en los que consiste la aplicación de la ley encuentra límites insuperables, por lo menos el modelo queda asegurado en esos límites precisamente por el sistema normativo de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad y de su grado de efectividad. Conforme a ello, diremos que las garantías legales y procesales, además de *garantías de libertad*, son también *garantías de verdad*; y que «saber» y «poder» concurren en medida distinta en el juicio según aquéllas sean más o menos realizables y satisfechas.

La definición de la noción de «verdad formal» o «procesal» y el análisis de las condiciones en las que una tesis jurisdiccional es (o no es) «verificable» y «verificada» forman, pues, el primer capítulo de una teoría analítica del derecho y del proceso penal y, a la vez, los principales parámetros de un sistema penal garantista²⁵. Sin una ade-

cuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal, toda la construcción ilustrada del derecho penal que aquí he llamado «cognoscitiva» o «garantista» termina apoyada en la arena; y terminan descalificadas, en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ella. Hoy aparece como sin duda inadecuado y no fiable el realismo gnoseológico vulgar que estuvo en la base de la concepción ilustrada del juez como «boca de la ley». Sin embargo, a falta de alternativas epistemológicas adecuadas, el descrédito científico que acompaña a esta concepción ha generado en la cultura jurídica una difusa desconfianza hacia el mismo concepto de «verdad» en el proceso, alimentando actitudes escépticas y tentaciones decisionistas. La prevención anticognoscitivista de gran parte de la ciencia y de la filosofía del derecho ha crecido además por otros dos factores: ante todo, por los innegables aspectos discrecionales y valorativos exhibidos por la práctica judicial, pero en gran parte debidos a la carencia o a la debilidad de hecho de las garantías en los sistemas penales positivos; en segundo lugar, por la idea, que como veremos es el fruto de un prejuicio metafísico, de que la falta de criterios objetivos seguros para afirmar que una tesis judicial es verdadera convierte en inservible, o incluso en desorientador, el propio concepto de verdad procesal.

Y, sin embargo, forma parte del sentido y del uso común decir que un testigo ha dicho la verdad o ha mentado, que es verdadera o falsa la reconstrucción de una situación proporcionada por una acusación o por un alegato de la defensa y que una condena o una absolución son fundadas o infundadas ante todo según sea verdadera o falsa la versión de los hechos en ellas contenida y su calificación jurídica. El concepto de verdad procesal es, en suma, fundamental además de para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen en la práctica judicial. Y no se puede prescindir de él, salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda incomprensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional.

2. *La concepción semántica de la verdad procesal como «correspondencia». Verdad fáctica y verdad jurídica.* Mi intento de rehabilitar el concepto de *verdad procesal* en el plano epistemológico arrancará ante todo del análisis del significado del predicado «verdadero» asociado, en la medida en que es asociable, a las proposiciones que motivan un pronunciamiento judicial. A tal fin, consideraré solamente la jurisdicción penal, donde el nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la «validez» de la decisión y la «verdad» de la motivación es más fuerte que en cualquier otro tipo de actividad judicial.

Suponiendo abstractamente que tal principio resulte satisfecho, lo

que un juez penal comprueba y declara como «verdadero» —es decir, el tipo de proposición de la que es predicable la verdad procesal— es que «Ticio ha (o no ha) cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito». Esta proposición puede ser descompuesta a su vez en dos proposiciones (o juicios): una *fáctica* o *de hecho* y la otra *jurídica* o *de derecho*. La primera es que «Ticio ha cometido culpablemente tal hecho» (por ejemplo, «ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses»); la segunda es que «tal hecho está denotado por la ley como delito» (según nuestro código penal, como «lesiones graves»). Ambas proposiciones se llamarán «asertivas», «empíricas» o «cognoscitivas» en el sentido de que —y en la medida en que— es predicable su verdad o su falsedad (esto es, son verificables o refutables) conforme a la investigación empírica. Precisamente, la verdad de la primera es una *verdad fáctica* en cuanto que es comprobable a través de la *prueba* del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado; la verdad de la segunda es una *verdad jurídica* en cuanto que es comprobable a través de la *interpretación* del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito. La comprobación de una de las proposiciones es una *quaestio facti*, resoluble por vía inductiva conforme a los datos probatorios, mientras que la de la otra es una *quaestio iuris* resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley²⁶. El análisis del concepto de «verdad procesal» concluye consecuentemente en el de los conceptos ahora indicados de «verdad fáctica» y de «verdad jurídica» en los que aquél puede ser descompuesto.

A mi modo de ver, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rigidamente cognoscitivo de la definición de «verdad» elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del término «verdadero». Según esta definición, «una proposición *P* es verdadera si, y sólo si, *p*», donde «*P*» está por el nombre metalingüístico de la proposición y «*p*» por la proposición misma: por ejemplo, «la oración 'la nieve es blanca' es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca»²⁷. Si aplicamos esta equivalencia al término «verdadero» tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional «Ticio ha cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito», obtenemos por sustitución las dos siguientes equivalencias: *a*) «la proposición 'Ticio ha cometido culpablemente tal hecho' es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho», y *b*) «la proposición 'tal hecho está denotado por la ley como delito' es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito». Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica*, respecto de las que sirven para aclarar las distintas referencias semánticas,

que en el primer caso son los *hechos* ocurridos en la realidad y en el segundo las *normas* que hablan de ellos. Y definen, conjuntamente, la *verdad procesal* (o *formal*). Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido²⁸.

Esta definición de la verdad procesal, aparentemente trivial, constituye una redefinición parcial —en referencia a la jurisdicción penal— de la noción intuitiva de la verdad como «correspondencia»²⁹, que como se ha visto está también en la base de las doctrinas ilustradas de la jurisdicción como «verificación del hecho» y «boca de la ley». A diferencia de tales doctrinas —al igual que, más en general, de las epistemologías realistas vulgares—, la redefinición tarskiana no se compromete sin embargo en el asunto metafísico de la existencia de una correspondencia ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan³⁰, sino que se limita a dilucidar de manera unívoca y precisa el significado del término «verdadero» como predicado metalingüístico de un enunciado. No es, en suma, una definición real, sino una definición nominal. Es ésta una precisión esencial, que en el apartado 5.2 permitirá esclarecer la diferencia entre la teoría de la verdad como «correspondencia», que es una teoría objetiva del *significado* del término «verdadero», y otras teorías a propósito de la verdad, como la teoría de la «coherencia» y la de la «aceptabilidad justificada», que a mi modo de ver son en cambio teorías subjetivas de los *criterios* de verdad. Conforme a ella, se puede entretanto afirmar que nuestra definición de la verdad procesal, siendo un instrumento útil de análisis para distinguir la distinta referencia semántica (de la verdad) de las proposiciones fácticas y de las proposiciones jurisdiccionales, no sirve de ayuda alguna para la solución del problema relativo a las condiciones en presencia de las cuales podemos aseverar que tales proposiciones son verdaderas³¹. Esta teoría, en efecto, no suministra un criterio objetivo o realista de aceptación de la verdad —que, como ha aclarado el propio Tarski, no existe³²—, sino que se limita a indicar las condiciones de uso del término «verdadero» cualquiera que sea la epistemología adoptada o rechazada.

Tal indicación representa, sin embargo, una contribución decisiva también para el replanteamiento de nuestro problema. Una vez establecido que el término «verdadero» puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de «correspondencia», es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos «verdadero» y «falso» para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos. A tal fin no es obstáculo de principio el hecho de que el lenguaje judicial no sea un lenguaje formalizado³³. Lo que se exige es sólo que sea un lenguaje tendencialmente exento de términos

vagos o valorativos y de antinomias semánticas internas; y esto, como mostraré en el apartado 9, es exactamente lo que el sistema de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad se dirige a asegurar y que, en cambio, resulta comprometido, junto a las condiciones de uso del término «verdadero», donde tales garantías falten o sean lesionadas de cualquier forma.

3. *La verdad procesal como verdad aproximativa.* La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad «cierta», «objetiva» o «absoluta» representa siempre la «expresión de un ideal»³⁴ inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar. Tampoco las teorías científicas, aun cuando generalmente compartidas y corroboradas por repetidos controles, son calificables nunca como «verdaderas» en el sentido de que se pueda excluir con certidumbre que contengan o impliquen proposiciones falsas. Al contrario, sabemos por experiencia que toda teoría científica está destinada a ser superada antes o después por otra teoría en contradicción con alguna de sus tesis que, por ello, serán abandonadas un día como falsas³⁵. Como máximo, podemos —y debemos— pretender que en cuanto descubramos la falsedad de una o varias tesis de una teoría, ésta debe ser rechazada o reformada³⁶.

La «verdad» de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la «verdad» de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas *por lo que sabemos*, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos. Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de «aproximación» o «acercamiento» a la verdad objetiva³⁷, entendida ésta como un «modelo» o una «idea regulativa» que «somos incapaces de igualar» pero a la que nos podemos acercar³⁸: a condición, no obstante, de que no se asocien a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo ontológico o espacial³⁹, sino sólo el papel de un principio regulativo que nos permite aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor «poder de explicación» y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas⁴⁰.

Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad *aproximativa* respec-

to del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia. En el plano semántico, en efecto, la verdad de las tesis judiciales no difiere en principio de la verdad de las teorías científicas. Las diferencias pueden registrarse, si acaso, en orden a dos cuestiones: algunos límites específicos de este tipo de verdad que, como se verá en el próximo apartado, se aparta del modelo ideal de la correspondencia también por causa de factores intrínsecos a los universos empíricos sobre los que versan las proposiciones jurisdiccionales; y, por otro lado, las condiciones semánticas y pragmáticas, también específicas, de la verificabilidad y de la verificación procesal.

Nunca se insistirá bastante en esta segunda diferencia. Ni las condiciones de uso del término «verdadero», ni las condiciones para aseverar que una tesis judicial es verdadera son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que están estrechamente ligadas a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas por él. Estas técnicas, como mostraré en los apartados 9 y 10, son las garantías penales y procesales, en ausencia de las cuales no se puede hablar de *verdad* en el proceso ni siquiera en sentido *aproximativo*. De ello se sigue una específica responsabilidad civil y política de la ciencia y la teoría del derecho: las cuales, a diferencia de las ciencias naturales, tienen la particular característica, por la influencia que ejercen sobre la legislación y la jurisdicción, de contribuir a construir, y no sólo de representar o reconstruir, su objeto de indagación.

4. *Los límites de la verdad procesal*

1. *La inducción fáctica y la verdad probabilística de la conclusión.* Las razones que hacen de la verdad procesal una verdad inevitablemente aproximativa respecto del modelo ideal de la correspondencia son en parte comunes y en parte distintas de las que hacen aproximativa la verdad de las teorías científicas. Indicaré esquemáticamente cuatro de ellas, consistentes todas en límites intrínsecos a los procedimientos de control tanto de la verdad fáctica como de la verdad jurídica de las proposiciones judiciales. Sobre las técnicas para reducir estos límites volveré después analíticamente en los apartados 9 y 10, cuando afronte el problema epistemológico de la verificación procesal y sus garantías.

Las dos primeras razones están ligadas a la especial naturaleza de las referencias empíricas, tanto de las proposiciones fácticas como de

las proposiciones jurídicas, que componen las argumentaciones judiciales. En uno y en otro caso se plantean problemas epistemológicos complejos, que aquí sólo puedo mencionar y que afrontaré analíticamente en el capítulo tercero. Ante todo, ha de ponerse de relieve que la verdad procesal, sea de hecho o de derecho, no puede ser afirmada conforme a observaciones directas. La verdad procesal fáctica es en realidad un tipo particular de verdad *histórica*, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia; mientras, la verdad procesal jurídica es una verdad que podemos llamar *clasificatoria*, al referirse a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal. Aun cuando tanto las proposiciones judiciales de hecho como las de derecho sean tesis empíricas de forma existencial o singular, comparten, así pues, con las tesis de las teorías científicas el no ser susceptibles de una verificación experimental directa como la permitida por las proposiciones empíricas de observación.

Evidentemente, los problemas de la verificación, y antes todavía de la verificabilidad, se plantean de manera bastante diferente para las proposiciones de hecho y para las de derecho. Para las proposiciones judiciales *fácticas*, son más o menos los mismos que se plantean para la verificabilidad y la verificación de cualquier proposición que verse sobre el pasado, comenzando por las proposiciones de la historia. Y pueden, por tanto, beneficiarse del debate y las reflexiones epistemológicas desarrolladas por la filosofía analítica a propósito de este tipo de proposiciones. Por tanto, si se excluyen las tesis absolutamente escépticas de la inverificabilidad de los discursos sobre el pasado por la imposibilidad de su verificación directa⁴¹, podemos acceder a la evidente tesis de Clarence I. Lewis según la cual la verdad de estas proposiciones puede ser enunciada sólo conforme a los «efectos» producidos, es decir, a los «signos de lo pasado» (*pastness*)⁴² dejados en el presente por los eventos pasados de los que aquéllos describen el acaecimiento. Por ejemplo, en el caso descrito por la tesis fáctica «Ticio ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses», el juez no puede experimentar directamente la agresión de Ticio, que, en cuanto pasada, es ya inaccesible a la experiencia⁴³, sino que sólo puede captar signos de lesiones, historias clínicas, piezas de convicción, informes y similares que le permiten remontarse a ella. A diferencia de la investigación histórica, que suele afectar a hechos bastante más remotos y que, por tanto, consiste predominantemente en encontrar fuentes preexistentes (documentos, inscripciones, utensilios, ruinas, narraciones ajenas y así sucesivamente) y sólo raramente en crearlas nuevas (entrevistas y relatos orales, pruebas químicas o radiográficas sobre fósiles o manufacturas y similares), la investigación judicial no consiste solamente en la recogida de datos y

piezas de convicción, sino sobre todo en producir *nuevas* fuentes de prueba, como interrogatorios, testimonios, careos, reconocimientos, pericias, inspecciones judiciales, etc. Sin embargo, lo que el juez produce no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas. De manera no distinta al historiador, no puede, pues, examinar el hecho que tiene la tarea de juzgar y que escapa en todo caso a su observación directa, sino sólo sus pruebas, que son experiencias de hechos presentes, aun si interpretables como signos de hechos pasados.

Esta diferencia entre «experimento» (de un hecho presente) y «prueba» (de un hecho pasado) resquebraja profundamente el modelo ideal de la verdad procesal fáctica como correspondencia objetiva. Sin necesidad de adentrarse en todas las difíciles cuestiones relativas al conocimiento del pasado⁴⁴, se puede realmente afirmar que la verdad procesal fáctica, al igual que la verdad histórica, en vez de ser predicable en referencia directa al hecho juzgado, es el resultado de una ilación de los hechos «probados» del pasado con los hechos «probatorios» del presente. Esta ilación —la realice un historiador, un juez o un detective— puede ser representada como una inferencia *inductiva* que en las premisas lleva la descripción del hecho que se ha de explicar y las pruebas practicadas, además de generalizaciones habitualmente sobreentendidas (entimemáticas) sobre la fiabilidad de experiencias análogas, y en la conclusión la enunciación del hecho que se acepta como probado por las premisas y que equivale a su hipótesis de explicación. Y puede ser justificada, como mostraré en el apartado 10, conforme al mismo esquema nomológico-causal propio de la explicación científica. Como en todas las inferencias inductivas, también en la inferencia historiográfica y en la judicial la conclusión tiene, por tanto, el valor de una hipótesis *probabilística* en orden a la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios. Y su verdad no está *demonstrada* como lógicamente deducida de las premisas, sino sólo *probada* como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción⁴⁵. Una confirmación de ello es el hecho de que un mismo conjunto de acontecimientos y de datos probatorios, así como un mismo conjunto de observaciones o de datos historiográficos, admite bastante a menudo varias explicaciones alternativas⁴⁶. Más aún, todas las controversias judiciales fácticas pueden ser concebidas, de modo no diferente a las científicas por lo demás, como disputas entre hipótesis explicativas contradictorias —una que incluye la tesis de la culpabilidad y la otra la de la inocencia del acusado—, pero ambas concordantes con las pruebas recogidas. Y la tarea de la investigación judicial, al igual que la de cualquier otro tipo de investigación o explicación, es eliminar el dilema en favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa y, sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad.

A diferencia de otros tipos de investigación, la comprobación jurisdiccional, sin embargo, es obligatoria y debe concluir en algún momento: así pues, si el dilema no es resoluble, prevalece la hipótesis más favorable al acusado gracias a una regla jurídica sobre las condiciones de aceptabilidad de la verdad procesal; además, cada una de las hipótesis fácticas formuladas en el proceso puede ser desmentida por una prueba ulterior incompatible con aquéllas sólo hasta que, conforme a otra regla jurídica, entra en juego la presunción legal de verdad de la «cosa juzgada». Hay, en fin, otra complicación. Puesto que el juicio no suele consistir sólo en la comprobación del hecho delictivo, sino también de sus circunstancias, modalidades, contexto y motivaciones, las tesis fácticas en él formuladas casi nunca se limitan a la simple prueba del delito, sino que también implican hechos antecedentes o concurrentes con él y, acaso, hipotetizables inductivamente como su explicación, a su vez, más o menos plausible o probable.

2. *La deducción jurídica y la verdad opinable de las premisas.* Todavía más lejana del modelo de la «correspondencia» está la verdad de las proposiciones *jurídicas* o *de derecho*. También la verificación jurídica, al igual que la fáctica, es el resultado de una inferencia: no, pues, de la observación directa de los hechos, y ni siquiera de la simple interpretación de la ley, sino de un razonamiento comúnmente llamado «subsunción», que tiene la naturaleza de un procedimiento clasificatorio. A diferencia del que se alcanza inductivamente por el examen de las pruebas para la comprobación del hecho que se ha de juzgar, tal razonamiento consiste en una inferencia *deductiva*, cuya conclusión es analíticamente verdadera respecto de las premisas pero tan *opinable* como lo son estas últimas. Y, precisamente, tiene la forma de una proposición condicional que lleva en el antecedente la conjunción de la definición legal del concepto jurídico clasificatorio (por ejemplo, «son 'lesiones graves' —a tenor del art. 583 del código penal— las que ponen en peligro la vida de la persona ofendida, producen una enfermedad o una incapacidad para atender las ocupaciones normales por un tiempo superior a los cuarenta días o la disminución permanente de algún sentido o de un órgano») y de la tesis fáctica que describe el hecho probado (por ejemplo, «Ticio ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses») y en el consecuente la clasificación del hecho probado dentro de la clase de los hechos denotados por el concepto jurídico clasificatorio.

Es evidente que para la validez de semejante silogismo es necesario en primer lugar que el concepto clasificatorio sea lo suficientemente preciso como para permitir demarcaciones exclusivas y exhaustivas respecto de las permitidas por otros conceptos dictados por normas concurrentes, e incluso respecto de la clase de los hechos penalmente irrelevantes⁴⁷. Esta precisión —como por lo demás ocurre en muchos conceptos clasificatorios de las ciencias naturales— es casi siempre,

según es sabido, insuficiente. Tómese el caso ya ejemplificado de las «lesiones graves», que corresponde a una de las figuras de delito definidas por la ley de manera más precisa. ¿En presencia de qué condiciones se puede afirmar que la vida de una persona ha sido «puesta en peligro»? ¿Qué significa «ocupaciones normales» e «incapacidad de atenderlas»? ¿Cuándo se puede hablar de «disminución permanente de un sentido o de un órgano»? Casi no hace falta subrayar que cada una de estas expresiones admite una pluralidad de interpretaciones distintas, todas ellas opinables⁴⁸, y que el juez tiene el poder de elegir la que considera más apropiada mediante una decisión discrecional que puede ser más o menos arbitraria o razonable⁴⁹.

En segundo lugar, la validez de la subsunción depende de la formulación de la proposición fáctica que enuncia la imputación, o sea, que describe el hecho que se ha de clasificar penalmente. Éste puede presentar, igual que en muchas clasificaciones no jurídicas, características inciertas no precisables mediante ulteriores investigaciones empíricas. Por ejemplo, aun cuando el código penal haya intentado precisar el concepto de «lesiones graves» con criterios cuantitativos relativos al estado de incapacidad de la parte ofendida para atender las ocupaciones normales, puede resultar insuperable la inseguridad sobre si una fractura o una herida de arma blanca, de las que sin embargo sean perfectamente conocidas todas las características empíricas, ha inhabilitado en efecto al lesionado exactamente más allá del tiempo establecido por la norma. Así también puede resultar incierto, incluso después de una observación cuidada, si una cicatriz es clasificable bajo la expresión «marca permanente en el rostro» con que el art. 583 del código penal define una de las hipótesis de «lesiones gravísimas». Por no hablar de las incertidumbres creadas por la posible intervención, en la subsunción, de conceptos jurídicos clasificatorios aún más vagos o problemáticos, como el «error», el «arrebato», la «futilidad de los motivos» o similares.

Estas dificultades suelen ser soslayadas mediante la formulación de las proposiciones fácticas en términos total o parcialmente jurídicos: por ejemplo, en los escritos de acusación el hecho es descrito muy a menudo con las mismas palabras de la ley, como cuando se imputa que se han ocasionado «lesiones que han producido una incapacidad para atender las ocupaciones normales superior a los cuarenta días» o una «marca permanente en el rostro». En estos casos el silogismo es perfectamente válido. Pero es claro que las inferencias clasificatorias que concluyen lógicamente con las tesis de que el hecho constituye en el primer caso el delito de «lesiones graves» y en el segundo el de «lesiones gravísimas» están ya realizadas, o al menos predisuestas subrepticamente, en la formulación de las premisas fácticas a través de interpretaciones jurídicas *operativas* más o menos opinables de los hechos comprobados⁵⁰. Por lo demás, como aclararé en los apartados 9 y 11, en la aplicación de la ley el sistema normativo funciona siempre,

por así decirlo, como una *lengua*, es decir, como un sistema de reglas de uso de las palabras del *lenguaje* jurídico en el que se nombran e interpretan los hechos juzgados⁵¹. Y los significados expresados en el lenguaje jurídico usado en su aplicación operativa son tan ambiguos y opinables como las reglas de uso de la lengua jurídica dictadas por las normas.

3. *La subjetividad específica del conocimiento judicial*. Bastarían los dos límites hasta ahora descritos —el carácter irreductiblemente probabilístico de la verdad fáctica y el inevitablemente opinable de la verdad jurídica de las tesis judiciales— para privar a la verdad procesal de la certidumbre de la verdad predicable de las proposiciones experimentales singulares. Pero hay un tercer factor de incertidumbre, también insuperable. Se trata del carácter no impersonal de ese investigador particular legalmente cualificado que es el juez. Éste, por más que se esfuerce por ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos.

La imagen propuesta por Beccaria del juez como «indiferente indagador de la verdad»⁵² es bajo este aspecto fundamentalmente ingenua. No es una representación descriptiva sino una fórmula prescriptiva que equivale a un conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud «imparcial» respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia de preconcepciones en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados. Todas estas actitudes son ciertamente indispensables para dar vida al modelo de proceso que Beccaria denominaba «informativo» (y que aquí he llamado «cognoscitivo»), en oposición al que llamaba «ofensivo», donde «el juez se hace enemigo del reo» y «busca sólo el delito en el encarcelado. Le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos»⁵³. Pero aquéllas no bastan para excluir por completo la subjetividad del juicio. Más allá de las alteraciones deshonestas y partidistas de la verdad, en realidad son posibles y en alguna medida inevitables las deformaciones involuntarias, debidas al hecho de que toda reconstrucción judicial mínimamente compleja de los hechos pasados equivale en todo caso a *su* interpretación, a la que el juez llega partiendo de hipótesis de trabajo que, aun cuando precisadas o modificadas en el curso de la investigación, le llevan a valorizar algunas

pruebas y a descuidar otras y le impiden a veces no sólo comprender sino incluso ver datos disponibles pero en contraste con ellas. En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio.

Hay que reconocer, sin embargo, que tampoco este tercer límite es propio solamente de la investigación judicial. En alguna medida es detectable en todas las formas de conocimiento empírico. Sin duda es común en la investigación histórica. «Toda construcción histórica», escribe justamente John Dewey, «es necesariamente selectiva»⁵⁴ en el sentido de que está siempre orientada por puntos de vista, intereses historiográficos e hipótesis interpretativas que inducen al historiador a poner en evidencia algunos hechos del pasado en lugar de otros, a acentuar como significativos sólo algunos aspectos, a privilegiar algunas fuentes y a descuidar o, incluso, ignorar otras, sin estar siquiera en condiciones de reconocer las distorsiones eventualmente llevadas a cabo⁵⁵. Pero lo mismo vale también para la investigación científica, que contra la ilusión metodológica de la *tabula rasa* sugerida por Bacon, también parte de hipótesis de trabajo que guían sus itinerarios de investigación y, sobre todo, está condicionada por el enorme bagaje de teorías preexistentes que suelen oponer una tenaz resistencia a ser desmentidas por nuevas observaciones⁵⁶.

Si acaso, se puede decir que respecto de la investigación histórica y científica, las distorsiones involuntarias producidas en la actividad jurisdiccional por la subjetividad del juez resultan agravadas por tres elementos, el primero extrínseco a la naturaleza de la jurisdicción y los otros dos intrínsecos a ella. Ante todo, el objeto de la investigación judicial suele afectar más en el plano moral y emotivo que los de la investigación histórica o científica, aunque no sea más que porque el conocimiento judicial ha de llegar necesariamente a una decisión práctica. Eso hace más difícil el distanciamiento del juez de los sucesos que tiene la tarea de comprobar y bastante más ardua su serenidad de juicio, que resulta más directamente influida por sus convicciones morales y políticas personales y por los condicionamientos culturales y sociales ejercidos en él por el ambiente externo.

En segundo lugar, mientras la historiografía y las ciencias naturales son capaces de autocorrección, al estar destinadas a sucumbir las hipótesis falsas o inadecuadas frente a las refutaciones y críticas de la comunidad de los historiadores y los científicos, no ocurre lo mismo con la jurisdicción. El juez es en realidad un investigador *exclusivo*, en el sentido de que su competencia para investigar y juzgar le está reservada por la ley: de forma que, salvo el contradictorio entre las partes que precede a la sentencia y fuera de los sucesivos grados de juicio, sus interpretaciones de los hechos y de las leyes no pueden ser refutadas por hipótesis interpretativas más adecuadas y controladas, sino que incluso son consagradas al final del proceso por la autoridad de la «cosa juzgada». En consecuencia, el error judicial, a diferencia del

error historiográfico o del científico, nunca es fecundo⁵⁷, pues sus consecuencias son en gran parte irreparables, especialmente si se produce en perjuicio del acusado. Bajo este aspecto, el juez está realmente *solo*, sin que exista posibilidad alguna de control intersubjetivo sobre su operación que vaya más allá de los sujetos del proceso y de los procedimientos formales de impugnación⁵⁸.

Hay además otro elemento de distorsión subjetiva de la verdad procesal, que está ligado a la deformación profesional específica del juez. Viene constituido por los filtros jurídicos interpuestos entre el juez y la realidad del mundo de normas dentro del cual debe subsumir los hechos que ha de comprobar. En la interpretación que he llamado «operativa», la subsunción jurídica es en realidad una operación sólo lógicamente distinta, pero no también prácticamente distinta, de la comprobación fáctica. El conjunto de las normas, como se ha mencionado, forma en aquélla una lengua que condiciona transcendentalmente el lenguaje operativo del juez y, a la vez, su aproximación a los hechos que ha de juzgar; y equivale a un sistema de esquemas interpretativos de tipo selectivo mediante los que recorta los únicos elementos del hecho que reputa penalmente «relevantes» e ignora todos los demás⁵⁹. Es claro que esta disposición a leer la realidad *sub specie iuris* genera una forma especial de incompreensión, y de ceguera a veces, respecto de los sucesos juzgados, cuya complejidad resulta por ello simplificada y distorsionada.

A la subjetividad del juez ha de sumarse además, en la investigación judicial, la subjetividad de muchas fuentes de prueba a su vez no impersonales: como los interrogatorios, los testimonios, los reconocimientos, los careos, las pericias y la misma formulación de la *notitia criminis* en los atestados policiales, en las denuncias y en las querellas. Esta subjetividad de las fuentes se puede encontrar también, naturalmente, en los documentos utilizados por el historiador, que pueden reflejar también los puntos de vista parciales, emotivos o interesados de quien los ha realizado. Los documentos interpretados por el historiador, al igual que las pruebas «documentales» en sentido estricto utilizadas también en el proceso, son sin embargo, como se ha dicho, pre-existentes a la investigación y no ya formadas directamente en el curso de la misma. Es claro que la circunstancia de que la mayor parte de las fuentes judiciales sean, en cambio, producidas *para* la investigación de los hechos a los que aluden y no *antes e independientemente* de ella, aumenta los condicionamientos subjetivos: sea por la mayor implicación emotiva de los sujetos de los que provienen, sea por el mayor interés en el resultado de la investigación que sobre ellas puede pesar⁶⁰. En compensación, las pruebas judiciales pueden presentar, precisamente por su naturaleza «artificial»⁶¹, una mayor autenticidad. El proceso es, por así decirlo, el único caso de «experimento historiográfico»: en él se hace jugar a las fuentes *de vivo*, no sólo porque se reciben directamente, sino también porque son contrastadas entre sí,

sometidas a exámenes cruzados y llamadas a reproducir, como en un psicodrama, el suceso juzgado.

Se comprende que esta mayor autenticidad aparece sólo si se satisfacen las garantías del juicio contradictorio, la oralidad, la intermediación y la publicidad de las pruebas que, como veremos, caracterizan la forma del proceso acusatorio. Falta, en cambio, en el proceso inquisitivo, donde las pruebas se practican en secreto y por escrito. En este caso las fuentes de prueba no sólo pierden viveza y degeneran en «documentos» del pasado, sino que sufren una ulterior deformación subjetiva: la que deriva del método no impersonal de su recogida, constituido por la *transcripción de las declaraciones*. Ésta, en realidad, no es un registro mecánico sino un ulterior filtro insertado en el proceso de producción de las pruebas y formado por la subjetividad de los declarantes (agentes de policía, fedatarios, secretarios, fiscales y otros sujetos distintos del juez). Estos re-formulan las declaraciones en su lenguaje personal, sometiéndolas inevitablemente a sus esquemas jurídico-interpretativos, habitualmente acusatorios⁶².

4. *El método legal de la comprobación procesal*. Hay, en fin, un cuarto factor de divergencia entre la verdad procesal y el modelo ideal de la «correspondencia». Este último factor es de naturaleza específicamente jurídica y normativa, residiendo en las condiciones necesarias para la «convalidación» judicial de las verdades adquiridas en el proceso. A diferencia de cuanto ocurre en cualquier otra actividad cognoscitiva, tanto la verdad fáctica de las tesis de hecho y de las alegaciones probatorias como la verdad jurídica de las tesis de derecho y de las interpretaciones de las leyes son predicables jurisdiccionalmente a condición de que se observen reglas y procedimientos que disciplinan su comprobación y que imprimen a ambas un carácter *autorizado* y convencional, en contraste con el de la mera correspondencia⁶³.

Estas reglas son bastante menos rígidas y numerosas en el proceso penal moderno que en el medieval, donde había espacio para las llamadas «pruebas legales»: como, por ejemplo, la confesión o las declaraciones coincidentes de dos testigos oculares, a las que se solía asignar valor probatorio *de iure*⁶⁴. Pero todavía hoy, en el actual proceso informado por el principio de la «libre apreciación del juez», continuamos disciplinando al menos el *método* de investigación y de formación de la verdad procesal. Piénsese, en nuestro ordenamiento, en los términos preclusivos (art. 173 del nuevo código de enjuiciamiento penal), en las formas y condiciones de admisión de las pruebas y en las nulidades de los actos procesales por vicios formales (arts. 177-186), en los testimonios inadmisibles (arts. 196 y 197), en la inutilizabilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas (arts. 191 y 256), en las exclusiones interpuestas en las investigaciones por el secreto de estado y por los demás tipos de secreto (arts. 200-203), en la reducción potestativa de las listas de testigos por parte del juez (art.

468.2). Y piénsese, por otro lado, en las reglas jurídicas expresamente epistemológicas: como las normas sobre las formas de las investigaciones sumariales, sobre la interpretación de la ley penal y sobre la prohibición de analogía, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la carga de la prueba atribuida a la acusación, el principio *in dubio pro reo* y la presunción legal de verdad de las tesis contenidas en las sentencias firmes. A causa de estas reglas, la relación ya mencionada entre verdad y validez, sobre la que volveré ampliamente en el apartado 37, resulta complicada: no es sólo la verdad la que condiciona la validez, sino que también es la validez la que condiciona la verdad en el proceso. Ésta es, en efecto, por así decirlo, una *verdad normativa*: en el triple sentido de que una vez comprobada definitivamente tiene valor normativo, de que está convalidada por normas y de que lo es sólo si es buscada y conseguida con el respeto a las normas.

Muchas de estas normas sobre la (formación de la) verdad se dirigen a garantizar, contra los abusos y las prevaricaciones de parte, el correcto desarrollo de las investigaciones y del contradictorio entre acusación y defensa. Otras, como la del *favor rei* en caso de duda, tienen la función de colmar los márgenes de incertidumbre en todo caso intrínsecos a la verdad procesal. Otras, todavía, tienen el fin de vincular el juicio exclusiva y exhaustivamente al *thema decidendum*, prohibiendo al juez salir de las investigaciones sobre el «hecho» exactamente enunciado en la imputación (arts. 65 y 521.2 del código procesal penal) y prescribiendo a la acusación pública «desarrollar otras comprobaciones sobre los hechos y circunstancias a favor de la persona sometida a las investigaciones» (art. 358). Otras, en fin, sirven para prevenir o reducir la excesiva subjetividad del juicio o de sus fuentes de prueba: como las normas sobre la abstención o la recusación del juez (arts. 36 y 37 del código procesal penal), sobre la incompatibilidad con la función de testigo (art. 197), contra el soborno y el falso peritaje o testimonio (arts. 377, 372 y 373 del código penal), sobre la prohibición a los testigos de expresar valoraciones «sobre la moralidad del imputado» o «apreciaciones personales» y sobre la obligación del juez de «evaluar su credibilidad» atendiendo a sus «relaciones de parentesco o de interés» con las partes y a otras «circunstancias» (art. 194 del código procesal penal). Todas estas reglas, a diferencia de lo que ocurre en las investigaciones científicas o históricas, son indispensables en el procedimiento judicial: sea porque el juez tiene el deber de decidir también en caso de incertidumbre, sea sobre todo porque en la ciencia las comprobaciones infundadas, arbitrarias o no pertinentes suelen ser inocuas, al ser descartadas sin necesidad de estatutos metodológicos constrictivos, mientras que en la jurisdicción han de impedirse preventivamente. Es innegable, sin embargo, que en general las normas jurídicas en materia de verdad y de pruebas sustituyen los criterios propios de la libre investigación por

criterios autorizados de adquisición y de control de la verdad procesal. El caso límite es el de la *res iudicata*, cuyo carácter imperativo antes que cognoscitivo viene manifestado por su capacidad, según un antiguo brocardo, de poder contradecir la verdad hasta el punto de *face-re de albo nigrum et de quadrato rotundum*⁶⁵. Por otra parte, no todas las reglas jurídicas sobre la verdad son reglas «garantistas», es decir, dirigidas a limitar el arbitrio de los jueces y su tendencia a acoger verdades subjetivas e incontroladas. Pueden considerarse tales, sobre la base de nuestra definición de verdad procesal, sólo aquellas cuya observancia favorece la máxima aproximación a la verdad objetiva⁶⁶ y la absolución en caso de duda. Pero junto a estas reglas, que corresponden a las garantías procesales, existen otras que parecen orientadas a funciones opuestas. Baste pensar en las normas sobre el secreto incluso dentro de la fase de las investigaciones; o en las normas que permiten la «lectura» de actuaciones sumariales en el juicio oral; o, peor, en aquella forma de subordinación legalmente autorizada que consiste en solicitar, junto con el ofrecimiento de reducciones de penas, el interés subjetivo de los imputados en hacer declaraciones acusatorias o, en todo caso, en pactar sobre el contenido de sus imputaciones⁶⁷.

Hay además numerosas normas y mecanismos procesales que entorpecen inútilmente la búsqueda de la verdad. Normas de este tipo llegaron a su máximo desarrollo en los viejos regímenes inquisitivos, que inventaron «una multitud de formalidades», «dilaciones», «intrigas y laberintos» cuyo solo efecto fue hacer «complicada la simple máquina de los juicios públicos⁶⁸; hasta el punto de que la historia del procedimiento penal le pareció a Bentham «lo contrario que la de las demás ciencias: en las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia, en cambio, se van complicando cada vez más. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados»⁶⁹. Hoy, respecto al proceso premoderno, se ha invertido esta evolución. Pero todavía son muchos, como veremos, los impedimentos procesales que obstaculizan o retrasan inútilmente la investigación judicial y su posibilidad de control, alejándola de la consecución de la verdad en vez de acercarla a ella. Al mundo de las normas sustantivas, que necesariamente circunscribe la esfera de la relevancia penal, se añade así un mundo de procedimientos, de ritos y liturgias, que no siempre necesariamente, y a veces insensatamente, condiciona y desvía la búsqueda de la verdad procesal. De ahí se sigue, entre otras cosas, una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de leyes que se mueven en el proceso: es decir, esa específica cerrazón del «espíritu forense, espíritu de litigio, enredo y cábala»⁷⁰, que todavía hoy les hace maestros en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y

que hizo definir a Bentham a la jurisprudencia como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero»⁷¹.

5. *La decidibilidad de la verdad procesal*

1. *Ilustrados ilusos e ilustrados desilusionados.* Los cuatro límites arriba comentados comprometen indudablemente la certeza y la objetividad de la verdad procesal, alejándola del modelo ideal de la verdad como «correspondencia». De ellos, los tres primeros son en gran parte comunes al conocimiento científico y al histórico, mientras que el cuarto es específicamente propio del conocimiento judicial. Estos límites, sin embargo, aunque convierten en *aproximativa* a la verdad procesal, no le confieren un estatuto semántico distinto al de la verdad en general. Los cuatro, además, aun cuando *irreducibles* más allá de cierta medida, son en esa medida *reducibles* con sistemas apropiados de reglas y de garantías, además de con un conocimiento adecuado por parte de los jueces de la lógica del juicio.

En rigor, si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad «objetiva» y se tomase al pie de la letra el principio *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreducibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por tanto, la parálisis de la función judicial. O bien, a la inversa, podrían generar un resignado escepticismo judicial, dispuesto a apartar como ilusoria cualquier pretensión de perseguir la verdad en el proceso y a avalar modelos de derecho y de proceso penal abiertamente sustancialistas y decisionistas.

Estas dos posiciones son inaceptables. La alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista en el derecho es comparable a aquella otra, recurrente desde siempre en la historia de la filosofía del conocimiento, entre dogmatismo realista y escepticismo relativista, es decir, entre la pretensión de que la ciencia esté dotada de (o pueda conseguir o justificar definitivamente) la verdad absoluta y la idea de que la verdad es inaccesible y la elección entre teorías concurrentes es arbitraria. Es mérito de Popper haber mostrado que estas dos posiciones son los dos lados de la misma moneda. Los «irracionalistas» y los «escépticos», dice, son en realidad «verificacionistas» y «justificacionistas desengañados»⁷²: al haber dirigido inútilmente sus esfuerzos hacia el descubrimiento de inexistentes criterios de verdad absoluta y tratado «en vano de demostrar que es posible justificar... las creencias científicas», «estimulan, con su fracaso, la retirada al irracionalismo»⁷³.

La misma argumentación puede valer, más o menos, para el conocimiento judicial. También los decisionistas en materia procesal son muy a menudo ilustrados desilusionados. El hecho de que la investigación judicial no esté en condiciones de alcanzar la verdad ob-

jetiva, que esté condicionada por la subjetividad y hasta por la no neutralidad del juez, que, en fin, haya lugar allí para momentos de decisión —elementos todos comunes, aun si en diferente medida, a la investigación científica⁷⁴— puede en realidad empujar a conclusiones decisionistas sobre todo a quienes no consiguen concebir la búsqueda de la verdad en el proceso más que según el viejo espejismo ilustrado de la aplicación mecánica de la ley al hecho infaliblemente comprobado. El resultado del irracionalismo en el derecho, sin embargo, es incomparablemente más grave. En efecto, si el mundo va adelante y las ciencias naturales progresan en el aumento de su conocimiento a despecho de los irracionalistas desilusionados, en el derecho tanto la ciencia como su objeto son un producto de los hombres y dependen de cuanto ellos, por intereses y cultura, piensan y quieren en torno al derecho. Por eso una opción teórica de tipo decisionista, importando poco que se deba a desconfianza escéptica o a convencional adhesión política, favorece de hecho la fundación de sistemas jurídicos con legalidad atenuada y modelos de intervención penal de tipo potestativo y antigarantista. Mientras que el reconocimiento de la insuprimible pero siempre relativa y reducible incertidumbre de la verdad procesal es el presupuesto necesario para basar en él, en el plano teórico y práctico, criterios más racionales de comprobación y de control, además de unos hábitos de investigación más rigurosos y una mayor prudencia en el juicio.

Queda el hecho de que en el entrelazamiento de «saber» y «poder» en el que he identificado la actividad jurisdiccional siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios, pero irreducibles más allá de ciertos límites. Estos márgenes, en la medida en que resultan artificialmente excluidos por normas jurídicas —a través de ficciones o presunciones—, en la práctica son rellenados por vía de autoridad mediante «verdades sustanciales» remitidas a la decisión discrecional del juez. Y pueden extenderse hasta el punto (pero en tal caso no son en absoluto «irreducibles») de excluir del todo el carácter cognoscitivo de la motivación judicial y, por ello, las condiciones de uso, en el proceso, de la palabra «verdad». La tarea principal de la epistemología penal garantista es la de elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y, por tanto, basar el juicio (en decisiones) sobre la verdad procesal en lugar de (en decisiones) sobre valores de otro tipo.

Podemos llamar «*decidibilidad* de la verdad procesal» y «*decisión* sobre la verdad procesal» respectivamente a la verificabilidad (y refutabilidad) y a la verificación (o confutación) de las motivaciones judiciales y configurar la alternativa epistemológica entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal como una alternativa entre la presencia y la ausencia de las condiciones —o *garantías*— que aseguran una y otra. Allí donde la verdad sea *indecidible* y/o *indecisa*, la decisión judicial se toma en realidad conforme a otros criterios, relativos

a valores distintos de lo «verdadero» y lo «falso» y, a diferencia de éstos, enteramente confiados a la discrecionalidad del juez. Allí donde, en cambio, sea decidible, la decisión del juez es controlable y (relativamente) vinculada; pero en tal caso hay que aclarar su naturaleza específica, explicando las elecciones que también intervienen en la aceptación de la verdad fáctica y de la verdad jurídica, además de los criterios y las reglas que las justifican.

2. *Tres silogismos judiciales: inducción, deducción y disposición. Significado y criterios de verdad.* Para comprender la naturaleza de las decisiones con las que se acepta la verdad procesal es necesario analizar ulteriormente el *razonamiento judicial* en el que consiste la aplicación de la ley. Tal razonamiento no tiene ni siquiera formalmente la estructura lógica del «silogismo práctico perfecto» figurado por Beccaria⁷⁵ y transmitido por la escolástica formalista. Ninguna de las dos operaciones con las que se llega a la verdad procesal —ni la inducción constituida por la prueba del hecho ni la deducción constituida por su cualificación jurídica— es en realidad un silogismo «práctico», es decir, una implicación en cuyas premisas y en cuya conclusión aparezcan proposiciones normativas. Las premisas y las conclusiones de ambas inferencias, que componen conjuntamente la *motivación* judicial, tienen las dos la forma de proposiciones afirmativas. Premisas y conclusiones normativas aparecen solamente en la derivación del *fallo* a partir de la conjunción de la motivación con una o más normas.

El razonamiento judicial, que analizaré ampliamente en los apartados 9 y 10, se compone en suma no de una sino de tres inferencias, de las que cada una es lógicamente antecedente de las otras: 1) una *inferencia inductiva* (prueba o inducción fáctica), cuya conclusión de hecho, *CH*, es que «Ticio ha cometido el hecho *H*» (por ejemplo, ha ocasionado a Cayo heridas curadas en más de cuarenta días) y cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recogidas; 2) una *inferencia deductiva* (subsunción o deducción jurídica), cuya conclusión de derecho, *CJ*, es que «Ticio ha cometido el delito *G*» (en nuestro caso, «lesiones graves») y cuyas premisas son la tesis *CH* y la definición jurídica (parcial) «el hecho *H* (por ejemplo, de quien causa a otros heridas curadas en más de cuarenta días) configura (conforme al art. 590 del código penal) el delito *G* (en nuestro ejemplo 'lesiones graves')»; 3) un *silogismo práctico* (o disposición), cuya conclusión dispositiva *CD* es la norma «Ticio debe ser castigado con la pena *P*» y cuyas premisas son la tesis *CJ* y la norma «el que cometa el delito *G* debe ser castigado con la pena *P*».

De estos tres silogismos sólo el tercero incluye normas y por eso es calificable —se piense lo que se piense sobre su naturaleza lógica o para-lógica⁷⁶— como «práctico» o «deóntico». Los dos primeros, que son los únicos que interesan a los fines de la decisión de la verdad

procesal, son en cambio silogismos teóricos. Por tanto, si faltan los dos silogismos teóricos y la verdad de la motivación —o sea, de *CH* y/o de *CJ*— es indecisa o indecidible, el llamado silogismo práctico resulta enteramente formado por argumentos no cognoscitivos y el fallo fundado sobre una motivación puramente *discrecional*: en tal caso, sin embargo, no se puede hablar en ningún sentido de «silogismo», sino sólo de opciones o valoraciones desvinculadas de cualquier referencia empírica⁷⁷. Sólo si los dos silogismos teóricos permiten decidir la verdad de la motivación, el silogismo práctico (aparte de la determinación de la medida de la pena, allí donde tampoco ésta haya sido exactamente predeterminada) es mecánico o «perfecto». Pero en este caso son imperfectos los dos silogismos teóricos, que incluyen decisiones y elecciones subjetivas dirigidas a justificar la aceptación de la verdad procesal mediante la solución de las incertidumbres de hecho y de derecho más arriba ilustradas: precisamente, la inducción fáctica incluye elecciones en la decisión de la conclusión de hecho, inevitablemente *probabilística*, mientras que la deducción jurídica incluye elecciones en la decisión de las premisas de derecho, inevitablemente *opinables* e igualmente subjetivas.

Esta subjetividad de las decisiones sobre la verdad procesal no tiene nada de particular. Decisiones y elecciones pragmáticas de tipo análogo a las que intervienen en el conocimiento judicial, tanto fáctico como jurídico, son necesarias, como sabemos, para justificar la verdad de cualquier aserción empírica. En las teorías científicas, por ejemplo, presiden la aceptación de las tesis primitivas, es decir, de los postulados y las definiciones que forman las premisas de los razonamientos deductivos, y, por otro lado, la inducción de las leyes científicas, que, como es sabido, nunca son, por su forma universal, enteramente verificadas, sino sólo aceptadas como más o menos probables o plausibles por su grado de confirmación y su capacidad explicativa. Es sobre este carácter relativo y provisional —voluntarista pero funcional— del conocimiento científico en el que se basa el convencionalismo de gran parte de la epistemología contemporánea. Las teorías científicas —según la representación suministrada de ellas desde el comienzo del siglo por Poincaré, Le Roy y Duhem y recogida y desarrollada sucesivamente por las distintas corrientes del neopositivismo y del pragmatismo— no son más que sistemas de proposiciones dotados de coherencia lógica, basados sobre axiomas estipulados convencionalmente en función de su simplicidad y comodidad y más o menos justificados y contingentemente aceptables en su conjunto como verdaderos en vista de sus aplicaciones y consecuencias prácticas⁷⁸.

Todo esto no comporta en absoluto, sin embargo, que haya que repudiar la teoría *semántica* de la verdad como *correspondencia*. A menudo, las concepciones convencionalistas del conocimiento contraponen a esta teoría —considerada inadecuada a causa de la inal-

canzabilidad de una verdad «objetiva»— la teoría *sintáctica* de la verdad como *coherencia*⁷⁹ y/o la *pragmática* de la verdad como *aceptabilidad justificada*⁸⁰. Como reflejo, algunos filósofos del derecho han propuesto alternativas análogas respecto de la noción de la verdad como correspondencia para explicar el concepto de verdad en la ciencia y la práctica jurídica⁸¹.

Tengo la impresión de que la contraposición entre estas teorías o nociones nace de un equívoco. La noción semántica es en realidad asimétrica respecto de las otras dos. Mientras la «correspondencia», al menos en la definición de Tarski, es el *significado* de la palabra «verdad», la «coherencia» y la «aceptabilidad justificada» son en cambio *criterios* de (decisión de la) verdad. Precisamente, la coherencia es el criterio que impone considerar falsa a una proposición si está en contradicción con otra reputada verdadera o si es derivable de ella otra reputada falsa y considerarla verdadera si se deriva de otra reputada verdadera o si está en contradicción con otra reputada falsa; la aceptabilidad justificada es el criterio que permite reputar verdadera una proposición con preferencia a otra cuando, de acuerdo con otras aceptadas como verdaderas, resulte dotada de mayor alcance empírico, como conclusión de una inferencia inductiva o como premisa de una inferencia deductiva.

Ya he dicho en el apartado 3.2 que el significado de «correspondencia» asociado al término «verdadero» no dice nada acerca de los *criterios de verdad*, o sea, de las condiciones de aceptación de la verdad de una proposición. Añado ahora que ni el criterio de la «coherencia» ni el de la «aceptabilidad justificada» expresan de ningún modo el *significado de «verdad»*, o sea, las condiciones de uso del término «verdadero». Cuando un juez impone a un testigo que jure decir toda la verdad no le pide que no caiga en contradicción, sino que diga cómo ocurrieron realmente las cosas; no se contenta con que suministre justificaciones cómodas o plausibles de sus deposiciones, sino que exige que éstas correspondan a cuanto es de su conocimiento⁸². La coherencia y la aceptabilidad justificada son, en suma, los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica. Pero el único significado de la palabra «verdadero» —como de la palabra «fiable», «probable», «verosímil», «plausible» o similares— es la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas.

Por eso no tiene sentido contraoponer la coherencia y/o la aceptabilidad justificada a la correspondencia. Aquellos dos criterios, dada la obligación de juzgar del juez, son necesarios en el plano sintáctico y en el pragmático para establecer la verdad precisamente porque ésta es caracterizable, en el plano semántico, como *correspondencia* sólo por

lo que sabemos y sólo de forma *aproximativa*: la coherencia, para afirmar que la tesis avanzada está confirmada y/o no refutada por una o varias pruebas recogidas y por una o varias interpretaciones jurídicas de otras normas y que, por tanto, es verdadera respecto del conjunto de los conocimientos de que disponemos; y la aceptabilidad justificada, para afirmar que tal conjunto, incluida la tesis avanzada, es más satisfactorio o plausiblemente verdadero que cualquier otro a causa de su mayor capacidad explicativa. No es inútil además poner de relieve —vistas las acusaciones de las que se ha hecho objeto a la concepción semántica de la verdad por parte de algunos post-empiristas⁸³— que esta concepción es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática: así como permite pensar que una teoría podría ser falsa incluso si fuera perfectamente coherente y aceptada por todos como verdadera (o verdadera aunque no compartida por nadie y en contraste con otras tesis experimentadas con éxito), igualmente permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todos las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles.

3. *Modelos de justificación en el derecho. La legitimación cognoscitivista de la jurisdicción.* La distinción ahora realizada entre «significado» y «criterios» de verdad puede tal vez aparecer como una sutileza. En realidad, es esencial, y todavía más en la teoría del derecho que en la teoría de la ciencia, para fundamentar en el plano metateórico y normativo modelos de motivación o justificación racional de las decisiones jurídicas adecuadas a los distintos sectores del ordenamiento y a los distintos fines y valores políticos que los presiden. Y es esencial, sobre todo, para fundamentar teóricamente y para garantizar normativamente las condiciones objetivas y los criterios subjetivos de la racionalidad específica de las decisiones penales⁸⁴.

En realidad, en sí mismos, los criterios subjetivos de la coherencia y de la aceptabilidad justificada, aun cuando elaborados en el ámbito epistemológico, no son solamente criterios de verdad. También pueden ser criterios de moralidad, de conveniencia, de eficiencia o incluso de otros tipos⁸⁵. Esto se puede decir tanto de la versión «instrumentalista» propuesta por Dewey o por Bridgman, según la cual la aceptación de un sistema coherente de proposiciones está justificada por su capacidad de transformar con éxito la realidad en el sentido deseado⁸⁶, cuanto de la más reciente concepción «consensualista» propuesta por ejemplo por Thomas Kuhn, según la cual aquella está justificada por el consenso que le otorga la comunidad de los científicos⁸⁷. Naturalmente, aplicados al conocimiento científico, tales criterios funcionan de hecho, cualquiera que sea la epistemología adoptada o rechazada, como criterios de decisión sobre la verdad: el éxito práctico, la eficacia operativa o el consenso de la comunidad científ-

ca pueden concebirse en realidad como «pruebas» o «indicios» de los que se puede inferir inductivamente —y conforme a los cuales se puede decidir provisionalmente— la verdad de una teoría, siquiera sea a los fines de sus rentables aplicaciones prácticas. Una teoría, en otras palabras, es «útil» o «satisface» pragmáticamente sólo si, y en la medida en que, es «verdadera» en el sentido antes elucidado.

En el mundo del derecho, y en general de la práctica, una decisión puede en cambio revelarse «útil» o «satisfactoria» y ser por tanto «aceptada» o «justificada» en algún sentido de estas palabras, incluso prescindiendo de la verdad de sus motivaciones y hasta de su capacidad para ser calificadas como verdaderas o como falsas. Consi-guientemente, los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada valen en aquél como criterios de decisión no sólo sobre la verdad, sino también —e incluso predominantemente— sobre otros valores. Es el caso de toda la actividad de gobierno —administrativa, económica y política—, cuyos parámetros de justificación racional y de legitimación política vienen constituidos sin más por el mero criterio de la aceptabilidad justificada en relación con el éxito práctico de la satisfacción del interés público o con el consenso mayoritario, resultando secundario en ella, y hasta no pertinente, el requisito de la verdad de los presupuestos de las decisiones.

A la inversa, semejantes modelos de justificación son inaceptables en la jurisdicción, y más que nunca en la jurisdicción penal. Para justificar las decisiones que concluyen un juicio penal no basta —si se adhiere a una opción garantista— que tengan «éxito» o que genéricamente «satisfagan» las funciones de prevención y de seguridad que también son propias del derecho penal. Ni basta que reciban el consenso de la comunidad: ni una amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar que se acepte como presupuesto de una decisión penal una tesis no probada o no sometible a prueba. No se puede sacrificar la libertad de un hombre de quien no se haya verificado la responsabilidad penal al interés o a la voluntad de todos. Éste es, como se verá, un postulado político fundamental del liberalismo penal, que excluye tanto la justificación meramente instrumentalista o utilitarista como la consensualista o democrática de las decisiones punitivas. En el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la «verdad» precisamente en el sentido de «correspondencia» lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados. Sólo si se refieren a la verdad como correspondencia, los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada pueden en realidad impedir la prevaricación punitiva contra el particular de intereses o voluntades más o menos generales y vincular el juicio a la estricta legalidad, o sea, a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles.

Ciertamente, este esquema cognoscitivo de justificación de las

decisiones es bastante más rígido y exigente que otros esquemas puramente decisionistas —moralistas, eficientistas o consensualistas— que también han sido teorizados y, más todavía, practicados en la historia del derecho penal; y, con todo, sólo puede ser satisfecho de forma tendencial y siempre imperfecta. También es claro que su defensa refleja una opción política en favor de un modelo de derecho penal idóneo para limitar el arbitrio punitivo y para tutelar al máximo grado la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, lo que exige en el plano epistemológico y político es precisamente lo que el modelo penal garantista, acogido por las Constituciones modernas, exige normativamente en el plano jurídico: que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones.

4. *El problema del garantismo penal.* El nexo entre legitimidad y verdad que asegura este esquema, epistemológico y normativo al mismo tiempo, define la naturaleza específica de la jurisdicción en el moderno estado de derecho. Y representa el fundamento político de la división de poderes, de la independencia del poder judicial y de su sujeción *solamente* a la ley. La función judicial, y particularmente la penal, difiere conforme a ello de todas las demás funciones del estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva. Es claro que, a diferencia del conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un *poder*, dado que forman el presupuesto del silogismo práctico que concluye con un fallo, sea de absolución o de condena. Se trata sin embargo de un poder «de comprobación» o «de verificación» distinto de cualquier otro poder público y típicamente propio de la función judicial.

Aun cuando nunca sea «nulo», y ni siquiera anulable, este poder puede ser más o menos extenso según los espacios de discrecionalidad determinados por los cuatro límites intrínsecos a la verdad procesal que he ilustrado más arriba. Y puede transformarse en poder «de disposición» cuando, según se verá en el apartado 12, tales espacios traspasan las fronteras del arbitrio: en tal caso, al faltar las condiciones mínimas de la decidibilidad de la verdad procesal, las decisiones judiciales no versan sobre la verdad sino sobre otros valores. Se deberá, pues, hablar en vez de alternativa entre garantismo y autoritarismo, como por simplicidad se ha hecho hasta ahora, de *grado de garantismo* de los sistemas penales concretos según el grado de decidibilidad de la verdad procesal que permitan normativamente y satisfagan efectivamente. En realidad, puesto que las condiciones de decidibilidad, no menos que los criterios de decisión de la verdad procesal, son también condiciones y criterios jurídico-normativos, depende de la estructura legal del ordenamiento penal y procesal el

que el poder judicial sea predominantemente poder de cognición o predominantemente poder de disposición.

Ésta es una diferencia de fondo —que también puede jugar a favor de la cognición judicial— entre la decidibilidad de la verdad procesal y la decidibilidad de la verdad científica. El derecho es una construcción humana y puede elaborar el mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico *artificial* que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico. Estas técnicas —que corresponden a otros tantos límites, garantías o condiciones de legitimidad del ejercicio del poder judicial— serán analizadas en la tercera parte. Sin embargo, desde el próximo capítulo propondré una formalización de ellas dentro de un sistema de principios que llamaré «cognoscitivo» o «garantista», respecto de otros sistemas cuyo *grado* de garantismo es decreciente por carecer, en el plano de las normas y/o en el de las prácticas, de uno o varios de tales principios. Conforme a ello será posible, en el capítulo tercero, desarrollar un análisis epistemológico de la cognición judicial y distinguir las variadas formas de poder que concurren en ella.

NOTAS

1. Sobre el problema penal en la época de la Ilustración me limito a recordar F. Costa, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Facchi, Milán, 1924, pp. 97-118; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Bocca, Turín, 1932, pp. 23-68; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milán, 1966; Id., *La filosofia della pena nei secoli xvii e xviii*, De Salvia, Ferrara, 1974; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, cap. VIII; M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. cast. de A. Garzón del Castillo, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México-Madrid-Buenos Aires, 1976.

2. Sobre la ambivalencia del utilitarismo penal, cf., *infra*, el apartado 20.2. Sobre las dos posibles configuraciones del positivismo jurídico y del principio de legalidad, véanse los apartados 26, 28.3, 57 y 58.

3. En el significado aquí propuesto, «regulativa» es toda norma que *regula* un comportamiento, es decir, que lo califica deónticamente como permitido, como prohibido o como obligatorio, condicionando la producción de los efectos jurídicos previstos por ella a su comisión o a su omisión. «Constitutiva», en cambio, es toda norma que *constituye* inmediatamente —es decir, sin la mediación de comportamientos que impliquen su observancia o inobservancia— efectos y/o calificaciones jurídicas. Esta no-

ción de «norma constitutiva», como precisaré en el apartado 36, se aparta algo de las —más restringidas— elaboradas y discutidas en la literatura filosófico-analítica (cf. la nota 152 del cap. 8). Tal divergencia de significado depende de que para nuestros fines interesa sobre todo aislar y definir la estructura «regulativa» de las normas penales, que será adoptada como uno de los requisitos de nuestro modelo penal garantista, y sólo por contraposición la de las normas constitutivas, que está en cambio en el centro de los intereses de la reciente filosofía jurídico-analítica. En el sentido aquí propuesto, por lo demás, la distinción resulta correlacionada con la no menos importante entre sentencias de comprobación (o declarativas o cognoscitivas) y sentencias constitutivas, de las que hablaré en la nota 8.

4. «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem» (Th. Hobbes, *Leviathan, sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis* [1651], trad. lat. [1670] en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, compiladas por W. Molesworth [1839-45], reimpr., Scientia, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202). Una máxima casi idéntica es enunciada por Hobbes en *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), en *The English Works*, compiladas por W. Molesworth (1839-45), reimpr., Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: «No es la sabiduría, sino la autoridad quien hace la ley». La máxima recoge el principio voluntarista enunciado por Ulpiano (*I institutionum*) «quod principi placuit legis habet vigorem» (D. 1.4.1), pero expresa todavía más eficazmente el contraste entre iuspositivismo e iusnaturalismo y entre convencionalismo y sustancialismo. Cf. también Th. Hobbes, *Leviathan* (1651), trad. cast. de C. Mellizo, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, XXVI, p. 219: «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».

5. Th. Hobbes, *A Dialogue*, cit., trad. cast. de M. A. Rodilla, en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 28; Id., *Elementa philosophica. De Cive* (1647), trad. cast. del latín de A. Catrysse, *Del ciudadano*, introducción de N. Bobbio, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, IX, 9, p. 166, XIII, 15, p. 213 y XIV, 3, pp. 219-220; Id., *Leviatán*, cit., XXI, pp. 175 y 181. Esta concepción de la libertad civil como libertad negativa garantizada por las leyes es el rasgo distintivo de toda la tradición liberal ilustrada. Cf. J. Locke, *Second Treatise of Government* (1690), trad. cast. de C. Mellizo, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. IV, apartado 22, pp. 52-53: «La libertad del hombre en sociedad» es «una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre»; *ibid.*, cap. VI, apartado 57, p. 79: «Allí donde... 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, *De l'esprit des lois* (1748), en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París, 1951, vol. II, p. 395, trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, XI, 4, p. 150: «la libertad política» reaparece siempre que «nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas»; D. Diderot, *Liberté civile*, voz de la *Encyclopédie des sciences*, Imprimerie des Éditeurs, Livorno, 1770-1775, t. IX, p. 427, trad. cast. de R. Soriano y A. Porras, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 118-119: «Esta libertad civil consiste en no poder ser obligado a hacer una cosa que la ley no ordena... La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten»; Voltaire, *Tableau du gouvernement anglais*, en *Questions sur l'Encyclopédie* (1771), trad. it. de P. Serini, *Del governo inglese*, en *Scritti filosofici*, Laterza, Bari, 1972, vol. II, p. 597: «Ser libre sig-

nifica depender sólo de las leyes»; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. de Livorno de 1766, a cargo de F. Venturi, Einaudi, Turín, 1981, VIII, trad. cast. de J. A. de las Casas, *De los delitos y de las penas* (1774), Alianza, Madrid, 1968, p. 40: «La opinión que cualquiera de éstos [los ciudadanos] debe tener de poder hacer todo aquello que no es contrario a las leyes, sin temer otro inconveniente que el que puede nacer de la acción misma, debería ser el dogma político creído de los pueblos, y predicado por los magistrados con la incorrupta observancia de las leyes. Dogma sagrado, sin el cual no puede haber legítima sociedad»; F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), Nápoles, 1799, I, p. 15: «La libertad civil en la facultad consiste en poder servirse de sus derechos sin impedimento alguno. Es la facultad, como dice Cicerón, de hacer todo lo que nos place, con tal de que no esté prohibido por la ley»: que es, al fin y al cabo, la clásica máxima «libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur» (Florentinus, *9 institutionum*, D. 1.5.4).

El nexo entre la legalidad y libertad —que es uno de los elementos fundantes de la estructura del estado de derecho (*infra*, nota 23, apartado 57)— fue expresamente sancionado por el artículo 5 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y recuperado después por el artículo 7 de la Constitución francesa de 1795: «Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena».

6. «Los mismos delitos serán castigados con las mismas penas, sin distinción alguna de personas» (art. 3 del tít. I de la Constitución francesa de 1791).

7. Cf., *infra*, apartados 9, 10, 28, 37 y 41.

8. El concepto de «sentencia constitutiva», contrapuesto al de «sentencia declarativa», «cognoscitiva» o «de comprobación», es una vieja y consolidada categoría de la dogmática procesal-civil extrañamente olvidada por la literatura filosófico-analítica sobre las normas constitutivas: cf., por todos, G. Chiofenda, *Principi di diritto processuale civile* (1906), Jovene, Nápoles, 1923, pp. 179 ss., trad. cast. de dicha ed. por J. Casais y Santaló, *Principios de derecho procesal civil*, 2 tomos, Reus, Madrid, 1977, I, pp. 231 ss. Entre las dos distinciones —la de las normas en constitutivas y regulativas y la de las sentencias entre constitutivas y declarativas— existe un evidente paralelismo, en el sentido de que el modelo penal garantista excluye el carácter constitutivo tanto de la ley como del juicio, exigiendo el carácter regulativo y prescriptivo de la primera (asegurado por el principio de estricta legalidad) y el cognoscitivo y declarativo del segundo (asegurado por el que llamaré principio de estricta jurisdiccionalidad).

9. *Retórica*, trad. cast., con texto bilingüe, de A. Tovar, C.E.C., Madrid, 1990, I, 1, 1354a-1354b, pp. 5-6. *Ibid.*: «es preciso hacer al juez árbitro de las menos cosas posibles»; *ibid.*, I, 13, 1374a, p. 66: «Puesto que muchas veces el acusado reconoce haberlo hecho, pero está de acuerdo sobre la calificación o acerca del delito a que la calificación se refiere; así, admite haber cogido algo, pero no robado, y haber golpeado primero, pero no ultrajado..., por eso sería necesario definir acerca de esto qué es robo, qué ultraje, qué adulterio, de manera que si queremos mostrar si hay o no hay tal delito, podamos declarar el derecho».

10. «Es, pues, necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias... consistan en meras *aserciones* o *negativas* de hechos particulares» (C. Beccaria, *o. c.*, III, p. 30). Véase también, *infra*, la nota 24.

11. «Los jueces deben recordar que su oficio es *ius dicere* y no *ius dare*: interpretar el derecho, y no hacer derecho o crear derecho» (F. Bacon, *Of Judicature*, en *Essays or Counsels Civil and Moral* [1625], en *Works of Francis Bacon*, ed. por J. Spedding, Longman, Londres, 1861, vol. VI, cap. LVI, p. 506). En términos casi idénticos

ticos se expresa Louis de Jaucourt, en la voz *Juge* escrita para la *Encyclopédie*, cit., IX, p. 5: los jueces «doivent dire droit, et non pas faire droit».

12. Es el hermoso título del volumen de U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia, 1982.

13. «Donde las leyes son claras y precisas el oficio de juez no consiste más que en asegurar un hecho» (C. Beccaria, *o. c.*, XIV, p. 49).

14. Sobre los distintos significados y sobre el valor garantista del principio de la separación entre derecho y moral, cf. *infra* el apartado 15. El nexo entre relativismo ético y convencionalismo jurídico, que ilustraré en el apartado 27.2, viene expresado de la manera más incisiva por Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., XIV, 17, pp. 227-228: «La naturaleza humana es tal que cada uno llama bien a lo que desea que se le haga y mal a aquello de lo que huye, de modo que habiendo diversas inclinaciones, lo que uno llama un bien, otro lo llama un mal; lo que una misma persona considera actualmente como bueno, más tarde lo considera como malo, y la misma cosa que aprueba en sí la critica en otro. Todos medimos el bien y el mal según nuestro placer o nuestro fastidio... se sigue que le corresponde al Estado determinar lo que es censurable con razón. De modo que la culpa, es decir, el pecado, es lo que uno hace, omite, dice o quiere contra la razón del estado, es decir, contra las leyes». Cf. también, *ibid.*, VI, 9, p. 130 y XII, 1, p. 192, y, además, las citas reproducidas, *infra*, en la nota 8 del cap. 8.

15. R. Pound, *The Spirit of the Common Law* (1921), trad. cast. de J. Puig Brutau, *El espíritu del «common law»*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 171.

16. *Del espíritu...*, cit., XI, 6, p. 156. El mismo modelo de juez propone G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1783), trad. cast. de J. Ribera, *Ciencia de la legislación*, 6 vols., Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821-1822, tomo III, lib. III, cap. XX, p. 268: «El juez es en el tribunal el órgano de la ley, y no tiene libertad para separarse de ella. Si la ley es inflexible, debe serlo el juez igualmente: si ésta no conoce amor, odio, temor ni lástima, el juez debe ignorar como ella estas pasiones». La misma idea había expresado un siglo antes el nivelador Gerrard Winstanley, a quien se debe la imagen, hecha famosa por Montesquieu, del juez «boca de la ley» (*mouth of the Law*): «La ley misma es el juez de todas las acciones de los hombres. Sin embargo, es llamado juez aquel que es elegido para pronunciarla, puesto que es la boca de la ley; pero nadie debe juzgar o interpretar la ley. La ley misma, en realidad, tal y como nos es transmitida literalmente, es el pensamiento y la decisión del Parlamento y del pueblo del País... Y el hombre que se arroga el interpretar la ley o bien oscurece su sentido y, por tanto, la vuelve confusa y difícil de comprender, o bien le atribuye otro significado y de tal forma se coloca por encima del Parlamento, de la ley y de todo el pueblo. Por eso la tarea del funcionario llamado juez es escuchar cualquier cosa que le sea sometida... Tras de lo cual debe pronunciar la desnuda letra de la ley, puesto que se llama juez no porque su mente y su querer deban juzgar las acciones de los imputados sino porque es la boca que debe pronunciar la ley, que es el verdadero juez» (*The Law of Freedom in a Platforme, or True Magistracy Restored* [1652], trad. it., *Piano della legge della libertà, en Puritanesimo e libertà. Dibattiti e libelli*, ed. por V. Gabrieli, Einaudi, Turin, 1956, p. 356).

17. «Los individuos», afirmó la Ponencia del proyecto preliminar del código procesal penal de 1930 a propósito de las discriminaciones en materia de medidas cautelares y preventivas, «tienen un distinto valor moral y social, y algunos no tienen ninguno». Al mismo esquema subjetivista pertenecen también los beneficios de la pena decididos discrecionalmente, antes o después del juicio, a cuantos son considerados mercederos por la colaboración en el proceso o la buena conducta en la cárcel (*infra*, apartados 36, 44.4 y 45.5).

18. El principio iusnaturalista que se encuentra en la base de la noción sustancialista del delito está bien expresado por la máxima de Henry Bracton, recogida por Sir

Edward Coke y opuesta por el legista frente al filósofo en Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 23: «Lex est sanctio iusta, iubens honesta, et prohibens contraria». La máxima, inversa de la hobbesiana, se remonta a Acursio, que definió la ley como «sanctio sancta, praecipiens honesta, prohibensque contraria» (*Glossa in Digestum Vetus*, Venetiis 1489, reimpr. anast., Ex Officina Erasmiana, Turín, 1969, gl. *non faciendorum* en D. 1.3.2, f. 8ra, p. 13), y todavía antes a Cicerón: «lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria» (*De legibus*, 1, 6, 18).

19. Las expresiones «verdad formal» y «verdad material» se usan aquí en su significado dominante en la doctrina procesalista: cf. F. Carnelutti, *La prova civile* (1914), trad. cast. de N. Alcalá-Zamora y Castillo (ed.), *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 20 ss., 44 y 52; C. Furno, *La teoria della prova legale*, Cedam, Padua, 1940; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 23-24 y 33-34; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 108-111. Aquéllas pueden dar lugar a equívocos porque a veces se usan en sentido distinto. Para Eugenio Florian, por ejemplo, la «verdad formal» sería la alcanzada, como en el proceso inquisitivo premoderno, a través de las «pruebas formales» o «legales» prescindiendo de la libre convicción del juez; mientras que sería «material» la verdad histórica alcanzada, como en el proceso acusatorio, a través de la libertad de prueba (*Delle prove penali* [1924], 1st. ed. Cisalpino, Varese, 1961, pp. XXXVII ss. y 7 ss.). En un sentido análogo, la oposición «formal»/«material» es usada a veces para designar la diferencia entre la verdad propia del proceso civil, condicionada por el principio de disposición sobre las pruebas, y la propia del proceso penal, donde las pruebas no son disponibles para las partes. Por ser más precisa, me parece preferible la terminología de Carnelutti, que habla de «verdad formal» siempre que están jurídicamente disciplinados no sólo su valoración sino también el método de comprobación. En este sentido, la verdad procesal es por principio «formal», y lo es en un sentido ulterior y más restringido en el proceso civil, donde son mayores las vinculaciones legales, y en el penal basado en pruebas legales; mientras que la «verdad material», «sustancial» o «absoluta» no es más que una pretensión subjetiva y una peligrosa ilusión. Eso no quiere decir, sin embargo, como considera Carnelutti, que esta ilusión no encuentre sitio en el proceso: su sitio, como se verá en el apartado 10, es tanto mayor cuanto más desvinculada se encuentre la libre convicción del juez de garantías procesales adecuadas en materia de prueba y defensa.

20. «Si examinamos las formalidades de la justicia en relación con el trabajo que le cuesta a un ciudadano obtener la devolución de sus bienes o la satisfacción de una ofensa, veremos que son demasiadas. Si las examinamos en relación con la libertad o la seguridad de los ciudadanos, veremos que las molestias, los gastos, la lentitud e incluso los peligros de la justicia son el precio que paga cada ciudadano por su libertad» (Ch. Montesquieu, *o. c.*, trad. cast. cit., VI, 2, p. 99). Casi las mismas palabras son repetidas por F. M. Pagano, *o. c.*, III, p. 20. Contra las inútiles lentitudes y los vacíos formalismos que a veces «ofenden a la verdad», cf. no obstante C. Beccaria, *o. c.*, XXXVIII, p. 101; F. M. Pagano, *o. c.*, XIII, pp. 72 ss. y XXVIII, pp. 141 ss.; J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires* (1823), trad. cast. de M. Ossorio Florit, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 vols., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, lib. I, cap. II, vol. I, pp. 13-14 (sobre el tema, véase *infra*, apartado 4.4).

21. «De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo» (*o. c.*, XI, 6, p. 152); «De los tres poderes de los que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo» (*ibid.*, p. 154).

22. Cf. mi escrito *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1985, XV, 2, pp. 404 y 409 ss.

23. Véanse las páginas de Condorcet contra «el despotismo de los tribunales», «el más odioso de todos», que vuelve siempre que los jueces no están «estrictamente obligados a seguir la letra de la ley» (*Idées sur le despotisme* [1789], en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, tomo IX, pp. 155-156); «existe despotismo cada vez que los hombres tienen amos, es decir, están sometidos a la voluntad arbitraria de otros hombres» (*ibid.*, p. 147). La polémica contra el despotismo de los jueces, como arbitrio de los hombres desvinculado de la soberanía de la ley es un motivo recurrente en el pensamiento jurídico de la Ilustración: «En los estados despóticos no hay leyes: el juez es su propia regla» (Ch. Montesquieu, *o. c.*, VI, 3, p. 100; *ibid.*, XI, 6, p. 153); «En los gobiernos despóticos los hombres mandan; en los gobiernos moderados mandan las leyes» (G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* [1774], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografía della Società Belgica, Bruselas, 1841, vol. II, p. 378); «el arbitrio de los magistrados es contradictorio con la fuerza de las leyes...; por lo que la libertad de los ciudadanos será menor a medida que el arbitrio judicial sea mayor» (*ibid.*, p. 380); «a medida que es más grande el arbitrio del juez, menos segura es la libertad civil» (F. M. Pagano, *o. c.*, V, p. 28); «si para indagar y castigar los delitos se desatan prepotentemente las manos al juez, para que éste arriesgue mucho y actúe sin límites, si la ley le suministra el medio por el que, bien el ciego celo, bien la maldad cubierta con el manto de lo justo pueda atentar a los derechos del ciudadano y abusar del sagrado depósito del poder público, nunca más estarán seguras la libertad y la inocencia, los dos grandes númenes que deben respetar las leyes por encima de cualquier otra cosa» (*ibid.*, II, p. 17).

24. Junto a las palabras de Montesquieu sobre el juez «boca de la ley» referidas en la nota 16, el pasaje más conocido y emblemático que expresa esta concepción mecanicista de la jurisdicción es el de Beccaria sobre el «silogismo perfecto»: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar al espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones» (*o. c.*, IV, pp. 31-32). No menos tosco es el método de juicio prescrito por la ley napolitana de 1774 sobre la obligación de motivación de las sentencias: «Que las decisiones se basen no ya sobre las desnudas autoridades de los doctores, que, desgraciadamente, con sus opiniones han alterado o convertido en incierto y arbitrario al derecho, sino sobre las leyes expresas del reino o comunes: (...) que las dos premisas del argumento estén siempre basadas en las leyes expresas y literales» (en G. Filangieri, *Riflessioni*, cit., p. 375). De ahí se sigue la ilusoria pretensión de que se impida a los jueces la interpretación de las leyes: «Interpretar significa hacer decir al legislador más de lo que ha dicho, y ese más es la medida de la facultad legislativa que se arroga el juez» (P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi* [1765], en *Scritti vari*, Le Monnier, Florencia, 1854, vol. II, p. 167); «el juez se convierte en legislador tan pronto como es lícito interpretar la ley» (*ibid.*); «tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores» (C. Beccaria, *o. c.*, IV, p. 31); «es un mal la interpretación de las leyes» (*ibid.*, V, p. 33); «el rey quiere que todo se decida según un texto expreso; que el lenguaje del magistrado sea el lenguaje de las leyes; que hable cuando ellas hablan y se calle cuando no hablan o, al menos, no hablan claro; que la interpretación sea proscrita; la autoridad de los doctores desterrada del foro y el magistrado constreñido a exponer al público las razones de la sentencia» (G. Filangieri, *o. c.*, p. 397). Véanse también las notas 10 y 11 e, *infra*, las notas 8, 115 y 116 del cap. 3. Mucho más modernamen-

te, contra estas ilusiones ya advirtió en cambio Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVI, p. 223: «Todas las leyes, escritas y no escritas, necesitan interpretación». Análogo escepticismo expresó L. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milán, 1953, cap. X, pp. 115-118.

25. Mientras existe una literatura agotadora sobre los problemas de la prueba y la interpretación de la ley, las cuestiones de la verdad, la verificabilidad y la verificación (además de la falsedad, la refutabilidad y la refutación) en el proceso y, más en general, en los discursos jurídicos han sido descuidados por los juristas y los filósofos del derecho. Se pueden recordar P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, en «Rivista di Diritto processuale civile», 1939, I, pp. 105 ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità, diritto senza verità*, ahora en *Opere*, Giuffrè, Milán, 1959, V, pp. 51-76; E. Opocher, *Il diritto senza verità*, en *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padua, 1950, I, pp. 177-191; G. Del Vecchio, *La verità nella morale e nel diritto*, Studium, Roma, 1952; S. Pugliatti, *Conoscenza*, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1961, IX, pp. 45-131; M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padua, 1979; J. Wroblewski, *The Problem of the So-called Judicial Truth*, en «Tidekrift utgiven av Juridiska Foreningen i Finland», 1975, 1, pp. 19-33; Id., *La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation*, en *Études de logique juridique*, CNRL, Bruselas, 1981, pp. 331-335; Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Jurídica, Helsinki, 1983; A. Aarnio, *On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, en «Rechtstheorie», 1979, 1; Id., *Argumentation in Theory and Beyond*, *ibid.*, 1983, 4; Id., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, en «Acta Philosophica Fennica», 36, Helsinki, 1983; I. Niiniluoto, *On Truth and Argumentation in Legal Dogmatics*, en «Rechtstheorie», 1981, 2; Id., *On the Truth of Norm Propositions*, *ibid.*, 1981, 3; W. Twining, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, en *Well and Truly Tried*, ed. por E. Campbell y L. Waller, The Law Book Company, 1982; Id., *Some Scepticism about Some Scepticisms*, en «Journal of Law and Society», 1984, 2, pp. 137-171; U. Scarpelli, *Auctoritas, non veritas facit legem*, en «Rivista di Filosofia», 1984, 1, pp. 29-43; L. Ferrajoli, *La semantica della teoria del diritto*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Tendenze e problemi attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milán, 1983, pp. 86-130; Id., *La formazione e l'uso dei concetti...*, cit.; Id., *Guarantees and Truth in Criminal Law*, en *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15.12.1984*, ed. por C. Faralli y E. Pattaro, Giuffrè, Milán, 1987, vol. I, pp. 301-311; N. MacCormick, *Universalization and Induction in Law*, *ibid.*, pp. 91-105; S. Chiarloni, *Processo civile e verità*, en «Questione Giustizia», 1987, 3, pp. 504-517. Véase, en fin, H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. it. de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Turín, 1985, pp. 267-292, donde se excluye todo paralelismo entre verdad de una aserción y validez de una norma: tesis ésta —observo desde ahora— no incompatible con la que aquí sostendré de que en un sistema penal de estricta legalidad la validez de la norma constituida por el fallo de una sentencia está (normativamente) condicionada por la (justificación de la) verdad de las aserciones que constituyen su motivación.

26. J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, caps. I y V, pp. 10 y 25-26. Según A. Giuliani (*Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milán, 1961, pp. 233 ss. e Id., *Prova in generale [filosofia del diritto]*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, pp. 565-570), la «fractura» entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, así como entre prueba e interpretación, es moderna, siendo extraña a la tradición greco-romana y medieval y remontándose a Bentham. El mismo Giuliani recuerda, sin embargo, la distinción entre *status racionales* (relativos «a la reconstrucción del hecho») y *status legales* (relativos a la «interpretación de la ley») en la teoría de los *status* de Hermágoras de Temnos, recibida por Cicerón y Quintiliano (*Il concetto di*

prova, cit., pp. 57 ss. y 94 ss.), además de la separación entre *jurors* y *judges* que caracteriza el *jury* inglés desde el siglo XIII y que viene informada por la máxima «ad quaestionem facti non respondent iudices; item ad quaestionem iuris non respondent iuratores» (*ibid.*, pp. 189-190). La distinción, por lo demás, ya era clara para Aristóteles (cf., *supra*, la nota 9).

27. A. Tarski, *The Semantic Conception on Truth and the Foundations of Semantics* (1944), trad. cast., *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, en M. Bunge (ed.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, p. 115; Id., *The Concept of Truth in Formalized Languages* (1936), ahora en *Logics, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956, pp. 152-278. El descubrimiento de Tarski, más allá de la aparente trivialidad de su formulación, es que para hablar de la verdad de una proposición formulada en un determinado lenguaje hay que disponer de un metalenguaje semántico, más rico que el primero, en el que se pueda hablar simultáneamente de la proposición, del hecho al que ella se refiere y de la relación de correspondencia subsistente entre las dos cosas.

28. Para un análisis general de las expresiones «fáctica» y «jurídica» asociadas al término «verdadero» y de sus condiciones de uso en la ciencia y en la práctica jurídica, remito a mi escrito *La semántica della teoria del diritto*, cit., pp. 86-104.

29. A. Tarski, *La concepción*, cit., p. 114: «Quisiéramos que nuestra definición hiciese justicia a las intuiciones vinculadas con la concepción aristotélica clásica de la verdad, intuiciones que encuentran su expresión en las conocidas palabras de la *Metafísica* de Aristóteles: Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero. Si quisiéramos adaptarnos a la terminología filosófica moderna, quizá podríamos expresar esta concepción mediante la familiar fórmula: La verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad». El texto mencionado por Tarski, con otra traducción, está en Aristóteles, *Metafísica*, versión trilingüe de V. García Yebra, Gredos, Madrid, 1982, IV, 7, 1011b, p. 207; cf. también *ibid.*, II, 1, 993b, p. 87 y VI, 4, 1027b, pp. 316-318. La versión metafísica de esta concepción se remonta a Parménides. Sobre la naturaleza, fragm. 4, en *Los filósofos presocráticos*, I, ed. de C. Eggers Lan y V. E. Juliá, Gredos, Madrid, 1981, p. 438, n. 935: «Pues sólo lo mismo puede ser y pensarse».

30. Una concepción ingenuamente realista de la verdad, en el sentido parmeniano de correspondencia ontológico-metafísica entre proposiciones y hechos y entre lenguaje y realidad, fue propia del primer neopositivismo lógico. Recuérdense las tesis del primer Wittgenstein, recogidas por Bertrand Russell, sobre las proposiciones como «imágenes» o «proyecciones» del mundo, la idea de Moritz Schlick de una relación unívoca (de uno a uno) entre significantes y significados, así como la concepción fundametalista de los protocolos y la teoría verificacionista del significado elaboradas por el Círculo de Viena. Cf. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (1918), trad. cast. de E. Tierno Galván, Revista de Occidente, Madrid, 1957 (Alianza, Madrid, 1973), tesis 2.11-2.13, 2.15, 2.161, 2.17, 2.21-2.223, 3.01, 3.11-3.13, 3.2-3.221, 4.01-4.023, 4.0311, 4.04, 4.05, 4.06, 4.1, 4.125, 4.2, 4.21, 4.25, 4.26, 4.3; B. Russell, *Philosophy of Logical Atomism* (1918), trad. cast. de J. Muguerza, *La filosofía del atomismo lógico*, en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, 2 vols., Alianza, Madrid, 1974, pp. 139-251; Id., *An Inquiry into Meaning and Truth* (1940), trad. cast. de J. Rovira Armengol, *Investigación sobre el significado y la verdad*, Losada, Buenos Aires, 1946; M. Schlick, *Allgemeine Erkenntnislehre*, Springer, Berlín, 1918; Id., *Positivismus und Realismus*, (1932), trad. cast. en A. J. Ayer (ed.), *El positivismo lógico*, F.C.E., México-Madrid-Buenos Aires, 1965, pp. 88-114; Id., *Über das Fundament der Erkenntnis* (1934), trad. cast., *Sobre el fundamento del conocimiento*, en *El posi-*

tivismo lógico, cit., pp. 215-232; R. Carnap, *Der logische Aufbau der Welt*, Weltkreis Verlag, Berlín, 1928; Id., *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft*, en «Erkenntnis», 1931, II, pp. 432-465; A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic* (1936), trad. cast. de M. Suárez, Martínez Roca, Barcelona, 1971, pp. 101 ss.

Como ha mostrado recientemente D. Zolo (*Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Feltrinelli, Milán, 1986, caps. III y IV), la primera crítica de esta gnoseología, oscilante entre realismo ontológico e idealismo sensista, se debe a O. Neurath, *Wege der wissenschaftlichen Weltauffassung*, en «Erkenntnis», 1930, I, pp. 106-125; Id., *Soziologie im Physikalismus* (1931), trad. cast. en *El positivismo lógico*, cit., pp. 287-322; Id., *Protokollsätze* (1932), trad. cast. en *El positivismo lógico*, cit., pp. 205-214; Id., *Pseudorationalismus der Falsifikation*, en «Erkenntnis», 1935, V, pp. 353-365. En la polémica contra el realismo dogmático que opuso a Neurath frente a los demás miembros del Círculo, a Wittgenstein, a Russell e incluso a Popper, Zolo reconoce una lúcida anticipación de esa revisión crítica del empirismo emprendida por W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View* (1953), trad. cast. de M. Sacristán, *Desde un punto de vista lógico*, Ariel, Barcelona, 1962, y después desarrollada por autores como Hanson, Lakatos, Kuhn y Feyerabend. No me parece en cambio justificada la acusación de «falacia ontológica» en la que Zolo (o. c., pp. 48 y 125-126) —por las razones que aclararé en el apartado 5.2— implica, tras los pasos de las críticas de Neurath, también la concepción tarskiana de la verdad, asimilándola a las tesis realistas del primer empirismo lógico.

31. A. Tarski, *La concepción semántica*, cit., p. 143: «En efecto, la definición semántica de la verdad nada implica respecto de las condiciones en que puede afirmarse una oración tal como (1), *La nieve es blanca*. Sólo implica que, siempre que afirmamos o rechazamos esta oración, debemos estar listos para afirmar o rechazar la oración correlacionada (2), *La oración 'la nieve es blanca' es verdadera*. De manera que podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin abandonar ninguna actitud gnoseológica que podamos haber tenido; seguimos siendo realistas ingenuos, realistas críticos o idealistas, empiristas o metafísicos: lo que hayamos sido antes. La concepción semántica es completamente neutral respecto de todas esas posiciones». Esta distinción entre la definición semántica de la verdad y la indicación de los criterios conforme a los que podemos aseverar que una proposición es verdadera, es esencial para poder usar la palabra «verdad» en el sentido de «correspondencia» sin compromisos de tipo subjetivista o realista-metafísico. Como ha observado Karl Popper, en realidad permite decir que «una teoría puede ser verdadera aunque nadie crea en ella y aunque no tengamos razón alguna para creer que es verdadera; y otra teoría puede ser falsa aunque tengamos razones relativamente buenas para aceptarla»; y confiere, por tanto, a la concepción semántica de Tarski el carácter de una «teoría objetiva (o 'metalógica')» de la verdad respecto de todas las demás concepciones —la sintáctica de la coherencia y las pragmáticas de la evidencia y de la aceptabilidad justificada— que, en cambio, son «teorías de la verdad subjetivas (o 'epistémicas')» en cuanto que aspiran a la formulación de criterios conforme a los cuales aseverar la verdad de una creencia (*Conjectures and Refutations* [1969], trad. cast. de N. Míguez y R. Grasa sobre la 4.ª ed., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Buenos Aires, 1983, pp. 275-276). Además, al haber dissociado el significado del término «verdadero» de sus criterios de aplicación, Tarski ha contradicho la tesis central de la epistemología realista-positivista, según la cual para determinar el significado de un concepto hace falta establecer (en vez de sólo sus condiciones de uso, también) un criterio para su aplicación, es decir, un método para la verificación de las tesis en las que aparece. De este modo, dice Popper, «Tarski ha rehabilitado la teoría de la correspondencia» (*Objective Knowledge. An Evolutionary Approach* [1972], trad. cast. de C. Solís, *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucion-*

nista, Tecnos, Madrid, 1974, p. 284), que sigue siendo una «teoría realista» solamente en el sentido de que «establece la distinción, que es realista, entre una teoría y los hechos que describe esa teoría» y «nos permite hablar de una realidad distinta de la teoría» (*ibid.*, p. 286), pero no ya en el sentido de que nos suministre un método para establecer si una tesis es verdadera o no es verdadera porque corresponde o no con un hecho.

32. A. Tarski, *o. c.*, pp. 146 y 150. En el mismo sentido, K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 53 y 62-63.

33. Tarski pone como condición para la aplicabilidad de su definición que los lenguajes-objeto en los que se expresan las proposiciones de las que se predica la verdad en el metalenguaje semántico tengan una estructura exactamente determinada, como es la que aparece solamente en los lenguajes formalizados (*o. c.*, p. 125-126). Esta restricción resulta notablemente liberalizada por Popper, que la juzga «equivocada» y exige solamente que el lenguaje-objeto sea coherente gracias a un «cierto grado de 'artificialidad'» (*Conjeturas y refutaciones*, cit., 10, pp. 273-274 y Apéndice, p. 475). El mismo Tarski, por lo demás, no había negado que su definición fuese también aplicable a los «lenguajes naturales», siquiera fuera de forma no «rigurosa» sino con «carácter aproximado» (*o. c.*, p. 120). Y añadía: «El hecho de que en la investigación empírica sólo tratemos con lenguajes naturales, y que la semántica teórica se aplique a estos lenguajes sólo con cierta aproximación, no afecta esencialmente al problema... Esta situación no difiere esencialmente de la que se presenta cuando aplicamos las leyes de la lógica a las discusiones de la vida diaria o, en general, cuando intentamos aplicar la ciencia teórica a los problemas empíricos» (*ibid.*, pp. 147-148).

34. A. Tarski, *o. c.*, p. 151.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

37. Popper llama a tal noción también con la palabra «verosimilitud» (*verisimilitude*): cf. K. R. Popper, *Conjeturas*, cit., 10, pp. 279 ss. y Apéndice, pp. 466 ss.; *Id.*, *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 53 ss. y 58-65. La expresión «verosimilitud» es significativamente empleada también por algunos juristas a propósito de la «verdad» en el proceso: cf. P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en «Rivista di Diritto processuale», 1955, pp. 64 ss.; G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Cedam, Padua, 1964, pp. 203 y 208-209; S. Pugliatti, *Conoscenza*, cit., pp. 76-79. De «semejanza» hablaba también F. M. Pagano, *La logica dei probabili. Per servire di teoria alle pruove nei giudizi criminali* (1806), Spadafora, Salerno, 1924, I, pp. 1-2: «la verdad no es más que la conformidad de la idea con su original, es decir, con el objeto, y la semejanza del juicio con la cosa representada». Me parece, sin embargo, que estas expresiones, aplicadas a las tesis jurisdiccionales, son todas ellas más desorientadoras y comprometedoras que las de «aproximación» o de «verdad aproximativa».

38. La idea popperiana de la «verdad objetiva» o «absoluta» como «patrón», «principio» o «idea reguladora» (K. R. Popper, *Conjeturas*, cit., 10, p. 275 y 280; *Id.*, *Conocimiento objetivo*, cit., 2, pp. 64 y 287) está claramente copiada de la tesis de Tarski de la verdad objetiva como «expresión de un ideal» (*supra*, nota 34). Popper, que sobre el problema de la verdad siempre se ha declarado deudor de Tarski, atribuye a la influencia de éste también la génesis de su concepto de «verosimilitud» o de «acercamiento a la verdad (objetiva)»: «Muchos se han visto inducidos a afirmar que, aunque no sepamos cuán lejos o cuán cerca estamos de la verdad, tenemos la posibilidad de acercarnos cada vez más a la verdad, y a menudo lo hacemos. Yo mismo he hecho afirmaciones semejantes en el pasado, aunque siempre con ocultos remordimientos... Pero cuando yo escribía o decía que la ciencia se aproximaba cada vez más a la verdad o que era una manera de aproximarse a la verdad, sentía que, en realidad, debía escribir 'Verdad' con una 'V' mayúscula, para dejar bien en claro que se trataba

de una noción vaga y metafísica en alto grado, a diferencia de la 'verdad' de Tarski, que podemos escribir —con conciencia limpia— de la manera ordinaria, es decir, con minúscula. Sólo hace muy poco que me puse a reflexionar acerca de si la idea de verdad aquí implicada era, en realidad, tan peligrosamente vaga y metafísica, a fin de cuentas. Hallé casi inmediatamente que no lo es, y que la aplicación a ella de la idea fundamental de Tarski no presenta ninguna dificultad particular. Pues no hay razón alguna por la cual no debamos decir que una teoría corresponde a los hechos mejor que otra» (*Conjeturas*, cit., p. 283).

39. La posición de Popper es equívoca al respecto. En efecto, por un lado, afirma que su concepto de «aproximación a la verdad», al igual que el tarskiano de «verdad», es un concepto semántico cuya definición no equivale a un criterio de verdad siquiera sea aproximativa, sino a la indicación de un principio regulador (*Conjeturas*, cit., 10, pp. 280 y 283); Id., *Conocimiento objetivo*, cit., p. 64). Por otro lado, representa este concepto con imágenes toscamente positivistas, como la del aproximarse a la cumbre por un alpinista o la del «espacio métrico» o «topológico» dentro del cual se colocarían, a diferente distancia de la verdad, las teorías concurrentes (*Conjeturas*, cit., 10, pp. 277 y 283); Id., *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 59-65).

40. El «poder de explicación», «relevancia» o «contenido de verdad» de una proposición es para Popper el elemento de la definición de «verosimilitud» o de «aproximación a la verdad» que permite dilucidar la actividad científica como búsqueda de la «verdad» en el sentido de Tarski: «*la verdad no es el único objetivo de la ciencia*. Queremos más que la mera verdad: lo que buscamos es una *verdad interesante*, verdad a la que es difícil llegar. Y en las ciencias naturales (a diferencia de las matemáticas) lo que buscamos es una verdad con un alto grado de poder explicativo, en un sentido que implica que es una verdad lógicamente improbable... No nos contentamos con 'dos más dos es igual a cuatro', aunque esto sea verdadero... Cuando el juez le dice a un testigo que debe decir 'la verdad, *toda la verdad*, y nada más que la verdad', lo que busca es toda la *verdad pertinente a la cuestión* que el testigo pueda ofrecer. Un testigo que se vaya por las ramas es insatisfactorio como testigo, aunque sus afirmaciones sean verdades trilladas y, por ende, parte de 'toda la verdad'. Es obvio que lo que el juez —o cualquier otra persona— quiere, cuando pide 'toda la verdad', es toda la información verdadera *interesante y atinente a la cuestión* que pueda obtener; y muchos testigos absolutamente sinceros callan una información importante simplemente porque desconocen su relación con el caso» (*Conjeturas*, cit., 10, pp. 281-282).

41. La hipótesis escéptica formulada por Russell, y recogida varias veces en la literatura filosófico-analítica, es la tesis, lógicamente posible y empíricamente no confutable de manera definitiva, «de que el mundo ha comenzado a existir hace cinco minutos y que ha surgido exactamente como es ahora, con una población que 'recuerda' un pasado del todo irreal». Esta hipótesis de escuela le sirve a Russell para afirmar, siguiendo a Hume, que «no hay una correspondencia lógicamente necesaria entre acontecimientos que se verifican en tiempos distintos; por tanto, nada de lo que sucede ahora o sucederá en el futuro puede confutar la hipótesis según la cual el mundo ha surgido hace cinco minutos. Por lo que los hechos *llamados* conocimiento del pasado son lógicamente independientes del pasado; son enteramente descomponibles en contenidos presentes, que podrían, teóricamente, ser exactamente como son aunque no hubiese existido pasado alguno» (B. Russell, *The Analysis of Mind* [1921], trad. it. de J. Sanders y L. Breccia, *L'analisi della mente*, CLFM, La Spezia, 1981, p. 149 (trad. cast. de E. Prieto, *Análisis del espíritu*, Paidós, Buenos Aires, 1950).

42. C. I. Lewis, *Mind and the World Order*, Scribner, Nueva York, 1929, p. 151: «La totalidad de tales efectos constituye de manera bastante obvia todo el objeto cognoscible»; «el pasado viene constituido a través de la correcta interpretación de

un dato que incluye determinados caracteres que son signos de la cualidad de pasado» (*ibid.*); «evidentemente, ciertos signos identificables deben significar la cualidad de pasado de la cosa presentada, de otra forma el pasado no se podría distinguir del presente» (*ibid.*, p. 153). Russell ya había hablado, de modo análogo, de «sentimiento del pasado» suscitado por los signos que se nos presentan (o. c., p. 152).

43. Esto vale incluso en la rara hipótesis de que el juez haya asistido personalmente a los hechos que está llamado a juzgar, como ocurre en el caso de los delitos cometidos en la vista. En este caso, en efecto, se basa no en su observación sino en su «memoria», que es algo muy distinto: las «imágenes mnésicas», dice Russell, son «meramente imaginarias» en el sentido de que no corresponden a sensaciones sino que son también «signos del acontecimiento pasado» (o. c., p. 173). Otra cuestión es, además, si una «cualidad privada» semejante es compatible con el método legal de formación de las pruebas: cf., *infra*, apartado 41.6.

44. Al propósito, además de los escritos citados de Lewis y de Russell, cf. J. Dewey, *Realism without Monism or Dualism: I. Knowledge Involving the Past*, en «Journal of Philosophy», 1922, XIX; Id., *Logic, the Theory of Inquiry* (1939), trad. it. de A. Visalberghi, *Logica, teoria dell'indagine*, Einaudi, Turin, 1965, cap. XII; A. J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 117-118 y 170-172; Id., *Statements about the Past* (1950), trad. cast. de F. Béjar, *Proposiciones sobre el pasado*, en *Ensayos filosóficos*, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1979, pp. 154-175; Id., *The Problem of Knowledge*, trad. cast. de A. R. Raggio, *El problema del conocimiento*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, cap. IV; A. N. Prior, *Time and Modality*, Clarendon Press, Oxford, 1957; Id., *Past, Present and Future*, Clarendon Press, Oxford, 1967. Véanse también los escritos citados en la nota siguiente.

45. Es la conocida tesis de D. Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), trad. cast. de F. Duque, *Tratado de la naturaleza humana*, 2 vols., Nacional, Madrid, 1977, lib. I, parte III, XIV, pp. 301 ss.; Id., *An Enquiry concerning Human Understanding* (1748), trad. cast. de J. de Salas Ortueta, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza, Madrid, 1980, IV, parte I, pp. 47-54. Los principios o métodos de la inducción han recibido una formulación clásica por obra de J. S. Mill, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive* (1843), cap. VIII del lib. III (hay trad. cast. de dicho capítulo, de R. Beneyto, *De los cuatro métodos de indagación experimental*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1980). Ciertamente, un procedimiento inductivo, parangonable al seguido por un detective para descubrir al autor de un delito, es el método indiciario descrito por C. Ginzburg, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, en A. Gargani (ed.), *Crisi della ragione*, Einaudi, Turin, 1979, pp. 57-106. Adviértase que mientras en la inferencia inductiva el *explanans* (o sea, el hecho probado) figura en la conclusión y el *explanandum* (o sea, el hecho probatorio) en las premisas, en la explicación causal, que tiene la forma de una inferencia deductiva, ocurre lo contrario, configurándose el *explanans* como una condición necesaria (o un conjunto de condiciones necesarias) de cuya conjunción con una ley general es deducible lógicamente el *explanandum*. Naturalmente, la explicación causal —que en la historia y, más en general, en los informes sobre el pasado asume la forma de una narración— tiene de todos modos un carácter hipotético o probabilístico, al tener naturaleza probabilística las leyes generales, a menudo triviales y sobreentendidas (entimemáticas), que figuran en las premisas. Volveré ampliamente sobre la cuestión en el apartado 10, dedicado a la prueba judicial.

El modelo nomológico-deductivo de la explicación histórica, análogo al de la explicación científica, fue elaborado por C. G. Hempel, *The Function of General Laws in History* (1942), trad. cast. de I. Ruiz Aused, *La función de las leyes generales en la historia*, en *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, Paidós, Buenos

Aires, 1979, pp. 233-246; Id., *Reasons and Covering Laws in Historical Explanation* (1963), trad. italiana de D. Antiseri, *Come lavora uno storico*, Armando, Roma, 1967, que es una respuesta a las críticas dirigidas a su ensayo del 42 por W. Dray, *Laws and Explanation in History*, O.U.P., Oxford, 1957, y *The Historical Explanation of Action Reconsidered*, en S. Hook (ed.), *Philosophy and History*, New York Univ. Press, Nueva York, 1963, pp. 105-136. Sobre el modelo nomológico-inferencial de la explicación causal y sobre sus aplicaciones a la historia, cf. también K. R. Popper, *Logik der Forschung* (1935), trad. cast. sobre la ed. inglesa de V. Sánchez de Zavala, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962, pp. 57-60; Id., *The Poverty of Historicism* (1957), trad. cast. de P. Schwartz, *La pobreza del historicismo*, Alianza, Madrid, 1973, cap. IV; Id., *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 147-179; C. G. Hempel y P. Oppenheim, *Studies in the Logic of Explanation* (1948), trad. cast. de I. Ruiz Aused, *La lógica de la explicación*, en C. G. Hempel, *Estudios...*, cit., pp. 247-294; P. Gardiner, *The Nature of Historical Explanation* (1952), trad. cast., *La naturaleza de la explicación histórica*, UNAM, México, 1961; Id. (ed.), *Theories of History*, Free Press, Glencoe, 1959; R. B. Braithwaite, *Scientific Explanation* (1953), trad. cast. de V. Sánchez de Zavala, *La explicación científica*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 285 ss. y caps. X y XI; E. Nagel, *The Structure of Science* (1961), trad. cast. de N. Míguez, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, Paidós, Buenos Aires, 1981, cap. XV; I. Scheffler, *The Anatomy of Inquiry* (1963), trad. it. de L. Pavolini, *Anatomia della ricerca*, Il Saggiatore, Milán, 1972; W. Dray, *Philosophy of History*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs (N. J.), 1964; A. C. Danto, *Analytical Philosophy of History* (1965), hay trad. cast. de E. Bustos de los caps. 1, 7 y 8, *Historia y narración. Ensayos de filosofía analítica de la historia*, Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona-Buenos Aires-México, 1989; H. Meyerhoff (ed.), *The Philosophy of History in Our Time*, Doubleday, Garden City (N. Y.) 1969; G. H. von Wright, *Explanation and Understanding* (1972), trad. cast. de L. Vega Reñón, *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1979; P. Rossi (ed.), *La teoria della storiografia oggi*, Il Saggiatore, Milán, 1983.

46. R. B. Braithwaite, *o. c.*, p. 374. Naturalmente, las distintas hipótesis o conjeturas explicativas pueden ser también todas falsas. En realidad, es posible no conseguir formular ninguna explicación plausible, o incluso que ni siquiera surja el problema judicial o historiográfico por resolver: es el caso del crimen perfecto, que no deja huellas o deja huellas desorientadoras, o de la (perfecta) falsificación artística o, en general, de la (perfecta) falsificación histórica (como lo fue, por ejemplo, la Donación de Constantino). En la elección por parte del juez entre hipótesis y soluciones igualmente fiables y motivables anida lo que en el apartado 10 llamaré «poder de comprobación».

47. C. G. Hempel, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science* (1952), trad. cast. de J. L. Rolleri, *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencias empíricas*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 81-91. El problema de las «normas concurrentes» es el que Giovanni Tarello indica como problema de la «individualización» o «elección», dentro del conjunto de los enunciados normativos, del enunciado a utilizar como premisa y, por tanto, a someter a «interpretación» (*L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 31-32, 74, 79, 86, 98, 102). En realidad, la elección de la disposición que se ha de usar como premisa se produce junto con su interpretación, versando necesariamente, como diría Tarello, sobre el enunciado normativo interpretado, es decir, sobre la «norma» propuesta como su interpretación. El problema de las normas concurrentes equivale, pues, al de la equívocidad de significados de los conceptos jurídicos, esto es, de su falta de idoneidad para operar, en caso de concurso, como criterios clasificatorios exhaustivos y recíprocamente exclusivos. Sobre el punto, volveré en el apartado 9.

48. Véase, por todos, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, U.N.A.M., México, 1979, pp. 349-358.

49. Sobre la naturaleza de los argumentos que justifican tal decisión, cf. C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), trad. cast. de J. Sevilla Muñoz, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989; C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1958), trad. cast. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979. La tendencia de Perelman a presentar la decisión judicial como fruto de «argumentación», entendida ésta como técnica de «persuasión» contrapuesta a las técnicas de «convicción» que presiden el conocimiento, confiere a su doctrina una connotación abiertamente anticognoscitivista y decisionista. Lo mismo se puede decir de las tesis de Alessandro Giuliani, quien, al contraponer la retórica a la lógica y la argumentación a la verificación, concibe igualmente la carga de la prueba como «carga de la persuasión» (*Prova*, cit., p. 521 ss.; Id., *Il concetto di prova*, cit.). Para una crítica de tal reducción de la verdad a valor y de la justificación jurídica a «persuasión», véase L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Comunità, Milán, 1973, pp. 211 ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padua, 1975, pp. 200 ss.; U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (comps.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 19-22; G. Verde, *Prova (Teoria generale e Diritto processuale civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, pp. 586-588. Un análogo resultado decisionista tienen las tesis de Giovanni Tarello, que concibe la interpretación judicial de la ley como actividad inventiva y/o volitiva y/o prescriptiva, pero en ningún sentido cognoscitiva (siendo tal solamente, aunque no son propiamente «interpretaciones», la descripción o la previsión de interpretaciones ajenas) (*L'interpretazione*, cit., pp. 61 ss., 98-99, 136 y *passim*).

50. He llamado a esta interpretación jurídica del hecho «interpretación operativa» en mi *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1966, I, pp. 290-304. Sobre las interpretaciones de la ley y las subsunciones subrepticias realizadas por el juez en la descripción del hecho para eludir los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, cf., *infra*, los puntos 3 y 4 del apartado 9.

51. *Ibid.*, pp. 296 ss. La distinción, propuesta en el ensayo que acabo de citar, entre «interpretación doctrinal» (realizada por el jurista en sede científica) como un hecho de *lengua* y la que he llamado «interpretación operativa» (realizada por el juez en sede de aplicación de la ley) como un hecho de *lenguaje*, se revelará útil —para superar los malentendidos expresados por la contraposición entre formalismo y antiformalismo en la interpretación jurídica— cuando hable, en el apartado 11, de la comprensión equitativa que tiene lugar en el juicio. La distinción entre *lengua* (por ejemplo, la lengua italiana) como conjunto de las reglas de uso de un lenguaje, y *lenguaje* (por ejemplo, mi lenguaje en italiano, escrito o hablado) como empleo concreto de la lengua, es formulada así por G. Nencioni, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, La Nuova Italia, Florencia, 1946, p. 155: «lengua» es la «realidad institucional y sistemática que fundamenta el acto lingüístico»; *ibid.*, p. 164: «Una determinada lengua, en cuanto determinada realidad institucional, es valoración y regla del hablar concreto»; *ibid.*, p. 184: «Cuando decimos 'lengua' nos separamos de los sistemas de los hablantes individuales» y miramos «a esa red de relaciones, leyes, valores, funciones... que representan la institución en sí y por sí, como cuerpo ideal que tiene su autonomía y normatividad respecto de los individuos». Esta distinción, que es el fundamento de esa corriente de la lingüística italiana que ha tomado el nombre de «institucionalismo lingüístico», reproduce claramente la distinción entre *langue* y *parole* elaborada por

F. De Saussure, *Cours de linguistique générale* (1916), trad. cast. de M. Armiño, *Curso de lingüística general*, Akal, Madrid, 1980, pp. 33-37 y *passim*. Un fecundo paralelismo entre «institucionalismo lingüístico» e «institucionalismo jurídico» desarrolla P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto* (1962), en *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 103-193.

52. C. Beccaria, o. c., XVII, p. 58. La imagen es análoga a la del «espectador imparcial» de A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759), hay trad. cast. parcial de E. O'Gorman, *Teoría de los sentimientos morales*, F.C.E., México, 1979, parte II, sec. III, cap. I.

53. C. Beccaria, o. c., XVII, p. 59.

54. J. Dewey, *Logica, teoría dell'indagine*, cit., XII, p. 317.

55. «La más mínima reflexión nos muestra que el material conceptual empleado al escribir historia pertenece al período en que la historia misma resulta escrita. No hay otro material que pueda suministrar principios conductores e hipótesis fuera del históricamente presente. Con el cambio de una cultura cambian también las concepciones que predominan en ella. Se afirman necesariamente nuevos puntos de vista, nuevos modos de valorar y ordenar los datos. Así se vuelve a escribir la historia» (*ibid.*, p. 315). Paul Ricoeur habla eficazmente, a propósito de la continua renovación retroactiva de nuestra memoria colectiva, de «neo-pasado» (*Finitude et culpabilité* [1960], trad. cast. de C. Sánchez Gil, *Finitud y culpabilidad*, Taurus, Madrid, 1969, p. 260).

56. Cf. Th. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), trad. cast. de A. Contín, *La estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E., México-Madrid-Buenos Aires, 1971; I. Lakatos y A. Musgrave (comps.), *Criticism and the Growth of Knowledge* (1970), trad. cast. de F. Hernán, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Grijalbo, Barcelona-Buenos Aires-México, 1975.

57. En efecto, aquél no solicita nuevas y más adecuadas conjeturas explicativas. Sobre la fecundidad del error en la ciencia y sobre el método científico como «método de aprendizaje mediante ensayo y error», cf. K. R. Popper, *Conjeturas*, cit., 10, pp. 270 ss. y 15, pp. 375 ss.; *Id.*, *Autobiography*, en P. A. Schilpp (ed.), *The Philosophy of Karl Popper* (1974), trad. cast. de C. García Trevijano, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 61-66, 106, 154-155. La provisionalidad de todo conocimiento empírico no terminada inmediatamente en la acción es expresada así por G. W. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement par l'auteur du système de l'harmonie préétablie* (1765), trad. cast. de J. Echevarría Ezponda, *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, Editora Nacional, Madrid, 1977, lib. IV, cap. XVI, pp. 560-561: «en nuestros propios negocios, sobre todo en las materias muy importantes en las cuales todavía está permitido lanzarse a fondo o desentenderse del asunto, sin que resulte perjudicial suspender la ejecución y andar con cuidado, las decisiones de nuestro espíritu, basadas en probabilidades, nunca deben ser consideradas *in rem iudicatam*, como lo llaman los jurisconsultos, es decir, nunca deben servir para negarse a la *revisión* del razonamiento, cuando nuevas razones dignas de consideración surjan en oposición. Mas cuando ya no hay más tiempo para deliberar, hay que seguir la decisión que se haya tomado con tanta firmeza como si fuera infalible, pero no siempre con tanto rigor»; p. 560: «Por otra parte, aunque en materia de justicia ordinariamente no está permitido retractarse de los juicios que ya han sido dictaminados, y revisar cuentas cerradas (de otra forma habría que estar en una inquietud perpetua, lo cual resultaría tanto más insoportable cuanto que tampoco se podría conservar siempre noticia de las cosas pasadas), sin embargo, en ocasiones uno puede apelar en justicia sobre la base de nuevos datos, e incluso puede llegar a lograr lo que se denomina *restitución in integrum*, en contra de lo que había sido dictaminado».

58. A causa de la exclusividad de las competencias, del secreto de la instrucción

y de la relativa irreparabilidad del error judicial (salvo los grados ulteriores del juicio y las hipótesis extraordinarias de revisión), ni la ciencia jurídica ni la jurisprudencia son idóneas para ejercer sobre el juez un control parangonable al desarrollado sobre el científico o el historiador por la comunidad de los estudiosos: esto hace tanto más indispensable el control sobre la jurisdicción a través de la crítica externa, libre y carente de prejuicios, y tanto más intolerables los obstáculos puestos a su ejercicio (normas sobre desacato a los jueces, secreto sumarial, pretensiones de no censurabilidad avanzadas a menudo por el estamento judicial). Se dedicará al tema el apartado 41.5.

59. He desarrollado esta tesis en *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, cit., y en *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973, I, pp. 116 ss.

60. Nuestro código de enjuiciamiento penal contiene varias normas dirigidas a prevenir los casos extremos de «subjetividad» tanto del juez como de sus fuentes de prueba: las normas sobre la abstención y sobre la recusación del juez; el art. 194.1 y 3, que en el examen de testigos prohíbe las «apreciaciones personales» o las valoraciones «sobre la moralidad del imputado»; el art. 194.2, que prevé el interrogatorio a propósito «de las relaciones de parentesco o de interés» del testigo, «además de las circunstancias cuya comprobación es necesaria para evaluar su credibilidad». Sobre la subjetividad de la *notitia criminis* referida en los atestados policiales, en las denuncias y en las querellas, cf. S. Pugliatti, *Conoscenza*, cit., pp. 93-94. El derecho romano y el canónico, basándose en una refinada teoría de los errores, elaboraron un denso sistema de *normas de exclusión* (*infra*, nota 50 del cap. 3).

61. La expresión «artificial» a propósito de las declaraciones de testigos, los caereos, las confesiones, los reconocimientos y similares, se usa aquí para poner de manifiesto el hecho de que tales fuentes de prueba —a diferencia de las fuentes historiográficas, que suelen existir antes de la investigación— son *formadas* por los propios investigadores. En este sentido (propuesto por F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 9-10; Id., *Procedura penale*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 285-286), la expresión no tiene nada que ver con la distinción latina y medieval entre «*probationes artificiales*» y «*probationes inartificiales*». Según esta distinción, correspondiente a la aristotélica entre «argumentos propios del arte» y «argumentos sin arte» (*Retórica*, cit., I, 2, 1355b, p. 10), son «artificiales» los argumentos lógicos que «in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est» y «no artificiales» los testimonios, las confesiones y similares «*quae non excogitantur... ut tabulae, testimonia, pacta*» (Cicerón, *De oratore*, 2, 27, 116) y que, siempre para Cicerón, tienen menor valor que las primeras (*De Republica*, I, 38: «*apud me, ut apud bonum iudicem, argumenta plus quam testes valent*»); cf. también G. W. Leibniz, *o. c.*, lib. IV, cap. XV, p. 556: «Los retóricos plantean dos tipos de argumentos: los *artificiales*, que surgen de las cosas por el razonamiento, y los *inartificiales*, basados tan sólo en el testimonio al respecto del hombre o quizá también de la cosa misma».

62. Escribe F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., XXI, pp. 108-109: «Suponiendo incorrupto e íntegro al actuario que recibe las declaraciones, la probabilidad de la prueba que nace de la fe de los testigos viene a ser en gran medida disminuida. Porque decrece cuanto más son los medios por los que pasa antes de que el juez intervenga. El actuario es un testigo sólo, que da fe de lo dicho por otros. Tenemos, pues, un dicho de dicho, una probabilidad de probabilidad, una sombra de prueba. Si además se calcula qué cambio y distinto aspecto toman las ideas con ciertas palabras, o con otras enunciadas de un modo u otro, cuánto deberá disminuir la fe en los testigos, de quienes nos transmite las ideas un escribano avezado a contrariar a la gramática. Una puntuación distinta, una sintaxis alterada cambia completamente el sentido de las

palabras. Olvidamos en el presente cálculo las inadvertencias y los errores de memoria, a fin de que, al reducirse a cero la probabilidad que nace del proceso escrito, no parezca que llevamos demasiado lejos la paradoja». Sobre el nexo entre escritura y sistema inquisitivo y entre oralidad y sistema acusatorio, cf., *infra*, los apartados 41.5 y 41.6.

63. C. Perelman, *La specificità della prova giuridica* (1959), trad. it. de P. Negro, en *Diritto, morale e filosofia*, Guida, Nápoles, 1973, pp. 122-148; A. Falzea, *Accertamento*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, pp. 205-219; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 33 ss. y 43-49; J. Wroblewski, *La preuve juridique*, cit.; U. Scarpelli, *Auctoritas, non veritas facit legem*, cit., pp. 34 ss.; M. Taruffo, *Aspetti della giustificazione delle decisioni giudiziarie*, en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *o. c.*, pp. 271-275. Cf. también, *supra*, la nota 25.

64. Así lo establecían, por ejemplo, los artículos 62 y 67 de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Sobre las pruebas legales y, en particular, sobre el principio negativo *testis unus, testis nullus*, cf., *infra*, el apartado 10.3 y la nota 29 del cap. 3.

65. «Hay actos que se presentan con la forma de un juicio y valen como normas» (F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 967). Sobre la función garantista de la «cosa juzgada», cf. F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 197. En la presunción legal de verdad de la cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*) se pone de manifiesto el carácter normativo de la comprobación judicial, cuya «certeza» viene tutelada autorizadamente incluso a costa de su posible falsedad, salvo en los casos taxativamente previstos por la ley de revisión de la sentencia. De este modo, la *seguridad legal* se superpone artificialmente a la *inseguridad empírica* propia de toda aserción y, por tanto, de cualquier hipótesis judicial, interviniendo para suplir la falibilidad de los jueces.

66. «¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo a la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta manera que lo haría como hombre privado. En este caso, el arte queda condenado por los artistas... lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción, y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva» (J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, cap. II, pp. 12-13). Respecto a los fines de la fundamentación y la «conformidad con la ley» de la decisión, de la «celeridad», la «economía» y la «eliminación de obstáculos superfluos» —añade Bentham en polémica con las leyes y prácticas de su tiempo—, «el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacer inteligible» (pp. 12-14).

67. Cf., *infra*, los apartados 44.5 y 54.

68. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XIII y XIV, pp. 72-75.

69. J. Bentham, *o. c.*, lib. I, cap. III, p. 243.

70. F. M. Pagano, *o. c.*, XXVIII, p. 141.

71. J. Bentham, *Tratado*, cit., lib. I, cap. III, pp. 243-244: «Pero ¿puede el hombre de leyes ignorar lo que es conocido por todo el mundo? Indudablemente, no. Sin embargo, hay que distinguir en él dos seres, extraños uno de otro: el hombre natural y el hombre artificial. El hombre natural puede ser amigo de la verdad; el hombre artificial es su enemigo. El hombre natural puede razonar con buen sentido y sencillez; el hombre artificial no sabe razonar más que con la ayuda de sofismas, suposiciones y ficciones. El hombre natural puede ir derecho a su objetivo; el hombre artificial no sabe llegar a él más que mediante vueltas infinitas. Y si le preguntaseis: *¿qué hora es?*, *¿qué tiempo hace?*, sentiría la necesidad de comenzar poniendo dos o tres personas entre vosotros y

él, de inventar alguna ficción astrológica y de emplear algunas semanas o meses en escrituras y cuestiones preliminares. En el seno de su familia, el hombre de leyes vuelve por la fuerza del buen sentido a ese método simple del que se ha alejado, en el foro, por la locura de la erudición. No hay ninguno entre ellos tan atrapado por sus prácticas judiciales que las aplique a sus asuntos domésticos. Toma sus máximas junto con sus vestimentas ceremoniales y lo aparta todo al mismo tiempo. Si quisiéramos imaginarnos una idiocia —pero una idiocia triste e incomprensible—, no tendríamos más que suponer un abogado inglés que quisiera llevar a la vida normal las ficciones, las reglas y la lógica del foro». Bentham ilustra esta idiocia profesional contando en una nota una divertida anécdota: «Me encontraba presente en el Tribunal del Rey, en la sala de Westminster, cuando el célebre Wilkes, después de haberse sustraído por algún tiempo a la sentencia que le esperaba, se presentó de improviso para recibirla. No es posible describir cuánto desorientó y confundió a los jueces esa inesperada aparición. Las formas habrían querido que aquél compareciese no por su cuenta, sino acompañado por el *sheriff*. Al faltar esta formalidad, el embarazo de la justicia dio vida a una farsa. Al fin le fue dicho: 'Señor, quiero creer, personalmente, que estáis ahí, dado que vos lo decís y que mis ojos os ven; pero no existe ningún precedente de que un Tribunal, en un caso semejante, haya considerado que se tuviera que fiar de sus propios ojos; por eso, este Tribunal no tiene nada que deciros'. ¿Quién hizo este discurso? Uno de los mejores genios de Inglaterra. Pero para qué sirve el genio cuando está entenebrecido por reglas que impiden a los ojos ver y a los oídos oír» (*ibid.*). No menos extraordinaria es la aventura contada por Voltaire de un cierto señor La Pivardière, por cuyo asesinato se había intentado un proceso contra la esposa basándose en indicios debilísimos: «Un día La Pivardière vuelve a su casa y se presenta a los jueces de la provincia que procedían por su homicidio. Pero los jueces no quieren perder su proceso: sostienen que está muerto, que es un impostor por declararse todavía con vida, que debe ser castigado por semejante mentira a la justicia, que sus procedimientos son más creíbles que él. Hicieron falta sus buenos dieciocho meses de proceso antes de que el pobre hombre pudiese obtener un decreto declarando que todavía estaba vivo» (*Prix de la justice et de l'humanité*, en *Oeuvres complètes de Voltaire*, Garnier, París, 1880, XXX, *Mélanges*, IX, art. XII, p. 577).

72. K. R. Popper, *Conjeturas*, cit., 10, p. 279.

73. *Ibid.*, 10, pp. 302-303. Cf. también A. J. Ayer, *El problema del conocimiento*, cit., cap. II.

74. Sobre este rasgo común ha llamado recientemente la atención V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 220 ss.; Id., *La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XIV, 1984, 2, pp. 401-459; Id., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, *ibid.*, XV, 1985, 2, pp. 371-399.

75. Cf. el pasaje de Beccaria reproducido, *supra*, en la nota 24.

76. La aplicabilidad de la lógica a las normas y, por tanto, la deducibilidad de imperativos individuales («el ladrón *S* debe ser castigado con la pena *P*») desde imperativos generales («todos los ladrones deben ser castigados con la pena *P*») viene negada —conforme al dogma protopositivista de la aplicabilidad de la lógica sólo a los enunciados verdaderos o falsos— por A. Ross, *Imperativi e logica* (1941), trad. it. en A. Febbrajo y R. Guastini (eds.), *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 73-96, y sobre todo por H. Kelsen, *Diritto e logica* (1965), trad. it. en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 173-195, e Id., *Teoria generale delle norme*, cit., LVII y LVIII, pp. 350-429. La tesis ha sido recogida en Italia sobre todo por R. Guastini, *In tema di ragionamento giudiziario*, en

«Materiali per una storia della cultura giuridica», XI, 1981, pp. 199-203; Id., *Questioni di deontica in Ross*, *ibid.*, pp. 481-506; Id., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Turín, 1982, pp. 83-101; Id., *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), o. c., pp. 173-201. Contra esta tesis, cf. por último O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1981; D. Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath*, cit., pp. 177-178; y L. Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1986, XVI, 2; Id., *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milán, 1987. Véanse también, sobre el tema, las contribuciones de Eugenio Bulygin, Georg H. von Wright, Ota Weinberger, Aulius Aarnio, Aleksander Peczenik, Neil MacCormick y Jerzy Wroblewski, en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1987.

77. Es lo que ocurre, como se verá en el apartado 12, cuando el poder judicial es en todo o en parte —por defecto de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad— *poder de disposición*.

78. «Los axiomas geométricos no son, pues, ni juicios sintéticos *a priori* ni hechos experimentales. Son convenciones: nuestra elección entre todas las convecciones posibles está *guiada* por los hechos experimentales, pero permanece *libre*, y sólo está guiada por la necesidad de evitar toda contradicción [...] Entonces, ¿qué se debe pensar de esta pregunta? ¿Es verdadera la geometría euclidiana? La pregunta no tiene ningún sentido. Es lo mismo que preguntar si el sistema métrico es verdadero y las antiguas medidas falsas; si las coordenadas cartesianas son verdaderas y las coordenadas polares falsas. Una geometría no puede ser más verdadera que otra; solamente puede ser *más cómoda*» (H. Poincaré, *La science et l'hypothèse* (1902), trad. cast. de A. B. Besio y J. Banfi, *La ciencia y la hipótesis*, Espasa-Calpe, Madrid, ³1943, 1963, p. 57).

79. «Cuando se formula un enunciado, se confronta con la totalidad de los enunciados existentes. Si concuerda con éstos, se añade a ellos; si no concuerda, es caracterizado como 'no verdadero' y se abandona, o bien se cambia el actual conjunto de enunciados de la ciencia para que el nuevo enunciado pueda ser insertado en él; por lo general, difícilmente se elige esta última opción» (O. Neurath, *Physikalismus*, en «Scientia», 50, 1931, p. 299).

80. Cf., *infra*, las notas 86 y 87.

81. Concepciones de tipo sintáctico y/o pragmático de la justificación jurídica como «coherencia» o «aceptabilidad» en alternativa a la de la verdad como correspondencia las ofrecen —aun dentro de la variedad de los presupuestos epistemológicos de base— A. Aarnio, *On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, cit.; Id., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, cit.; A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), trad. it., *I fondamenti del ragionamento giuridico*, en P. Comanducci y R. Guastini, o. c., pp. 121-187; R. Guastini, *Osservazioni in margine*, *ibid.*, pp. 189-210; N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification* (1984), trad. it., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, *ibid.*, pp. 243-262; P. Comanducci, *Osservazioni in margine*, *ibid.*, pp. 265-275; R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), hay trad. cast., deficiente, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; V. Villa, *Truth and Acceptability in Legal and Empirical Science*, en *Reason in Law*, cit., vol. II, 1987, pp. 381-369; Id., *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1988, pp. 567-597. Ha de señalarse que estos autores se ocupan casi exclusivamente de la verdad (o justificación) de las proposiciones jurídicas que ver-

san sobre normas, y casi nunca de la verdad (o prueba) de las proposiciones judiciales fácticas concretas, para las cuales es más evidentemente ineludible, dentro de un sistema garantista, la referencia empírica (o la «correspondencia» con) la existencia o no de los hechos juzgados; y que, además, en el campo de las proposiciones jurídicas, se ocupan predominantemente de las proposiciones de la dogmática jurídica, bastante menos de las proposiciones judiciales y todavía menos de las proposiciones judiciales penales, en las que la referencia empírica de la motivación a las normas viene prescrita, dentro de los ordenamientos codificados que incluyen el principio de estricta legalidad, por las garantías de la taxatividad de los supuestos típicos penales y por la prohibición conexa de la analogía. Dicho esto, la aceptación de la teoría de la «correspondencia» es perfectamente compatible con la concepción ampliada de la «coherencia» oportunamente sostenida por tales autores —no como «consistencia» lógica, sino más genéricamente como «congruencia» o «armonía» (*fitness*) con el conjunto de las demás tesis aceptadas—, una vez aclarado que la «correspondencia» designa el *significado* o las condiciones de uso del término «verdadero», mientras que la «coherencia» designa un *criterio* o una condición para la aceptación de la verdad de las tesis afirmadas.

82. «No hay duda de que lo que ordinariamente llamamos 'verdad' es la correspondencia con los hechos; en el lenguaje ordinario llamamos 'verdad' a la correspondencia más bien que a la coherencia o a la utilidad práctica. El juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad, no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más. El juez exhorta al testigo a decir toda la verdad y nada más que la verdad, pero no dice: 'Lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones', que es lo que debería decir si creyese en la teoría de la coherencia. En otras palabras, no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de 'verdad' tal como se emplea en el juzgado» (K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., p. 286).

83. Cf. D. Zolo, *Scienza e politica*, cit., pp. 48 125-126, según quien «hablar de 'verdad' o de 'realidad'» (o sea, de verdad en el sentido tarskiano de «correspondencia» con la realidad) «es en alguna forma arriesgado, puesto que este uso lingüístico parece aludir a la existencia de alguna proposición definitiva».

84. En particular, la distinción resultará decisiva para fundamentar los criterios subjetivos y las respectivas garantías a propósito de la justificación del convencimiento del juez en orden a la fuerza inductiva de las pruebas (*infra*, apartado 10.7).

85. Cf. mi *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1967, III, pp. 539 ss.

86. «Cuando ese requerimiento, plan o pretensión es seguido por nosotros *nos guía verdadera o falsamente*; nos conduce hasta nuestra finalidad o en otra dirección distinta. Lo que tiene la máxima importancia en su función operante, dinámica, y toda su verdad y falsedad radican en la calidad del obrar a que nos induce. La hipótesis que funciona en la práctica es la única verdadera; y la verdad es un sustantivo abstracto que se aplica a la serie de casos, actuales, previstos y deseados, que se ven confirmados en sus obras y en sus consecuencias» (J. Dewey, *Reconstruction in Philosophy* [1920], trad. cast. de A. Lázaro Ros, *La reconstrucción de la filosofía*, Planeta-Agostini, Barcelona, 21986, p. 168); toda idea es un «esbozo dibujado a partir de cosas existentes, una intención de actuar de forma que tales cosas se coloquen de una determinada manera. De ahí se sigue que si aquel esbozo resulta bien, si las existencias, uniformándose con las acciones, se restablecen de la manera querida por la idea, entonces la idea es verdadera» (Id., *Essays in Experimental Logic*, Chicago, 1916, pp. 316-317); «En general, por 'concepto' no entendemos nada más que un grupo de operaciones; el concepto es sinónimo del correspondiente grupo de operaciones» (P. W. Bridgman, *The*

Logic of Modern Physics [1927], trad. it. de V. Somenzi, *La logica della fisica moderna*, Boringhieri, Turín, 1965, cap. I, p. 37).

87. Th. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, cit. Una argumentación análoga puede hacerse para las teorías post-empiristas de Hanson, Feyerabend y Lakatos y las llamadas «constructivistas» de Putnam, Goodman, Hesse, Rescher y Rorty (sobre las cuales, cf. V. Villa, *La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 617-665).

Capítulo 2

MODELOS DE DERECHO PENAL

6. *Las garantías penales y procesales*

1. *Principios y modelos de derecho penal.* Se ha hablado, al comienzo, de la unidad y la coherencia rastreables en el plano epistemológico, más allá de sus heterogéneos presupuestos filosóficos, entre los distintos principios que componen el modelo garantista del derecho penal. Esta unitariedad ha sido identificada por último, esencialmente, en la decidibilidad por ellos asegurada de la verdad procesal de las hipótesis de delito formulables como presupuestos de la pena. Conforme a ello, es ahora posible trazar una tabla analítica y sistemática, aunque inevitablemente esquemática, de todos estos principios y, por otro lado, individualizar los distintos modelos de ordenamiento penal de una u otra forma autoritarios que resultan de la falta o de la lesión de uno o varios de aquéllos. Estos principios, formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí. Es, pues, posible formalizarlos, aislar los fundamentales de los derivados y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según los incluidos o excluidos por cada uno de ellos.

Los términos que emplearé en la formulación de estos principios son once: *pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa*. Cada uno de estos términos, excluido obviamente el primero, designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro del modelo de derecho penal que él mismo concurre a definir. Dentro de tal modelo —si definimos la *responsabilidad penal* como el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sea sometida a pena¹— cada uno de ellos designa además una condición de la responsabilidad

penal. Es superfluo precisar que estos términos y las condiciones designadas por ellos, al ser introducidos por elecciones de naturaleza teórica y convencional, podrían ser distintos y, sobre todo, más numerosos. Las condiciones más problemáticas, cuya satisfacción nunca es perfecta, son en todo caso las de la «prueba» y la «defensa», en el doble sentido de verificabilidad y refutabilidad en abstracto y de verificación y refutación en concreto de las hipótesis acusatorias predefinidas por la ley. En realidad, sabemos que un derecho penal totalmente «con verdad», si «verdad» se entiende en sentido objetivo, corresponde a una utopía que es tan importante perseguir como ilusorio y peligroso creer posible alcanzar.

Los *axiomas garantistas* —formados por las implicaciones entre cada término de la serie aquí convenida y los términos posteriores— no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa. Se trata, en otras palabras, de *implicaciones deónticas*, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas que aquí se axiomatizarán da vida a *modelos* a su vez deónticos, normativos o axiológicos. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, pues, una opción ético-política en favor de los valores normativamente tutelados por ellos. Eso no impide el carácter descriptivo, y no normativo, de su análisis teórico y, sobre todo, de su uso —como se realizarán en el curso de este libro— para interpretar y explicar los principios de justificación política y de convalidación jurídica de los distintos sistemas penales concretos, además de las separaciones, inevitablemente conectadas a su carácter normativo, entre justicia, validez y efectividad penal².

Cada una de las implicaciones deónticas —o principios— de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición *sine qua non*, esto es, una *garantía jurídica* para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual *no* está permitido, o está prohibido, castigar. «Aliud fraus, aliud poena», escribe Ulpiano: «fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest»³. La función específica de las garantías en el derecho penal, como mostraré en la tercera parte, en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Precisamente porque «delito», «ley», «necesidad», «ofensa», «acción» y «culpabilidad» designan requisitos o condiciones *penales*, mientras que «juicio», «acusación», «prueba» y «defensa» designan requisitos o condiciones *procesales*, los principios que

exigen los primeros se llamarán *garantías penales*, y los exigidos por los segundos, *garantías procesales*.

2. *Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG.* Llamo *garantista, cognitivo o de estricta legalidad* al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización⁴ resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lege.*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*
- A5 *Nulla iniuria sine actione.*
- A6 *Nulla actio sine culpa.*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio.*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla probatio sine defensione.*

Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo *garantista* de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal «absoluto». Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*. Su análisis teórico se desarrollará en la tercera parte de este trabajo, donde discutiré detalladamente las cuestiones de la legitimación *política* expresadas

por las preguntas por el «cuándo» y el «cómo» de la intervención penal. Precisamente, analizaré en el capítulo VII los principios A1, A2 y A3, que responden a las preguntas «cuándo y cómo castigar» y expresan las garantías relativas a la *pena*; en el capítulo VIII, los principios A4, A5 y A6, que responden a las preguntas «cuándo y cómo prohibir» y expresan las garantías relativas al *delito*; en el capítulo IX, los principios A7, A8, A9 y A10, que responden a las preguntas «cuándo y cómo juzgar» y expresan las garantías relativas al *proceso*. El análisis dogmático de los mismos principios —con referencia al derecho positivo italiano y a los distintos subsistemas en los que se diferencia— será en cambio desarrollado en la cuarta parte, donde ilustraré sus formulaciones a veces infelices e insuficientes en nuestras leyes constitucionales y ordinarias, sus desmentidos o violaciones en los distintos niveles normativos de nuestro ordenamiento y sus consecuentes funciones de deslegitimación, además de las de legitimación *jurídica*.

De los diez axiomas de nuestro sistema SG —inderivables entre sí y no obstante encadenados de manera que cada uno de los términos implicados implique a su vez al sucesivo— se derivan, mediante triviales silogismos, cuarenta y cinco teoremas: en efecto, todos los términos implicados son enunciables como consecuentes de otras tantas implicaciones que tienen como antecedentes a todos los términos que las preceden en el sistema⁵. Así pues, diremos: *nulla poena sine lege* (T11), *nulla poena sine necessitate* (T12), *nulla poena sine iniuria* (T13), y de igual forma, en materia de pena, hasta la tesis *nulla poena sine defensione* (T19); y, además, *nullum crimen sine necessitate* (T20), *nullum crimen sine culpa* (T23), y de la misma forma, en materia de delito, hasta la tesis *nullum crimen sine defensione* (T27); y así sucesivamente. En total tendremos cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo.

El conjunto puede parecer algo complicado. Por ello, se pueden sugerir dos formulaciones equivalentes pero compendiadas: una constituida por la serie de las implicaciones que llevan como antecedente a cada término de la serie y como consecuente al producto lógico de los que le siguen y otra constituida por la serie de las implicaciones que llevan como consecuente a cada término de la serie y como antecedente a la suma lógica de los que le preceden⁶. La primera serie (T56-T65) conecta entre sí a todas las garantías que condicionan los principios relativos a cada término del sistema; la segunda (T66-T75) conecta a todos los principios en los que se articula y por los que está condicionada cada una de las diez garantías⁷.

3. *El principio de estricta legalidad: un modelo regulativo*. De todos los principios garantistas —o garantías— expresados por nuestros diez axiomas y de las diez tesis derivados de ellos, el que caracteriza

específicamente el sistema cognitivo SG es el *principio de estricta legalidad* enunciado por el axioma A3, por las tesis T28-T34 y, comprendiadamente, por la tesis T58.

Este principio, que ya he ilustrado sumariamente en el apartado 1 y que redefiniré analíticamente en el apartado 9, ocupa un lugar central en el sistema de garantías. Se distingue del principio de mera o lata legalidad, expresado en el axioma A2 y de manera más completa en la tesis T67, por su distinta forma lógica. Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue, como aclararé mejor en los apartados 26 y 28, un distinto papel de los dos principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.

Volveré más veces, a lo largo de este libro, sobre esta diferencia estructural. Baste aquí decir que mientras el principio convencionalista de mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la *decidibilidad de la verdad* de su enunciación⁸. En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la *reserva relativa de ley*, entendiendo «ley» en el sentido formal de *acto* o mandato legislativo; y se limita a prescribir la *sujeción del juez a las leyes vigentes*, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la *reserva absoluta de ley*, entendiendo «ley» en el sentido sustancial de *norma* o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la *sujeción del juez solamente* a la ley.

Es evidente, en efecto, que sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio la motivación jurídica de una sentencia puede

tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o como falsa, además de como válida o inválida. El primer principio, en cambio, viene satisfecho también por figuras de delito como «actos hostiles», «actos obscenos» o incluso «actos malvados» o de otro modo «reprobables», cuya válida aplicación no permite verificaciones o refutaciones sino sólo valoraciones, que en cuanto tales no son verdaderas ni falsas. Legalidad (sólo) en sentido lato y legalidad (también) en sentido estricto se configuran consiguientemente como dos distintas tecnologías penales, caracterizadas por condiciones distintas impuestas por la semántica del lenguaje penal a la validez de las proposiciones judiciales formuladas en él. Mediante una fórmula sintética se puede decir que la jurisdicción consiste en el *uso* de los conceptos de los que la legislación estipula las *reglas de uso*; o bien, según la dicotomía usual en la lingüística antes recordada, que mientras ésta es un hecho de *lengua*, aquélla es un hecho de *lenguaje*. Es claro que el lenguaje, esto es, el uso de la lengua, está tan vinculado como sea vinculante la lengua, esto es, las reglas del lenguaje. De modo que, cuanto más precisas sean, de conformidad con el principio de estricta legalidad, las definiciones de los supuestos típicos abstractos dictados por las leyes, tanto más determinados serán los supuestos típicos concretos a los que aquéllas se refieren y tanto más subsumibles en ellas mediante proposiciones verdaderas o falsas y, antes incluso, verificables y refutables.

Se comprende, por otro lado, cómo el principio de estricta legalidad implica todas las demás garantías —de la materialidad de la acción al juicio contradictorio— como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema. Precisamente, como mostraré en el próximo capítulo, la estricta legalidad garantiza la verificabilidad y la refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos asegurando, mediante las garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del daño y de la culpabilidad que forman sus elementos constitutivos; mientras la estricta jurisdiccionalidad garantiza la verificación y la refutación de los supuestos típicos penales concretos asegurando, mediante las garantías procesales, los presupuestos empíricos de la carga de la prueba a cargo de la acusación y del derecho a la refutación por parte de la defensa. Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad resultan así mediadas y conectadas, la primera como presupuesto de la segunda, por el principio cognoscitivistista de la significación normativa y de la certeza probatoria, en el sentido aclarado en el capítulo precedente de que el juez comprueba o prueba como verdadero (que se ha cometido un delito) sólo (si el hecho comprobado o probado corresponde a) lo que está taxativamente denotado por la ley como delito.

El modelo límite que de ello resulta tiene para el derecho penal y para la cognición judicial el mismo valor teórico y la misma función

regulativa que el modelo tarskiano de la verdad como correspondencia tiene para el conocimiento científico. Puesto que sus principios no se limitan a establecer las condiciones de uso de la noción semántica de verdad procesal, sino que valen también para garantizar la inmunidad de los ciudadanos respecto de intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias, este modelo de responsabilidad penal no es sólo un modelo epistemológico de *racionalidad* del juicio, sino también un modelo regulativo de *justicia formal*. Y en la medida en que tales principios están incorporados en el ordenamiento positivo bajo forma de principios constitucionales o en todo caso legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica o de *validez*.

Por otra parte, al estar concatenados entre sí los diez principios del sistema SG, cada uno de ellos está reforzado y específicamente connotado por todos los demás, en el sentido de que el alcance garantista de cada uno de los diez axiomas es tanto mayor cuanto más numerosas son las condiciones que a su vez deben satisfacer las condiciones consecuentes establecidas en cada uno. De ahí se deriva que el sistema garantista SG puede resultar debilitado, por sustracción, debido a la falta o a la lesión de algunas de las condiciones o garantías indicadas como necesarias para la imposición de la pena por su tesis compendiada T56. Sólo conforme a ello es posible ahora formular una tipología, obviamente esquemática, de los modelos teóricos de derecho penal según el número o el tipo de garantías aseguradas por ellos y, por tanto, según la medida o el *grado* en que se acercan o alejan de nuestro modelo límite SG. Esta tipología servirá además para explicar y para valorar los distintos sistemas penales concretos, considerados tanto en su dimensión normativa como en la de su efectivo funcionamiento y, por ello, para identificar sus perfiles de *irracionalidad*, de *injusticia* y de *invalidéz*.

7. Para una tipología de los sistemas punitivos

1. *Grados de garantismo*. La tipología de los sistemas punitivos, que se desarrollará aquí mediante sustracciones sucesivas de axiomas garantistas del sistema de estricta legalidad SG, no tiene pretensiones de exhaustividad. Lógicamente, en realidad, de SG se pueden sustraer uno o más axiomas cualesquiera y originar así una cantidad innumerable de sistemas penales de distinto tipo. En la práctica, sin embargo, el número de estos sistemas se reduce notablemente si se considera que muchas de sus garantías presuponen otras, a falta de las cuales también ellas sucumben o, en todo caso, resultan debilitadas. La ligazón es particularmente estrecha entre los axiomas A1-A6, que enuncian las garantías *penales*, y entre los axiomas A7-A10, que enuncian las garantías *procesales*. Por ejemplo, a falta del principio de retributividad un sistema carece también de los principios de lesividad, materialidad

y culpabilidad; y sin el principio de jurisdiccionalidad faltan inevitablemente también el principio acusatorio y los de la carga de la prueba y de defensa. Pero es también evidente que todas las garantías procesales condicionan la efectividad de las garantías penales y resultan a su vez vaciadas por la ausencia de éstas. En cuanto al principio de legalidad, como se ha visto, es una garantía compleja; y si «en sentido estricto» (T58) requiere la presencia de todos los demás principios como está asegurada sólo en SG, «en sentido lato» (A2) forma en cambio su presupuesto, dado que ninguna otra garantía sería concebible si faltara por completo.

Será, pues, suficiente a los fines teóricos aquí perseguidos configurar solamente otros nueve sistemas en adición a SG, disponibles a grandes rasgos en orden de garantismo decreciente y de autoritarismo creciente: un sistema S1 «sin prueba y defensa (en sentido estricto)»; un sistema S2 «sin acusación separada»; un sistema S3 «sin culpabilidad»; un sistema S4 «sin acción»; un sistema S5 «sin ofensa»; un sistema S6 «sin necesidad»; un sistema S7 «sin delito»; un sistema S8 «sin juicio»; y un sistema S9 «sin ley»⁹. Cada uno de estos sistemas resulta caracterizado, respecto de SG, por la falta o el debilitamiento, además de la garantía sustraída, también de muchas de las que presupone y la preceden en el orden en el que los distintos sistemas han sido enumerados. Y vale no sólo para configurar modelos teóricos y normativos con un grado de garantismo sucesivamente inferior, sino también para describir la composición real de los ordenamientos penales positivos o de sus instituciones específicas que de hecho carecen de garantías respecto de sus modelos normativos de nivel jurídico superior.

2. *Modelos de proceso penal autoritario.* El sistema S1 «sin prueba y defensa (en sentido estricto)», que llamaré también *sistema de mera legalidad*, deriva de la sustracción de SG de los principios de la carga de la prueba y del derecho a la defensa expresados por los axiomas A9 y A10. Para comprender su naturaleza es útil distinguir, al igual que entre legalidad estricta y legalidad lata, entre verificación probatoria y refutación defensiva *en sentido estricto (o fuerte)* y *en sentido lato (o débil)*¹⁰. Prueba y defensa lo son en sentido estricto sólo si, gracias a la estricta legalidad o taxatividad de la previsión legal de las hipótesis de delito, el sistema permite, como en SG, la decidibilidad de la verdad procesal de las conclusiones jurídicas apoyadas por ellas. En caso contrario, si acusación y defensa son, como en S1, sólo argumentables pero no también verificables y refutables, estas mismas garantías están presentes sólo en sentido lato. Es el caso, frecuentísimo en el ordenamiento italiano, de las figuras legales de delito cuyos elementos constitutivos están formulados en términos hasta tal punto valorativos y polisémicos que su interpretación no permite hablar ni siquiera en sentido aproximativo de verificación jurídica, consistiendo

en opciones y en juicios de valor¹¹. Es claro que la falta de taxatividad de las previsiones legales y de decidibilidad de la verdad procesal comporta una contaminación subjetivista de los presupuestos de hecho de la pena y, en consecuencia, un debilitamiento de todas las demás garantías, tanto penales como procesales. Es así como la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de SG decaen, en S1, a mera legalidad y a mera jurisdiccionalidad.

El sistema «sin acusación separada» S2, que configura el *método inquisitivo*, deriva en cambio de la sustracción del axioma A8 sobre la imparcialidad del juez y sobre su separación de la acusación. Aparece en todos los ordenamientos en los que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones judiciales. En semejantes sistemas la mixtura de acusación y juicio compromete sin duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso¹². Pero es fácil comprender que la carencia de estas garantías debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa. El debilitamiento de las garantías procesales puede llegar en estos sistemas hasta la total falta de prueba y de defensa: no sólo, como en S1, en sentido estricto, por la indecidibilidad de la verdad procesal, sino también en sentido lato por la admisión de intervenciones penales sin satisfacción alguna de la carga de la prueba por parte de la acusación y/o sin control alguno por parte de la defensa. Es lo que, como se verá, ocurría y en parte ocurre en el ordenamiento italiano a causa de múltiples instituciones: como la captura preventiva del imputado que el viejo código preveía como obligatoria sólo conforme al título o nombre del delito que la acusación tomaba como hipótesis; el procedimiento de condena por decreto; la exclusión de la defensa y, por tanto, del contradictorio en las fases secretas de las investigaciones preliminares; la inversión de la carga de la prueba en los delitos de sospecha y, por otro lado, en las prácticas que han hecho posibles las normas premiales en favor de cuantos colaboran o pactan con la acusación¹³. Es evidente que en estos casos, al faltar la obligación de probar y la posibilidad de contradecir las imputaciones, los juicios penales terminan por informarse mediante criterios meramente sustancialistas y de autoridad.

3. *Modelos de derecho penal autoritario*. No menos estrictos son los nexos que ligan entre sí a las garantías penales: la culpabilidad, la materialidad, la lesividad y la retributividad.

Llamo *objetivista* al sistema «sin culpabilidad» S3, que carece del elemento de la intencionalidad del delito expresado por el axioma A6. El esquema es arcaico y refleja ordenamientos penales primitivos informados por la responsabilidad objetiva —colectiva, por hecho ajeno o impersonal—, ligada, en vez de al conocimiento y voluntad de

la acción y/o del hecho delictivo, al criterio elemental del talión. Existen en realidad, todavía hoy, como se verá en el apartado 35, doctrinas y ordenamientos que privilegian estructuralmente la exclusiva función penal de la defensa social y que, por ello, descuidan, en todo o en parte, el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano práctico e inconsistente en el plano teórico. Y existen, por otra parte, en casi todas las legislaciones, incluida la italiana, algunas figuras de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa¹⁴. Ahí resultan debilitados, en estos casos, también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan reo y delito, junto con las demás garantías procesales en materia de prueba y defensa.

A la inversa, podemos llamar *subjetivistas* a los sistemas S4 «sin acción» y S5 «sin ofensa», respectivamente privados de la garantía de la materialidad de la acción expresada por el axioma A5 y de la de lesividad del hecho expresada por el axioma A4. Ambos sistemas se caracterizan por el hecho de que las figuras legales de delito, contra los principios liberales del utilitarismo penal y de la separación entre derecho y moral, son privadas de referencias empíricas y se construyen predominantemente con referencia a la subjetividad desviada del reo. Precisamente, los sistemas o las normas «sin acción» (entendida «acción», obviamente, tanto en el sentido de «comisión» como en el de «omisión» empíricamente denotable) reprimen no tanto o no sólo comportamientos determinados, sino actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento más allá de su exteriorización en manifestaciones delictivas concretas. Entretanto, los sistemas y las normas «sin ofensa» prescinden de la lesión de bienes jurídicos concretos, bien reprimiendo anticipadamente su simple y a menudo abstracta puesta en peligro, bien penalizando puramente el desvalor social o político de la acción más allá de cualquier función penal de tutela. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos típicos penales integrados en todo o en parte por condiciones o cualidades desviadas de la persona, en los delitos de peligro abstracto o presunto, en los delitos de asociación, en los delitos de opinión y en los delitos de sospecha¹⁵. En ambos casos el esquema punitivo, al no estar anclado a la comprobación empírica de acciones criminales y/o de hechos lesivos taxativamente denotados por la ley, resulta ampliamente sustancialista y decisionista: la subjetivación de las hipótesis normativas de delito, en efecto, no compromete sólo la estricta legalidad, sino que comporta también la subjetivación del juicio, confiado a criterios discrecionales de valoración de la anormalidad o peligrosidad del reo que inevitablemente disuelven el conjunto de las garantías procesales.

Sustancialismo y subjetivismo, por lo demás, alcanzan las formas más perversas en el esquema penal del llamado *tipo de autor*, donde la hipótesis normativa de desviación es simultáneamente «sin

acción» y «sin hecho ofensivo». La ley, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura *status* subjetivos directamente incriminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena; no es observable o violable por la omisión o la comisión de hechos contrarias a ella, sino que es constitutivamente observada o violada por condiciones personales conformes o contrarias. Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías penales y procesales resultan neutralizadas. Se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal. El caso límite es el de las leyes penales raciales, donde una condición natural de la persona forma por sí sola el presupuesto de la pena. Pero el mismo esquema viene reproducido por la persecución penal de los herejes y las brujas y, en tiempos modernos, por el modelo nazi del «tipo normativo de autor», por el estalinista del «enemigo del pueblo» y por el positivista del «delincuente nato» o «natural». En nuestro ordenamiento son reconducibles a él, por ejemplo, las normas que disponen medidas punitivas contra los «ociosos», los «vagabundos», los «proclives a delinquir» y similares¹⁶. No obstante, el esquema puede ser cumplido no sólo por vía legal, sino también por vía judicial: piénsese en el abuso jurisprudencial, en las macro-instrucciones contra la criminalidad organizada, en las figuras del concurso moral y del delito asociativo, consideradas a veces, a falta de cualquier hecho específico, sólo conforme al historial de los imputados o a su colocación o identidad social y política¹⁷.

Un lugar aparte en nuestra tipología ocupa después el sistema «sin necesidad» S6, que carece del principio de economía del derecho penal expresado por el axioma A3 y que podemos llamar *vejatorio*. Este sistema es asimétrico respecto de los demás, dado que el principio de economía o de necesidad no expresa propiamente una técnica punitiva, sino un criterio de política criminal cuya satisfacción está condicionada pero no es condicionante de las demás garantías. De este sistema, bastará decir que se caracteriza por la presencia de prohibiciones y de penas superfluas, en contraste con las razones de utilidad individual y colectiva que, como veremos, justifican el derecho penal; de prohibiciones penales injustificadas por ser ellas mismas lesivas de derechos fundamentales, por ser de imposible ejecución, por no estar establecidas para la tutela de ningún bien jurídico o por ser convenientemente sustituibles con prohibiciones civiles o administrativas; de penas injustificadas por ser excesivas, no pertinentes, o desproporcionadas respecto de la relevancia del bien jurídico tutelado.

4. *Modelos punitivos irracionales*. Se pueden concebir, en fin, otros tres sistemas punitivos —no propiamente penales, sino pre-penales o extra-penales— que con una expresión de Max Weber, llamaré *irra-*

*cionales*¹⁸: el sistema *S7* «sin delito», que carece del axioma A1, el sistema *S8* «sin juicio», que carece del axioma A7, y el sistema *S9* «sin ley», que carece del axioma A2.

El primero de estos sistemas, que llamaré *de mera prevención*, no es distinto del puramente subjetivista del «tipo de autor», respecto del que carece, incluso formalmente, del principio de retributividad expresado por el axioma A1. En él, entre los presupuestos de la sanción penal, resulta suprimido todo el hecho-delito y no sólo, como en *S3*, *S4* y *S5*, su elemento subjetivo o su elemento objetivo. La punición, consiguientemente, asume en él la naturaleza de medida preventiva de la desviación, en vez de retributiva: no, téngase en cuenta, la función de «prevención general» ejercida por su amenaza legal preventiva como consecuencia de un delito, sino una función de «prevención especial» ligada a su conminación preventiva, como un *prius* en vez de como un *posterius* respecto del hecho criminal. Es evidente el carácter desigualitario, además de puramente decisionista, de este esquema de intervención punitiva. Conforme a él, el derecho y el proceso penal se transforman, de sistema de retribución, dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro de delitos futuros. Tal es, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, el conjunto de las instituciones del subsistema penal especial que ilustraré en el capítulo 11 —las medidas cautelares, incluida la prisión preventiva, las de prevención, las de seguridad y las de orden público— y que forman una especie de derecho penal y procesal preventivo que flanquea el ordinario o retributivo. Naturalmente, la ausencia del nexo entre pena y delito disuelve en tales casos incluso la garantía de la legalidad, además de los eventuales vínculos de la jurisdiccionalidad: la ley que establece los presupuestos de la medida preventiva, en efecto, corresponde a una norma en blanco, es decir, a una especie de caja vacía rellenable en cada ocasión con los contenidos más arbitrarios; y el juicio, al estar desvinculado de cualquier condición objetiva preexistente e informado por meros criterios de discrecionalidad administrativa, degenera en procedimiento policial de estigmatización moral, política o social.

Los dos últimos sistemas, basados el uno en el principio *nulla poena sine lege* sólo y el otro en el principio *nulla poena sine iudicio* sólo, corresponden a formas absolutas de estado «salvaje» o «disciplinario»¹⁹. De ellos, el primero representa el *estado policial*, caracterizado por leyes en blanco que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo, incluido el del previo juicio: piénsese, por ejemplo, en los plenos poderes militares o de policía previstos por la ley italiana durante el «estado de guerra» o «de peligro público»²⁰. El segundo corresponde en cambio al llamado por Weber «justicia patriarcal» o «del cadí»²¹: no vinculada a ningún criterio preestablecido

ni de hecho ni de derecho, sino remitida a la buena voluntad del príncipe, de los notables, del sabio bajo el árbol o quizá del pueblo en el estadio, como justicia completamente «sustancial», «material», sumaria o equitativa²². Es claro que la total falta de jurisdiccionalidad en el primer caso y de legalidad en el segundo vacía de contenido garantista también la única condición exigida —la ley o el juicio—, uniendo a los dos sistemas bajo la enseña del arbitrio y haciéndolos difícilmente distinguibles en la práctica.

Los diez sistemas que hemos distinguido serán profusamente analizados en la tercera parte, donde examinaré por separado cada una de las diez garantías que delimitan el poder punitivo en el modelo SG del «estado de derecho» y que faltan en distinta medida en los otros nueve. Posteriormente serán utilizados, en la cuarta parte, como claves de interpretación y de análisis teórico de las distintas instituciones penales y procesales que en nuestro ordenamiento, a causa de las tres separaciones entre normatividad y efectividad de las que he hablado en la introducción, derogan en distinta forma y grado el modelo garantista trazado, aun sumariamente, por sus principios constitucionales. Conforme a ello será posible también controlar la hipótesis aludida según la cual la lesión de cada garantía, al estar concatenados entre sí los axiomas de cada sistema, no sólo comporta un cambio de sistema sino que repercute sobre el conjunto de las garantías restantes debilitándolas o incluso anulándolas. Entre tanto, se puede afirmar ya que en la medida en que el sistema cognitivo SG es un modelo límite no satisfecho, todo sistema positivo de derecho penal y procesal presenta, aun si en grado distinto según las diversas normas y las diversas prácticas, algún elemento de irracionalidad propio del «estado policial» y/o de la «justicia del cadí».

8. *Derecho penal mínimo y derecho penal máximo*

1. *Derecho penal mínimo y racionalismo jurídico; derecho penal máximo e irracionalismo jurídico.* Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal distinguidos en los apartados precedentes oscilan entre dos extremos opuestos, identificables no sólo con las dicotomías saber/poder, hecho/valor o cognición/decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo. El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba

empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos. Por el contrario, los modelos autoritarios descritos en S1-S9 se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del estado, hasta los casos extremos, representados por S7-S9, en que aquélla puede ocurrir sin que se produzca ninguna condición judicialmente comprobable y/o legalmente predeterminada. Por esto es por lo que el primer modelo puede ser identificado con el del *estado de derecho*: entendiéndolo por esta expresión un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios del *estado absoluto* o *totalitario*: entendiéndolo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son *legibus soluti* o «totales», es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones.

Llamo a estos dos extremos «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo», refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas²³. Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de *tendencia* al derecho penal mínimo o de *tendencia* al derecho penal máximo. En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos superiores y la otra a los niveles normativos inferiores, y dando lugar, con su separación, a una inefectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial de los segundos. Así veremos, en la cuarta parte, cómo en contraste con los principios garantistas del modelo SG estipulados de manera más o menos rigurosa en nuestra Constitución, nuestras leyes ordinarias, y todavía más nuestras prácticas judiciales y policiales, admiten de hecho figuras de responsabilidad penal sin una o varias de las garantías citadas²⁴.

Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognosciti-

vos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la «verdad formal». Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del *favor rei*, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolucón en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* y la *imprevisibilidad* de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad. Por un lado, en efecto, la equivalencia sustancialista entre delitos y *mala in se*, aun cuando en abstracto pueda parecer un criterio más objetivo y razonable que el nominalista de la identificación del delito con lo que es declarado tal por el legislador, concluye en la ausencia del límite más importante al arbitrio punitivo que, además, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito. Por otro lado, la investigación inquisitiva con cualquier medio de «verdades sustanciales» ilusorias más allá de los limitados recursos ofrecidos por el respeto a las reglas procesales conduce de hecho, y tanto más si se une al carácter indeterminado o valorativo de las hipótesis legales de desviación, al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los prejuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores. Condena y pena son en estos casos «incondicionadas»: en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.

2. *Dos modelos de certeza relativa.* He hablado hasta ahora de certeza e incertidumbre refiriendo genéricamente estos dos conceptos a la libertad de los ciudadanos de los castigos arbitrarios. La distinción

entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo permite ahora asentar con mayor precisión los términos del problema. Dada la imposibilidad de una perfecta correspondencia entre jurisdicción y legislación, es útil no hablar indistintamente de certeza y de incertidumbre del derecho penal, sino distinguir en cambio dos formas de «certeza», ambas *relativas* y *subjetivas*, cada una de ellas acompañada de una forma correlativa de «incertidumbre».

La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias. Podemos disipar así el equívoco de una mítica «certeza» o «verdad» que sería perseguida por el garantismo cognoscitivista. La certeza, aun no absoluta, a la que aspira un sistema penal de tipo garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados *todos* los hechos previstos por la ley como delitos, sino que sean castigados *sólo* aquellos en los que se haya probado la culpabilidad por su comisión. En todo caso, ambas «certidumbres» son subjetivas y relativas, afectando a «verdades» igualmente opinables y probabilísticas. Su diferencia está sólo en los criterios opuestos con los que se obtienen.

La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*²⁵. Es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba —es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva— no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar. El mismo modelo de responsabilidad penal SG, que hemos propuesto como modelo garantista, ha sido concebido por nosotros como un sistema lógicamente abierto, es decir, susceptible de ser ulteriormente perfeccionado y reforzado en el

plano teórico y normativo por la inclusión de otras garantías: y por eso no hemos querido establecer, como su clausura, el principio según el cual, al darse conjuntamente todas las condiciones o garantías del sistema, la pena debe tener lugar²⁶.

La certeza de derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune se basa en cambio en el criterio, opuesto pero igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*. Indica una aspiración autoritaria²⁷. Más en general, la idea recurrente de que el proceso penal debe conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria. «Un extremado empeño de castigar a los reos, un excesivo rigor, un apresurado castigo», advertía Francesco Maria Pagano, «arrastran consigo por fuerza funestos efectos. Allí donde una ley escrita con caracteres de sangre manda que el más ligero fallo no quede impune; que todo delito de las tinieblas, en las que la fatalidad lo envuelve a veces, sea necesariamente sacado al claro día de los juicios; que la pena no se separe del delito ni un momento, allí será de provecho que aquélla confíe en las manos del juez un arbitrario e inmoderado poder. La prontitud de la ejecución excluye las formalidades y sustituye el proceso por la voluntad absoluta del ejecutor. La rigurosa investigación del oculto delito no se realiza más que por medio de un poder ilimitado y de necesarias violencias y atentados sobre la libertad del inocente. Y semejante ilimitado poder de un terrible inquisidor no puede estar sujeto a los lazos de un proceso regular. En tal estado la libertad civil no puede en modo alguno arraigar»²⁸. Este modelo tiene, por lo demás, una estructura lógica opuesta a la del derecho penal mínimo: en el sentido de que se preocupa de establecer no las condiciones necesarias sino las suficientes para la condena; y no las condiciones suficientes sino las necesarias para la absolución²⁹.

Se comprende, conforme a esto, cómo el principio equitativo del *favor rei* —del que la máxima *in dubio pro reo* es un corolario— no sólo no contradice, sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal. Como veremos más adelante, este principio no es el único criterio pragmático de solución de las incertidumbres jurisdiccionales. Pero es sin duda el criterio de decisión sobre la verdad que de manera más específica caracteriza la incertidumbre subjetiva de la cognición judicial penal respecto de la exigida por otros tipos de conocimiento empírico. También en los estudios históricos, por ejemplo, se podría distinguir entre *historia mínima* e *historia máxima*: la primera constituida por tesis más ciertas y documentadas pero de alcance más limitado y la segunda por interpretaciones más ricas y más audaces pero también menos seguras. En los estudios históricos, sin embargo, no hay razones de principio para contentarse con una historia mínima con preferencia sobre una historia máxima. Las dos historias pueden incluso combinarse: la historia mínima como material histórico relativamente descontado, del que es posible inducir con distintos grados

de certidumbre hipótesis de historia máxima también distintas y alternativas entre sí. En el derecho penal, en cambio, está el deber de decidir. Y la opción por el derecho penal mínimo en relación con el máximo, expresada por la aceptación solamente de las acusaciones probadas con certidumbre como condición de las condenas, está justificada —y en los ordenamientos desarrollados impuesta jurídicamente— porque tal deber es también un poder grávido de consecuencias sobre las libertades de los ciudadanos³⁰.

Naturalmente, también esta certeza de derecho penal mínimo es siempre una certeza *relativa*, a causa de los límites siempre intrínsecos al concepto de verdad procesal. Respecto del modelo ideal de la «correspondencia» se deberá, pues, hablar, a propósito de los concretos ordenamientos penales descritos por los sistemas S1-S9, de *grados* distintos y decrecientes de certeza según el número y la cantidad de las garantías penales y procesales de las que carecen. Por lo demás, para comprender la naturaleza de la *correlativa incertidumbre* que caracteriza a cualquier tesis judicial, este concepto debe ser ulteriormente descompuesto y analizado.

3. *La duda: incertidumbre de hecho e incertidumbre de derecho.* Tanto la certeza relativa como la incertidumbre correlativa pueden ser, al igual que la verdad y la falsedad procesal a las que afectan, de dos tipos: *de hecho y de derecho*. Un cierto grado de incertidumbre caracteriza en realidad, por su carácter aproximativo, a los dos tipos de verdad —fáctica y jurídica— en los que hemos descompuesto en su momento la noción de verdad procesal. Precisamente, la verdad fáctica es la validez de una inferencia inductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por *probabilística*, la verdad de la conclusión. La verdad jurídica es, en cambio, la validez de una inferencia deductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por *opinable*, la verdad de las premisas. Los dos tipos de certeza y de incertidumbre son independientes entre sí, en el sentido de que se puede dar certeza de hecho sin ninguna certeza de derecho y viceversa. Por ejemplo, puede ser por completo seguro fácticamente —conforme a confesiones, testimonios o fotografías inatacables— que Ticio y Caya se han dado un abrazo en un automóvil situado en la calle; pero sigue siendo inseguro jurídicamente en todo caso, por opinable, si este hecho, del que en hipótesis sabemos absolutamente todo, es o no, según los arts. 527 y 529 del código penal italiano, un «acto obsceno en lugar público». A la inversa, puede ser del todo seguro jurídicamente que la muerte de un hombre encontrado con un cuchillo clavado en la espalda es un homicidio; pero puede seguir siendo en todo caso inseguro fácticamente, en ausencia de pruebas plausibles, quién es el asesino.

Incetidumbre de derecho e incetidumbre de hecho, cualquiera que sea su grado, proceden en realidad de causas distintas. La incer-

tidumbre de derecho depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho depende de la igual plausibilidad probabilística de las varias hipótesis explicativas posibles del material probatorio recogido. La primera señala un defecto de estricta legalidad, esto es, la debilidad o la carencia de las garantías penales que permiten la decidibilidad de la verdad jurídica. La segunda señala un defecto de estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o la carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica. Consecuentemente, los modos de formación de las certidumbres y los de solución de las incertidumbres son distintos: opciones interpretativas respecto de las calificaciones de derecho y libre convicción respecto de las pruebas de hecho. Y estos dos modos son alternativos entre sí en el sentido de que la libre convicción no puede intervenir en las decisiones sobre la verdad jurídica (si, por ejemplo, tal hecho probado es un hurto, una apropiación indebida o tal vez un acto lícito), ni las opciones interpretativas en las decisiones sobre la verdad fáctica (si, por ejemplo, tal grupo de personas sospechosas ha creado una asociación subversiva). En la práctica, por desgracia, los jueces suelen tender a confundir e intercambiar estos dos modos de solución de las incertidumbres: unas veces enmascarando los defectos de estricta legalidad de las normas y los espacios de arbitrio originados por ellos tras la pantalla de la libre convicción y otras veces supliendo los defectos de estricta jurisdiccionalidad y la pobreza de las pruebas con la extensión de los supuestos típicos legales en el ámbito interpretativo.

Más allá de estas deformaciones, en todos los casos opciones interpretativas y libre convicción son el fruto de elecciones que expresan un poder: poder de interpretación o de verificación jurídica cuando las incertidumbres resueltas son de derecho y poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica cuando las incertidumbres resueltas son de hecho. Y este poder es relativo o absoluto según las elecciones deriven de debilidad de las garantías y, por tanto, permitan decisiones sobre la verdad procesal, o bien dependan de carencias de las garantías y, por tanto, exijan decisiones dispositivas sobre otros valores. Es posible, por tanto, emprender ahora el análisis epistemológico y fenomenológico de la extensión del poder judicial y de sus distintas dimensiones —en materia de interpretación, prueba, comprensión equitativa y valoración dispositiva— con referencia a los distintos sistemas más arriba delineados: del sistema SG, que es su modelo de minimización, y de los demás sistemas, que son su modelo de progresiva maximización.

NOTAS

1. Entendido en este sentido, el concepto de «responsabilidad penal» se distingue netamente de los de «imputación», «imputabilidad» y, todavía más, «culpabilidad», con los que a veces resulta confundido: en efecto, éstos designan garantías, esto es, condiciones —que pueden también faltar, y que faltan de hecho en los sistemas que admiten figuras de responsabilidad no personal u objetiva— de la responsabilidad penal, que es, así pues, una noción equivalente a la de «(sometibilidad a) pena». Esta distinción procede de G. Romagnosi, *Genesi del diritto penale* (1791), trad. cast. de C. González Cortina y de J. Guerrero, *Génesis del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1956, apartado 595, p. 230: «Una cosa es la *imputabilidad* y otra la *responsabilidad*. Por la primera atribuimos a alguno determinado efecto, como a *causa* productora del mismo; por la segunda pretendemos que alguno está *obligado* a resarcir determinado daño y a sufrir determinada pena, por *motivo* de un efecto determinado. La *imputabilidad* es cosa de *hecho*. La *responsabilidad* es cosa de *derecho*. La primera puede dar causa a la segunda, pero no constituirla, es decir, forma o constituye su *fundamento* legal, pero nada más». Sobre el punto, cf., *infra*, el apartado 35.2.

2. Sobre estas cuestiones metateóricas volveré más veces: *infra*, apartados 14, 26, 42 y 56-58.

3. *3 ad legem Iuliam et Papiam*, en *De verborum significatione*, D. 50.16.131.

4. El sistema garantista aquí axiomatizado y los otros nueve sistemas más débiles que distinguiré en el apartado 7 son formulados por ahora sin una interpretación explícita. En la tercera parte se suministrará un análisis del significado de sus diez axiomas, que también puede valer como una interpretación de los once términos —todos primitivos o fundamentales— en ellos utilizados. Aquí bastará precisar que por «pena» se debe entender cualquier medida aflictiva impuesta jurídicamente a través del proceso penal; por «delito», cualquier fenómeno legalmente previsto como presupuesto de una pena; por «ley», cualquier norma emanada del legislador; por «necesidad», la función de tutela de bienes fundamentales que justifica las prohibiciones y las penas; por «ofensa», la lesión de uno o varios de tales bienes; por «acción», un comportamiento humano exterior, material o empíricamente manifiesto, tanto comisivo como omisivo; por «culpabilidad», el nexo de imputación de un delito a su autor consistente en la consciencia y voluntad de aquél por parte de éste; por «juicio», el procedimiento mediante el que se verifica o refuta la hipótesis de la comisión de un delito; por «acusación», la formulación de tal hipótesis por parte de un órgano separado del juzgador; por «prueba», la verificación del hecho tomado como hipótesis por la acusación y calificado como delito por la ley; por «defensa», el ejercicio del derecho a contradecir y a refutar la acusación. Sobre las condiciones metodológicas de una teoría jurídica axiomatizada, remito a mi *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1970 y a *La semantica della teoria del diritto*, cit., pp. 104 ss.

5. Si indicamos con las letras «PE», «DE», «LE», «NE», «IN», «AT», «CU», «JU», «AC», «PR» y «DF» los términos «pena» (*poena*), «delito» (*crimen*), «ley (penal)» (*lex*), «necesidad» (*necessitas*), «ofensa» (*iniuria*), «acción» (*actio*), «culpabilidad» (*culpa*), «juicio» (*iudicium*), «acusación» (*accusatio*), «prueba» (*probatio*) y «defensa» (*defensio*), y con los símbolos «¬», «.», «v» y «→» las conectivas lógicas «no», «y», «o» y «si... entonces» —que son los signos, respectivamente, de la negación, la conjunción, la disyunción y la implicación—, los diez axiomas de nuestro mini-sistema SG pueden expresarse con las siguientes fórmulas:

$$A1 \neg (PE. \neg DE)$$

$$A2 \neg (DE. \neg LE)$$

- A3 \neg (LE. \neg NE)
 A4 \neg (NE. \neg IN)
 A5 \neg (IN. \neg AT)
 A6 \neg (AT. \neg CU)
 A7 \neg (CU. \neg JU)
 A8 \neg (JU. \neg AC)
 A9 \neg (AC. \neg PR)
 A10 \neg (PR. \neg DF)

que equivalen, respectivamente, a las siguientes implicaciones:

- T1 (PE \rightarrow DE)
 T2 (DE \rightarrow LE)
 T3 (LE \rightarrow NE)
 T4 (NE \rightarrow IN)
 T5 (IN \rightarrow AT)
 T6 (AT \rightarrow CU)
 T7 (CU \rightarrow JU)
 T8 (JU \rightarrow AC)
 T9 (AC \rightarrow PR)
 T10 (PR \rightarrow DF)

de donde derivan, por la transitividad de la implicación, los siguientes cuarenta y cinco teoremas:

- | | | |
|---------------------------|---------------------------|---------------------------|
| T11 (PE \rightarrow LE) | T26 (DE \rightarrow PR) | T41 (IN \rightarrow CU) |
| T12 (PE \rightarrow NE) | T27 (DE \rightarrow DF) | T42 (IN \rightarrow JU) |
| T13 (PE \rightarrow IN) | T28 (LE \rightarrow IN) | T43 (IN \rightarrow AC) |
| T14 (PE \rightarrow AT) | T29 (LE \rightarrow AT) | T44 (IN \rightarrow PR) |
| T15 (PE \rightarrow CU) | T30 (LE \rightarrow CU) | T45 (IN \rightarrow DF) |
| T16 (PE \rightarrow JU) | T31 (LE \rightarrow JU) | T46 (AT \rightarrow JU) |
| T17 (PE \rightarrow AC) | T32 (LE \rightarrow AC) | T47 (AT \rightarrow AC) |
| T18 (PE \rightarrow PR) | T33 (LE \rightarrow PR) | T48 (AT \rightarrow PR) |
| T19 (PE \rightarrow DF) | T34 (LE \rightarrow DF) | T49 (AT \rightarrow DF) |
| T20 (DE \rightarrow NE) | T35 (NE \rightarrow AT) | T50 (CU \rightarrow AC) |
| T21 (DE \rightarrow IN) | T36 (NE \rightarrow C0) | T51 (CU \rightarrow PR) |
| T22 (DE \rightarrow AT) | T37 (NE \rightarrow JU) | T52 (CU \rightarrow DF) |
| T23 (DE \rightarrow CU) | T38 (NE \rightarrow AC) | T53 (JU \rightarrow PR) |
| T24 (DE \rightarrow JU) | T39 (NE \rightarrow PR) | T54 (JU \rightarrow DF) |
| T25 (DE \rightarrow AC) | T40 (NE \rightarrow DF) | T55 (AC \rightarrow DF) |

6. En efecto, mediante la conjunción de todos los consecuentes que en las cincuenta y cinco tesis tienen el mismo antecedente, el sistema completo puede ser expresado por las diez implicaciones que siguen, de las que las nueve primeras llevan como consecuente un producto lógico:

T56 *Nulla poena sine crimine, sine lege, sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

T57 *Nullum crimen sine lege, sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

- T58 *Nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T59 *Nulla necessitas sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T60 *Nulla iniuria sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T61 *Nulla actio sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T62 *Nulla culpa sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T63 *Nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*
 T64 *Nulla accusatio sine probatione et sine defensione.*
 T65 *Nulla probatio sine defensione.*

En cambio, mediante la disyunción de los antecedentes que tienen el mismo consecuente, el sistema completo puede ser expresado por las diez siguientes implicaciones, de las que las últimas nueve tienen como antecedente una suma lógica:

- T66 *Nulla poena sine crimine.*
 T67 *Nulla poena vel nullum crimen sine lege.*
 T68 *Nulla poena, nullum crimen vel nulla lex poenalis sine necessitate.*
 T69 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis vel nulla necessitas sine iniuria.*
 T70 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas vel nulla iniuria sine actione.*
 T71 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria vel nulla actio sine culpa.*
 T72 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio vel nulla culpa sine iudicio.*
 T73 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa vel nullum iudicium sine accusatione.*
 T74 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium vel nulla accusatio sine probatione.*
 T75 *Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium, nulla accusatio vel nulla probatio sine defensione.*

7. Mediante la conjunción de los consecuentes de todos los teoremas que tienen el mismo antecedente se obtienen las diez tesis siguientes, que expresan sintéticamente el sistema SG completo:

- T56 (PE → [DE.LP. NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T57 (DE → [LE.NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T58 (LE → [NE.IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T59 (NE → [IN.AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T60 (IN → [AT.CU.JU.AC.PR.DF])
 T61 (AT → [CU.JU.AC.PR.DF])
 T62 (CU → [JU.AC.PR.DF])
 T63 (JU → [AC.PR.DF])
 T64 (AC → [PR.DF])
 T65 (PR → DF)

Y mediante la disyunción de los antecedentes de todos los teoremas que tienen el mismo consecuente se obtienen, en cambio, las diez tesis siguientes, que expresan también, aunque de manera distinta, el sistema *SG* completo:

- T66 (PE \rightarrow DE)
- T67 ((PE \vee DE) \rightarrow LE)
- T68 ((PE \vee DE \vee LE) \rightarrow NE)
- T69 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE) \rightarrow IN)
- T70 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN) \rightarrow AT)
- T71 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN \vee AT) \rightarrow CU)
- T72 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN \vee AT \vee CU) \rightarrow JU)
- T73 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN \vee AT \vee CU \vee JU) \rightarrow AC)
- T74 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN \vee AT \vee CU \vee JU \vee AC) \rightarrow PR)
- T75 ((PE \vee DE \vee LE \vee NE \vee IN \vee AT \vee CU \vee JU \vee AC \vee PR) \rightarrow DF)

8. La doctrina penal habla promiscuamente —y de manera escasamente analítica— de principio de «legalidad», de «estricta legalidad», de «taxatividad», de «tipicidad» o de «determinación» del supuesto típico, considerándolo constitucionalizado en nuestro ordenamiento por el art. 25, párrafo 2.º, de nuestra Constitución: cf., por todos, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Utet, Turín, 1973, pp. 47 ss.; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 229-321; Id., *Il II e il III comma dell'art. 25*, en *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, ed. por G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 256 ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padua, 1975, pp. 42-43; cf., además, las obras citadas en la nota 1 del cap. 10. En cuanto a la distinción entre «legalidad estricta» y «legalidad lata» remito a mi *La formazione dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, cit., pp. 110 ss. Como se verá mejor en el apartado 9, la diferencia entre «legalidad estricta» y «legalidad lata» es una cuestión de grado, dependiendo del grado de taxatividad o de determinación empírica de los supuestos típicos penales y de su campo de denotación o de aplicación. Cf. también, *infra*, los apartados 26 y 28.

9. Cada uno de estos sistemas, cada vez más simples y más débiles, puede ser formalizado de manera análoga a lo hecho para *SG* en las notas 5-7. A tal fin, bastará sustraer de *SG* el axioma eliminado y sustituir el que le sigue con la implicación entre los dos términos de la serie que resulten consecutivos tras la sustracción.

10. La distinción entre «prueba en sentido estricto» y «prueba en sentido lato» es correlativa —como se verá en el apartado 10— de la distinción entre «legalidad estricta» y «legalidad lata», ligada a su vez al distinto papel asignado a la ley por los dos principios de legalidad.

- 11. Cf., *infra*, los apartados 28 y 43.3.
- 12. Cf., *infra*, los apartados 39.2, 45, 53 y 54.
- 13. Cf., *infra*, los apartados 45.5, 53 y 54.
- 14. Cf., *infra*, los apartados 35 y 43.4.
- 15. Cf., *infra*, los apartados 33.2, 36, 43.3 y 54.1.
- 16. Se trata de las medidas previstas por la ley n. 1423 del 27.12.1956 y por sus posteriores modificaciones: *infra*, apartado 49.
- 17. Cf., *infra*, el apartado 54.
- 18. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), trad. cast. de J. Medina Echavarría, J. Roura, E. Imaz, E. García Máñez y J. Ferrater Mora, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, F.C.E., México, 2ª1964, pp. 509 y 511.
- 19. Estas dos expresiones serán definidas en el apartado 25.

20. Cf., *infra*, el apartado 51.3.

21. M. Weber, *o. c.*, p. 607. Del «método de los cadíes», como sistema basado en la «convicción íntima manifestada por una *afirmación* o una *negación*, sin ningún límite legal preventivo y sin ir acompañada de una motivación completa del hecho», ya había hablado, remitiendo a Giovanni Carmignani, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, *Programa de derecho criminal. Parte general*, 2 tomos, Temis, Bogotá, 1956, tomo II, p. 255.

22. Favorable a este sistema, confiado al criterio del buen juez, es Platón, *Las Leyes*, trad. cast. en texto bilingüe de J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, 2 vols., C.E.C., Madrid, 1983, lib. IX, 876c, vol. II, pp. 134-135: donde «los tribunales se hallen establecidos con toda la rectitud posible y los futuros jueces estén bien formados y probados con todo rigor, será recto, bueno y decoroso el encomendar a tales jueces lo más de los juicios acerca de los culpables y de lo que deben sufrir y pagar». Contra este pasaje platónico y la idea misma de un poder bueno, escribe F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., III, pp. 22-23: «debe tenerse presente que todo poder, salvo el de la ley, es de la libertad enemigo y destructor». La tesis de la superioridad del buen gobernante sobre la buena ley es sostenida por Platón también en el *Político*, trad. cast. de M. I. Santa Cruz, en *Diálogos*, V, Gredos, Madrid, 1988, 296e-297a, p. 587: «Así como el piloto, procurando siempre el provecho de la nave y los navegantes, sin establecer normas escritas, sino haciendo de su arte ley, preserva la vida de quienes con él navegan, así también, del mismo modo, ¿de quienes tienen la capacidad de ejercer de esta manera el gobierno podría proceder el recto régimen político, ya que ellos ofrecen la fuerza de su arte, que es superior a la de las leyes?». (Una tesis opuesta es sin embargo sostenida por Platón —además de por Aristóteles— en los pasajes reproducidos, *infra*, en la nota 2 del cap. 13.) Al menos por cuanto afecta a la actividad judicial, la idea de una alternativa entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres» está en parte ligada, como se verá en el apartado 11, a la equívoca contraposición, subsiguiente a una errónea teoría de la aplicación de la ley, entre «legalidad» como criterio regulativo de los casos abstractos y «equidad» como criterio regulativo de los casos concretos.

23. Sobre estos dos últimos significados de «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo», cf., *infra*, los apartados 24, 30 y 33. He usado estas dos expresiones en *Il diritto penale minimo*, en «Dei delitti e delle pene», 1985, 3, pp. 493-524. Es tal vez superfluo precisar que los significados de estas fórmulas no son ni lógica ni políticamente coincidentes con las más habituales de «estado mínimo» y «estado máximo», de las que sin embargo son paráfrasis. Donde estas fórmulas designan respectivamente a sistemas políticos en los que es máxima o mínima la intervención del Estado en la satisfacción de expectativas o de derecho a prestaciones positivas (al trabajo, a la salud, a la instrucción, a la vivienda y similares) y corresponden una al modelo del estado liberal clásico y la otra al del moderno estado social, las expresiones «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo» designan en cambio sistemas jurídicos donde es mínima o máxima la intervención del estado en la restricción de las libertades negativas. El análisis de las relaciones entre los dos órdenes de sistemas comporta problemas fundamentales de teoría política a los que sólo podré aludir en el capítulo 13. Aquí baste decir que un estado social máximo puede convivir perfectamente con un derecho penal mínimo, y un estado social mínimo puede igualmente convivir —como por desgracia la historia demuestra ampliamente— con un derecho penal máximo; y que, más todavía, la conjunción entre estado social máximo y derecho penal mínimo expresa precisamente aquel conjunto de *deberes públicos* de los órganos estatales —positivos (u *obligaciones*) y negativos (o *prohibiciones*)— que caracterizan al estado de derecho en su forma más

compleja y desarrollada, idónea para maximizar los vínculos del poder estatal y, a la vez, sus funciones de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sobre el punto, remito a mi *Stato sociale e stato di diritto*, en «Politica del diritto», XIII, 1982, 1, pp. 41-52.

24. La tendencia hacia el derecho penal máximo en los planos más bajos de nuestro ordenamiento ha crecido recientemente, además de por el desarrollo de un derecho penal de excepción, también por un masivo incremento cuantitativo de la intervención penal, llamada demasiado a menudo a suplir la carencia de instrumentos de tutela y de control político y administrativo más apropiados. La inflación penal se ha producido, además de por vía legislativa, también por vía judicial, gracias a la inventiva acusatoria alimentada por la carencia de garantías y, sobre todo, del vínculo con la estricta legalidad o taxatividad de las figuras de delito (piénsese, por ejemplo, en las imputaciones por delito de coacción formuladas por la actuación de «piquetes», en la incriminación por el corte de carreteras y de los que hacen sentadas en éstas y en las vías del tren, en la de estafa agravada con daños al estado de los empleados públicos culpables de absentismo o de retrasos en el puesto de trabajo y, sobre todo, en el abuso de los delitos asociativos). Sobre el fenómeno, véanse, *infra*, los apartados 30 y 33, así como el cap. 12.

25. El principio fue sancionado por un rescripto de Trajano (D. 48, XIX, 5: «satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare») y recogido después por la tratadística medieval de derecho canónico («sanctius est nocentem dimittere quam innocentem condemnare»; «proniores esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum», en Tancredus, *Ordo iudiciarius*, en F. Bergmann [ed.], *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, Gottinga, 1842, p. 258). Cf. también Séneca, *Epistula LXXXI*: «Quemadmodum reus sententiis paribus absolvitur, et semper quiddam dubium est humanitas inclinet in melius», en *Epístolas morales a Lucilio*, trad. cast. de Ismael Roca Meliá, vol. II, Gredos, Madrid, 1989, p. 26. El criterio equitativo del *favor rei*, sin embargo, está ya presente en Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 13, 1374b, p. 72; Id., *Ética Nicomáquea*, trad. cast. de J. Palli Bonet, Gredos, Madrid, 1985, V, 10, 1138a, p. 265-266 (cf., *infra*, las notas 123 y 124 del cap. 3, donde se reproducen también las máximas romanas a propósito del *favor rei* en la interpretación de la ley). Véase además M. A. de Dominicis, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, sez. 5 e l'origine romano-cristiana del principio «in dubiis pro reo»*, en «Archivio penale», XVIII, I, 1962, pp. 411-417, que recuerda la máxima «certae humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentis dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt». El mismo principio fue remachado por Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, Católica, Madrid, 1956, IIa, IIae, quaest. 60, art. 4: «Ubi non apparent manifesta iudicia de malitia alicuius, debemus eum ut bonum habere, in meliorem partem interpretando quod dubium est... Melius est quod aliquis frequenter fallatur habens bonam opinionem de aliquo malo homine, quam quod rarius fallatur habens malam opinionem de aliquo bono: quia ex hoc fit iniuria alicui, non autem ex primo».

26. Existen en realidad causas de exclusión del delito (o de justificación), de la pena (o de no punibilidad) y del juicio (o de no procesabilidad) (cf., *infra*, el cap. 8). En todos estos casos las condiciones necesarias indicadas en SG no son suficientes para la condena.

27 Merecen ser recordadas las páginas de G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, en «Rivista italiana di diritto penale», 1939, pp. 159-160, donde, entre otros, se teoriza expresamente el *Führerprinzip*: en «caso de incertidumbre del derecho» el juez se atenderá «al principio *in dubio pro republica*, que en el estado totalitario toma el lugar del antiguo *in dubio pro reo*. En la incertidumbre, se convierte en fuente del derecho, para la legislación alemana, el 'sano sentimiento del pueblo' (ge-

sundes Volksempfinden). Para nosotros podría tener valor de fuente la voluntad del Duce, como se puede obtener de su palabra, de su enseñanza, de su doctrina. Allí donde la ley sea oscura, o incluso calle, será fuente del derecho penal 'la voluntad del Jefe', que es la ley de toda ley: el jefe, bien entendido, de un gobierno totalitario, que no habla a través de los parlamentos y sus leyes, sino que se expresa dirigiéndose directamente al pueblo, de cuyo sentimiento y de cuyos ideales es el único intérprete». En cuanto al principio de la certeza del derecho, «ha de entenderse al modo de la Revolución. Para los regímenes democrático-liberales, 'certeza del derecho' es la seguridad del delincuente de poder actuar tranquilo e impune hasta que no hay una ley que diga 'alto' a su libertad. Para los regímenes totalitarios, 'certeza del derecho' es la seguridad de la sociedad política de no ver anuladas las conquistas de la revolución y de no ver cometer al bribón toda suerte de bellaquerías a la sombra de la ley y casi en los márgenes del código penal» (*ibid*, pp. 160-161).

28. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., V, p. 27. Contra las ilusiones panpenalistas y panjudicialistas, véanse también G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XXVII, tomo III, pp. 313-315; F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, vol. I, p. 22, trad. cast. cit., *Parte especial*, tomo I, p. 14.

29. La «certeza» de derecho penal máximo soñada por los penalistas totalitarios exige en realidad «el sepultamiento de la vieja fórmula individualista del *nullum crimen sine lege* para el triunfo del nuevo principio *nullum crimen sine poena*. Lo que importa en los nuevos regímenes revolucionarios, en los que la sustancia de la moralidad vale más que la apariencia de la legalidad, es que ningún hecho juzgado criminal por la conciencia pública encuentre un complaciente derecho de asilo en el llamado prestigio de la ley... Así, el derecho penal se convierte en realmente totalitario» (G. Maggiore, *o. c.*, pp. 160-161).

30. Santo Tomás expresa la diferencia entre juicio sobre los hombres y otros tipos de juicio con estas palabras: «Aliud est iudicare de rebus, et aliud de hominibus. In iudicio enim quo de rebus iudicamus non attenditur bonum vel malum ex parte ipsius rei de qua iudicamus, cui nihil nocet qualitercumque iudicemus de ipsa: sed attenditur ibi solum bonum iudicantis si vere iudicet, vel malum si falso... Sed in iudicio quo iudicamus de hominibus praecipue attenditur bonum et malum ex parte eius de quo iudicatur, qui in hoc ipso honorabilis habetur quod bonus iudicatur, et contemptibilis si iudicetur malus. Et ideo ad hoc potius tendere debemus in tali iudicio quod hominem iudicemus bonum, nisi manifesta ratio in contrarium appareat» (*Summa Theologiae*, *loc. cit.*).

Capítulo 3

EL PODER PUNITIVO ENTRE VERIFICACION Y VALORACION

9. *La interpretación. El poder de denotación y las garantías penales*

1. *Significado y verificabilidad.* En los dos capítulos que preceden he identificado los presupuestos epistemológicos del garantismo penal con las condiciones que deben ser dispuestas en el plano legal y satisfechas en el judicial para permitir la *decidibilidad* en abstracto y la *decisión* en concreto de la verdad procesal. Allí donde faltan estas condiciones —como ocurre en medida creciente en los sistemas S1-S9 respecto del modelo límite SG— se abren en el juicio espacios de incertidumbre que corresponden a otros tantos espacios de poder. A los fines del análisis de estos espacios distinguiré en este capítulo, como dije en el apartado 1.4, cuatro aspectos o dimensiones del poder del juez: el poder de denotación o de verificación jurídica, el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica, el poder de connotación o de discernimiento equitativo y el poder de disposición o de valoración ético-política. Diré inmediatamente que estas cuatro dimensiones del poder judicial son asimétricas entre sí. Las tres primeras son complementarias, en el sentido de que la extensión de una está determinada por la de las demás; pero si se extienden más allá de ciertos límites, las tres degeneran en el poder de disposición, donde las funciones de denotación, de connotación y de comprobación probatoria se extravían hasta dejar el campo libre al mero arbitrio decisorista.

Los dos primeros espacios de poder son inherentes a las decisiones sobre la *verdad procesal* que intervienen en ambas inferencias en las que en el apartado 5.2 he descompuesto la motivación judicial: en la *inferencia inductiva o prueba*, donde el poder se inserta en las decisiones sobre la *verdad fáctica* de la conclusión, y en la *inferencia de-*

ductiva o *subsunción*, donde se inserta en las decisiones sobre la *verdad jurídica* de las premisas. Analizaré primero las condiciones y las técnicas normativas dirigidas a basar la (o bien a minimizar el poder de) decisión sobre la verdad jurídica, representadas por las *garantías penales*. Desarrollaré también el análisis de las condiciones y de las técnicas normativas dirigidas a basar la (o bien a minimizar el poder de) decisión sobre la verdad fáctica, representadas por las *garantías procesales*. Tanto el problema de la verdad jurídica como el problema de la verdad fáctica serán distinguidos además en dos órdenes de subproblemas: el de la *verificabilidad* (y de la *refutabilidad*), que afecta a las *condiciones de uso* de los términos «verdadero» y «falso» tal y como vienen determinados por la referencia empírica de las tesis, jurídicas y fácticas, que enuncian el tema de la decisión; y el de la *verificación* (o de la *refutación*), que afecta en cambio a las *condiciones de aceptación* de las mismas tesis tal y como son determinadas por sus métodos de comprobación y de control. El primer orden de cuestiones, que afrontaré en este apartado junto al de las garantías penales, supone una *teoría del significado*; el segundo, que afrontaré en el apartado que sigue junto al de las garantías procesales, supone una *teoría de la prueba*.

Los problemas de la verificabilidad y la refutabilidad son evidentemente previos respecto de todos los demás. ¿En qué condiciones podemos usar sensatamente los términos «verdadero» y «falso» como predicados de aserciones de la forma «Ticio ha cometido el hecho *F*» y «el hecho *F* cometido por Ticio configura el delito *G*»? En términos generales, en una concepción empirista del conocimiento son verificables y refutables, en el sentido de «verdad» elucidado en el apartado 3, sólo las aserciones dotadas de significado o de referencia empírica, es decir, que describen hechos o situaciones determinadas desde el punto de vista de la observación: por ejemplo, «la tierra es un planeta que gira alrededor del sol» o «Cayo ha violado el límite de velocidad de 50 kilómetros por hora al conducir en el centro de Roma a 60 kilómetros», o similares. No lo son, en cambio, los juicios de valor y las aserciones de hechos o situaciones desde el punto de vista de la observación: por ejemplo, «Cayo ha ofendido la moral», «Sempronio ha cometido actividades subversivas», «Mevio es socialmente peligroso» o «la tierra y el sol han sido creados por Dios y se mueven según las reglas por él establecidas». Las condiciones de la verificabilidad y la refutabilidad, es decir, del uso de los términos «verdadero» y «falso» a propósito de una aserción, dependen, pues, de la semántica del lenguaje en que aquélla es formulada, es decir, del hecho de que sabemos exactamente a qué nos referimos con las palabras que utilizamos en ella. «Si recordamos qué se llama hurto y qué injuria», escribía Hobbes hace más de tres siglos, «entenderemos por las mismas palabras si es verdad o no que el robo es una injuria. Verdad es la misma cosa que proposición verdadera. Ahora bien,

una proposición es verdadera cuando el nombre consiguiente, que los lógicos llaman predicado, abarca en su amplitud el nombre antecedente, que se llama sujeto. Y saber una verdad es lo mismo que recordar que ha sido hecha por nosotros mismos, mediante el empleo de las palabras»¹.

En términos más rigurosos, esta lúcida intuición de Hobbes ha sido desarrollada por la teoría referencial del significado utilizada en la lógica moderna. Según esta teoría, formulada por Gottlob Frege², se deben distinguir dos acepciones distintas de «significado» de un signo: la *extensión* o *denotación*, que consiste en el conjunto de los objetos a los que el signo se aplica o se refiere, y la *intensión* o *connotación*, que consiste en el conjunto de las propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión. Precisamente, la extensión de un *predicado* es la clase de los objetos por él denotados en proposiciones aceptadas como verdaderas: el predicado «hombre», por ejemplo, denota a Sócrates, a Platón, a Bertrand Russell, a Luigi Bianchi y en general a todos los seres de los que es verdadera su predicación. La intención de un predicado está constituida en cambio por el concepto connotado por él, o sea, por la suma de sus notas constitutivas y de sus características esenciales: «hombre», por ejemplo, connota a un animal inteligente, dotado de la palabra, del uso de las manos, de posición erecta y de otros atributos. Dos predicados, pues, serán coextensos o equivalentes si y sólo si se pueden sustituir recíprocamente en cualquier enunciado sin que por ello resulte alterado el valor de verdad; mientras que se llamarán cointensos o sinónimos si son iguales por definición. En cuanto a la extensión y a la intención de un *sujeto*, consisten respectivamente en el individuo concreto por él denotado y en sus características individuales o singulares: «Sócrates», por ejemplo, denota al individuo Sócrates, que sin embargo viene connotado por las innumerables características singulares, no cointensas sino coextensas, que le diferencian de todos los demás, como el hecho de haber sido un filósofo griego muerto en Atenas en el 399 a. C. bebiendo la cicuta, el maestro de Platón, el marido de Jantipa o similares. Menos intuitiva es la distinción entre extensión e intención de un *enunciado*: allí donde la extensión es el valor de verdad del enunciado —de modo que todos los enunciados verdaderos, y por otro lado todos los falsos, son coextensos entre sí—, la intención en cambio es su contenido informativo, que hace a cada proposición no cointensa respecto de todas las de contenido distinto, aunque igualmente verdaderas o igualmente falsas. En todo caso, un signo, sea un predicado, un sujeto o un enunciado, *denota* su extensión y *connota* su intención.

Es fácil comprender cómo esta teoría del significado es también una teoría de las condiciones de uso del término «verdadero», es decir, de la verificabilidad. La locución «denota», referida a un sujeto o a un predicado, es en realidad fungible con «verdadero para», en el

sentido de que todo término es verdadero para (o denota) varios objetos, un solo objeto o ningún objeto: así, el término «mesa» es verdadero para todo objeto que es una mesa; el término «satélite natural de la tierra» es verdadero para un solo objeto, que es la luna; el término «centauro» no es verdadero para ningún objeto, ya que no existe ningún centauro³. Por otra parte, la extensión o denotación de un término está *determinada* por su intensión o connotación. Varios signos coextensos, en efecto, pueden tener intensiones distintas, mientras que varios signos cointensos deben tener la misma extensión. Y la extensión de un término es tanto mayor (o menor) cuanto menor (o mayor) es su intensión: por ejemplo, «hombre» es más extenso que «hombre de más de veinte años», respecto del que tiene una intensión menor, y es menos extenso que «animal», respecto del que tiene una intensión mayor.

Conforme a ello, diremos que un término es *vago* o *indeterminado* si su intensión no permite determinar su extensión con relativa certidumbre, es decir, si existen objetos que no están excluidos ni incluidos claramente en su extensión: «adulto», por ejemplo, es un término vago, al estar incluidas ciertamente las personas ancianas y excluidos los recién nacidos, pero resultando incierto, en ausencia de una definición, si están incluidos o excluidos los veinteañeros. Las *re-definiciones*, como por ejemplo la de la «mayoría de edad» contenida en el código civil, sirven para hacer *precisas*, mediante connotaciones convencionales, las intensiones de los términos vagos, con lo que su extensión queda determinada de la manera más clara: de modo que si conocemos la edad de un hombre, resulta posible decir que es verdadero o falso que es mayor de edad, mientras que no siempre es posible decir otro tanto de la tesis de que es un adulto. Existen también, sin embargo, términos no sólo vagos sino también *valorativos* —como «bueno», «malo», «feo», «obsceno», «púdico», «abyecto», «fútil», «peligroso» y similares— cuya extensión es además de indeterminada también indeterminable, dado que no connotan propiedades o características objetivas sino que expresan más bien las actitudes y las valoraciones subjetivas de quien las pronuncia. Las proposiciones en las que aparecen no son por eso verificables ni refutables, al no tener ningún valor de verdad (o denotación) y al ser todo lo más argumentables con referencia a otros valores.

2. *Verificabilidad jurídica y denotación legal: la estricta legalidad y la semántica del lenguaje legislativo.* Si aplicamos esta teoría del significado al lenguaje penal, diremos que una tesis judicial es verificable y refutable si y sólo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada; es decir, ya que la extensión está determinada por la intensión, si y sólo si sus intensiones están definidas de manera clara y precisa. Estas condiciones semánticas son por lo demás distintas según la tesis de que se hable sea jurídica o fáctica: en el pri-

mer caso, la tesis emplea términos de calificación jurídica cuyas connotaciones han sido establecidas convencionalmente por las leyes penales; en el segundo, utiliza palabras del lenguaje común cuyas connotaciones son inmediatamente las del léxico ordinario. Diremos por ello que la *verificabilidad jurídica* está condicionada por la semántica del lenguaje legal y que la *verificabilidad fáctica* está condicionada por la semántica del lenguaje común no técnico del que también hacen uso los discursos judiciales.

El presupuesto necesario de la *verificabilidad* y de la *refutabilidad jurídica* es que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito, y más en general de los conceptos penales, sean lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de la aplicación de la ley, la *denotación jurídica* (o calificación, clasificación o subsunción judicial) de hechos empíricos exactamente determinados. La técnica normativa que en los ordenamientos modernos asegura este presupuesto es la expresada por el *principio de estricta legalidad* o de *taxatividad penal*, tal y como se encuentra enunciado, si bien de forma un tanto sumaria, en el primer artículo del código penal italiano: «Nadie puede ser castigado por un *hecho* que no esté *expresamente* previsto como delito por la ley»⁴.

Este principio, que hemos configurado más arriba como la garantía primera y fundamental de un sistema penal cognoscitivo, puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: *a*) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados «verdaderos de los» hechos empíricos por ellos denotados⁵; *b*) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; *c*) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución⁶. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

En los sistemas penales evolucionados estas connotaciones, propiedades o características esenciales pueden ser identificadas con las que la doctrina penalista llama *elementos constitutivos del delito*: la *acción*, que debe ser exterior y empíricamente visible; su efecto o *resultado*, que debe consistir en un daño tangible; la *culpabilidad*, que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que es su autor. Las *garantías penales* de la materialidad de la acción, la lesivi-

dad del resultado y la responsabilidad personal expresadas por nuestros axiomas A4, A5 y A6, además de la presupuesta por todas de la retributividad expresada por el axioma A1, tienen consiguientemente —además del valor político de los criterios de justificación de las prohibiciones que será ilustrado en el capítulo 8— también el valor epistemológico de reglas semánticas sobre la connotación y sobre la denotación jurídica. Sólo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona —y no también a los estados de ánimo, las actitudes interiores o las características antropológicas de los sujetos, expresables a menudo con palabras vagas o valorativas—, son en realidad connotables de manera precisa y denotables taxativamente como elementos constitutivos del delito en el sentido exigido por el principio de estricta legalidad. Cualesquiera que sean los elementos constitutivos de los delitos, existe en todo caso un nexo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación y, por tanto, entre legalidad y verificabilidad, entre convencionalismo y empirismo penal, entre rigor semántico del lenguaje legislativo y cognoscitivismo judicial.

Estos nexos fueron perfectamente comprendidos por el pensamiento penal ilustrado, si bien con el ingenuo optimismo derivado de la total falta de una adecuada teoría del significado⁷. «Donde las leyes son claras y precisas», escribía Beccaria, «el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho»⁸. El ideal de la claridad, de la simplicidad, de la coherencia y del número limitado de las leyes, sobre todo penales, es común a toda la tradición ilustrada —de Hobbes⁹ a Montesquieu¹⁰, de Voltaire¹¹ y Rousseau¹² a Filangieri¹³, Bentham¹⁴ y Condorcet¹⁵— y está en la base de todo el movimiento reformador en favor de la codificación penal desarrollado en Europa en el siglo XVIII¹⁶. Naturalmente, como hemos mostrado en los capítulos que preceden, este ideal nunca es plenamente alcanzable al existir siempre un margen insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley. Para usar una hermosa imagen de Herbert Hart, en todas las leyes existe, junto a un núcleo «luminoso», una zona de «penumbra» que cubre los «casos discutibles» en los que las palabras de la ley «no son obviamente aplicables... pero tampoco claramente excluibles»¹⁷. La penumbra, sin embargo, puede ser reducida o aumentada hasta la oscuridad más completa. Por eso debemos hablar, a propósito de las hipótesis de delito, de *grado de taxatividad* y, en consecuencia, de *verificabilidad jurídica*. La certeza (de la verdad) jurídica, aun cuando sea un mito si se entiende como perfecta «correspondencia», puede ser en realidad mayor o menor según el lenguaje de las leyes sea preciso o vago¹⁸, denote hechos o exprese valores y esté libre o no de antinomias semánticas.

Algunos ejemplos pueden servir de aclaración. Tómense dos agravantes del hurto previstas por el código penal italiano: «si el hecho resulta cometido por tres o más personas» (art. 625 n. 5), que es una

circunstancia exactamente denotada, y «si el culpable usa violencia sobre las cosas» (art. 625 n. 2), que es en cambio una circunstancia *vaga* e indeterminada por las múltiples interpretaciones, extensas o estrictas, asociables a las palabras «violencia» y «cosas». En el primer caso, el juicio sobre la pertinencia en derecho de la circunstancia puede ser indiscutiblemente afirmado como verdadero o negado como falso; en el segundo, su verdad o falsedad jurídica es ampliamente indecible, como lo muestra la inmensidad de pronunciamientos en contraste sobre la cuestión.

Una alternativa todavía más tajante se produce según el lenguaje empleado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no también valores se puede indicar el art. 575 del código penal italiano, que define el homicidio como el acto de «cualquiera que ocasione la muerte de un hombre»; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por tanto, lesiona el principio de estricta legalidad, podemos recordar el art. 529 del mismo código, que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que «según el sentimiento común ofenden el pudor». La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo «Ticio ha ocasionado la muerte de un hombre»; la aplicación de la segunda supone en cambio un juicio de valor del tipo «Ticio, según el sentimiento común, ha ofendido el pudor». El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y refutable y es, por tanto, un acto de cognición y propiamente de juris-dicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa.

Igualmente insolubles sin opciones discrecionales son, en fin, las *antinomias semánticas*, que se producen siempre que de un mismo hecho se pueden dar varias calificaciones o denotaciones jurídicas concurrentes y no existe criterio alguno, ni siquiera el de especialidad, que permita decidir cuál de ellas es aplicable y, antes todavía, si son aplicables alternativamente (mediante concurso de leyes) o conjuntamente (mediante concurso de delitos). Por ejemplo, ¿es hurto o es apropiación indebida la apropiación de las cosas consignadas por parte del comisionista de transporte o del contratista de obra, o la sustracción de energía eléctrica mediante instrumentos especiales introducidos en el contador? ¿Es estafa, emisión de cheques sin fondos o ambas cosas el pago de mercancías con cheques en descubierto de los que el emisor haya asegurado la cobertura? ¿Es asociación subversiva, banda armada o ambas cosas, o quizá ni una ni otra cosa, la actividad subversiva de varias personas, armadas algunas de ellas, pero carentes de vínculos organizativos estables? Es claro, en todos estos casos, que la *vaguedad*, la *valoratividad* y la presencia de *antinomias* en el lenguaje legal dependen del carácter oscuro y redundante de las leyes

y de su vocabulario, y que podrían ser reducidas, si no eliminadas, por una técnica legislativa más conforme con el principio de estricta legalidad.

3. *Verificabilidad fáctica y denotación jurisdiccional: la estricta jurisdiccionalidad y la semántica del lenguaje judicial.* La estricta legalidad o taxatividad de las leyes penales es una condición necesaria, pero no también suficiente para garantizar la verificabilidad procesal. Tomemos la descripción de los hechos de un auto de prisión o de una sentencia, que suele reproducir el esquema de la subsunción o deducción jurídica, esto es, de la segunda de las dos inferencias en las que en el apartado 5.2 he descompuesto la motivación judicial: Ticio es imputado o reconocido como «culpable del hecho *J*» (conclusión jurídica *CJ*) por «haber cometido el hecho *H*» (premisa fáctica *PH*), «que viene denotado por la ley como delito *J*» (premisa jurídica *PJ*). Dejemos a un lado el problema de la verificación de las premisas, y en particular de la inducción fáctica de *PH*, de lo que trataré en el próximo apartado, y permanezcamos en el problema de su verificabilidad. Con la taxatividad de las figuras legales de delito, el principio de estricta legalidad garantiza solamente la precisión de la intensión y la determinabilidad de la extensión del predicado *J*, pero no también del sujeto *H*, que también figura en la premisa jurídica «*H* es (denotado por, o entra en la extensión de) *J*». Para establecer, según las eficaces palabras de Hobbes, que el «nombre consiguiente, al que los lógicos llaman predicado, abraza en su extensión también al nombre antecedente, que se llama sujeto», hace falta además que esté exactamente determinada también la extensión del sujeto. *J*, en efecto, es predicable como «verdadero de» *H* y *H* es calificable como *J*, a condición no sólo de que sea taxativo el significado de *J*, sino también de que *H* sea individualizable, gracias a las precisiones de sus connotaciones esenciales, como miembro de la clase de objetos denotados por *J*. Esta segunda condición afecta, antes que a la verificabilidad y la refutabilidad jurídica de *PJ*, a la *verificabilidad* y la *refutabilidad fáctica* de *PH*. No es, pues, como la predicabilidad de *J*, una cuestión de técnica legislativa, sino una cuestión de técnica judicial. No depende de la semántica del lenguaje legal, sino de la del lenguaje jurisdiccional.

Correlativamente con el principio de estricta legalidad —que hemos caracterizado como una regla semántica meta-legal de formación del lenguaje legislativo, dirigida a asegurar la determinabilidad de las denotaciones jurídicas— se puede formular consiguientemente un principio meta-procesal de estricta jurisdiccionalidad, que equivale a una *regla semántica de formación del lenguaje jurisdiccional* dirigida a asegurar la determinabilidad de las *denotaciones fácticas*. Se trata en realidad no de una sino de una serie de reglas que exigen, como condición de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, de la verificabilidad y de la refutabilidad de las tesis que en el proceso enuncian los hechos y

las pruebas, que tanto aquéllas como éstas sean exactamente individualizadas mediante descripciones precisas y sin el uso de palabras vagas o valorativas. Tales son, en el nuevo código de procedimiento penal italiano, la norma que impone la comunicación «de forma clara y precisa» a la persona sospechosa del «hecho que se le atribuye» y de los «elementos de prueba existentes contra ella» (art. 65), la que prescribe la correspondencia entre el hecho así imputado y aquel del que el juicio formula la definición jurídica (art. 521.2), además de la que establece que el testigo sea «interrogado sobre hechos determinados», que no pueda «deponer sobre la moralidad del imputado» ni «sobre los rumores públicos» y que no se le permita «expresar apreciaciones personales» (art. 194.1 y 3).

En las teorías de la interpretación y de la aplicación de la ley suele ignorarse, o al menos descuidarse, el problema de la semántica del lenguaje judicial en el que los actores del proceso exponen los hechos y las pruebas. Sin embargo, no es menos importante que el de la semántica del lenguaje legal. Una tesis jurisdiccional, en efecto, carece de valor de verdad no sólo si es indeterminado el significado extensional del predicado jurídico, sino también si es indeterminado el significado extensional del sujeto fáctico: no sólo si tiene la forma «*H* es un escándalo público», donde por hipótesis *H* es determinado pero «escándalo público» es indeterminado, sino también si tiene la forma «tal conducta malvada es *J*», donde por hipótesis *J* es determinado pero es indeterminada la conducta malvada». Por ejemplo, serían inverificables e irrefutables tesis fácticas como «Ticio (es culpable de homicidio porque) con su malvada conducta ha hecho morir del corazón a su viejo padre» o «Cayo (es culpable de malos tratos familiares porque) ha tratado mal a su hijo». En estos casos el *thema probandum* es incierto y la hipótesis judicial inverificable e irrefutable no por defecto de denotación jurídica, sino por defecto de denotación fáctica.

En línea de principio, dada la vaguedad del lenguaje común, tampoco la determinabilidad de la denotación fáctica es nunca perfecta y también para ella ha de hablarse, por tanto, de *grado de taxatividad*. Sin embargo, al referirse a hechos individuales y no a clases de hechos abstractamente prefiguradas, puede ser bastante mayor que la de la denotación jurídica operada por la ley. Eso no impide que en la práctica los órganos de investigación suelen formular sus acusaciones en términos vagos e indeterminados. El uso de palabras equívocas y de juicios de valor en la descripción de los hechos imputados y en la realización de las pruebas representa más bien una técnica de vaciamiento de las garantías penales y procesales por parte de los jueces no menos difundida que la adoptada análogamente por el legislador en la formulación de las leyes. Y puede producir la total disolución de las garantías cuando la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas se combina con la de las denotaciones jurídicas: como cuando una calificación legal vaga y/o valorativa y/o concurrente con otras —por

ejemplo, las figuras de los delitos de asociación o la del concurso moral en los delitos— viene predicada de hechos o situaciones expresadas a su vez con términos vagos y/o valorativos porque se refieren a períodos o conductas vitales, a contigüidades genéricas, a inclinaciones, a prognosis de peligrosidad o a otras valoraciones del propio juzgador¹⁹.

4. *La deducción jurídica y la hétero-integración judicial de la lengua penal.* Principio de estricta legalidad y principio de estricta jurisdiccionalidad se pueden, pues, configurar como dos reglas semánticas complementarias, una dirigida al legislador y otra dirigida a los jueces, con las que garantizar, mediante la verificabilidad de las denotaciones jurídicas y de las fácticas, la reserva *absoluta* de ley en materia penal y la consiguiente sujeción del juez penal *solamente* a la ley. Teóricamente, allí donde estos principios fueran ambos plenamente satisfechos, la denotación penal de un hecho concreto mediante un predicado penal no requeriría ningún poder judicial de decisión, puesto que sería la conclusión de una deducción que tiene como premisas una aserción fáctica empíricamente verificable —y, en hipótesis, verificada, aun si con los límites de la inducción de los que se hablará en el próximo apartado— y una aserción jurídica *analíticamente verdadera*, es decir, conforme al significado de los términos empleados en ella. Por ejemplo, la implicación «si Ticio ha acuchillado a un hombre provocándole la muerte, entonces su acto es un homicidio a los efectos del art. 575 del código penal» es una tesis analítica verdadera conforme al significado previo de sus palabras descriptivas, no de modo distinto que la aserción «si Juan no está casado, entonces está soltero»²⁰. En tal caso la subsunción o *verificación jurídica* se produce *por definición*, es decir, conforme a la regla de uso legal de la palabra «homicidio» que permite, gracias a su (relativa) precisión y univocidad, la sustitución de las palabras cointensas y coextensas que denotan el hecho en la premisa fáctica sin que ésta vea alterado su contenido informativo ni su valor de verdad.

Ya he dicho que en la práctica, a causa de los vicios semánticos del lenguaje legal y del lenguaje judicial, todo esto no sucede de hecho más que en medida más o menos aproximativa. La subsunción judicial puede muy bien exhibir una forma deductiva. Pero eso puede ocurrir también porque —explícita o implícitamente— el juez o la acusación han interpretado o re-definido convenientemente (con términos precisos y descriptivos) el predicado legal y/o han interpretado o re-definido igual de convenientemente (con términos vagos o valorativos) el sujeto fáctico para incluir el segundo en la extensión del primero. Por ejemplo, para hacer cuadrar como subsunción deductiva la aplicación de la norma sobre el escándalo a un hecho consistente en un beso dado en público, se puede o bien re-definir judicialmente la noción legal de acto obsceno incluyendo en su denotación los besos

(«son obscenos, y ofenden al sentimiento común del pudor, los besos dados en público»), o bien formular la descripción del beso juzgado incluyendo en ella su connotación como obsceno («Ticio y Caya se han besado obscenamente en lugar público, ofendiendo el sentimiento común del pudor»). En el primer caso, la verificabilidad empírica de la premisa fáctica se salvaguarda adaptando a ella la premisa jurídica. En el segundo, la verificabilidad analítica de la premisa jurídica se salvaguarda adaptando a ella la premisa fáctica.

Es claro que estas dos operaciones de adaptación —sin las cuales el silogismo «si Ticio y Caya se han besado en público, entonces han cometido escándalo público a los efectos de nuestro código penal» no es en absoluto una inferencia deductiva— son arbitrarias y contrastan con la reserva «absoluta» de ley en materia penal, además de con el principio del sometimiento del juez «solamente» a la ley. Sin embargo, la práctica judicial está repleta de operaciones de este tipo: de subrepticias redefiniciones descriptivas y matizadoras asociadas a las calificaciones jurídicas para determinar empíricamente su denotación fáctica, y de subrepticios juicios de valor asociados a la descripción de los hechos para derivar analíticamente su denotación jurídica. En particular, toda la jurisdicción de la casación sobre cuestiones de derecho no es otra cosa que un gigantesco léxico de re-definiciones *ad hoc* con las que de tanto en tanto los significados indeterminados de los términos legales resultan precisados con el fin de permitir (o no permitir) su aplicación a los hechos juzgados. Y puesto que un código es también una especie de diccionario de la lengua jurídica compuesto por re-definiciones convencionales de términos extraídos del lenguaje común, los repertorios de jurisprudencia producidos anualmente por la actividad interpretativa de los tribunales pueden ser concebidos como inagotables recopilaciones de re-definiciones judiciales de las re-definiciones legales, entre las que los jueces eligen, a los fines de la subsunción, las de su preferencia. Es además inevitable que esta enorme mole de re-definiciones produzca en su conjunto el efecto de aumentar, más que de reducir, el carácter polisémico y redundante del vocabulario jurídico²¹.

En la medida en que los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad no resulten plenamente satisfechos, la denotación por parte del juez de un sujeto fáctico con un predicado legal no es, pues, analíticamente verdadera o legal por definición. Más bien es verdadera por re-definición judicial, o sea, por la decisión con la que el juez ha interpretado o re-definido el sujeto o el predicado de la premisa jurídica en la forma por él reputada conveniente a los fines de la subsunción (o no subsunción) del hecho en la ley, esto es, de la aplicación (o no aplicación) de la ley al hecho. Podemos muy bien llamar *poder judicial de denotación penal* —que no se ha de confundir con el «poder judicial de connotación», el cual, como señalaré en el apartado 11, se dirige a discernir las connotaciones específicas y

singulares de los hechos verificados procesalmente— al poder ejercido por el juez mediante tal decisión, que sirve para suplir los defectos semánticos de la lengua legal mediante adaptaciones apropiadas del lenguaje jurisdiccional y, por ello, para integrar, o incluso crear, los presupuestos mismos de la verificabilidad procesal. Precisamente, llamaré *poder de denotación jurídica* o de *interpretación de la ley* al ejercido por el juez al denotar a un sujeto fáctico (en nuestro ejemplo, «un beso») mediante un predicado legal apropiadamente redefinido por él con términos de extensión determinada («son obscenos todos los besos dados en público»); y *poder de denotación fáctica* o de *interpretación de los hechos* al ejercido por el juez al denotar con un predicado legal («obsceno») a un sujeto fáctico expresamente connotado por él con los términos de extensión indeterminada usados por la ley («Ticio ha besado a Caya obscenamente»).

A menudo estas dos formas de denotación potestativa (e integradora) son alternativas entre sí, en el sentido de que basta una sola de ellas para hacer posible la deducción jurídica sorteando la reserva absoluta de ley: o bien la integración de la premisa jurídica, que permite la verificación empírica de la premisa fáctica, o bien la integración de la premisa fáctica, que permite la verificación analítica de la premisa jurídica. Pero también puede ocurrir, como se ha dicho, que operen conjuntamente, a través de oportunas interpretaciones o redefiniciones de los supuestos abstractos y de oportunas interpretaciones o redefiniciones de los concretos. En todos los casos, como mostraré en el apartado 12, esta hétéro-integración del derecho por vía judicial, aun siendo en alguna medida inevitable, contradice, además de al modelo cognoscitivista del derecho penal, a las bases mismas de la legitimidad política de la función punitiva en el estado de derecho, que residen en la división de poderes, el monopolio legal del poder de denotación penal y la sujeción del juez solamente a la ley. Y, además, en los ordenamientos jurídicos donde la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad son también principios jurídicos de rango constitucional, compromete su legitimidad jurídica. Puesto que tales principios corresponden a dos ideales límite, de ello se sigue que el poder judicial penal *siempre* está viciado por una tasa irreducible de irracionalidad y de ilegitimidad política y/o jurídica.

Esta tasa de irracionalidad y de ilegitimidad es, evidentemente, variable, pues depende del *grado* de inseguridad jurídica generado por la indeterminabilidad semántica del lenguaje penal, o del *grado* de ineffectividad de las garantías en el funcionamiento concreto de los distintos ordenamientos y de sus instituciones específicas. Pero puede alcanzar formas extremas de arbitrio cuando los vicios de legalidad y de jurisdiccionalidad son tales que excluyen (como en el caso aquí ejemplificado de los «actos obscenos») toda referencia empírica o extensional de los términos empleados en el juicio penal. Estipulo, por tanto, que reservaré la expresión «poder de denotación» para la po-

testad del juez en todo caso necesaria para integrar los espacios irreducibles de discrecionalidad dejados abiertos por los defectos inevitables de denotación del lenguaje legal y del lenguaje común; y que usará en cambio la expresión «poder de disposición» para designar la potestad del juez cuando la falta de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, como aclararé mejor en el apartado 12, sea tal que ni siquiera permita hablar de «denotación», aunque sea potestativa, y exija en cambio decisiones discrecionales no sobre la verdad sino sobre valores distintos, de tipo ético-político.

10. *La prueba. El poder de verificación y las garantías procesales*

1. *Verificación e inducción fáctica.* Las condiciones de la verificabilidad y la refutabilidad procesal, más arriba identificadas con la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las denotaciones penales, son lógicamente previas, como se ha dicho, a las de la verificación y la confutación: sólo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos —la acción, el resultado, la culpabilidad— puede ser objeto de prueba en sentido estricto, así como de comprobación contradictoria e imparcial; en cambio, no se puede probar, y todavía menos contradecir, una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones, tanto inverificables como no confutables. Las mismas condiciones semánticas o *garantías penales* de la verificabilidad y de la refutabilidad —si son suficientes además de necesarias para asegurar la *verificación* o la *confutación jurídica*, que son el fruto de deducciones válidas conforme a los significados de las palabras empleadas— son sin embargo sólo necesarias pero no también suficientes para asegurar la *verificación* o la *confutación fáctica*, las cuales dependen de complejas *garantías procesales* que van mucho más allá de las simples reglas hasta ahora analizadas sobre la formación del lenguaje penal.

En el primer capítulo se ha visto que la verificación fáctica en el proceso penal, al igual que en cualquier verificación histórica, es el resultado de una ilación entre hechos «probados» del pasado y hechos «probatorios» del presente y que esta ilación, que forma el primero de los tres silogismos en los que he descompuesto el razonamiento judicial, tiene la forma de una inferencia inductiva, donde las premisas vienen constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión viene constituida por la enunciación del hecho que se considera probado por las premisas. A diferencia de la deducción, que siempre es tautológica, la verdad de las premisas de la inducción no implica nunca la verdad de la conclusión, pues si las premisas son verdaderas no se da ninguna necesidad lógica sino sólo una relevante probabili-

dad de que la conclusión sea verdadera (y ninguna contradicción o imposibilidad sino sólo una relevante improbabilidad de que sea falsa). Los acontecimientos, como Hume demostró, no se siguen necesariamente uno a otro y, por tanto, no es posible «demostrar» su conexión causal, sino todo lo más sostenerla como plausible gracias a generalizaciones idóneas basadas en la experiencia pasada²². Por otra parte, precisamente porque no están implicadas por las premisas, las conclusiones de una inducción tienen un contenido informativo mayor que ellas que permite considerarlas como un desarrollo fiable, aunque no válido lógicamente, de dichas premisas. Por eso éstas, aun cuando no verdaderas necesaria sino sólo probablemente, aumentan nuestro conocimiento: su relativa incertidumbre respecto de las premisas o *pruebas* aceptadas como verdaderas es el precio que se paga por su valor de *descubrimientos* de hechos ignorados idóneos para explicar hechos conocidos.

Bajo este aspecto, la inducción judicial es idéntica a cualquier otra inducción: en ella, precisamente, la conclusión probada o descubierta tiene el valor de una hipótesis explicativa de naturaleza probabilística en cuanto al nexo causal entre una acción imputada a la culpabilidad de un sujeto y el conjunto de hechos —el acontecimiento lesivo y los datos probatorios recogidos— descritos en las premisas. Su especificidad consiste en el hecho de que el procedimiento mediante el cual se realiza no es sólo una actividad intelectual sino que es también una actividad jurídica, normativamente disciplinada. Y esto complica enormemente los ya enormes problemas epistemológicos relativos a la justificación de la inducción en general. Estos problemas son sin embargo previos al de las garantías jurídicas y normativas de la prueba: en realidad, como veremos, sus distintas soluciones están en el origen de los diferentes sistemas procesales que teóricamente pueden ser —e históricamente han sido— concebidos y realizados.

2. *Pruebas e indicios. Fiabilidad subjetiva y relevancia objetiva.* A los fines de nuestro análisis es oportuno ante todo distinguir los hechos o *datos probatorios* según sean experimentados directa o indirectamente, esto es, según permitan más o menos indirectamente la inducción del hecho-delito. Apartándome del lenguaje corriente, propongo llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio²³.

¿Qué es lo que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón? Es *prueba*, más o menos probable según la sinceridad que acreditemos a Ticio, del hecho de que éste ha visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de

Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, sin embargo, es sólo un *indicio*, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la vista de Ticio, del hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un *indicio*, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sempronio. Tenemos, pues, en esta breve historia no una sino tres inferencias inductivas: la que del testimonio de Ticio induce como verosímil que él ha visto realmente la escena descrita por él; la que de tal indicio induce como verosímil que Cayo ha tenido efectivamente el comportamiento sospechoso referido por Ticio; la que de este indicio más directo induce como verosímil la conclusión de que Sempronio ha sido asesinado por Cayo. Si además no hemos escuchado el testimonio de Ticio de viva voz sino que disponemos sólo del acta en la que ha sido transcrito, también el testimonio resulta degradado a indicio o, si se quiere, a *prueba indiciaria*, y a las tres inferencias debemos añadir una cuarta: la que va del acta al hecho, del cual el acta es solamente *prueba*, de que en el pasado verosímilmente Ticio ha declarado cuanto ha sido transcrito sin que sus deposiciones hayan sido malentendidas, distorsionadas o constreñidas²⁴.

Ninguna de las conclusiones de estas cuatro sucesivas inferencias o argumentos inductivos es indubitadamente verdadera. Sólo se puede decir que cada una de ellas es más o menos razonable, plausible o probablemente verdadera. Ticio podría haber mentido para desviar las investigaciones y cubrirse a sí mismo o a un protegido suyo. Admitido que haya sido sincero, podría haberse engañado por la escasa visibilidad, confundiendo a Mevio con Cayo. Y admitido que haya dicho la verdad, la sospechosa actitud de Cayo se podría explicar por el hecho de que estaba siguiendo al asesino después de haberle desarmado o, quizá, por una desagradable coincidencia. Sin contar con que, si el testimonio se extrae de un acta, Ticio podría no haber declarado en realidad que había visto a Cayo, sino, supongamos, un señuelo parecido a Cayo, y con que su declaración podría haber sido malentendida por quien tomó la declaración. Es claro que cuanto mayor es el número de las inferencias necesarias para inducir de la prueba la conclusión de la responsabilidad por el delito del que es causa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria. Basta en realidad que la defensa aduzca una contraprueba que desmienta una sola de las inferencias de la serie para interrumpir la cadena y desmontar todo el razonamiento. Distinto es el caso en el que son necesarias varias inferencias porque concurren varias pruebas o varios indicios independientes entre sí: varias pruebas de un mismo indicio o varios indicios distintos. En estos casos varias pruebas y/o varios indicios concordantes se refuerzan entre ellos aumentando su probabi-

lidad, mientras que varias pruebas y/o varios indicios discordantes se debilitan recíprocamente reduciendo o incluso anulando cada uno la probabilidad del otro. Las novelas policíacas están llenas de construcciones probatorias aparentemente aplastantes que de pronto, gracias a contrapruebas y contraindicios mejor organizados, se derrumban por el predominio de hipótesis empíricamente alternativas a las acreditadas inicialmente.

Nuestra distinción entre pruebas e indicios, que en la imprecisa terminología corriente podríamos expresar a grandes rasgos con la distinción entre «medios de prueba» y «contenidos probatorios», es esencial para plantear correctamente la cuestión del tipo de probabilidad que permite, a propósito de una serie más o menos compleja de premisas probatorias e indiciarias, hablar de «prueba» de la conclusión de una inducción judicial. En primer lugar, sirve para aclarar que, respecto del delito, las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca pruebas *directas* sino casi siempre *indirectas*²⁵, es decir, pruebas de indicios a su vez directos o indirectos: «probabilidades de probabilidades», como escribió Francesco Maria Pagano²⁶ o, peor, como en el caso aquí ejemplificado del acta testifical, probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades))) de probabilidades. Por otra parte, mientras las pruebas, al consistir en hechos del presente, son siempre objeto de experiencia *directa*, no se puede decir otro tanto de los indicios, que consisten siempre en hechos del pasado. Los indicios son, en suma, más directos que las pruebas respecto de la hipótesis explicativa final, pero las pruebas son más directas que los indicios respecto de la experiencia probatoria inicial.

En segundo lugar, nuestra distinción permite elucidar la distinta naturaleza de la probabilidad de las pruebas y de la probabilidad de los indicios. La probabilidad o *fuerza inductiva* de las pruebas afecta a la *fiabilidad* o *crédito subjetivo* de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas; el carácter no apócrifo de los documentos; la solidez de las pericias; el rigor de las inspecciones y reconstituciones judiciales de hechos; la autenticidad y no falsificación de las huellas y piezas de convicción. La probabilidad o fuerza inductiva de los indicios afecta en cambio a su *relevancia* o *gravedad objetiva*, es decir, a su idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto. Puede haber pruebas fiables de indicios tenuous o tal vez irrelevantes y pruebas increíbles o escasamente creíbles de indicios graves y relevantes. En el primer caso el indicio es cierto pero débil, en el segundo es incierto aunque fuerte y tal vez decisivo. Un dato probatorio, en consecuencia, puede ser refutado bien impugnando la relevancia de los indicios inducidos de él, bien desacreditando la fiabilidad de las pruebas de las que ha sido inducido. Y es tanto más fiable subjetivamente cuanto más cercano es a la ex-

periciencia probatoria inicial (aunque lejano de la conclusión explicativa final) y tanto más relevante objetivamente cuanto más cercano está de la conclusión final (aunque lejano de la experiencia inicial).

3. *La justificación de la inducción como deducción enmascarada. Las pruebas legales.* Se trate de pruebas o de indicios, la verdad de las conclusiones que pueden ser inducidas de unas y otros es sólo una *verdad probable*, siendo siempre posible que la conclusión de una inducción sea falsa aunque sean verdaderos los datos enunciados en las premisas. La idea contraria, según la cual la verdad de los datos probatorios asumidos en las premisas garantizaría la inopugnabilidad de la conclusión, equivale a la pretensión de justificar la inducción como si ocultase entre las premisas alguna ley o regla de carácter universal cuya explicitación serviría para transformarla en una deducción. Tal deducción tendría la forma

- (a) (I) P es verdadera
 (II) Cada vez que P es verdadera, también H es verdadera
-
- (III) H es verdadera,

donde P es el conjunto de los datos probatorios aseverados en (I), y H es su hipótesis explicativa que, conforme a la generalización (II), es deducida en (III) por *modus ponens*.

Lamentablemente, este esquema es inservible como justificación de la inducción, dado que (II) no es nunca verdadera. En efecto, no existen reglas inductivas capaces de garantizar la verdad de la conclusión de una inducción. Tomemos el ejemplo dado por Popper de la rotura de un hilo de la que puede inducirse —estableciendo como premisa la generalización verdadera de que «Cada vez que a un hilo se le aplica un peso superior a su resistencia, entonces se rompe»— que se le ha aplicado un peso superior a su resistencia. Este razonamiento, si indicamos con P la aserción de la rotura del hilo y con H la hipótesis de que se ha aplicado al hilo un peso superior a su resistencia, tiene la forma

- (b) (I) P es verdadera
 (II) Cada vez que H es verdadera, también P es verdadera
-
- (III) H es verdadera,

que, a diferencia de (a), no es una deducción válida, pudiendo muy bien H ser falsa aun siendo verdaderas P y la generalización según la cual H implica siempre P . Para tener una deducción válida, idónea para apoyar por *modus ponens* la conclusión H como en el esquema (a), deberíamos suponer como verdadera la generalización inversa

«Cada vez que un hilo se rompe, entonces le ha sido aplicado un peso superior a su resistencia». Pero esta segunda generalización, que permitiría configurar la inducción como una deducción, es patentemente falsa, dado que un hilo puede romperse no sólo si se le aplica un peso superior a su resistencia, sino también si, por hipótesis, se quema o se corta con unas tijeras. Y al ser falsa una de las premisas de la deducción, la conclusión *H* puede ser tanto verdadera como falsa. En ninguno de los dos casos —tanto si adoptamos el esquema (*b*) dotado de premisas verdaderas pero deductivamente inválido, como si adoptamos el esquema (*a*) deductivamente válido pero dotado de una premisa falsa— estamos en condiciones de inferir con certeza la verdad de *H*: nuestro hilo, en efecto, podría haberse roto por otras y variadas razones. De ningún hecho, según la tesis de Hume, se puede «demostrar» su explicación.

La interpretación de la inducción judicial como una deducción enmascarada es el equívoco paralogismo sobre el que se basa el sistema de las *pruebas legales* llamadas *positivas*. Las pruebas legales positivas —o pruebas legales en sentido estricto²⁷— son aquellos datos probatorios que permiten deducir inopugnablemente la conclusión fáctica gracias a su conjunción con premisas legalmente presumidas como verdaderas que por lo general conectan el tipo de hecho experimentado como prueba y el tipo de hecho considerado probado. Estas premisas son, evidentemente, normas jurídicas. En el procedimiento inquisitivo premoderno, por ejemplo, se había codificado una verdadera tarifa de pruebas que asignaba presuntivamente determinadas estimaciones o valores probatorios a los distintos tipos de prueba admitidos en el proceso conforme a cálculos de sus probabilidades legalmente preestablecidos: valor de pruebas «perfectas» o «plenas» a algunas pruebas, como la confesión o las deposiciones de dos testigos concordantes; valores de pruebas «imperfectas», «sempiernas» o «menos que semiplenas» a otras que, combinadas entre sí según complicadas aritméticas probatorias, podían formar una prueba plena o perfecta²⁸. Es claro que, gracias a este artificio, la inducción judicial se transforma en una deducción cuya premisa particular es la prueba legal, cuya premisa universal es la norma que confiere a aquélla valor probatorio pleno y cuya conclusión deriva de las premisas por *modus ponens* según el esquema (*a*). El salto lógico que siempre separa a dos aserciones particulares es en realidad colmado por vía de autoridad mediante la presuposición como norma de la generalización de la ilación —inversa, como veremos, a la enunciada por las máximas de experiencia utilizadas como premisas de la inducción— entre los dos tipos de acontecimientos enunciados por ellas. Por ejemplo, si en el esquema (*a*) sustituimos *P* por la tesis «Dos testigos declaran concordemente *H* en los más mínimos detalles», el razonamiento subyacente al método judicial de la prueba legal asume la forma deductivamente válida:

- (c) (I) Dos testigos declaran concordemente H en los más mínimos detalles
 (II) Cada vez que dos testigos declaran concordemente H en los más mínimos detalles, entonces H es verdadera
-
- (III) H es verdadera,

donde (I) enuncia la prueba legal, (II) la norma que establece la generalización en orden a su valor probatorio pleno y (III) la conclusión fáctica deducida por *modus ponens* de tales premisas.

Todo esto es manifiestamente absurdo. En realidad, puesto que lo desmiente la experiencia, es falsa cualquier generalización sobre la fiabilidad de un tipo de prueba o conjunto de pruebas. Dos personas podrían declarar concordemente la misma tesis no ya porque sea verdadera, sino porque, por hipótesis, se han puesto de acuerdo de antemano, están animadas por el mismo interés, han caído en el mismo error o por varias de estas razones a la vez. Sin contar con que, si H no es la hipótesis acusatoria sino sólo uno de sus indicios, puede ser a su vez más o menos relevante y la predeterminación en abstracto del grado de relevancia de un indicio es todavía menos posible que la del grado de fiabilidad de una prueba. Eso quiere decir que el esquema deductivo (c) es inservible como justificación epistemológica de la inducción judicial. Ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inopugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. *No existen, en rigor, pruebas suficientes.*

El método de las pruebas legales acompañó durante cinco siglos, desde el fin del siglo XIII hasta la Revolución francesa, a la experiencia procesal de la inquisición desarrollada en toda Europa continental²⁹. En el plano epistemológico, señala una decidida regresión respecto de la tradición tópico-retórica del *ars opponendi et respondendi* que había informado a la concepción clásica de la prueba, desde la época griega y romana hasta la primera fase del proceso romano-canónico medieval. La idea de la prueba como «suficiente», gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación. En estas pruebas mágicas, que caracterizan a las experiencias procesales primitivas y, en particular, a la romano-germánica de la Alta Edad Media, un hecho natural —como el resultado de una prueba física del acusado con la naturaleza o con la parte ofendida, la provocación del castigo divino en caso de mentira o, directamente, cualquier signo de la naturaleza— viene considerado por una norma como prueba o como signo suficiente de culpabilidad o de inocencia³⁰. A diferencia de lo que ocurre en las pruebas legales, la experimentación de tal hecho no está dotada en realidad de ninguna fuerza

inductiva; y la norma sobre la prueba, en vez de una falsa ley natural o una regla de experiencia, es una ley sobrenatural, una tesis mágica o religiosa o un artículo de fe. El esquema lógico y epistemológico es sin embargo el mismo: el de la deducción de la conclusión judicial como necesaria (y no como probable) a partir de la prueba practicada y de la norma que le confiere a ésta valor probatorio o inmediatamente expresivo del hecho probado.

En oposición a una difundida interpretación que en las contiendas de ordalía descubre sobre todo las remotas ascendencias del contradictorio típico del rito acusatorio³¹, es posible, pues, rastrear una continuidad mucho mayor entre estas antiguas pruebas mágicas «irracionales» y las pruebas legales «racionales» propias del rito inquisitivo. La identidad del esquema epistemológico señala arquetipos culturales comunes. También las pruebas mágicas, al igual que las pruebas legales, son en realidad *pruebas formales* en el sentido de que excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior, divino en el primer caso y legal en el segundo. Y también las pruebas legales, como las pruebas mágicas, son por otra parte *pruebas simbólicas* en el sentido de que actúan como «signos normativos» de la conclusión deducida, hasta el punto de que las semi-pruebas y los cuartos de prueba legales aparecen siempre como signos normativos de algo: si no de la culpabilidad, de una semi o menos que semi-culpabilidad que comporta una semi-pena o una pena en todo caso reducida³². Una confirmación de ello es el hecho de que la tortura, que arruinó ininterrumpidamente el mecanismo de las pruebas legales y particularmente el de la confesión, en el procedimiento inquisitivo premoderno mantiene sin duda el carácter de ordalía de un juicio de Dios, o sea, de una prueba física ante la que sucumbir es signo de la culpabilidad del acusado y resistir es signo de su inocencia³³. Desarrollo de las artes mágicas, recrudescimiento del sentimiento supersticioso, creencias oscuras en el demonio y fanatismo religioso forman, por lo demás, el tenebroso escenario cultural que circunda los procesos contra brujas, brujos y herejes, contra quienes más violentamente se desencadena, en la época de la contrarreforma, la persecución inquisitorial.

4. *La superación moderna de las pruebas legales y el principio potestativo de la libre convicción.* La crítica y la superación de las pruebas legales representan una conquista del pensamiento ilustrado³⁴ y de la Revolución francesa. El decreto de la Asamblea constituyente de 8-9 de octubre de 1789 reformó radicalmente los principios del procedimiento inquisitivo codificados por la *Ordonnance criminelle* de 1670, imponiendo la publicidad y la defensa del imputado en todos los grados del juicio. Y dos años después el decreto de 16-19 de septiembre de 1791 suprimió por completo el viejo sistema al introducir desde la fase sumarial el rito acusatorio, al instituir el jurado popular,

al abolir todo tipo de secreto, al vincular el proceso a la oralidad y la inmediación y, en fin, al suprimir las pruebas legales y consagrar el principio de la libre convicción del juez³⁵: «juráis», prescribía el decreto en la fórmula de juramento leída a los jurados, «decidir conforme a los cargos y a los medios de defensa y siguiendo vuestra conciencia y vuestra *intima convicción*, con la imparcialidad y la firmeza que convienen a un hombre libre»³⁶.

Aunque estos dos decretos sean justamente recordados como el momento «más avanzado de la Ilustración reformadora» de la que «parte la disposición del proceso penal moderno»³⁷, ninguno de los principios enunciados en ellos puede considerarse un descubrimiento enteramente «moderno»: ni la idea de la verdad judicial como no necesaria sino sólo probable, ni los principios de la imparcialidad y la libre convicción del juez más allá de las pruebas legales, y ni siquiera las garantías de la oralidad, la publicidad y el contradictorio. Estos principios, que definen la estructura acusatoria del proceso penal, tienen tras ellos una elaboración más que bimilenaria que se remonta a los albores de la civilización occidental: precisamente, a aquella rica y refinada tradición retórica y tópica del *ars disserendi, inveniendi* y *iudicandi* que tuvo origen en la Grecia clásica por obra de los oradores áticos³⁸, fue desarrollada por Aristóteles³⁹, recogida por Hermágoras de Temnos, Cicerón y los juristas romanos de la época imperial⁴⁰ y transmitida después, por intermediación de Casiodoro, Boecio e Isidoro de Sevilla, a la cultura jurídica medieval de los siglos IX al XIII⁴¹.

Sobre esta extensísima tradición, interrumpida en el continente europeo por los siglos oscuros de la inquisición pero conservada intacta en el *law of evidence*, me limito aquí a dos consideraciones sumarias. La primera afecta a la lógica del razonamiento probatorio. No sólo esta lógica se configura desde el antiguo proceso ático como una lógica modernamente inductiva basada, como han mostrado los estudios de Alessandro Giuliani, en la concepción de la prueba como *argumentum*, sino que la lógica inductiva nace en gran parte en el seno de la experiencia del proceso, como lógica *more iuridico*, claramente distinta de la lógica deductiva de tipo analítico o apodéctico, en cuanto confluyente en la esfera de lo «probable», lo «opinable», lo «verosímil» (*eikos*)⁴². Históricamente, se puede decir, es la metodología de la investigación empírica la que se modela sobre la inducción judicial —y no a la inversa— a través de la configuración de la técnica de la disputa mediante prueba y error, elaborada para las controversias jurídicas, como lógica o teoría general de la investigación inductiva.

La segunda consideración se refiere más en general a la concepción clásica del proceso como *disputatio* o competición dilemática entre razones opuestas, articulada y resuelta por *confirmationes* y *refutationes*⁴³. Gracias a su estrecho ligamen con la retórica, la ciencia

jurídica procesal se desarrolla, en el mundo greco-romano y después en la organización medieval de las artes liberales, como *scientia civilis* y *conjecturalis*⁴⁴ basada en las reglas del *liberaliter disputare* y sobre una refinada teoría de los errores⁴⁵. E incorpora por tal vía los valores democráticos y liberales, además de racionales y laicos, de la contraposición entre razones opuestas como método mayéutico de discusión y de investigación, la igualdad y el derecho a la palabra que excluyen verdades de autoridad y postulan la libertad y paridad de los disputantes, la tolerancia de las hipótesis y argumentaciones en conflicto, y la relatividad y la provisionalidad de las pruebas y los juicios en el campo de las *civiles quaestiones*⁴⁶. Estos presupuestos humanistas fueron los que dieron origen y alimento —aun dentro de innumerables caídas y discontinuidades— a la estructura acusatoria del proceso penal clásico y a la mayor parte de las garantías procesales: la carga de la prueba a cargo del acusador y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario⁴⁷, el contradictorio entre las partes como método de búsqueda de la verdad⁴⁸, la imparcialidad y la ajenidad del juez respecto de la contienda⁴⁹, la prudencia y la duda como método de investigación y estilo intelectual⁵⁰, los criterios de exclusión de las pruebas increíbles por la fuente o irrelevantes por el objeto⁵¹, la libre convicción del juez argumentada sin embargo *iuxta alligata et probata*⁵².

El redescubrimiento de esta tradición por parte de la cultura ilustrada continental ocurrió en gran parte bajo el influjo de la experiencia procesal inglesa, donde aquella nunca se había extinguido. Sin embargo, tanto el rechazo de las pruebas legales como el principio de la libre convicción del juez son también el reflejo de dos adquisiciones modernas, una epistemológica y otra garantista. La primera adquisición es el reconocimiento, que se debe sobre todo a Hume, no sólo del carácter meramente «probable» de la verdad empírica, que Locke y Leibniz ya habían elucidado claramente, sino también de la fractura lógica que separa indefectiblemente los datos probatorios y los hechos probados⁵³ y que ningún artificio legal está en condiciones de colmar: conforme a ello, Filangieri, Pagano y Carmignani sostuvieron que al no ser demostrables lógicamente las conclusiones de hecho, sino sólo aceptables argumentadamente con preferencia sobre otras, la «certidumbre» de la verdad judicial fáctica nunca es absoluta u objetiva sino todo lo más «moral» o «subjetiva»⁵⁴. La segunda adquisición es la afirmación de los principios de retributividad y de estricta legalidad, según los cuales la pena debe ser una consecuencia del hecho taxativamente previsto por la ley como delito y no de otro hecho por ella previsto como probatorio: a pesar de su confianza en la racionalidad de la ley y su desconfianza hacia el arbitrio de los jueces, los ilustrados no podían dejar de comprender que la legalidad de las pruebas es incompatible con la legalidad de los delitos y las penas.

Las dos adquisiciones están conectadas entre sí. Sólo en la medida

en que se reconozca, conforme al carácter no deductivo sino inductivo del razonamiento probatorio, que ninguna prueba implica necesariamente el delito, se puede decir, conforme al principio de estricta legalidad, que la condena y la pena no provienen de la prueba sino del delito. En este sentido, el principio de la libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad alternativo al de las pruebas legales, sino que equivale simplemente al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena. Precisamente, aquél significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa de refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional del juez y, conforme a ello, permite la absolución.

El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la «libre convicción», que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo⁵⁵ que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, sobre el que, de Hume en adelante, se ha esforzado la reflexión epistemológica⁵⁶. Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones *suficientes* de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición *necesaria* de la «libre» convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga —o, cuando menos, de la necesidad— de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa⁵⁷.

El equívoco resultó indudablemente favorecido por la perversión de la estructura del proceso penal que se verificó en el continente europeo inmediatamente después de la Revolución francesa. El principio de la libre convicción del juez había nacido dentro del modelo procesal acusatorio elaborado por la tradición clásica del *ars disputandi*, y después por la inglesa del *law of evidence*, en coherencia con otros

principios recíprocamente interdependientes: la separación neta entre la acusación, a la que incumbe la carga probatoria, y el juez, entendido como espectador imparcial; el contradictorio entre las partes como técnica de formación y de argumentación de las pruebas; la intermediación, la oralidad y la publicidad del juicio; el sistema de los jurados populares⁵⁸. Este modelo procesal, que los decretos de 1789 y de 1791 habían recibido unitariamente, no sobrevivió en Francia a la estación revolucionaria. Primero el código termidoriano de 25 de octubre de 1795 y después, más radicalmente, el napoleónico de 1808 desincardinaron el sistema al sustituir la acusación ante jurado por un sumario escrito y secreto llevado de oficio por el juez instructor, insertando así en un procedimiento inquisitivo el ya adquirido principio de la *intime conviction*. De ello es resultado aquel «proceso mixto» que será copiado por numerosas codificaciones posteriores, incluida la italiana: predominantemente inquisitivo en la fase de instrucción, predominantemente acusatorio en la fase de debate y dominado en ambas fases por el principio de la libre convicción del juez-inquisidor. Se comprende que tal «monstruo, nacido del acoplamiento del proceso inquisitivo y del acusatorio»⁵⁹, ha sumado los defectos de uno y otro, comprometiendo de hecho el único valor común a ambos: la obligación del juez de decidir *iuxta alligata atque probata*, que caracteriza tanto al proceso puramente inquisitivo, donde es necesaria la prueba legal, como al proceso acusatorio, donde el juez es pasivo frente a la actividad probatoria de las partes y está vinculado a ella⁶⁰.

La disolución moderna de la carga de la prueba a la sombra de la fórmula vacía de la *intima* o *libre* convicción del juez depende, sin embargo, todavía más que de esta alteración institucional de la estructura del proceso, de la falta de elaboración de una adecuada teoría de la prueba y de la convicción inductiva. Esta carencia no puede ser suplida por la calificación de la convicción requerida como «racional» o «argumentada»⁶¹, o de la prueba como «cierta», «firme», «estricta», «probada» o con otros adjetivos similares que no añaden nada a los sustantivos⁶². En todos los casos, en efecto, si se interpreta la «convicción» del juez no simplemente como «insuficiencia» de la única prueba legal, sino también como criterio positivo de valoración que sustituye tal tipo de prueba, se corre el peligro de que el razonamiento probatorio caiga en una petición de principio que remite a la potestad del juez y de que la carga de la prueba se configure también circularmente como carga de aducir las pruebas consideradas tales por quien tiene el poder de valorarlas y quizá de recogerlas. Eso quiere decir que la fórmula de la libre convicción no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción, es decir, de la definición —no legal sino epistemológica— del concepto de «prueba adecuada» o, si se quiere, «convinciente». Y esto nos vuelve a llevar al problema general de la

justificación de la inducción, con el que la moderna cultura procesalista nunca se ha enfrentado realmente.

5. *El esquema nomológico-deductivo de la explicación causal.* Una solución satisfactoria de este problema supone abandonar por completo la pretensión, como se ha visto ilusoria, de suministrar una justificación deductiva o absoluta de las conclusiones inductivas del tipo de la artificialmente prestada por el sistema de las pruebas legales. La imposibilidad de basar la inducción en una justificación semejante no excluye sin embargo que sea posible obtener una justificación *relativa*. Es precisamente este tipo de justificación el que intentaré fundamentar ahora, identificando los *criterios de decisión* que nos permitirán considerar una inferencia inductiva más razonable o plausible que otras, rechazables en cambio como irrazonables o no plausibles por injustificadas o menos justificadas.

El mejor camino para llegar a semejantes criterios de decisión o justificación, aun con las adaptaciones oportunas, es el ofrecido por el modelo nomológico-deductivo de la explicación causal elaborado por Karl R. Popper y con mayor difusión por Carl G. Hempel y P. Oppenheim⁶³. Según este esquema, la inferencia inductiva, que permite ascender desde los hechos que se han de explicar o *explanandum* a los hechos que son su explicación o *explanans*, se justifica porque puede ser invertida en una inferencia deductiva, que permite descender del *explanans* al *explanandum* gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada.

Es importante señalar la diferencia entre este esquema y los formulados en (a), (b) y (c). Volvamos al ejemplo propuesto por Popper de la rotura de un hilo (*explanandum*), del que puede inducirse que si la resistencia del hilo a la tracción es de un kilo, entonces es que le ha sido aplicado un peso mayor de un kilo (*explanans*). Esta inducción está justificada por el hecho de que puede ser invertida en una deducción donde la aserción de la rotura del hilo es la conclusión de una serie de premisas que consisten en la suposición de las condiciones iniciales correspondientes a la hipótesis explicativa («a este hilo, cuya resistencia es de un kilo, se le ha aplicado un peso de dos kilos») y de una o más leyes generales («cada vez que a un hilo se le aplica un peso mayor que su resistencia, entonces se rompe»). Si indicamos todavía con *P* la aserción de la rotura del hilo y con *H* la hipótesis de que le ha sido aplicado un peso mayor que su resistencia, la explicación causal tendrá la forma:

- (d) (I) *H* es verdadera
 (II) Cada vez que *H* es verdadera, también *P* es verdadera
-
- (III) *P* es verdadera,

que, a diferencia del esquema (a), contiene una premisa general aceptable como verdadera, a diferencia del esquema (b) es deductivamente válido y a diferencia de (a) y de (b) contiene *H* en las premisas y *P* en la conclusión.

Diremos, por tanto, que la descripción de los hechos y las condiciones iniciales (I) forma la explicación causal o *explanans*, o más toscamente la «causa»⁶⁴, de la que se deduce la —o que se induce de la— descripción del hecho que se ha de explicar o *explanandum*, o más toscamente del «efecto» (III), gracias a la ley empírica (II) que liga los dos tipos de acontecimientos. Esta ley tiene la forma de una implicación inversa a aquella, patentemente falsa, incluida en el esquema (a), donde el efecto explicado figura como antecedente de la causa explicativa en vez de como consecuente. Aunque aceptable como verdadera, sin embargo, ni siquiera ella establece una conexión necesaria que, como demostró Hume, no existe entre hechos explicativos antecedentes y hechos explicativos consecuentes. Las leyes empíricas, en efecto, no son verdaderas lógicamente, sino sólo probablemente conforme a la experiencia pasada, la cual no asegura en modo alguno que el nexo entre acontecimientos se repetirá en el futuro con regularidad necesaria. Pero, sobre todo, nuestro esquema (d) no pretende, como el esquema (a), garantizar deductivamente la verdad de la hipótesis explicativa *H*, la cual se supone verdadera pero podría siempre revelarse falsa. Nos dice sólo que si *H* es verdadera, entonces es verdadera también *P*, de forma que si *P* no es verdadera, entonces no es verdadera tampoco *H*. Conforme a ello, pues, *H* no es la explicación de *P*, sino sólo una de sus posibles explicaciones; y *P* no es la demostración de *H*, sino sólo una de sus confirmaciones contingentes. *P* podría ser explicada también por la hipótesis *H'*, según la cual el hilo ha sido quemado, o por la hipótesis *H''*, según la cual ha sido cortado con unas tijeras.

El esquema de la explicación nomológico-deductiva, si bien no permite demostrar (sino sólo confirmar) la verdad, puede sin embargo apoyar la falsedad de una hipótesis explicativa. En efecto, nos suministra un criterio, además de para confirmar las explicaciones, también para invalidarlas y, por tanto, para decidir, conforme a argumentos deductivos del tipo *modus tollens*, cuál de entre varias hipótesis explicativas debe ser descartada como falsa. Tomemos la hipótesis *H'*, según la cual nuestro hilo ha sido quemado: si es verdadera, también debe ser verdadera, conforme a la generalización trivialmente cierta sobre la oxidación de los hilos en correspondencia con las quemaduras, la tesis *P'* de que están oxidadas las extremidades de los hilos correspondientes a su punto de rotura. Esta tesis, por otra parte, si aceptamos la generalización igualmente trivial de que la rotura del hilo por tracción no provoca su oxidación, no es compatible con la vieja hipótesis *H*. En consecuencia, si *P'* es falsa, es falsa también *H'* (y *H* resulta confirmada ulteriormente), mientras que si *P'* es

verdadera, es falsa H (y H' resulta confirmada ulteriormente). Podemos esquematizar estos argumentos en las siguientes formas:

- (e) (I) Cada vez que H' es verdadera, también P' es verdadera
 (II) P' es falsa
 —————
 (III) H' es falsa.
- (f) (I) Cada vez que H es verdadera, también P' es falsa
 (II) P es verdadera
 —————
 (III) H es falsa,

que son ambos argumentos deductivos válidos por *modus tollens*, de los que el primero invalida H' (y confirma H) y el segundo invalida H (y confirma H').

En ninguno de los casos la recopilación de ulteriores datos probatorios es nunca suficiente para garantizar con certidumbre la verdad de una hipótesis explicativa, sino que sólo puede confirmarla o bien invalidar la de hipótesis concurrentes. Cada dato probatorio que se acomoda a las premisas explicativas puede ser considerado en realidad como su confirmación, que aumenta su plausibilidad y el grado de probabilidad; todo dato que, en cambio, no se acomoda a tales premisas representa una refutación. La búsqueda de las pruebas o confirmaciones por *modus ponens* a partir de una determinada hipótesis de trabajo según el esquema (*d*), y de las contrapruebas o refutaciones por *modus tollens* de todas las hipótesis concurrentes según el esquema (*e*), o bien de las refutaciones de la hipótesis originaria según el esquema (*f*), son las únicas formas de control en las que se articula la investigación inductiva.

Podemos expresar todo esto afirmando que no disponemos de un método de descubrimiento o de verificación, sino sólo de un método de confirmación y de refutación. Un descubrimiento —sea del científico, del historiador o del detective— no es nunca un acto mecánico, sino siempre un hecho creativo confiado a la imaginación y a la invención⁶⁵. En consecuencia, nunca es deducible mecánicamente ni puede nunca afirmarse como absolutamente verdadero, sino que sólo puede ser preferido a todas las hipótesis concurrentes conforme a los dos criterios de verificación (que no se han de confundir con el significado del término «verdadero») ya indicados en el apartado 5: su «coherencia» con el mayor número de confirmaciones y su «aceptabilidad justificada» por su resistencia al mayor número de contrapruebas y por la caída ante éstas de todas las demás hipótesis.

6. *La estructura lógica de la prueba: confirmación por modus ponens y refutación por modus tollens.* La justificación de la inducción

judicial puede basarse más o menos sobre los mismos esquemas. Tampoco en la inducción judicial estamos en condiciones de demostrar la verdad de una hipótesis acusatoria. Podemos sin embargo confirmarla o invalidarla. Eso quiere decir que aunque de una hipótesis acusatoria no puedan darse pruebas suficientes, deben sin embargo darse pruebas necesarias; o que ninguna prueba es suficiente y todas las pruebas y las contrapruebas practicables son necesarias. A diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, la búsqueda de las pruebas judiciales por *modus ponens* y la de las contrapruebas por *modus tollens* están institucionalmente confiadas, al menos en el sistema acusatorio, a partes distintas y en conflicto por ser portadoras de intereses antagónicos. Esta división de las partes en papeles distintos y separados, que representa una garantía contra el poder inquisitivo, es sin embargo el reflejo, y por así decirlo la trasposición escénica, de una estructura argumentativa que es lógicamente idéntica. Precisamente, la justificación de la inducción fáctica operada en el proceso exige tres condiciones, que someteré más adelante a análisis: 1) la carga de la *acusación* de producir datos o hechos probatorios que tengan el valor de confirmaciones necesariamente consecuentes respecto de la hipótesis acusatoria y de generalizaciones o «máximas de experiencia» que los enlacen con ella; 2) el derecho de la *defensa* de invalidar tal hipótesis, contradiciéndola mediante contrapruebas compatibles sólo con hipótesis alternativas que la acusación tiene a su vez la carga de invalidar; 3) la facultad del *juez* de aceptar como convincente la hipótesis acusatoria (no si, sino) sólo si concuerda con todas las pruebas y resiste a todas las contrapruebas recogidas.

La forma lógica de la prueba —así como es necesaria pero por sí sola insuficiente para sufragar la conclusión— es, pues, inversa a la de las pruebas legales positivas configurada por el esquema (c) y copiada en el esquema (a). Tómese, por ejemplo, el argumento probatorio de los dos testigos concordantes. El razonamiento que le subyace (se justifica sólo si) tiene la estructura:

- (g) (I) *H* es verdadera
 (II) Cada vez que *H* es verdadera y hay dos testigos oculares de *H*, entonces ellos refieren *H* concordando en los más mínimos detalles

-
- (III) Dos testigos refieren *H* concordando en los más mínimos detalles,

donde —como en (d) y a diferencia de lo que ocurre en (c)— la premisa general (II) es una implicación entre el *explanans* y el *explanandum* (y no viceversa) y la prueba (III) no garantiza en absoluto la verdad de la hipótesis *H*, sino que es sólo su confirmación, al derivarse de ella por *modus ponens*. Si además los dos testigos no concuerdan

entre sí y declaran uno H y el otro H' , es claro que uno de ellos dice algo falso y que el argumento (g) es inutilizable. En tal caso la alternativa entre H y H' debe ser decidida conforme a otras hipótesis auxiliares (como la falta de fiabilidad, a su vez argumentada, de uno de los dos testigos) y/o de otros datos y argumentos probatorios. Pongamos el caso de que Ticio, contradicho por Mevio, declara que ha visto a Cayo en el lugar del delito y que éste aduzca una coartada inopugnable. Conforme a la máxima de la no ubicuidad, la coartada será suficiente para desmentir tanto el testimonio de Ticio como la hipótesis H inducida de ella de la responsabilidad de Cayo, gracias al siguiente esquema o argumento auxiliar:

- (b) (I) Cada vez que H es verdadera, P es falsa
 (II) P es verdadera
-
- (III) H no es verdadera,

que, al igual que (e) y (f), es deductivamente válido por *modus tollens*.

Conviene subrayar que el razonamiento probatorio, como cualquier otro razonamiento inductivo por lo demás, procede no sólo lógicamente sino también pragmáticamente según los esquemas ahora ilustrados. La búsqueda inductiva, en efecto, en contraste con el esquema de las pruebas legales, no parte de las pruebas para llegar conclusivamente a su explicación, sino de hipótesis más o menos incontroladas pero «imaginadas verdaderas» de las que se prefiguran las pruebas que pueden ofrecer su confirmación o incluso su refutación. En otras palabras, la búsqueda de las pruebas está siempre guiada por una hipótesis de trabajo; y la formulación de las hipótesis, a su vez, siempre actúa en función de alguna confirmación disponible o esperada. Al afrontar un problema no se registran indistintamente todos los datos y los hechos del mundo, sino sólo aquellos *relevantes* respecto de una o varias hipótesis de solución; y no se parte de todas las hipótesis imaginables, sino sólo de aquellas plausibles, aunque sólo sea lejanamente⁶⁶. Es claro que esta selección de las hipótesis que se han de poner a prueba y de las pruebas que se han de practicar está guiada, además de por nuestra intuición, por el conjunto de nuestros conocimientos, tal y como resultan de los llamados «hechos notorios» y de las llamadas «máximas de experiencia». Pero estas máximas permiten inferir deductivamente no ya las hipótesis de las pruebas recogidas, como pretenden las falsas generalizaciones incluidas en los esquemas (a) y (c) propios de las pruebas legales, sino —a la inversa— las pruebas de las hipótesis por *modus ponens* o la negación de las hipótesis de las contrapruebas por *modus tollens*.

Naturalmente, la inducción y la explicación judiciales presentan, respecto de las científicas, características específicas ligadas en gran parte al hecho de que versan sobre acontecimientos del pasado ya no

repetibles. Ante todo, en la inducción judicial es imposible esa confirmación específica que es el «experimento», o sea, la reproducción artificial de las condiciones iniciales hipotetizadas como explicaciones causales de los datos disponibles⁶⁷. A causa del carácter indirecto de casi todas las pruebas, que como se ha visto son casi siempre «pruebas de indicios», las aserciones que enuncian los datos probatorios más directamente relevantes nunca son verificadas directamente, sino que resultan sólo más o menos plausibles. En consecuencia, su carácter de confirmaciones (o de refutaciones) es relativo al grado de fiabilidad subjetiva de los medios de prueba por cuya práctica son a su vez inducidas. Además, mientras que las generalizaciones incluidas en el esquema nomológico-deductivo de la explicación científica son leyes naturales cuyo grado de probabilidad se aproxima a uno, las utilizadas en las explicaciones no científicas —las «leyes de cobertura» de las que hablan Dray y Hempel en la investigación histórica⁶⁸, las «máximas de experiencia» de las que hablan los juristas en la investigación judicial⁶⁹ y, en general, las infinitas reglas entimemáticas que guían la conducta cotidiana— son en cambio bastante más toscas y aproximativas: de ahí se sigue que el grado de probabilidad de las inducciones judiciales es además relativo al grado de probabilidad de las máximas de experiencia empleadas, que es en todo caso menor que el de las leyes científicas.

Todo esto incide sin embargo en el grado de probabilidad o de fuerza inductiva de las pruebas judiciales, pero no en la estructura lógica de su justificación, que al igual que la de las inducciones realizadas en la vida cotidiana (por ejemplo, «puesto que el suelo está mojado, es que ha llovido») viene dada por el hecho de que pueden ser convertidas en deducciones donde el *explanans* («ha llovido»), unido a una generalización plausible («cada vez que llueve se moja el suelo»), forma la premisa particular del *explanandum* dado («el suelo está mojado»). Por ejemplo, en la historieta judicial antes contada, las generalizaciones entimemáticas, cuya explicitación permite convertir en otras tantas deducciones las inducciones necesarias para llegar a la conclusión explicativa, se refieren a la normal sinceridad de los testigos, a la fiabilidad de su vista, a las huellas de sangre que suelen dejarse en las armas blancas en los delitos de sangre, a la naturaleza de las lesiones producidas y similares. Es claro que todas estas generalizaciones o máximas de experiencia no son verdaderas con certeza, sino sólo más o menos plausibles conforme al *id quod plerumque accidit*. Y esto aumenta la incertidumbre, lógicamente intrínseca al esquema nomológico aquí ilustrado, de la explicación causal hipotetizada como premisa. Si ésta es, sin embargo, confirmada por otras pruebas —por ejemplo, los testigos son más de uno, Cayo ha sido encontrado en posesión del arma del delito y ha terminado por confesar, en el arma y en el lugar del delito se han encontrado innumerables huellas dactilares y otros rastros de Cayo, Sempronio ha pronunciado

el nombre de éste antes de exhalar el último suspiro— y por otra parte resiste, a diferencia de otras, todas las posibles contrapruebas, el conjunto de los datos probatorios recogidos bien podrá ser juzgado aplastante.

Así hemos llegado al último y más difícil de nuestros problemas: el del *grado de probabilidad* que permite considerar adecuada o convenientemente probada una hipótesis acusatoria. Aclarado que ninguna prueba es suficiente para suministrar una justificación absoluta de la inducción judicial, ¿cuáles son las pruebas y las contrapruebas necesarias que permiten su justificación, aunque sólo sea relativa? Más exactamente, ¿cuáles son las condiciones en presencia de las cuales una o varias pruebas son *adecuadas* o *convincientes* y en ausencia de las cuales no lo son? Responder a esta pregunta quiere decir identificar las *garantías procesales* cuya satisfacción justifica la libre convicción del juez, esto es, su decisión sobre la verdad fáctica en el proceso.

7. *Las garantías procesales: necesidad de la prueba, posibilidad de la refutación y convicción justificada.* Distinguiré el problema de las garantías procesales de la verificación y de la refutación fáctica en tres subproblemas, que corresponden respectivamente a las tres condiciones más arriba exigidas para la justificación de la inducción judicial: 1) cómo garantizar la necesidad de la prueba o verificación; 2) cómo garantizar la posibilidad de la contraprueba o confutación; y 3) como garantizar, contra la arbitrariedad y el error, la decisión imparcial y motivada sobre la verdad procesal fáctica.

Antes de afrontar estos tres subproblemas conviene aludir a una solución del primero que, aun cuando insatisfactoria en el plano epistemológico, tiene el mérito de ser la única entre las históricamente propuestas que tiene algún valor garantista. Esta solución consiste en la teoría de las llamadas *pruebas legales negativas*, según la cual, si es cierto que ninguna prueba legalmente predeterminada puede ser considerada suficiente por sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, ni siquiera la libre convicción puede ser considerada por sí sola suficiente a tal fin, al ser necesario que vaya acompañada de alguna prueba legalmente predeterminada. En apoyo de este método se alinean los más ilustres criminalistas de la Escuela clásica italiana, igualmente contrarios a los dos sistemas opuestos de las pruebas legales y de la mera convicción del juez como alternativamente suficientes para basar la condena: de Filangieri a Romagnosi, de Pagano a Carmignani⁷⁰. Hecha excepción de algunas codificaciones de comienzos del XIX⁷¹, por lo demás, este método ha permanecido ajeno a la experiencia procesal moderna.

Es fácil comprender que las pruebas legales llamadas «negativas», aun cuando acríticamente unidas por la actual doctrina procesalista a las «positivas», son completamente distintas de éstas y, al menos bajo algún aspecto, opuestas a ellas. Las pruebas legales posi-

tivas son en realidad aquellas en presencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *probada* la hipótesis acusatoria aunque tal «prueba» contraste con su convicción; las pruebas legales negativas son, en cambio, aquellas en ausencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *no probada* la misma hipótesis aunque tal «no prueba» contraste con su libre convicción. Donde las pruebas del primer tipo son, por ello, *suficientes* para justificar la aceptación de la verdad de la hipótesis acusatoria, en cambio, las del segundo son sólo *necesarias* para el mismo fin; y mientras la presencia de las primeras hace obligatoria la condena, la presencia de las segundas simplemente la permite, a la vez que, en su ausencia, se mantiene firme la obligación de la absolución. En el plano jurídico, en consecuencia, las pruebas legales negativas equivalen a una *garantía* contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario⁷².

El defecto del sistema de las pruebas legales negativas es de naturaleza epistemológica y en parte común al de las pruebas legales positivas. A diferencia de éstas, las pruebas legales negativas no son utilizables como premisas de las que sea posible deducir, en contraste con el principio de Hume, la verdad de la hipótesis acusatoria, sino que tienen sólo, como en los esquemas (*d*) y (*g*), el valor de confirmaciones, exigidas por la ley como necesarias pero insuficientes por sí solas sin la libre convicción que apoye la conclusión. Análogamente al esquema de las pruebas legales positivas, sin embargo, es la ausencia de la prueba legal la que en este esquema permite deducir indiscutiblemente la conclusión contraria. El paralogismo consiste en este caso en la presunta equivalencia legal entre la falta de la prueba legal y la prueba contraria, gracias a una premisa general que liga la falta del tipo de hecho previsto como prueba a la negación del tipo de hecho que se ha de probar. Es claro que también una premisa de este tipo es una norma jurídica y que son del todo arbitrarios tanto el reconocimiento en abstracto por ella realizado de valor probatorio necesario a las pruebas legales negativas como el desconocimiento igualmente en abstracto de tal valor a otros tipos de prueba. Las pruebas legales negativas, en consecuencia, exigen demasiado y, al mismo tiempo, demasiado poco: *demasiado* porque pueden no ser necesarias frente a otras pruebas en concreto adecuadas y convincentes; *demasiado poco* porque pueden ser en concreto inadecuadas para justificar racionalmente la convicción inductiva que requeriría la adquisición de otros y más relevantes datos probatorios.

Podemos expresar esta misma crítica a las pruebas legales —tanto negativas como positivas— afirmando que no existe ningún criterio, formulable en vía general y abstracta, para establecer el grado *objetivo* de probabilidad de una hipótesis respecto de un tipo de prueba. Más aún, si se excluyen modelos lingüísticos rigurosamente formali-

zados, es imposible establecer el grado objetivo de probabilidad o de confirmación de cualquier hipótesis en relación con cualquier conjunto de datos disponibles⁷³. De ahí se sigue la arbitrariedad de cualquier valoración legal y, por tanto, apriorística del grado de probabilidad de una hipótesis respecto de una prueba, que al referirse inevitablemente a su *probabilidad objetiva* es tan infundada como la predeterminación legal de su *certidumbre objetiva*.

Si no es posible una valoración objetiva, es sin embargo posible una valoración subjetiva de la probabilidad. Y una valoración semejante, aunque no puede ser llevada a cabo abstractamente por la ley, puede en cambio ser realizada por el juez en relación con las pruebas y los indicios concretamente disponibles. Esta distinción entre *probabilidad objetiva* y *probabilidad subjetiva* —referida la primera a la verdad en sentido objetivo y la segunda a la fiabilidad en sentido subjetivo— es antiquísima: presente ya en Aristóteles⁷⁴, recogida por Cicerón y por la escolástica medieval⁷⁵ y después por Locke y por Leibniz⁷⁶, formalizada por Carnap⁷⁷, siempre ha dado quehacer a la reflexión epistemológica, reproduciéndose bajo forma de irresuelto dilema en la teoría de la prueba y dividiéndola entre orientaciones metafísicamente objetivistas y orientaciones subjetivistas y decisionistas⁷⁸. Sin embargo, después de cuanto se ha dicho en el primer capítulo sobre la noción de verdad, no es difícil comprender que el dilema teórico expresado por la alternativa entre los dos tipos de probabilidad es un falso dilema, que se resuelve con la distinción ya ampliamente ilustrada en el primer capítulo entre *significado* y *criterios* de verdad: en donde la probabilidad objetiva es el significado de la palabra «probabilidad» (o «verdad probable» o similares) y la probabilidad subjetiva es el criterio de aceptación de una hipótesis como «probable» (o «probablemente verdadera»). Y así como no existen criterios de verdad objetiva sino sólo criterios de verdad subjetiva, tampoco existen criterios de probabilidad objetiva, sino sólo criterios de probabilidad subjetiva.

También en sede judicial, por tanto, los únicos *criterios* de decisión afectan a la probabilidad subjetiva. Si no fuese así, el principio *in dubio pro reo*, entendida la duda en el *sentido* de incertidumbre objetiva, no permitiría nunca la condena, dado que cualquier hipótesis es, por su naturaleza, probabilística y siempre es posible, cualquiera que sea el grado de probabilidad o de confirmación, que sea objetivamente falsa⁷⁹. Lo que es posible y, así pues, se puede pretender, como se ha dicho en el apartado 8, es sólo la falta de duda o *certidumbre* subjetiva sobre los presupuestos de la condena tal y como aquélla puede ser asegurada por criterios de decisión igualmente subjetivos. Estos criterios son los indicados en el apartado 5 de la *coherencia* de las hipótesis acusatorias con los datos probatorios y de su *aceptabilidad justificada* por una capacidad explicativa mayor que la poseída por otras. Conforme al análisis de la prueba desarrollado

hasta aquí, podemos, por tanto, identificar las condiciones que los satisfacen con los tres órdenes de garantías procesales expresadas por nuestros axiomas A9, A10 y A7: la necesidad de la prueba, la posibilidad de la refutación o contraprueba y el juicio imparcial sobre la capacidad explicativa de las hipótesis en conflicto.

La hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios. A tal fin, debe ser formulada de tal modo que implique la verdad de varios datos probatorios y la explicación de todos los datos disponibles. En efecto, una hipótesis verdadera es siempre fecunda, esto es, idónea para explicar muchos más hechos de aquellos para los que ha sido formulada y, por tanto, para producir por *modus ponens*, según el esquema (g), múltiples y variadas confirmaciones⁸⁰. En la pluralidad de estas confirmaciones o verificaciones, de las que no es predeterminable el número y la calidad, consiste la condición o garantía de la prueba: que, así pues, comporta la necesidad de adquirir no un dato probatorio, sino un sistema coherente de datos —«graves, precisos y concordantes», como establece el art. 192.2 del nuevo código de procedimiento penal italiano, recogiendo la fórmula usada por el art. 2729 del código civil— con arreglo al cual todos los hechos conocidos y otros hechos adicionales originariamente ignotos han de ser deducibles de la hipótesis probada⁸¹. Como conclusión de la investigación, en suma, al igual que en las novelas policíacas, todos los datos disponibles deben cuadrar con la hipótesis descubierta, que también debe estar en condiciones de iluminarnos en la explicación de otros hechos e indicios inicialmente ignorados. A diferencia de lo que ocurre en el sistema de las pruebas legales negativas, esta configuración de la prueba obliga, por tanto, a la producción no de determinadas pruebas sino simplemente de pruebas. Pero en analogía con tal sistema, exige como condición necesaria del convencimiento justificado, idónea para superar la presunción de inocencia, la producción de *varias* pruebas compatibles, conforme al criterio de la coherencia, con la hipótesis probada. La presencia o la ausencia de pruebas no permiten, por otra parte, como en las pruebas legales positivas y negativas, la deducción de la culpabilidad o la deducción contraria de la inocencia, sino que son sólo condiciones, respectivamente necesarias y suficientes, para justificar la decisión de la inducción de una o de otra.

Todavía más importante que la necesidad de la prueba es la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de la refutación o de la contraprueba. En efecto, si la verificación de una hipótesis es imposible, dado que su verdad no puede ser demostrada sino sólo confirmada, es en cambio posible su refutación por *modus tollens*, según el esquema (f). Y mientras que ninguna prueba o confirmación es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de la acusación, una sola contraprueba o refutación es suficiente para justificar el convencimiento contrario. La garantía de la defensa consiste

precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado. Conforme a ella, para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles. A tal fin, todas las implicaciones de la hipótesis deben ser explicitadas y ensayadas, de modo que sean posibles no sólo las pruebas sino también las contrapruebas. Y la búsqueda de éstas debe ser tutelada y favorecida no menos que la búsqueda de aquéllas. Evidentemente, ni siquiera las contrapruebas, al ser sólo probables, garantizan la falsedad objetiva de la hipótesis incompatible con ellas. Pero una sola de ellas, si es aceptada como verdadera, es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y para basar, conforme al criterio de la coherencia, la decisión sobre su falsedad. La libre convicción, en consecuencia, mientras que puede superar las pruebas (necesarias pero no suficientes para justificar la condena), no puede superar las contrapruebas (suficientes pero no necesarias para justificar la absolución).

La tercera condición o garantía de la verdad fáctica, conectada a las otras dos y no menos decisiva, se refiere a la imparcialidad de la elección realizada por el juez entre hipótesis explicativas en competencia. Para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo 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*). Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria. Evidentemente, ni siquiera la falsedad de una contrahipótesis puede ser demostrada de manera concluyente si no estamos seguros de la falsedad de sus implicaciones probatorias y de la verdad de la premisa general que establece tales implicaciones. Sin embargo, hace falta que resulte totalmente implausible por incompatible con alguno de los datos probatorios recogidos.

Estas tres garantías, junto al presupuesto semántico de la estricta legalidad o verificabilidad de las hipótesis acusatorias, aseguran la *stricta jurisdiccionalidad* del proceso penal. Gracias a ellas, el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que

el juez tiene la tarea de dirimir: precisamente, la carga de la prueba en apoyo de la acusación resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia; el derecho de defensa o refutación está a su vez integrado por el poder de planteamiento de contra-hipótesis compatibles con el conjunto de los datos disponibles y capaces de suministrar explicaciones alternativas; y la motivación del juez resulta una justificación adecuada de la condena, sólo si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables. De aquí el valor de la separación, según un esquema triangular, entre acusación, defensa y juez: si la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas, el juez, cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del *favor rei*, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella.

8. *La carga de la prueba, el contradictorio, la motivación.* Las tres condiciones o garantías ahora ilustradas, si se excluye la norma de clausura *in dubio pro reo*, tienen todas carácter *epistemológico* y no específicamente jurídico. No predeterminan normativamente la valoración de las pruebas, sino que simplemente reflejan, en la investigación judicial, la lógica de la inducción científica. Pero precisamente por eso reducen al mínimo el poder de verificación o denotación fáctica del juez y la arbitrariedad de su convicción, asegurando la máxima certidumbre o seguridad posible de las decisiones condenatorias: no —obsérvese— la seguridad de derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune, sino la seguridad de derecho penal mínimo, propia del modelo cognoscitivo SG, de que ningún inocente sea castigado. Diremos, pues, que mientras las garantías penales de la estricta legalidad aseguran, como reglas semánticas de formación del lenguaje penal, la verificabilidad y la refutabilidad de las hipótesis judiciales, las garantías procesales de la estricta jurisdiccionalidad aseguran, como criterios sintácticos y pragmáticos de decisión sobre la verdad, su verificación y su refutación.

Son, en cambio, condiciones o garantías procesales específicamente *jurídicas* las numerosas reglas o técnicas de juicio dirigidas a asegurar la efectividad de tales criterios de justificación de la convicción inductiva: la carga de la prueba a cargo de la acusación, que no ha de confundirse con la carga o necesidad de la prueba como condición de la condena y que, en cambio, designa una regla de reparto funcional de las pruebas y de desarrollo del contradictorio; la publicidad, la oralidad y la intermediación del juicio; las variadas normas de

exclusión o de inadmisibilidad (no de los indicios sino) de las pruebas en cuanto subjetivamente no fiables; los derechos de la defensa y la paridad de poderes entre las partes en causa; la motivación pública de la decisión mediante la explicación de todas las inferencias inductivas que apoyan la conclusión dispositiva a partir de todos y sólo los datos probatorios ritualmente recogidos en las actas del proceso; el control de las decisiones mediante la pluralidad de los grados de juicio activables por las partes insatisfechas; la separación institucional del juez respecto de las partes en causa como tercero o imparcial y las conexas garantías orgánicas de la independencia, la inamovilidad y la predeterminación natural del juez, además de la de sus competencias.

De todas estas y de otras posibles garantías procesales hablaré profusamente en el capítulo noveno. Aquí me interesa subrayar su distinta naturaleza —y su papel, por así decirlo, auxiliar— respecto de los tres órdenes de garantías que he llamado «epistemológicas». Éstas, al ser caracterizables como condiciones o criterios de justificación de la inducción judicial, valen para cualquier tipo de proceso —sea acusatorio, inquisitivo o mixto— que aspire a caracterizarse como jurisdiccional o, en todo caso, corroborado por pruebas. Como dijo Leibniz, «toda la forma de los procedimientos de justicia no es efectivamente sino una especie de lógica aplicada a las cuestiones de derecho»⁸². Esta especie de lógica es la lógica inductiva. Es, por tanto, «lógico» antes que jurídico el valor normativo de los principios metodológicos de la necesidad de varias pruebas, de la posibilidad de contraprueba y del valor dirimente de las contrapruebas o de las contrahipótesis no desmentidas. Y no es necesaria, aunque sería fuertemente deseable, su explícita formulación legislativa. Si tampoco las leyes procesales contuvieran ninguna regla o garantía normativa en materia de formación de las pruebas, una decisión judicial que desatendiese aquellos principios —condenando sin pruebas o en presencia de contrapruebas, o sin desmentir hipótesis alternativas— sería igualmente inadmisibles. Añado, por otra parte, que la «lógica» —entendido este término como comprensivo también de la lógica inductiva— no tiene sólo, en el proceso, el valor prescriptivo que tiene respecto de cualquier actividad intelectual. Al menos en ordenamientos como el nuestro, tiene también un valor jurídico, al haber sido recibidas sus reglas, siquiera sea genéricamente, por las leyes y por la jurisprudencia, a través del principio del control en casación de la *ilogicidad* de los procedimientos judiciales⁸³. De ahí se sigue que la violación de los criterios que justifican la verificación inductiva es en todo caso una causa de ilegitimidad, y no sólo de irracionalidad, de las decisiones injustificadas conforme a ellos.

A la inversa, las garantías procesales de carácter intrínsecamente jurídico son aquellas reglas del juego judicial que disciplinan las actividades de los actores del proceso para prohibir el abuso y permitirles de hecho, en condiciones de paridad, la búsqueda mediante ensayo y

error en la que se articula la argumentación inductiva. Conforme a su presencia o ausencia distinguiré, en el capítulo 9, entre proceso acusatorio y proceso inquisitivo y, en general, entre los distintos modelos de proceso históricamente elaborados y experimentados. Se puede decir, por lo demás, que de los cuatro límites de la verdad procesal examinados en el apartado 4, mientras que las garantías penales y procesales que aseguran las condiciones epistemológicas de la verificabilidad y la verificación sirven para reducir respectivamente los dos primeros (la incertidumbre de las premisas jurídicas y la de las conclusiones fácticas), estas garantías, instrumentales respecto de las primeras, sirven en cambio para reducir el tercero (la subjetividad del juicio) incluso a costa de aumentar el cuarto (el carácter jurídico-autoritativo de la verdad procesal).

Eso no disminuye nada su importancia práctica. La investigación judicial no es una búsqueda puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre las libertades de los ciudadanos en las que el poder, en ausencia de límites normativos, tiende indefectiblemente a prevalecer sobre el saber. Por esta razón, como se verá, la debilidad de las garantías instrumentales corre siempre el peligro de comprometer las tres garantías epistemológicas de la verificación y de la refutación fáctica, que así resultan todavía más carentes, en el proceso penal moderno, de las garantías penales de la verificabilidad y de la refutabilidad jurídica. Lo que en realidad ha ocurrido, en el viejo régimen procesal de Rocco, es que el tabú de las pruebas legales y el equívoco dogma de la libre convicción han descalificado, antes en el plano teórico que en el práctico, cualquier disciplinamiento del procedimiento probatorio dirigido a vincularlo a su satisfacción. El principio de la necesidad de la prueba, al no concretarse en la carga jurídica para la acusación de la producción de una pluralidad de pruebas, se ha disuelto así en el criterio vacío y potestativo de la íntima convicción. El principio de la posibilidad de refutación, al no estar garantizado por poderes de defensa parangonables a los poderes de la acusación y al no estar establecido normativamente el valor dirimente de las contrapruebas y de las contrahipótesis no refutadas, se ha convertido igualmente en un genérico principio de presencia de las razones del imputado. Y la motivación de las decisiones sobre la verdad fáctica, al no estar vinculada por ninguna norma jurídica a dar cuenta no sólo de las pruebas sino de la falta de contrapruebas, ni a explicitar todas las inferencias deductivas e inductivas que justifican la conclusión aceptada, se ha convertido en una argumentación persuasiva y valorativa sustraída a su vez a criterios de verificación y de control.

Bajo estos aspectos, el nuevo código es indudablemente más prometededor. Ante todo, la ya recordada prescripción en el art. 192 de una pluralidad de datos probatorios «graves, precisos y concordantes» ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confir-

maciones según el esquema del *modus ponens*. En segundo lugar, la previsión, en el mismo art. 192, de la obligación del juez de «dar cuenta en la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados» equivale a la prescripción de que la motivación explicita todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contrapruebas y las refutaciones por *modus tollens*. En tercer lugar, la introducción en el art. 190 del «derecho a la prueba», a tenor del cual «las pruebas serán admitidas a instancia de parte», al servir por lo general para excluir, en coherencia con la elección acusatoria, la iniciativa inquisitiva del juez, ha transformado de hecho la necesidad de la prueba en carga jurídica de la prueba a cargo de la acusación: de ahí se sigue, en realidad, que donde la acusación no exija la aceptación de pruebas fiables o incluso sólo descuide la petición de contrapruebas disponibles o la refutación de contrahipótesis plausibles, la prueba no debe considerarse obtenida. Todo esto, junto a la rehabilitación, en el debate, del contradictorio y de la imparcialidad del juez, ofrece las bases normativas en las que tal vez podrá apoyarse una cultura judicial de la prueba a la altura de la epistemología científica y, a la vez, del modelo garantista aquí sostenido.

11. *La equidad. El poder de connotación y el favor rei*

1. *La contraposición corriente entre legalidad y equidad.* La configuración hasta ahora suministrada del modelo ideal o garantista del derecho penal quizá ha creado la impresión de una concepción predominantemente silogística y extra-valorativa de la cognición judicial y de la aplicación de la ley. Eso depende del hecho de que en los apartados precedentes he analizado solamente los poderes de denotación y de verificación tal y como se expresan en las dos inferencias teóricas —la inducción fáctica y la deducción jurídica— que justifican el uso y la aceptación del término «verdadero» por parte del juez. Además de los poderes de denotación y de verificación, la función judicial, como mencioné en el apartado 1.4, incluye sin embargo otro tipo de poder, necesario para concluir la tercera inferencia —el silogismo práctico— de que se compone el razonamiento judicial. Aun cuando también este poder esté ligado a una actividad cognoscitiva, su ejercicio no es por lo demás susceptible de verificación jurídica.

Cuando un juez toma conocimiento de un delito, aunque esté denotado por la ley de forma taxativa, no se limita a aseverar (o a negar) conforme a pruebas (a no pruebas o contrapruebas) la tesis que enuncia su comisión por parte de un sujeto culpable. Valora también, a los fines de la decisión sobre la medida y/o sobre la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto ambiental en que se ha verificado, con sus causas objetivas y sus motivos

subjetivos, con la intensidad de la culpabilidad, en una palabra, con las circunstancias específicas en las que el culpable ha actuado. Aunque las tesis que describen estas circunstancias específicas suelen ser aserciones dotadas de referentes empíricos, casi siempre es imposible predicar de ellas la verdad jurídica. La ley, en efecto, no prevé ni podría prever todas las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos por ella denotados, sino que todo lo más puede indicar sus criterios de valoración. La individualización de las características particulares del hecho y las consiguientes valoraciones configuran la llamada *equidad* del juicio, en la que se expresa un poder que llamaré *poder de connotación*. Es a esta atormentada pero fundamental noción, y a los numerosos equívocos comúnmente asociados a ella, a la que ahora se dirigirá nuestro análisis.

Según una definición escolástica que se suele remontar a Aristóteles, la equidad es «la justicia del caso concreto»⁸⁴. Más precisamente, Aristóteles, al analizar en la *Ética Nicomáquea* las relaciones de la *legalidad* y de la *equidad* con la justicia, escribió que «lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como 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. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error»⁸⁵. La equidad serviría, pues, para colmar la distancia entre la abstracción del supuesto típico legal y la concreción del caso juzgado: «tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta»⁸⁶. En efecto, añade Aristóteles, «cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto»⁸⁷.

Este pasaje aristotélico —que conecta la equidad (o justicia equitativa) con el carácter singular de los juicios, y la legalidad (o justicia legal) con el carácter universal de las leyes— sigue siendo todavía hoy la explicación más clara y penetrante que nunca se haya ofrecido de la noción de equidad. Lo que en él deja insatisfecho, sin embargo, es la idea de que la universalidad de las normas, esto es, su forma general y abstracta, equivaldría a su carácter «incompleto» o a su «omisión», e incluso a un «error», de tal modo que la equidad sería «una corrección» de la ley. Esta idea es repetida en la *Retórica*, donde se asocian a la noción de equidad los significados más variados: la equidad sería

simultáneamente un remedio a una omisión involuntaria de la ley⁸⁸, una fuente del derecho alternativa a ésta en cuanto que es «lo justo más allá de la ley escrita»⁸⁹, un criterio antiformalista de interpretación jurídica consistente en «mirar no a la ley sino al legislador. Y no a la letra, sino a la intención del legislador»⁹⁰, y, en fin, una actitud «indulgente con las cosas humanas»⁹¹.

El defecto de esta concepción es que el recurso a la equidad —aunque basado en el dato estructural de que es propio de las leyes «hablar en general» y de los juicios decidir sobre circunstancias particulares que «se pasaría una vida enumerando»⁹²— resulta configurado como una operación no ordinaria sino subsidiaria o extraordinaria, no *intra*, sino *extra*, *ultra* o *contra legem*. Este equívoco se ha arrastrado por toda la historia del pensamiento jurídico, provocando —también a causa del desarrollo de jurisdicciones especiales de equidad al flanco de las ordinarias de legalidad⁹³— desorientadores malentendidos políticos y estériles contraposiciones teóricas entre equidad y legalidad. Piénsese en la polémica de Hobbes contra Sir Edward Coke a propósito de la definición que éste adelantó de la equidad como «recta razón» con la que el juez «interpreta y enmienda la ley escrita» y rechazada por aquél por estar en contraste con el principio de estricta legalidad y con el monopolio legislativo del soberano⁹⁴. Y piénsese, por otra parte, en la definición de Hegel según la cual «la equidad significa un ruptura del derecho formal» e incluso permite «decidir acerca de un caso singular sin tener en cuenta las formalidades del procedimiento y en especial los medios de prueba objetivos, tal como lo establece la ley. Se regiría por el interés propio de *este* caso singular y no por el interés de una disposición legal que pudiera devenir general»⁹⁵. Ideas análogas, por lo demás, habían manifestado Muratori⁹⁶, Genovesi⁹⁷, Kant y, en general, toda la cultura ilustrada⁹⁸.

Todavía hoy la contraposición de la equidad con la legalidad como modelo de juicio complementario, supletorio o alternativo es un lugar común de la filosofía jurídica, que se confunde a veces con la contraposición entre formalismo y antiformalismo o, peor, entre iuspositivismo y iusnaturalismo: la equidad sería así una especie de «muleta de la justicia» consistente «en una tendencia opuesta a todo formalismo, del que debe ser complementaria»⁹⁹; o bien un medio para suplir las lagunas o las equivocaciones evidentes de la ley mediante el reenvío al derecho natural¹⁰⁰, a la conciencia social¹⁰¹ o a la discrecionalidad normativa del juez¹⁰²; o incluso una lógica alternativa a la propia del juicio de legalidad, no «cerrada», «silogística» o «deductiva», sino «abierta», «silogístico-retórica» o «entimemática»¹⁰³; o bien, en fin, «la justicia del hombre, en contraste con la justicia de la ley»¹⁰⁴. En todos los casos la equidad está acreditada (o desacreditada, según los puntos de vista) como fuente de derecho alternativa a la legalidad, o bien como instrumento más o menos excepcional de interpretación y de integración de la ley. Con la conse-

cuencia de que mientras su aceptación sirve para favorecer orientaciones sustancialistas y decisionistas contrarias al principio de legalidad¹⁰⁵ y particularmente deletéreas en el derecho penal¹⁰⁶, su rechazo resulta engranado con orientaciones obtusamente formalistas y abstractamente legalistas.

2. *Una noción semántica de la equidad: legalidad como denotación y equidad como connotación. Lengua y lenguaje penal.* Pienso que estas configuraciones de la equidad y las dificultades conceptuales que comportan son el fruto de teorías inadecuadas (y más a menudo de la ausencia de cualquier teoría) del significado de los enunciados jurídicos —legales y judiciales— y de las palabras que aparecen en ellos. En efecto, el problema de la *equidad* y de su relación con la *legalidad* se puede resolver si suministramos una caracterización semántica adecuada de estos dos conceptos utilizando a tal fin la teoría lógica del significado expuesta en el apartado 9.1 y la distinción por ella elaborada entre *connotación* (o *intensión* o *significado intensional*) y *denotación* (o *extensión* o *significado extensional*) de un signo.

Si aplicamos esta distinción al lenguaje jurídico, podemos decir que la *legalidad* (o conformidad con la ley) de una aserción judicial consiste en la *denotación* de un hecho mediante un predicado connotado por la ley como delito y en su consiguiente *verdad procesal*; mientras su *equidad* (o conformidad con el caso concreto) consiste en la *connotación* del mismo hecho denotado por la ley como delito y en su consiguiente *contenido informativo particular*. La ley, en efecto, connota las *características esenciales* o los *elementos constitutivos* que forman la intención de una figura o concepto legal de delito y que determinan la extensión de la clase de los casos individuales denotados por el juez como aquellos de los que la figura legal es predicable en aserciones judiciales aceptadas como verdaderas; el juez, en cambio, connota las *características accidentales* y las *circunstancias específicas*, no connotables ni denotables legalmente, que forman la intención de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por la figura de delito por ella connotada. Con una fórmula sintética, que más adelante resultará más clara, diré que *la ley connota lo que el juez denota, y denota lo que el juez connota*; y que, inversamente, *el juez denota lo que la ley connota, y connota lo que la ley denota*. «Legalidad» y «equidad» —refiriéndose una a la denotación y la otra a la connotación llevadas a cabo en el juicio— pueden ser concebidas consiguientemente como dos aspectos distintos del conocimiento judicial: el *juicio de legalidad* corresponde a la *verificación* (de la que se ha hablado en los dos epígrafes precedentes) de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delitos connotada por la ley; el *juicio de equidad* consiste en cambio en la *comprensión* de las características acciden-

tales y particulares del caso individual verificado y no connotadas por la ley.

Todo esto puede resultar más evidente con un ejemplo. Las dos tesis «Ticio ha cometido un robo» y «Cayo ha cometido un robo» pueden ser ambas verdaderas y ambas conformes a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad: por hipótesis, en efecto, tanto el hecho individual de Ticio como el de Cayo han sido probados y poseen ambos las *características esenciales* que forman la intención o connotación del concepto legal de robo y que determinan su campo de denotación. Pero esto no quiere decir que el robo de Ticio y el robo de Cayo sean iguales, al igual que la verdad tanto de la tesis «*P* es una mesa» cuanto de la tesis «*Q* es una mesa» no comporta, más allá de la coextensión de las dos tesis, que las mesas «*P*» y «*Q*» sean iguales. Los dos robos de Ticio y de Cayo (como las dos mesas «*P*» y «*Q*») tendrán en realidad *caracteres accidentales* necesariamente distintos, de modo que las dos tesis que enuncian su comisión expresarán contenidos informativos diferentes en relación con las diferentes e irrepetibles connotaciones de los dos hechos denotados ambos por la ley como «robos». Las distintas características accidentales de los dos robos, esto es, sus connotaciones específicas, forman precisamente el objeto de comprensión y de valoración en el juicio de equidad. Conforme a ellas es equitativo considerar que el robo de un trozo de pan cometido por Ticio en estado de necesidad es bastante menos grave que el robo en el banco de un millón cometido por Cayo; o que una herida inferida por Ticio en un momento de ira es menos grave que la misma herida inferida por Cayo por el gusto de dañar. Connotaciones y valoraciones de este tipo, aun siendo extrañas a la cuestión de la verdad y la certeza de las que depende la legalidad del juicio, forman un aspecto esencial e ineludible de la cognición judicial y hacen que todos los juicios sobre un mismo tipo de delito, aunque legalmente coextensos, es decir, igualmente verdaderos o igualmente falsos, nunca sean equitativamente coextensos, sino cada uno siempre nuevo y distinto del precedente.

En términos menos rigurosos pero quizá más simples, esta compleja fenomenología del juicio puede ser expresada mediante el auxilio, más que de la distinción entre denotación/extensión y connotación/intensión de los signos, de la ya utilizada entre *lengua* y *lenguaje* jurídicos, entendida la primera como el conjunto de las reglas de uso de las expresiones empleadas en el segundo. Diremos en tal caso: *a*) que el predicado «robo» *designa* en la lengua legal el concepto jurídico de robo *definido* en abstracto por la ley y *expresa* en el lenguaje judicial los caracteres esenciales o constitutivos del hecho concreto *denominado* «robo» por el juez; *b*) que los caracteres particulares y accidentales de tal hecho concreto, mientras no son designables al nivel normativo de la lengua legal, son expresables en el lenguaje judicial con las palabras de la lengua común; *c*) que, en fin, el conjunto

de las proposiciones legales que establecen las reglas de uso de los conceptos jurídicos son al conjunto de las proposiciones judiciales que hacen uso de ellas lo que el diccionario y la gramática de cualquier lengua al lenguaje de cuantos la hablan. Recuperando una distinción realizada más arriba, se puede añadir también que la *interpretación doctrinal* del jurista consiste en la re-definición y en la explicación de las *condiciones de uso* de los conceptos jurídicos definidos por las *normas* en la lengua legal, mientras que la *interpretación operativa* realizada por el juez o por otros operadores consiste en su *uso* para denominar los *hechos* en el lenguaje judicial. La primera es, como la ley, un hecho de lengua; la segunda es, como el juicio, un hecho de lenguaje. Es claro que en el lenguaje judicial varios hechos —así como varios sujetos individuales en cualquier lenguaje—, aun cuando denominados todos por ejemplo como «robo» conforme a las reglas de uso de la lengua jurídica establecida por la ley, resultarán expresados y descritos de manera irreductiblemente distinta.

3. *Principio de legalidad y principio de equidad como reglas semánticas del lenguaje penal. Los elementos constitutivos y las circunstancias del delito.* Correlativamente al *principio de legalidad*, que hemos caracterizado como una regla semántica sobre la formación del lenguaje penal, por lo demás también el *principio de equidad* puede ser caracterizado como una regla semántica sobre la formación de tal lenguaje. La diferencia es que no se refiere a la denotación sino a la connotación judicial. Precisamente, puede ser concebido como una regla meta-judicial que prescribe que el juicio connote de la manera más precisa y penetrante los hechos denotados por la ley, comprendiendo en ellos todas las características accidentales, específicas o particulares.

Estas características accidentales son las que se llaman *circunstancias del delito*. A diferencia de los elementos constitutivos, no constituyen las connotaciones esenciales del concepto de delito en presencia o en ausencia de las cuales es verdadera o es falsa la calificación de un hecho como delito, sino que sólo son sus *agravantes*, sus *atenuantes*, o sus *eximentes de la culpabilidad*¹⁰⁷. Muchas de estas circunstancias están preestablecidas por la ley, que en el intento de disciplinar al máximo grado el poder equitativo del juez suministra ella misma connotaciones normativas; de modo que también para ellas, como para los elementos constitutivos, la función del juez se dirige principalmente a su denotación y verificación. Además de las legales, el juez tiene sin embargo la tarea de comprender todas las circunstancias —legalmente imprevistas y a menudo imprevisibles— que hacen a cada hecho distinto de todos los demás y que en todo caso tienen relevancia para la valoración de su gravedad específica y para la consiguiente determinación de la medida de la pena, predeterminada a menudo por la ley entre un mínimo y un máximo¹⁰⁸. Por lo demás,

también las circunstancias legales se expresan bastante a menudo en términos valorativos que remiten a la connotación equitativa: piénsese en el carácter «abyecto o fútil» de los motivos de la acción o en su «particular valor moral o social», en la «gravedad» o en la «levedad» del daño, en la «crueldad» de la conducta, en el «estado de ira», en la «provocación» y similares¹⁰⁹. Por no hablar de las «atenuantes genéricas», que son connotaciones en blanco que la ley invita al juez a rellenar para mitigar la severidad de la pena¹¹⁰.

Es claro que la comprensión equitativa de todas estas circunstancias específicas, y tanto más si no están previstas por la ley, comporta un *poder de connotación* que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales. Este poder, al igual que el poder de denotación de los hechos como delitos conforme a los elementos constitutivos connotados por la ley, es un poder intrínseco a la función judicial que no puede ser suprimido. Puede ser reducido o disciplinado mediante la definición de más precisas y particularizadas circunstancias legales. Pero no se puede —y, a diferencia de para el poder de denotación, ni siquiera se debe— intentar excluirlo. En realidad, no sólo es legítima sino también ineludible la discrecionalidad equitativa que aquél comporta y que está ligada al hecho de que el juez no juzga el tipo de delito, que es cuestión legislativa, sino el delito concreto, singular e irrepetible, y por tanto debe entenderlo en su especificidad.

Es fácil comprender, conforme al análisis hasta aquí desarrollado, tanto el valor como los límites de la intuición aristotélica según la cual, al ser para la ley «necesario hablar de un modo universal», la equidad sirve para corregir «la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta», es decir, «cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal»¹¹¹. En concreto, siempre ocurre algo que queda fuera de la fórmula universal. En efecto, como admitió en un cierto momento Aristóteles, «el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa»¹¹². Sólo que no se trata de «yerro», sino de la naturaleza lógica de la connotación (y la denotación) judicial respecto de la denotación (y la connotación) legal, o del lenguaje respecto de la lengua y de la interpretación operativa respecto de la interpretación doctrinal. No tiene, pues, ningún sentido contraponer legalidad y equidad, como si las dos cosas pudieran ir por separado o incluso una como alternativa a la otra. Y todavía menos sentido tiene decir —como Aristóteles y cuantos han copiado su pensamiento— que la ley es «incompleta» o que «el legislador omite y yerra» y concebir por ello la equidad como «correspectivo», «integración» o «derogación del derecho formal», o como «lo justo que va más allá que la ley», según «el espíritu del legislador», el «derecho natural», la «conciencia social», la «discrecionalidad del juez» o similares.

Todas estas y otras representaciones análogas sirven sólo para

confundir el problema, que como ocurre a menudo es bastante más simple que las soluciones que se le han dado. La legalidad y la equidad constituyen dos aspectos distintos del conocimiento judicial ligados a dos dimensiones distintas, pero lógicamente indisociables, del lenguaje jurídico y del significado de los signos en él empleados. De modo que ni la legalidad es posible sin equidad ni la equidad —salvo en los sistemas sustancialistas descritos en el apartado 7.4 y tendencialmente carentes de legalidad, o de lengua o denotación legal— es posible fuera de la legalidad. Todos los juicios son por tanto más o menos equitativos o inicuos según su grado de comprensión de las connotaciones específicas y diferenciales del caso juzgado; así como pueden ser más o menos legales o ilegales según su grado de aproximación a la verdad procesal. La paradoja del carácter a la vez igual y distinto de los infinitos casos concretos subsumidos en una misma norma abstracta se deshace con sólo considerar que la igualdad de los casos se refiere a su denotación, mientras que la diferencia se refiere a su connotación; y que no se da una connotación sin denotación, ni a la inversa. Por eso todos los casos de robo son iguales en el plano extensional, pero distintos en el plano intensional: porque el juez, en un sistema de legalidad, *connota* de manera *distinta* lo que la ley denota, y *denota* de manera *igual* lo que la ley connota. No hay nada misterioso en todo esto. Al connotar equitativamente un hecho concreto, el juez no corrige, integra, sobrepasa y ni siquiera interpreta la ley más de lo que yo corrijo, integro, sobrepaso o interpreto el significado de la palabra «mesa» definido por el diccionario cuando la uso para denotar la mesa sobre la que ahora estoy escribiendo y para connotar sus características específicas e irrepetibles que la hacen distinta de todas las demás mesas del mundo. Mucho menos el juez deroga la ley o los principios de la prueba. Los presupuestos lógicos de la connotación equitativa son, por el contrario, la verificación fáctica del delito que se ha de connotar y la verificación jurídica de su denotación legal: y cuanto más aproximativas e inciertas sean éstas, por defecto de garantías, tanto mayor resultará el espacio abierto a los sofismas y sofisterías, que podemos definir, en oposición a la equidad, como el arte de acreditar identidades donde hay diferencias esenciales y diferencias donde hay identidades, gracias a la posibilidad de extender o de restringir a placer los confines indeterminados de la denotación legal.

4. *Los equívocos del formalismo y del antiformalismo.* Iuris-dictio y iuris-prudentia. Conforme a lo anterior, pueden ser eliminados muchos de los pseudoproblemas y de los lugares comunes que han afligido y dividido al pensamiento jurídico, y que van más allá de la misma cuestión de la relación entre legalidad y equidad en el derecho penal. Ante todo, en gran parte pierde sentido la alternativa ideológica entre *formalismo* y *antiformalismo* como métodos de interpretación y

de aplicación de la ley, contrapuestos en nombre de valores distintos y antinómicos: por un lado, la justicia formal de la exclusiva sujeción del juez a la ley y, por otro, la justicia sustancial del caso concreto libre de vínculos legales rígidos. Las dos aproximaciones son en realidad defectuosas: la primera, porque se limita a la denotación de los elementos constitutivos o extensionales que hacen iguales a todos los casos denotados por el mismo supuesto típico legal, descuidando las connotaciones intensionales que los hacen distintos; la segunda, porque se limita a la connotación de los caracteres singulares e intensionales que hacen a cada caso connotado por el juez distinto de todos los demás, olvidando los rasgos extensionales que los hacen iguales. El llamado «formalismo» de la primera aproximación es en realidad una forma, bastante difundida en el mundo judicial, de *obtusidad legalista*, que se manifiesta en la falta de comprensión de los casos concretos y de las razones humanas que los explican y caracterizan. El llamado «antiformalismo» de la segunda es en cambio una forma, no menos difundida en el mismo mundo, de *arbitrio sustancialista*, que se expresa en la falta de verificación de la denotación legal de un hecho como delito más allá de las características concretas reprobables en él reconocidas.

Análogamente, resultan equívocas y distorsionadoras otras dicotomías clásicas —como la de abstracto y concreto, universal y particular, general e individual, sistema cerrado y sistema abierto, auto y hétero-integración y similares— con las que a menudo se expresan, alimentándose unas con los defectos de las otras, actitudes teóricas y prácticas contrapuestas en materia de aplicación de la ley. Por ejemplo, es sin duda equivocado el blanco de la crítica marxista del «derecho igual» dirigida, en vez de a la falta de equidad en el juzgar, a la forma general y abstracta de la legalidad, que parificaría situaciones desiguales olvidando la efectividad de sus concretas determinaciones materiales¹¹³. Lo mismo ha de decirse del antilogicismo de esa orientación metodológica desarrollada en Alemania bajo el nombre de *juristische Hermeneutik* que teoriza, en oposición al esquema silogístico, la inevitable discrecionalidad, valoratividad y creatividad de toda la actividad judicial, exigidas por la llamada precomprensión de los hechos y por la correlativa concreción de las normas¹¹⁴. Por lo demás, en fin, la desconfianza de la tradición iuspositivista, de Hobbes en adelante, hacia el recurso a la equidad por su contraste con la reducción del juicio —por aquélla tenazmente perseguida— a silogismo más o menos perfecto, es ciertamente fruto de un grosero equívoco; pues la equidad no tiene nada que ver con el silogismo judicial, al no afectar —y, por tanto, al no comprometer— al procedimiento de búsqueda y de formación de la verdad procesal, que como se ha visto se refiere a la denotación y no a la connotación judicial¹¹⁵.

En consecuencia, resultan desacreditados muchos equívocos paradigmas que apoyan de distintas formas las distorsiones prácticas del

uso judicial. El dicho *dura lex, sed lex* o, peor, la máxima *summum ius, summa iniuria*¹¹⁶ no pueden ser una coartada para la dureza o la iniquidad del juicio, sino sólo pantallas contra la obtusidad de los jueces. Y la equidad no puede ser invocada para sobrepasar a la ley, sino sólo para aplicarla. La aplicación de la ley al caso concreto es en realidad una actividad cognoscitiva que requiere a la vez, como dos condiciones necesarias y cada una de ellas insuficiente, tanto la *verificación* como la *comprensión*. Es precisamente en la «prudencia», «comprensión» o «discernimiento» de las diferencias donde Aristóteles identificaba la virtud de la equidad¹¹⁷. Todavía más que la *dictio* o denotación de los elementos constitutivos conforme a los cuales un determinado hecho es un delito, que se presupone en todo caso, es más bien la *prudencia* o comprensión de sus connotaciones singulares lo que caracteriza a la función judicial distinguiéndola de cualquier otra función burocrática o meramente ejecutiva. Y es a través de ella como entran —y deben entrar— en el juicio el contexto ambiental del hecho las condiciones en las que ha sido vivido, las circunstancias efectivas humanas y sociales en las que reside su concreción y particularidad y que le hacen distinto de todos los demás por más que, al igual que otros, esté denotado por el mismo *nomen* o título de delito. Ciertamente, la comprensión equitativa requiere también connotaciones valorativas y por ello discrecionales: pero esta específica *discrecionalidad judicial* (la única forma de discrecionalidad) es plenamente legítima y pertinente, al ser una dimensión epistemológica constitutiva de la jurisdicción.

5. *El favor rei: comprensión equitativa, valoración simpatética y graduación de las penas.* Es claro que cuanto más profunda y penetrante sea la comprensión del hecho, tanto mayor es la atenuación, en los límites de la justificación, de su gravedad. La comprensión humana es siempre, tendencialmente, simpatética. Es al mismo tiempo, según la representación que de ella sugirieron David Hume o Adam Smith, actividad racional y principio o presupuesto de la valoración práctica y de la comunicación social¹¹⁸. Por eso, mientras la prueba fáctica y la verificación jurídica exigen, como escribía Beccaria, la indiferencia y la distancia del juez respecto del caso denotado¹¹⁹, la comprensión equitativa requiere la no indiferencia, esto es, aquella participación en la situación de hecho connotada que se expresa en la benevolencia, en la compasión, en la *pietas*¹²⁰. La valoración equitativa no se refiere nunca, en realidad, al caso abstracto, sino siempre al caso concreto y humanamente determinado. Es, pues, a través de ella como se realiza el respeto a la persona humana juzgada, que en nuestro ordenamiento, como en otros, no es sólo un principio racional y moral, sino también un principio jurídico constitucional. Y es en ella donde se manifiesta la sensibilidad, la inteligencia y la moralidad del juez. Por lo demás, como justamente se ha observado siguiendo a

Hume y a Smith, esta comprensión simpatética no consiste en una identificación con los hábitos mentales del sujeto juzgado como la que provendría de una romántica fusión afectiva, sino en una «participación imaginativa indirecta y mediata», que es de tipo racional porque se basa en la «representación de la situación de hecho» sometida a juicio¹²¹. Todavía menos refleja la subjetividad emocional y parcial del juez. Por el contrario, es el producto de un esfuerzo intencional del juez dirigido a prescindir lo más posible de sus ideologías personales, sus prejuicios y sus inclinaciones para «comprender» o participar de las ideologías, inclinaciones y condicionamientos del sujeto juzgado¹²². En este sentido, la equidad es también una condición de la imparcialidad del juez. Es inicuo no sólo el juez obtuso que no sabe captar las connotaciones específicas del caso juzgado, sino también el que hace pesar su subjetividad en el juicio sin conseguir y quizá sin siquiera intentar desprenderse de ella para comprender la del imputado.

Así se explica, conforme a la configuración aquí avanzada de la equidad como connotación y comprensión de los casos concretos, cómo es posible que la equidad haya sido concebida siempre como una dimensión del juicio favorable al reo. «Ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad»¹²³, es decir, ser como «aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder»¹²⁴. Esta función de la equidad no es sólo el fruto de una opción política en favor del derecho penal mínimo¹²⁵; ni se deriva sólo de un principio general de tolerancia para las valoraciones cuando éstas no sirven para penalizar al reo, sino para atenuar o excluir la responsabilidad y la pena. Está conectada, todavía antes, a los principios epistemológicos de la connotación y de la comprensión judicial, que siempre comportan la máxima adherencia del juicio a las circunstancias concretas del caso juzgado¹²⁶. Una comprensión perfecta, que llegase a penetrar por completo todas las connotaciones y los condicionamientos singulares —psicológicos, materiales y sociales— del caso específico comportaría quizá, en muchos casos, la absolución, conforme al principio *tout comprendre est tout pardonner*.

Naturalmente, esto está excluido por la estructura legal del ordenamiento, que en presencia (de la verificación) de un delito permite la absolución sólo si concurren circunstancias eximentes previstas por la ley. Nada impediría sin embargo —al contrario, todo aconsejaría— la previsión legal de circunstancias «eximentes genéricas» análogas a las «atenuantes genéricas», cuya comprensión conllevaría la exclusión del delito. Una figura de este tipo es, por ejemplo, la del perdón judicial prevista en el derecho penal de menores, donde es mayor el espacio concedido por la ley a la comprensión equitativa¹²⁷. La ley, por lo demás, reconoce el *favor rei* como criterio inspirador de lo que hemos llamado poder de connotación, previendo como figura típicamente equitativa solamente las circunstancias «atenuantes genéricas y no también las «agravantes genéricas»¹²⁸. Bajo este aspecto, me parece en

contraste con el principio de equidad la previsión por parte de la ley de límites mínimos, junto a los límites máximos de pena, para cada tipo de delito. Tal previsión, en realidad, no sólo contradice el modelo del derecho penal mínimo, sino que humilla la función del juez, al no consentirle valorar plenamente la posible falta de gravedad alguna del caso concreto respecto de la gravedad del tipo de delito abstractamente valorada por la ley, conforme a sus exclusivas connotaciones constitutivas, mediante la estipulación de los límites máximos.

12. *La discrecionalidad. El poder de disposición y los principios generales*

1. *Verdad indecible y arbitrio dispositivo. El poder judicial de disposición.* Los límites de la verdad procesal ilustrados en el apartado 4 y más analíticamente en los apartados 9 y 10 excluyen, como se ha visto, que la seguridad penal pueda ser nunca absoluta. La seguridad de las motivaciones judiciales, tanto de hecho como de derecho, es en el mejor de los casos —de modo no diferente por lo demás a la de cualquier razonamiento empírico— una certidumbre sólo relativa. Junto a los espacios *irreducibles* de inseguridad debidos a los límites intrínsecos a la verdad procesal y admitidos de hecho también por el sistema de estricta legalidad SG, pueden darse sin embargo espacios bastante mayores y *reducibles* de inseguridad debidos a la ausencia de una o más garantías y admitidos, junto a los primeros, por todos los demás sistemas. Si los espacios del primer tipo permiten hablar de la «verdad procesal» como de una verdad solamente aproximativa —jurídicamente opinable y fácticamente probable— los del segundo tipo pueden extenderse hasta el punto de no permitir en absoluto el uso en el proceso de la palabra «verdadero», ni siquiera en sentido aproximativo.

Conforme al análisis hasta ahora desarrollado en torno a las condiciones de la decidibilidad de la verdad procesal, se puede afirmar ahora que todos los espacios de inseguridad —irreducibles y reducibles— equivalen a otros tantos espacios o tipos de *poder*, cuya suma forma lo que he llamado *poder judicial*. He llamado *poder de verificación* al que se ejerce en presencia únicamente de los espacios mínimos o irreducibles, mediante decisiones sólo sobre la verdad procesal; y he distinguido tal poder en poder de verificación *jurídica* o de interpretación y poder de verificación *fáctica* o de comprobación probatoria, según sea ejercido por decisiones sobre la verdad jurídica o sobre la verdad fáctica. Llamaré ahora *poder de disposición*¹²⁹ al que se ejerce en presencia de los espacios reducibles, mediante decisiones necesariamente referidas (también o sólo) a valores distintos de la verdad. Mientras en el sistema SG el poder judicial que se expresa en la comprobación de los presupuestos de la decisión es sólo poder

de verificación, en los sistemas *S1* y siguientes es también poder de disposición, y en los casos extremos de *S8* y *S9*, donde la verdad procesal es por completo indecible, es sólo poder de disposición. En cuanto al *poder de connotación*, que no se refiere a la legalidad (o verdad) sino a la equidad (o contenido específico) del juicio, no es del todo suprimible, como se ha visto; pero mientras que en el sistema de estricta legalidad *SG* es posible ejercerlo sólo respecto de los hechos exhaustiva y exclusivamente denotados por la ley y por ello verificables y verificados, eso es tanto menos posible cuanto menos decidible es la verdad procesal por carencia de denotación, esto es, de estricta legalidad, y es imposible sin más cuando la verdad procesal es del todo indecible. En este último caso, expresado en las formas más extremas por los sistemas sustancialistas carentes de denotación legal, como el *S9* policial y el *S10* del cadí, también el poder de connotación se resuelve en el puro poder de disposición.

Los diez modelos de derecho penal formalizados en el segundo capítulo se distinguen, pues, además de por su grado creciente de inseguridad y decreciente de garantismo, también por el grado creciente de poder judicial arbitrario admitido por ellos. Precisamente, de los cuatro poderes en los que he descompuesto el poder judicial —el poder de comprobación probatoria, el poder de interpretación o denotación, el poder de connotación y el poder de disposición— los tres primeros están presentes también en el sistema garantista más perfeccionado, siendo, por así decirlo, fisiológicos e intrínsecos a la función jurisdiccional. Aun cuando su ejercicio comporte la intervención de juicios de valor y de criterios de solución de las incertidumbres, los tres están ligados además a actividades cognoscitivas: la verificación de la existencia del hecho en el primer caso, la verificación del tipo de delito por él constituido en el segundo y la comprensión de sus específicas y concretas particularidades en el tercero.

A la inversa, el poder de disposición es siempre el producto de carencias o imperfecciones del sistema y como tal es patológico y está en contraste con la naturaleza de la jurisdicción. Su ejercicio no supone motivaciones cognoscitivas, sino sólo opciones y/o juicios de valor de los que no es posible ninguna caracterización semántica, sino sólo caracterizaciones pragmáticas ligadas a la obligación de la decisión. Propiamente, aquí no hay ni siquiera *iuris-dictio*, esto es, denotación de lo que es connotado por la ley, sino simplemente *dictum*, no basado en los tres silogismos en los que antes he descompuesto el razonamiento judicial, sino únicamente en el poder, que por eso he llamado «de disposición». Este poder crece —a expensas del poder de verificación jurídica y fáctica de los elementos denotados legalmente y del poder de valoración de las circunstancias connotadas equitativamente— cuanto más se extienden los espacios de inseguridad de los presupuestos cognoscitivos de la decisión judicial por defecto de una o

más de una de las garantías penales y procesales; hasta excluir por completo los otros dos poderes y configurarse como poder de disposición «absoluto» cuando la inseguridad es total. La inseguridad, en el sentido más arriba dilucidado, se sigue en realidad de la indecidibilidad o de las dificultades de decisión sobre la verdad procesal; y vuelve a aparecer cuando no existe *una* solución (aunque sea sólo aproximativamente) verdadera del caso que se ha de juzgar, sino *varias* soluciones (todas igualmente) válidas. En estos casos decae la correlación biunívoca entre verdad de la motivación y validez de la decisión, a tenor de la cual en el modelo garantista *veritas, non auctoritas facit iudicium*. En efecto, en los modelos S1-S9, caracterizados por grados decrecientes de seguridad y de garantismo, la verdad de las motivaciones condiciona cada vez menos la validez de las decisiones, hasta no condicionarla en absoluto, a causa de su impredecibilidad, en los sistemas más marcadamente sustancialistas y decisionistas, donde *auctoritas, non veritas facit iudicium*.

La frontera entre poder de verificación y poder de disposición, entre espacios irreducibles y espacios reducibles de discrecionalidad decisoria, entre modelo garantista de derecho penal mínimo y modelos no garantistas de derecho penal tendencialmente máximo, no puede ser, evidentemente, trazada de manera rígida y precisa. Sólo se puede decir que el banco de pruebas del carácter cognoscitivo o garantista de un sistema penal y procesal o de sus partes concretas está constituido por la posibilidad de refutación, exigida en vía de principio por el axioma A10, de las hipótesis acusatorias¹³⁰. La verdad procesal es en realidad una verdad alcanzada mediante garantías o reglas del juego codificadas que aseguran esencialmente la posibilidad de confutar las hipótesis acusatorias, desde la contestación inicial hasta el paso a cosa juzgada de la sentencia definitiva de condena, mediante contrapruebas o contrahipótesis. Allí donde la refutación es imposible quiere decirse que la técnica de definición legal y/o judicial de lo que es punible no permite juicios cognoscitivos sino sólo juicios potestativos, de forma que la libre convicción no se produce sobre la verdad sino sobre otros valores. Y eso puede ocurrir bien por razones semánticas, es decir, porque la hipótesis legal y/o judicial no está formada por proposiciones que designan hechos sino por juicios de valor o de significado indeterminado del tipo «Ticio es peligroso», «Cayo es un subversivo» o «tal objeto es obsceno»; o bien puede ocurrir por presunciones o preclusiones normativas que de hecho exoneran a la acusación de la carga de la prueba o precluyen a la defensa el contradictorio y la confutación. En el primer caso, la hipótesis acusatoria, no importa que sea por su formulación legal o por la judicial, es lógicamente irrefutable (además de inverificable) a causa de su estatuto semántico, no afirmativo sino meramente valorativo; en el segundo caso permanece no refutada (pero tampoco verificada) y, por tanto, apodíctica a causa del mecanismo procesal que la preserva de la

refutación. En ninguno de los dos casos se da jurisdicción en sentido propio, sino mero ejercicio de represión; no juicio de comprobación, sino simple decisión: derecho penal «sin verdad» y «sin saber», en cuanto enteramente confiado a la voluntad discrecional, o sea, al poder, de los órganos juzgadores.

Se comprenden así el alcance y, a la vez, los límites del garantismo. El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad. Es además un modelo estructural de derecho penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derivabilidad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus efectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de la defensa. En todo caso, no garantiza la *justicia sustancial*, que en sentido absoluto no es de este mundo y en sentido relativo es cuestión, como se verá en la tercera parte, de contenidos legislativos y, por ello, de elecciones políticas en orden a los bienes y a los intereses que se han de tutelar penalmente y a los medios punitivos justificables con tal fin; sino sólo la *justicia formal*, esto es, una técnica de definición legal y un método de comprobación judicial de la desviación punible que, si no excluyen, al menos reducen al mínimo los momentos potestativos y los elementos de arbitrio en el derecho penal. Esta justicia formal, al coincidir con la seguridad y o verdad legal de las decisiones jurisdiccionales, es sin embargo el presupuesto necesario, aunque insuficiente, de cualquier remedio de justicia sustancial¹³¹.

2. *El problema del carácter político de la función judicial. La ilegitimidad del poder de disposición.* Sobre estas bases se puede finalmente plantear y encaminar hacia una solución la *vexata quaestio* del carácter político de la función judicial, que en pasados años ha dividido tan profundamente a la cultura jurídica, sobre todo en Italia¹³². Hemos visto cómo el poder judicial de disposición, generado por la carencia estructural de garantías normativas y por el consiguiente predominio de modelos de derecho penal autoritarios y sustancialistas, se distingue del poder judicial de verificación porque se manifiesta con decisiones no sobre la verdad sino sobre otros valores. Aunque contrario a la estricta legalidad y a la estricta jurisdiccionalidad del modelo garantista SG, este poder existe en diversa medida en todos los sistemas S1-S9, y su referencia a valores distintos de la verdad viene impuesta por el deber de decidir.

¿Cuáles son estos valores distintos de la verdad? Son evidentemente valores *sustanciales*, extra o meta-jurídicos, que en sentido

amplio podemos llamar *políticos* o *ético-políticos*. Análogamente, son espacios de *discrecionalidad política* los espacios de inseguridad abiertos en diversa medida por la indecidibilidad de la verdad procesal. Tales espacios no dependen de la voluntad del juez, sino de la inexistente o insuficiente satisfacción de la regla semántica en la que más arriba hemos identificado el principio de estricta legalidad: es decir, de la presencia en la ley de expresiones indeterminadas o de antinomias semánticas y de la consiguiente inverificabilidad de las denotaciones penales de los presupuestos de las decisiones. En la medida en que abren incertidumbres insolubles en el plano cognoscitivo, tales carencias dejan espacio al poder de disposición, es decir, al decisionismo del juez, inevitablemente informado por criterios subjetivos de justicia sustancial o «políticos». Y puesto que, como se ha dicho, en todos los sistemas penales positivos existe siempre, aun en grado distinto según las distintas normas, algún elemento del estado policial o de la justicia del *cadí*, en todos el poder judicial es en distinta medida poder de disposición, de naturaleza política y no sólo legal o equitativa.

Estando así las cosas, el carácter político de la actividad judicial no es el fruto de una opción ideológica o deontológica, sino un dato de hecho, ligado a los defectos de garantías y a las imperfecciones estructurales diversamente presentes en todos los ordenamientos penales positivos. Recuperemos el ejemplo ya dado del juicio sobre el delito de actos obscenos en lugar público, es decir, sobre un comportamiento connotado por el art. 529 del código penal italiano en términos totalmente valorativos y, por tanto, privados de denotación exhaustiva y exclusiva («a los efectos de la ley penal, se consideran obscenos los actos y objetos que, según el sentimiento común, ofenden al pudor»). La decisión sobre si un beso en un automóvil aparcado en la calle es o no un acto obsceno en lugar público no puede versar sobre la verdad o sobre la falsedad jurídica de tales tesis, ambas inverificables e irrefutables, sino que es simplemente una opción valorativa *post factum*, ni verdadera ni falsa, que depende únicamente de las personales opiniones del juez sobre el sentimiento del pudor y sobre la publicidad del lugar¹³³. Lo mismo se puede decir del «desacato», que los artículos 290, 291 y 402 de nuestro código penal definen tautológicamente como el acto de que «alguien desacate». En este caso, a la inseguridad que deriva de la falta de significado extensional de las palabras empleadas por la ley se añade la originada por la posibilidad de que entre ésta y la norma constitucional que sanciona la libertad de manifestación del pensamiento se reconozca la existencia de una antinomia. Cuando advierta tal antinomia (y tal opinión, como se verá, es siempre subjetiva), el juez tiene la obligación, en un ordenamiento con Constitución rígida como es el italiano, no ya de obedecer la ley, sino, al contrario, de censurarla oponiendo su inconstitucionalidad; y, por tanto, es incluso dudoso que en tal caso exista una norma válida sobre el desacato a la que el juez deba con-

siderarse sometido y que valga como referencia semántica de la verdad jurídica¹³⁴.

Es claro que en presencia de normas como las ahora mencionadas —de significado indeterminado y/antinómicas con normas superiores— no es posible la inferencia deductiva que constituye el segundo de los tres silogismos en los que hemos articulado la aplicación de la ley en un sistema de estricta legalidad. De la definición legal de «obsceno» como el «acto de quien ofende el sentimiento común del pudor» y de la tesis fáctica «Ticio y Caya se han dado un beso» no se puede inferir que los mismos «han (o no han) cometido un acto obsceno» más que incluyendo entre las premisas también la tesis «el beso ofende (o no ofende) el sentimiento común del pudor»: que es un juicio de valor exigido al juez, no extraíble de la ley y de ningún modo verificable ni refutable. Con mayor razón, no es posible deducir de la norma de nuestro código que pena «a cualquiera que desacate públicamente al gobierno» y de la tesis de hecho «Ticio ha dicho públicamente ‘gobierno, ladrón’ a propósito de la política económica del Estado» la conclusión jurídica de que Ticio ha cometido un «desacato» y no una lícita manifestación del pensamiento, más que incluyendo entre las premisas la doble opinión política —también extralegal e incontrolada— de que, a pesar de la Constitución, la libertad de pensamiento no puede ser ejercida con palabras simples y crudas como «ladrón» y que tales palabras son «desacato». Consecuentemente, al ser imposible una motivación cognoscitiva, no existe en estos casos la posibilidad material, antes incluso que el deber jurídico, del sometimiento del juez sólo a la ley: en semejantes casos, el juez es *autónomo* en el sentido de que, en contraste con el principio de estricta legalidad, *integra post factum* la previsión legal del hecho mediante opciones discrecionales no susceptibles de controles de verdad ni, por tanto, de legalidad.

El *poder judicial de disposición* consiste precisamente en esta auto-nomía del juez, llamado a integrar después del hecho el supuesto legal con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional. Tal poder puede ser absoluto, como en los regímenes policiales y en la justicia del cadí, donde su ejercicio no está vinculado a la comprobación de ninguna condición legalmente preestablecida, o bien relativo, como en todos los casos en los que la regla semántica de la estricta legalidad es insatisfecha sólo en alguna medida. Es claro que en el primer caso disuelve y en el segundo debilita no sólo las garantías penales exigidas por la estricta jurisdiccionalidad: en realidad, acusaciones como las de «obsceno», «subversivo» o «enemigo del pueblo» —o, incluso, «ultraje», «desacato», «plagio», «atentado» y similares— no sólo impiden la verificación sino también la defensa, pues equivalen a cajas vacías o semivacías rellenas potestativamente por el juez a tenor de juicios *constitutivos* y no simplemente *declarativos* de los supuestos típicos punibles.

De ahí se sigue —en los modernos ordenamientos democráticos caracterizables como «estados de derecho»— una *ilegitimidad política* estructural del poder de disposición del juez y de las decisiones en las que se expresa. En tales ordenamientos, en efecto, el poder de disponer lo que es delito está justificado exclusivamente en cuanto que está reservado preventivamente a la ley; y el poder judicial está legitimado como poder separado e independiente de los demás poderes sólo en cuanto le está encomendada la verificación y la connotación de los hechos penalmente denotados por la ley conforme a connotaciones taxativas de sus elementos constitutivos. Además —en ordenamientos como el nuestro, en los que la estricta legalidad, el sometimiento del juez a la ley y las demás garantías están prescritas por normas constitucionales de nivel superior— el poder judicial de disposición está afectado además por una *ilegitimidad jurídica* no menos estructural. Precisamente, el poder de denotación jurídica que el legislador delega en el juez mediante la estipulación de una lengua legal indeterminada señala un vicio de invalidez de la ley por defecto de estricta legalidad; en cambio, el poder de denotación fáctica que el juez se arroga mediante el uso de un lenguaje judicial indeterminado señala un vicio de invalidez de los pronunciamientos judiciales por defecto de estricta jurisdiccionalidad¹³⁵.

3. *Los principios generales del derecho como criterios de orientación del poder de disposición.* El poder judicial, en la medida en que también es poder de disposición, es, pues, en los sistemas positivos constitucionalmente basados en los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, estructuralmente ilegítimo. Veremos, en el curso de este libro, que esta ilegitimidad estructural es fisiológica en una cierta medida en el moderno estado de derecho, donde caracteriza no sólo al poder judicial sino en general a todos los poderes legitimados conforme a valores —la democracia, la libertad, la satisfacción de necesidades primarias y similares— sancionados constitucionalmente pero destinados, y más cuanto más altos y difíciles, a no ser nunca perfectamente satisfechos; pero que es particularmente visible en el ordenamiento penal italiano, donde la separación entre normatividad de los principios y efectividad de la práctica ha alcanzado dimensiones patológicas. Lo que ahora importa subrayar es que una ilegitimidad semejante —como estableció el art. 4 del código de Napoleón a través de la prohibición del juicio de *non liquet* por oscuridad o insuficiencia del texto legislativo¹³⁶— no exonera al juez del deber y la responsabilidad de las decisiones. Ésta es una aporía intrínseca a la estructura de los sistemas penales positivos, sobre la que volveré más veces: el deber jurídico de decidir incluso ilegítimamente o con legitimidad reducida como fundamento efectivo de la legitimidad relativa (a la ley, aunque no a los principios constitucionales) del poder judicial de disposición.

Esta aporía puede ser atenuada aunque no eliminada. El hecho de que las decisiones penales mediante las que se ejerce el poder de disposición no versen sobre la verdad procesal no quiere decir que no deban o no puedan ser justificadas. Quiere decir solamente que son motivables no ya mediante aserciones cognitivas susceptibles de verificación y confutación, sino sólo o predominantemente con *juicios de valor*, no vinculados en cuanto tales a previsiones legales taxativas. Pero también los juicios de valor son susceptibles de argumentación y de control conforme a *criterios pragmáticos de aceptación*. Estos criterios no son más que los *principios generales* del ordenamiento, es decir, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal¹³⁷. Algunos de ellos son los mismos que presiden el ejercicio del poder de verificación, es decir, las decisiones sobre la verdad procesal con las que se resuelven las incertidumbres creadas por los defectos de denotación de los supuestos típicos legales: tales como, por ejemplo, el criterio del *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo*, el de la (relativa) coherencia con los precedentes jurisdiccionales y, por tanto, de la paridad de tratamiento en casos (relativamente) iguales, además, evidentemente, de todos los principios garantistas establecidos en nuestro sistema SG en los límites en los que son practicables. Otros son los mismos que informan el ejercicio del poder equitativo de valoración de las connotaciones particulares de los hechos denotados por la ley: como el respeto a la persona humana, el favor debido a los sujetos socialmente más débiles, la relevancia asociada a la efectividad de sus condiciones materiales. Otros, en fin, son específicamente relativos al poder de disposición: como los principios de igualdad y de libertad en el sentido no sólo formal sino también sustancial expresado por el art. 3, 2.º de la Constitución italiana, el criterio de la intervención penal mínima y de la pena mínima necesaria y, además, los valores culturales mencionados por la ley que hacen referencia a los usos sociales y a sus variaciones históricas y ambientales.

Naturalmente, aunque dotados de valor normativo, los principios generales utilizados como criterios para argumentar el ejercicio del poder de disposición no tienen más que una capacidad debilísima de vinculación de las decisiones: en realidad, operan no ya (como criterios de decisión) sobre la verdad o sobre la equidad, es decir, sobre la correspondencia empírica, aun sólo aproximativa, entre las motivaciones aceptadas y los hechos y las leyes, sino directamente como (criterios de decisión sobre) valores de justicia sustancial, no definibles en abstracto y en ocasiones incompatibles entre sí. Y exigen, por tanto, elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad política y moral del juez. Precisamente esta responsabilidad, ligada inmediatamente a los valores de justicia sustancial expresados por los principios generales, representa sin embargo un factor de racionalización del poder de disposición y de li-

mitación del arbitrio en otro caso a él conectado. La función específica de los principios generales es precisamente, en efecto, la de orientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control cada vez que la verdad procesal sea en todo o en parte indecible. Se puede incluso decir que un sistema penal es tanto más próximo al modelo garantista del derecho penal mínimo cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el poder judicial, en particular de disposición. Y puesto que los principios generales son construcciones doctrinales elaboradas sobre normas o sistemas de normas¹³⁸, la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas.

Queda así completamente fundada la crítica a la idea de una perfecta neutralidad del juez y del jurista formulada durante los pasados años, sobre todo en Italia, por los sectores progresistas de la cultura jurídica. Aun cuando un sistema penal se adhiera normativamente al modelo cognoscitivo y garantista —y veremos cuánto no lo hace el italiano—, nunca es de hecho un sistema cerrado y siempre exige, para su funcionamiento práctico, hétero-integraciones remitidas a la autonomía y la discrecionalidad del intérprete. Al realizar las elecciones impuestas por estos espacios de discrecionalidad, el juez en particular nunca es neutral si por «neutralidad» no se entiende sólo su honestidad intelectual y su desinterés personal por los intereses concretos en causa, sino una imposible ausencia de valoraciones o de carácter político de las opciones y una ilusoria objetividad de los juicios de valor. Y si las elecciones son inevitables, y tanto más discrecionales cuanto más amplio es el poder judicial de disposición, es cuando menos una condición de su control y autocontrol, si no cognoscitivo al menos político y moral, que aquéllas sean conscientes, explícitas e informadas en principios, en vez de acrílicas, enmascaradas o en todo caso arbitrarias.

El reconocimiento de los espacios existentes de poder dispositivo y discrecional que vician la función judicial, la carga de argumentar sus modos de ejercicio mediante principios y su exposición al control público, así pues, no sólo no contradicen el modelo de derecho penal mínimo, sino que forman parte integrante de él. El rechazo del carácter político del juicio es, en efecto, el fruto de un equívoco: confunde los espacios estructurales de arbitrio dejados abiertos en el ordenamiento por la carencia de garantías con el débil remedio opuesto frente a ellos. En realidad, lo que es ilegítimo, pues altera la jurisdicción en sentido político-administrativo, es el poder de disposición generado por el planteamiento sustancialista y decisionista del sistema y no, sin duda, los argumentos políticos o sustancialistas con los que

es ejercido y controlado. Bajo este aspecto, aun persiguiendo la fundamentación del poder judicial con bases lo más cognoscitivistas posibles y su reducción a los estrictos poderes de verificación y de connotación, el garantismo no tiene nada que ver con el legalismo y el literalismo. Por el contrario, incluye la crítica a la ideología mecanicista de la aplicación de la ley. En efecto, puesto que en ningún sistema el juez es una máquina automática, concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor, de los intereses y los condicionamientos de poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral.

4. *Programa de una filosofía analítica del garantismo penal.* La alternativa entre cognoscitismo y anticognoscitismo jurídico, conforme a la cual he dividido al comienzo la cultura y la práctica penal entre orientaciones garantistas y orientaciones decisionistas, presenta una singular asimetría respecto de la alternativa análoga entre cognoscitismo y anticognoscitismo en ética. El cognoscitismo penal, al contrario que el cognoscitismo ético, exige un modelo de estricta legalidad, es decir, la predeterminación convencionalista o relativista de las hipótesis de delito idónea para hacerlas verificables y refutables en juicio mediante pruebas y refutaciones. A la inversa, el anticognoscitismo o decisionismo penal, al contrario que el anticognoscitismo ético, es solidario con modelos de legalidad atenuada que dejan espacio al poder judicial de disposición y, por tanto, a criterios subjetivistas y sustancialistas de ética realista o cognoscitivista.

Se verá además, en los próximos capítulos, que en la historia del pensamiento y de las instituciones penales el cognoscitismo jurídico ha estado asociado casi siempre al anticognoscitismo ético, mientras que el decisionismo jurídico ha estado asociado casi siempre al cognoscitismo ético-político; y se podrá trazar una contraposición entre orientaciones garantistas y orientaciones autoritarias conforme a estos dos pares de actitudes respecto al derecho y a la moral, que además corresponden, a grandes rasgos, uno a la idea de la separación y el otro a la de la confusión entre las dos esferas. Basten dos ejemplos: la tradición ilustrada italiana, de Beccaria y Filangieri a Pagano y Romagnosi, es cognoscitivista en derecho hasta el punto de concebir el juicio como aplicación mecánica de la ley precisamente porque es anticognoscitivista en ética, en el sentido de que conculca en considerar la total relatividad y arbitrariedad de las nociones de vicio y de virtud y, por tanto, en excluir que fuera de las convenciones legales se pueda encontrar algún criterio de juicio relativamente objetivo o cierto¹³⁹. A la inversa, la Escuela Positiva de derecho penal es decisionista y anticognoscitivista en derecho, hasta el punto de propugnar criterios de identificación de los reos por la mera peligrosidad social en vez de por la culpabilidad por hechos determinados por la ley como delitos, precisamente porque es cognoscitivista en la concepción ex-

tralegal de la desviación, basada en las conocidas representaciones del delincuente natural y del delito natural¹⁴⁰. Más en general, cuando reseñemos las doctrinas del delito, de la pena y del proceso, podremos registrar una constante contraposición entre orientaciones formalistas, que son al mismo tiempo cognoscitivistas en derecho y anticognoscitivistas o relativistas en ética, y orientaciones sustancialistas, que rechazan el cognoscitivismo jurídico en favor de esquemas de identificación de la desviación inmediatamente éticos, sociológicos, naturalistas o políticos y, en todo caso, ampliamente independientes de calificaciones jurídicas preventivas.

Es claro que las dos orientaciones filosóficas reflejan no sólo elecciones ideológicas opuestas sino también modelos opuestos de derecho penal. Actitudes ideológicas jurídico-cognoscitivistas tienden de hecho a promover —piénsese sólo en el peso de la tradición ilustrada en la codificación penal— sistemas jurídicos basados en la estricta legalidad y, por tanto, idóneos para fundamentar una jurisdicción como actividad tendencialmente cognoscitiva, mientras son impracticables o escasamente practicables en ordenamientos desprovistos de estricta legalidad. A la inversa, actitudes anticognoscitivistas o decisionistas tienden a promover sistemas penales basados en esquemas de legalidad atenuada —piénsese en el peso de la Escuela positiva en la elaboración de la figura de la peligrosidad y de todo el sistema de las medidas de prevención y de seguridad—, mientras son tendencialmente excluidos como ilegítimos en ordenamientos que en el nivel constitucional incorporan el principio de estricta legalidad penal.

De ahí se sigue un papel práctico de gran relieve para una filosofía analítica del derecho penal. Este papel consiste esencialmente en el análisis teórico de los posibles modelos de legalidad y de jurisdiccionalidad, además de en la crítica de los sistemas legislativos y judiciales de los ordenamientos concretos, con miras al desarrollo de una ciencia de la jurisdicción. Donde «ciencia» —obviamente normativa— quiere decir también proyección de modelos normativos *de lege ferenda* y *de sententia ferenda*, de acuerdo con los criterios de legitimación política preseleccionados y con los de legitimación jurídica establecidos.

Más exactamente, dentro de una perspectiva garantista, identificaré cinco tareas que un sistema penal positivo, con sus carencias y sus aporías, abre a una filosofía analítica del garantismo penal: 1) la elaboración, *de jure condendo*, de técnicas de formación de los lenguajes legal y jurisdiccional capaces de satisfacer en el máximo grado, más allá de las ingenuas ilusiones de la filosofía penal ilustrada, las reglas semánticas con las que hemos caracterizado los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad; 2) la clarificación de las condiciones y los procedimientos que permitan, sin formalismos inútiles, la verificación procesal y la comprensión equitativa; 3) el desarrollo en el plano teórico-político de criterios pragmáticos idóneos para limitar y

disciplinar la hétéro-integración potestativa del ordenamiento, mediante la que en el apartado 26.4 llamaré «incorporación limitativa» de valores y de principios generales; 4) la crítica externa e interna de las leyes y de las decisiones judiciales conforme a sus fuentes de legitimación y de deslegitimación política y jurídico-constitucional; 5) el análisis de todos los espacios de discrecionalidad que caracterizan el juicio penal, con el fin de someterlos a las formas de argumentación racional propias de los juicios de valor y de exponerlos a la responsabilidad política y al control público.

Es claro que al hablar de tareas semejantes asignamos a la filosofía analítica del derecho penal una función prescriptiva, de acuerdo con una opción liberal-garantista en favor de los valores de la certeza del derecho, de la tutela de los derechos contra el arbitrio y de la controlabilidad jurídica de la validez de las decisiones judiciales, que son además los postulados del moderno estado de derecho. Son asertivas, sin embargo, en el sentido y en los límites en que puede serlo un discurso teórico, las tesis epistemológicas sobre el juicio penal conforme a las que tal opción resulta motivada: por ejemplo, la tesis de que, por defecto de denotación, de la proposición judicial «tal acto es obsceno» no son predicables ni la verdad ni la falsedad. El que después proposiciones judiciales de este carácter sean o no conformes con el principio de estricta legalidad depende a su vez de la aceptación de la redefinición teórica aquí propuesta —que como todas las redefiniciones incluye una prescripción— de la estricta legalidad como regla semántica excluyente de conceptos legales carentes de denotación por ser prescriptiva de la verificabilidad de las tesis en las que éstos son predicados. Por otra parte, prescripciones y opciones de distinto tipo están implícitas también en interpretaciones más elásticas del mismo principio idóneas para legitimar la proposición judicial arriba ejemplificada. Eso quiere decir que todas las interpretaciones de principios normativos tienen a su vez carácter normativo; y confirma que los modelos de derecho penal mínimo o garantista y de derecho penal máximo o autoritario incluyen siempre doctrinas y actitudes político-culturales acordes con ellos en orden a la justificación del derecho penal.

En la segunda y la tercera parte de este libro discutiré analíticamente las distintas teorías y culturas jurídico-filosóficas que respaldan estos dos modelos y los intermedios. Estas teorías han sido concebidas casi siempre como doctrinas de justificación no de este o aquel modelo de derecho penal, sino del derecho penal y de la pena en general. Por eso, a menudo, en los estudios de teoría y de filosofía del derecho penal su discusión precede (o hasta llega a sustituir) a la de los distintos modelos de derecho penal a los que sirven de fundamento. En este libro he considerado oportuno seguir el recorrido opuesto. El análisis teórico de los posibles sistemas penales hasta aquí desarrollado es en realidad un presupuesto necesario de la discusión en torno a la jus-

tificación del derecho penal y de sus contenidos, así como de la valoración de las respectivas doctrinas: las cuales, salvo las radicalmente abolicionistas, justifican de hecho, conforme a las distintas concepciones propuestas de la función de la pena y de las prohibiciones penales, no la pena o el derecho penal en general, sino —como se verá— este o aquel modelo de derecho penal, mínimo, máximo o intermedio. Así, por ejemplo, las doctrinas sustancialistas del delito y las doctrinas éticas y pedagógicas de la pena suelen ir unidas a modelos de derecho penal máximo, aunque no necesariamente a la inversa; por su parte, el modelo garantista del derecho penal mínimo presupone doctrinas formalistas del delito y concepciones utilitaristas de la función de la pena y de las prohibiciones penales, aunque no necesariamente a la inversa. Estos nexos entre doctrinas filosóficas de la justificación del derecho penal y modelos o sistemas normativos de derecho penal son los que confieren relevancia práctica a las primeras y los que serán analizados ahora.

NOTAS

1. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., XVIII, 4, p. 309.
2. G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. cast. de U. Moulines, *Sobre sentido y referencia*, en *Estudios sobre semántica*, Ariel, Barcelona, ³1984, pp. 49-84.
3. W. V. O. Quine, *Methods of Logic* (1959), trad. cast. de J. J. Acero y N. Guasch, *Los métodos de la lógica*, Planeta Agostini, Barcelona, ³1986, p. 115. Sobre la teoría extensional del significado, véase también R. Carnap, *Meaning and Necessity* (1947), trad. it. de A. Berra, *Significato e necessità*, La Nuova Italia, Florencia, 1976; E. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, Feltrinelli, Milán, 1960, pp. 21-24.
4. Todavía menos precisa es la formulación de este principio por parte del art. 25, 2.º párrafo, de la Constitución italiana: «Nadie puede ser castigado sino como consecuencia de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido». Es conveniente precisar que el principio de legalidad es sólo una de las posibles técnicas, aunque evidentemente la más importante, para asegurar la determinabilidad y, por tanto, la verificabilidad del tema de la decisión. Como veremos más adelante (*infra*, notas 38-41 y 48), la retórica clásica —hermagoreana y después ciceroniana y medieval— elaboró con tal fin la teoría de los *status* (y después de las *positiones*), que no eran más que los temas o las cuestiones relevantes, predeterminadas para la controversia por la *constitutio causae*, a la que debían resultar circunscritos tanto el juicio como la actividad probatoria y argumentativa de las partes. Es interesante, al propósito, un paso de Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 1, 1355a, p. 7, donde por vez primera se asigna a la ley la función de circunscribir y definir el tema del juicio: «en muchos sitios, como he dicho antes, la ley impide hablar fuera de la cuestión».
5. Sobre la noción de hecho como «concepto proposicional», «sentido» o «intensión» de una proposición verdadera, cf. R. Carnap, *o. c.*, pp. 51 ss. Es evidente que cuando hablamos de «extensión» o «denotación» no nos referimos a las normas, que en cuanto tales carecen de valor de verdad, sino a los términos predicativos de los que las normas dictan las reglas de uso, y a las aserciones judiciales en que aquéllos son usados como predicados de los hechos por ellos denotados. Igualmente evidente es, sin embargo, que el hecho de que un término esté contenido en un enunciado normativo no

impide que tenga o deba tener —según la reformulación aquí avanzada del principio de estricta legalidad— una referencia empírica determinada, de forma que sean verificables las aserciones judiciales en las que él es predicado. Sobre el problema de la «referencia empírica» de los términos extra-lógicos del lenguaje legal, entendido —según una concepción excesivamente estricta, típicamente propia del primer neopositivismo— como problema de su «reductibilidad a los términos del lenguaje objetual, que designan propiedades determinables mediante la observación directa», cf. U. Scarpelli, *La definizione en droit* (1958), en Id. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milán 1976, pp. 184 ss; Id., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Turín, 1959, pp. 82. Véase también, sobre el tema, H. L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence* (1952), trad. cast. de G. R. Carrió, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138; A. Ross, *Definition in Legal Language* (1958), trad. it. di M. Jori en U. Scarpelli (ed.), o. c., pp. 199-214.

6. He desarrollado esta noción del principio de estricta legalidad en *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, cit., pp. 111 ss.

7. Recuérdense los pasajes sobre la aplicación mecánica de la ley y contra la interpretación recogidos en las notas 16 y 24 del cap. 1.

8. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., XIV, p. 49. El paso prosigue así: «Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si en el presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema de antojo recibido de sus estudios». Todavía más explícitamente, Pietro Verri pedía al juez la «verificación de los hechos: debe encontrar la verdad y buscarla con solícitud, y conocer bien cómo es la cosa; y hecho lo cual, la ley hace el resto, es decir, mánda cómo debe ser» (*Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 170). De «exacta verificación del hecho criminoso» como garantía de los «enjuiciados, que exigen no ser condenados sino cuando se establece su culpa», hablará también F. Carrara, *Programma. Parte generale*, cit., trad. cast. cit., vol. I, p. 8.

9. *Leviatán*, cit., XXX, pp. 276-277: «Una buena ley es aquella que es necesario para el bien del pueblo, y, además, clara e inequívoca... hecha para el bien del pueblo y al mismo tiempo clara... 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... hacer el cuerpo de la ley misma en términos tan breves pero tan propios como sea posible». El mismo Hobbes, sin embargo, oscila entre el criterio de la brevedad y el de la precisión: «Las leyes escritas, si son breves, pueden ser fácilmente mal interpretadas debido a la diversidad de significados que cabe dar a una o dos palabras; y si son leyes largas, serán todavía más oscuras debido a la diversidad de significados que cabe dar a muchas palabras» (*ibid.*, XXVI, p. 223).

10. Montesquieu dedica todo un capítulo de *Del espíritu* a los principios que han de observarse «para la elaboración de las leyes»: «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... Después que se han fijado bien las ideas de las cosas en una ley, no hay que explicarlas por medio de otras expresiones vagas... 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» (o. c., XXIX, 16, pp. 443-444).

11. «Que toda ley sea clara, uniforme y precisa: interpretarla es casi siempre corromperla» (Voltaire, *Lois civiles et ecclésiastiques*, en *Dictionnaire philosophique* [1769], ed. por R. Naves, Garnier, París, 1967, p. 290).

12. «Ése es el medio a través del cual, con unas pocas leyes claras y simples, e incluso con pocos jueces, la justicia puede ser bien administrada... Es necesario hacer tres códigos: uno político, otro civil y otro penal. Los tres claros, breves y precisos cuanto sea posible» (J.-J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne* [1772], trad. cast. de A. Hermosa Andújar, *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 109).

13. «O la ley habla claro, y entonces el magistrado no puede alterarla; o la ley es tan oscura que la ambigüedad del sentido daría lugar al arbitrio, y entonces, al tenerse que recurrir a la autoridad suprema, el magistrado no puede hacer otra cosa que deducir la sentencia de la interpretación expresa que de ella dará el soberano» (G. Filangieri, *Riflessioni politiche*, cit., p. 389).

14. J. Bentham, *Vue générale d'un corps complet de législation*, cap. XXXIII, en *Traité de législation civile et pénale*, publicados en París en 1802 por E. Dumont, trad. cast. de R. Salas sobre la 2.ª ed. rev., *Idea general de un cuerpo completo de legislación*, en *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 5 tomos, 1821-1822, 2.ª ed., por donde se cita, preparada por M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, cap. XXXIII, p. 532: «El fin de las leyes es dirigir la condena [*sic*, por «conducta»] de los ciudadanos, y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: 1.ª) que la ley sea clara, esto es, que ofrezca al entendimiento una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; 2.ª) que la ley sea concisa para que se fije fácilmente en la memoria. *Claridad y brevedad* son, pues, las dos cualidades esenciales». Cf., *ibid.*, pp. 531-536, el capítulo XXXIII, titulado «Del estilo de las leyes».

15. «Si se establece un tipo de jurisprudencia uniforme y simple, de ello se seguirá que los hombres de leyes perderán la ventaja de poseer exclusivamente el conocimiento de las formas; que todos los hombres que sepan leer serán igualmente hábiles para esa materia; y es difícil imaginar que se pueda mirar esta igualdad como un mal... Cuanto más simple sea la legislación de un Estado, mejor gobernado estará» (M. Condorcet, *Observations sur le vingt-neuvième livre de l'Esprit des lois* [1782], en *Oeuvres* cit., t. I, cap. XVIII-XIX, pp. 379 y 381). Para realizar la simplicidad y la claridad, Condorcet exige la definición legislativa de los términos equivocos y la no contradictoriedad de las leyes» (*ibid.*, pp. 384 ss.).

16. «Las leyes proliferas son calamidades públicas [...] Es necesario que haya pocas leyes. Allí donde hay tantas, el pueblo es esclavo [...] Quien da demasiadas leyes a un pueblo es un tirano» (Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines, ouvrage posthume de Saint-Just* [1800], trad. cast. de J. Fuster, *Discursos. Dialéctica de la revolución*, Taber, Barcelona, 1970, p. 311). Y el art. 19, tit. II de la ley francesa sobre el ordenamiento judicial del 16.8.1790 estableció: «Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y se hará un código general de leyes simples, claras y conformes con la constitución».

17. H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. cast. de Genaro R. Carrió, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 26. Hart pone el siguiente ejemplo: «Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados 'vehículos' a los fines de la regla?». En casos semejantes, dice Hart, «quien clasifica tiene que adoptar una decisión que no le es impuesta, porque los hechos y los fenómenos a los que conformamos nuestras palabras y a los que aplicamos nuestras reglas son, como quien dice, mudos. El

automóvil de juguete no puede hablar y decir: 'Yo soy un vehículo a los fines de esta regla jurídica', ni los patines pueden decir en coro: 'Nosotros no somos un vehículo'. Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas y plegadas; su clasificación no está escrita en ellas para que los jueces simplemente las lean. Por el contrario, al aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad de decidir que las palabras se refieren o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica» (*ibid.*, pp. 25-26). Este ejemplo de imprecisión de las normas le sirve a Hart para mostrar «el carácter abierto e incierto del lenguaje jurídico» y para replicar a la idea con origen en Montesquieu del juez «autómata» o «máquina»: «Si todas las reglas de derecho han de estar circundadas por una penumbra de incertidumbre, entonces su aplicación a casos específicos en el área de penumbra no puede ser materia de deducción lógica», sino, precisamente, de decisión. La tesis mecanicista, añade Hart, «estigmatizada a menudo como el error de 'formalismo' o de 'literalismo'», es un vicio mental que no tiene nada que ver ni con «un uso excesivo de la lógica» ni con «utilizar en forma inmoderada los métodos analíticos», inmerecidamente atribuidos a los jueces que son afectos a ellos: en realidad, «la lógica nada dice acerca de la forma de clasificar entes particulares» y en el razonamiento de un juez que pretendiera derivar la decisión en el caso señalado de una definición general de «vehículo» extraída por ejemplo del código de la circulación y de tal modo incluyese los automóviles para niños pero no los aeroplanos, se encontraría «posiblemente enorme estupidez, pero no más ni menos lógica que» en decisiones más sensatas (*ibid.*, pp. 27-33).

18. Por ejemplo, si la norma ejemplificada por Hart dijera: «está prohibido el acceso de vehículos de motor», en vez de genéricamente «de vehículos», las posibilidades de equívoco serían bastante menores y el juez estúpido tendría espacios de maniobra más estrechos. Es claro que los márgenes de elección son insuprimibles, y precisamente por eso debemos hablar de «poder de verificación jurídica» o «de denotación». La amplitud de estos márgenes, es decir, de la zona de «penumbra» de la que habla Hart, puede ser sin embargo mayor o menor; y la imposibilidad de suprimirlos del todo no es una buena razón para no tratar de reducirlos o, peor, para ampliarlos.

19. Cf., *infra*, los apartados 12, 28.3, 37.2, 41.2 y 54.

20. La verdad conforme al significado es predicable con independencia del conocimiento de hechos extralingüísticos y es, por tanto, analítica al igual que la verdad de proposiciones del tipo «Fidel es negro o Fidel no es negro». A diferencia de ésta, sin embargo, no es una verdad lógica, dado que apela al significado de los términos descriptivos empleados. Sobre esta diferencia, cf. R. Carnap, *Significatio e necessità*, cit., pp. 351 ss. y W. V. O. Quine, *Two Dogmas of Empiricism* (1951), trad. cast., «Dos dogmas del empirismo», en *Desde un punto de vista lógico*, cit., 2, pp. 49-81.

21. Las redefiniciones judiciales de los supuestos típicos penales suelen ser de hecho no menos vagas y valorativas que las legales. Cf., por ejemplo, las redefiniciones del «beso obsceno», tan extensas como arbitrarias, suministradas por el Tribunal Supremo (*infra*, nota 133).

22. D. Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, cit., lib. I, parte III, ap. XIV, pp. 278 ss.; Id., *Investigación sobre el conocimiento*, cit., aps. IV y VII, pp. 47 ss. y 84 ss.

23. Esta distinción entre pruebas e indicios se aparta de la habitual que identifica los indicios con los hechos probatorios naturales y las pruebas con los llamados *artificiales* (F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pp. 875), y más todavía de la vulgar y corriente —que recibe el eco de la distinción medieval entre *probatio plena* y *probatio semiplena*— según la cual los indicios serían pruebas dotadas de insuficiente probabilidad, bien por escasamente fiables bien por escasamente relevantes. La noción general de prueba como «hecho supuestamente verdadero y que se presume debe servir de motivo de fiabilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho» es de Jeremy

Bentham (*Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, cap. IV, p. 21). Francesco Maria Pagano la hace remontar a Cicerón: «El indicio o argumento viene definido por Cicerón como *conclusión de algo desconocido desde algo conocido*... En las cuestiones de hecho, el indicio es un hecho conocido que demuestra lo desconocido» (*La logica dei probabili*, cit., III, p. 7). Una definición análoga se contiene en el art. 2727 del código civil italiano, según el cual las pruebas (o las presunciones) son «las consecuencias que la ley o el juez extrae de un hecho conocido para obtener un hecho ignorado». Alessandro Giuliani, en cambio, ha contrapuesto esta concepción de la prueba como inducción, a la que ha calificado de «moderna», a la concepción «clásica» de la prueba como *argumentum* elaborada por la tradición retórica greco-romana y expresada por la conocida definición de Cicerón, *Topica*, II, 8: «Itaque licet definire... argumentum rationem, quae rei dubiae faciat fidem» (*Il concetto classico di prova: la prova come 'argumentum'*, en «Recueils de la Société Jean Bodin», XVI, *La preuve (antiquité)*, 1965, p. 358; Id., *Il concetto di prova*, cit., pp. 95 ss., 237-249; Id., *Prova*, cit.). Esta contraposición me parece injustificada. Depende de la falsa idea —ligada a su vez a la confusión puesta de relieve en el apartado 5 entre significado y criterios de «verdad (probable)»— de que el modelo epistemológico de la inducción exija una concepción objetiva, estadística o cuantitativa de los criterios de aceptación de la verdad probable. Cf., *infra*, el punto 7 y la nota 78.

24. Véase el pasaje de Pagano reproducido en la nota 62 del cap. 1.

25. La distinción entre pruebas directas y pruebas indirectas es de J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, cap. V, p. 27: «directa si [el hecho] se encuentra inmediatamente ligado al hecho que se quiere probar; indirecta si se encuentra más alejado». A veces se hace coincidir con la distinción entre «pruebas» e «indicios» (por ejemplo, por G. Bellavista, *Indizi*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXI, p. 225). En realidad, si se excluyen los delitos cometidos durante la audiencia, donde el hecho probatorio se identifica con el hecho que se ha de probar, las *pruebas directas* no existen.

26. F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., VI, p. 16.

27. La diferencia, de naturaleza epistemológica antes que jurídica, entre pruebas legales positivas y pruebas legales negativas —las primeras suficientes, las segundas necesarias para la condena— será aclarada en el punto 7. Se trata de una diferencia teórica esencial; aunque, en la práctica, las pruebas legales fueron a menudo concebidas a la vez como necesarias (o negativas) y suficientes (o positivas).

28. Las primeras estimaciones doctrinarias del valor de las pruebas se encuentran ya, en los siglos XIII y XIV, en Azón, Guillermo Durando, Guido de Suzaria, Alberto de Gante, Bártolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldis. Pero la elaboración de verdaderas tarifas legales de las pruebas, y a la vez de complicados sistemas de comparación, adición y sustracción de los indicios, fue desarrollada solamente en los siglos XVI y XVII, por obra de tratadistas como Jacopo Menochio, Giuseppe Mascardo, Giulio Claro, Prospero Farinaccio, Benedikt Carpzov, Juan Bautista de Luca y Cristoforo Crusio. Recuérdense, en particular, los seis voluminosos libros de Menochio (*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria*, sumptibus S. Crispini, Coloniae Allobrogum 1614), en los que se desarrolla un complicadísimo sistema de tipos y grados de presunciones legales; los tres colosales volúmenes en folio de Mascardo (*Conclusiones probationum omnium*, apud Damianum Zenarium, Venetiis 1584), donde por cada delito concreto se indica no sólo los distintos tipos de prueba y de indicios, sino también el modo de sumarlos y restarlos; además del inmenso *Tractatus de indiciis delictorum ex iure publico et privato*, vol. 4, sumptibus J. G. Seyleri, Francofurti 1668, del alemán Crusio, que para cada delito indica 110 indicios generales y otros tantos indicios especiales y formula los respectivos cálculos de probabilidad. Todavía en el siglo XVIII, clasificaciones analíticas de las pruebas según el grado de fuerza probatoria

—de los testimonios concordantes con la voz pública, de las conjeturas, a las expresiones del rostro del imputado durante el interrogatorio— son ofrecidas por P. F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Le Breton, París, 1757, pp. 345 ss., y por D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Debure Père, París, 1771, I, pp. 660 ss.

29. Alessandro Giuliani coloca el nacimiento del sistema de las pruebas legales y del proceso inquisitivo en torno a 1250, cuando comienza el declive de la tradición retórica e interviene un cambio, en sentido objetivista y absolutista, en la concepción de la verdad procesal (*Il concetto di prova*, cit., pp. 156 ss., 184 ss., 231 ss.; Id., *Prova*, cit., pp. 537 ss.). El sistema, elaborado sobre todo por obra de los canonistas, se afianzó en toda Europa, con las únicas excepciones de Inglaterra y la República de Venecia, alcanzando su máximo desarrollo en la edad de la Contrarreforma. Cf. N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Mansi, Livorno, 1843, pp. 328 ss. G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, en P. del Giudice, *Storia del diritto italiano*, Hoepli, Milán, 1927, vol. III, parte II, pp. 465 ss; C. Furno, *La teoria della prova legale*, cit.; U. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milán, 1954, vol. II, cap. VI; J. P. Levy, *La hierarchie des preuves dans les droits savants du Moyen âge*, en «Recueils de la Société Jean Bodin», t. XVII, *La preuve (Moyen âge et temps modernes)*, 1964, pp. 137-167; Id., *L'évolution de la preuve dès origines à nos jours*, *ibid.*, pp. 9-70; P. de Lalla, *Logica delle prove penali*, Jovene, Nápoles, 1973, pp. 102-137; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 101-119; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, pp. 555-568; G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Nápoles, 1979. Véase además la literatura sobre el proceso inquisitivo entre el siglo XIII y el XVIII indicada *infra* en los apartados 39-41. Sin embargo, ha de recordarse que el valor de prueba legal de la deposición de dos o más testigos concordantes —establecido tanto en sentido positivo (o suficiente) como negativo (o necesario) en la *Constitutio criminalis* de Carlos V de 1532 y en la *Ordonnance criminelle* de Luis XIV de 1670— ya era conocido por el derecho romano (D. 22.5.12 y, sólo en sentido negativo, Cl. 4.20.9) e incluso, en sentido sólo negativo, por el derecho hebraico: «Si alguien mata a otro, se dará muerte al homicida tras la deposición de testigos; pero un único testigo no será suficiente contra nadie, cualquiera que sea el delito o el pecado que haya cometido; el hecho será establecido sobre la deposición de dos o tres testigos» (*Deuteronomio*, 19, 15).

30. En las pruebas irracionales, y típicamente en los juicios por ordalía, pena y proceso, se identifican en el sentido de que el resultado de la contienda es al mismo tiempo prueba de culpabilidad y pena, o bien prueba de inocencia y sustracción a la pena. Sobre este tipo de juicios, véanse F. Patetta, *Le ordalie*, Bocca, Turín, 1890, que documenta su presencia, además de entre los pueblos primitivos (pp. 37 ss.), entre los antiguos egipcios, los asirios y los babilonios, los judíos, los griegos, los celtas, los eslavos y los pueblos germánicos (pp. 164 ss.). Una forma típica de juicio de Dios es la sancionada por la ley bíblica sobre los celos para probar la infidelidad de la mujer casada (*Números*, 5, 11-31). Francesco Carrara recuerda cómo el sistema de las pruebas de ordalía fue prohibido por el cuarto concilio Lateranense de 1215, del que nació el proceso inquisitivo (*Programa. Parte general*, cit., apartado 913, p. 392). Según Vincenzo Manzini, sin embargo, juicios de Dios hubo en Italia (pero todavía más en Alemania) hasta el siglo XVI y, si bien esporádicamente, también en los siglos sucesivos (*Trattato di diritto processuale italiano*, Utet, Turín, 1931, pp. 6-9). En su favor se pronunció todavía Dante Alighieri, que justifica así los duelos judiciales en *De Monarchia*, II, vii, 9, en *Opere minori*, Ricciardi, Nápoles, tomo II, p. 409: «Además, como medio de prueba, el juicio de Dios se revela de dos modos: por suerte y por certamen; ya que

'certamen' se dijo por 'hacer cierto'; *ibid.*, ix, 2-6, p. 417: «Esto se hace cuando, por libre asentimiento de las partes no movidas por odio o por amor, sino sólo por vivo deseo de justicia, se busca, con la mutua colisión tanto de las fuerzas del alma como de las del cuerpo, pedir el juicio divino; y esta colisión de fuerzas, precisamente porque en su origen se usó entre hombre y hombre, se llama 'duelo'... Ahora bien, si las condiciones esenciales del duelo han sido respetadas (pues de otro modo no sería duelo), ¿es que no se han opuesto en nombre de Dios aquellos que, constreñidos por necesidad de justicia, se han opuesto de común acuerdo por vivo deseo de justicia? Y si es así, ¿es que no está Dios en medio de ellos, ya que él mismo nos lo prometió en el Evangelio? Y si Dios está presente, ¿es que no es algo impío pensar que pueda sucumbir la justicia, que él ama en la medida que arriba hemos anotado? Y si la justicia no puede sucumbir en el duelo, ¿no se adquiere con derecho lo que se adquiere por duelo?». Sobre las pruebas de ordinalia, cf. C. Montesquieu, *o. c.*, XXVIII, 14 ss., pp. 899 ss.; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XI, pp. 113 ss.; G. Salvioli, *o. c.*, parte I, pp. 246-307; G. E. Levi, *Il duello giudiziario*, Ciolli, Florencia, 1932; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière, Paris, 1964; G. Pugliese, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique, en La preuve (antiquité)*, cit., pp. 277-348, ahora en *Scritti giuridici scelti*, Jovene, Nápoles, 1985, I, pp. 341 ss.; P. de Lalla, *o. c.*, pp. 75 ss.; F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 468-475.

31. Cf., por ejemplo, G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, F.lli Nistri, Pisa, 1832, lib. IV, cap. II, pp. 12-13 y cap. V, pp. 55 ss. y, entre los autores contemporáneos, F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 384-392, 441-442, 615-625.

32. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 42 y 47-48. La correlación entre la pena y el grado de certidumbre de la prueba fue sostenida todavía por G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. XIII, pp. 227-233; *Id.*, *Progetto di codice di procedura criminale per il Regno del Portogallo*, en *Scritti inediti*, Giusti, Lucca, 1852, V, p. 383, art. 650; *Id.*, *Saggio teorico pratico sulla fede giuridica e sui vari suoi metodi nelle teorie penali* (1826), *ibid.*, VI, pp. 197 ss. Contra la idea de las «cuasi-pruebas» o de las «semi-pruebas (como si un hombre pudiera ser semi-inocente o semi-reo, es decir, semi-punible y semi-absoluble)», se pronunció también C. Beccaria, *o. c.*, XXXI, p. 87, que sin embargo está en contradicción consigo mismo sobre la cuestión (véase el pasaje reproducido en la nota 34).

33. Según Foucault, «entre el juez que ordena el tormento y el sospechoso a quien se tortura, existe también como una especie de justa», someténdole a una serie de pruebas «de las cuales triunfa 'resistiendo', o ante las cuales fracasa confesando», y el primero, a su vez, «arriesga en la partida una baza, a saber, los elementos de prueba que ha reunido ya; porque la regla impone que, si el acusado 'resiste' y no confiesa, se vea el magistrado obligado a abandonar los cargos. El suplicado ha ganado» (*o. c.*, p. 46). Este paralelo entre «los juicios de Dios de los tiempos bárbaros» y «el tormento» ya fue realizado por G. Filangieri, *o. c.*, lib. III, cap. XI, pp. 137-138 y 141: «Si se considera el tormento como criterio de verdad, se hallará tan falaz y absurdo como lo eran los juicios de Dios. La disposición física del cuerpo es la que determina, así en aquélla como en éstos, el éxito de la prueba. En todas estas pruebas puede ser condenado el inocente, y absuelto el verdadero reo: este modo de determinar la verdad no tiene la menor relación con ella... Al contrario, el tormento es una experiencia que se hace para ver si el acusado es efectivamente reo, y al mismo tiempo una pena cruel e infamante que se impone a un hombre cuando todavía se duda si es reo o inocente». No siempre, sin embargo, la resistencia a la tortura y la falta de confesión equivalían a una victoria del reo: a veces venían también interpretadas como efecto de un *maleficium taciturnitatis*, es decir, de encantamientos o, peor, de un *artificium diaboli* gracias al cual los torturados «tacent, quia dolorem non sentiunt; vel quia loqui non possunt, etiam si

sentiant; vel quia nec sentiunt, nec loqui possunt, ut quando profundo somno opprimuntur (somnum hunc conciliat demon causis mere naturalibus, ut medicamentis sporiferis et similibus), vel sane quia licet sentiant et loqui possint, robusti tamen atque fortes omnia tolerant» (así M. del Rio, *Disquisitionum magicarum libri sex*, apud Vincentium Florinum, Venetiis 1616, lib. C, sec. IX, p. 703). Una denuncia de estos absurdos está en G. Filangieri, o. c., lib. III, ap. XI, p. 408 nota). La tortura, por otra parte, tenía también un carácter participativo y negocial, en el sentido de que la confesión obtenida mediante ella equivalía a la autentificación de la instrucción por parte del acusado (M. Foucault, o. c., pp. 44-45) y a su implicación en la condena: el acusado, afirmaba la *Glossa* de Accursio, debe, por así decirlo, juzgarse y condenarse a sí mismo «per suam confessionem: unde seipsum condemnavit» (gl. *convictus* a D. 22.5.3.5, en *Digestum vetus*, apud Hugonem a Porta, Lugduni 1557, p. 932). Y puesto que el garantismo inquisitivo impone *probationes luce meridiana clariores*, la búsqueda de la *probatio plena* ofrecida por la confesión se convierte en el pretexto para el recurso indiscriminado a la tortura, de la que por lo demás están excluidos los nobles y los juristas (P. Fiorelli, o. c., I, pp. 289 y 321). Sobre esta contradicción entre garantismo y violencia inquisitiva, cf. G. Alessi Palazzolo, o. c., pp. 37 ss.

34. El pensamiento penal ilustrado en materia de pruebas legales está en realidad dividido. Contrario a las pruebas legales, tanto positivas como negativas, y defensor del principio de la libre convicción es indudablemente J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, cap. II, pp. 12-13, que rechaza como «falsa» toda regla «que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión... Si el juez, de acuerdo con las reglas del procedimiento, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley; si hace perder a un ciudadano un derecho que, conforme a su persuasión, la ley quería conservarle; en una palabra, si el negocio lleva a un desenlace contrario al que habría tenido según la integridad de un juez libre, se puede estar seguro de que aquellas reglas son malas... no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción, y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva». Duramente polémico respecto de las pruebas legales es también Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines* (1766), trad. cast. en la ed. cit. *De los delitos y de las penas* de Beccaria, *Comentario al libro «De los delitos y de las penas»*, pp. 113-160: «En otras partes admiten unas medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un *he oído decir* puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa; y fue poco más o menos sobre este principio como Jean Calas fue condenado a la rueda» (p. 158); Id., *Prix de la Justice et de l'Humanité*, cit., art. XXII, p. 576: «¿Es realmente necesario que en todos los casos dos testigos concordantes sean suficientes para hacer condenar a un acusado? ¡Así ocurre a menudo que dos hombres igualmente prevenidos se engañen ambos creyendo que han visto lo que no han visto en absoluto!, sobre todo cuando sus espíritus están inflamados y sus ojos fascinados por las emociones sectarias o religiosas». El mismo Voltaire no oculta sin embargo sus preocupaciones por la sustitución de las pruebas legales por la libre convicción: «Tendríamos la tentación de desear que todo vínculo legal quedara abolido y que no hubiera nada en su lugar más que la conciencia y el buen sentido de los magistrados. Pero ¿quién nos garantizará que esta conciencia y este buen sentido no se extravíen?» (*ibid.*, p. 578). Predominantemente, por lo demás, la crítica ilustrada se dirigió sólo contra el sistema de las prue-

bas legales positivas o suficientes, mientras que defendió firmemente las pruebas legales negativas o necesarias: véanse las obras citadas *infra*, en la nota 70, de Filangieri, Romagnosi, Pagano, Carmignani y Lauzé di Peret. Por otra parte, ha de señalarse la aceptación incluso de las pruebas legales positivas o suficientes, idóneas para transformar la inducción en deducción, por parte de C. Beccaria, *o. c.*, XIV, pp. 48-49: «Pueden distinguirse las pruebas de un delito en perfectas e imperfectas. Llámense perfectas las que excluyen la posibilidad de que un tal hombre no sea reo, e imperfectas las que no la excluyen. De las primeras una sola aun es suficiente para la condenación, de las segundas son necesarias tantas cuantas basten a formar una perfecta; vale tanto como decir si por cada una de éstas en particular es posible que no sea reo, por la reunión de todas en un mismo sujeto es imposible que no lo sea. Nótese que las pruebas imperfectas de que el reo puede justificarse y no lo hace, según está obligado, se hacen perfectas»; (pero véanse, en contraste con este paso, las palabras de Beccaria recogidas en la nota 32). Otra ilustre excepción a la orientación ilustrada contra las pruebas legales positivas está constituida por Ch. Montesquieu, *o. c.*, VI, 17, p. 329: «La deposición de dos testigos basta para el castigo de todos los crímenes. La ley les cree, puesto que hablan por la boca de la verdad». De una jerarquía de las pruebas, distinguidas en «más que plenas», «plenas ordinarias», «más que semiplenas» y «menos que semiplenas», habla también G. W. Leibniz, *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, cit., lib. IV, cap. XVI, p. 565.

35. Sobre esta breve experiencia revolucionaria y más en general sobre las vicisitudes que acompañaron al nacimiento del proceso penal moderno volveré profusamente en los apartados 39, 40 y 41.

36. La fórmula leída a los jurados antes de retirarse a deliberar decía además: «la ley no pide cuenta de los medios por los que los jurados han formado su convicción: no les prescribe en absoluto reglas a las que deban adherir especialmente la plenitud o la suficiencia de una prueba; les pide interrogarse a sí mismos en el silencio y el recogimiento y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de la defensa. La ley no les dice en absoluto: 'tendréis por verdadero todo hecho testificado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida toda prueba que no se haya formado con tantos testigos o tantos indicios'; no les hace más que esta pregunta, que encierra toda la medida de su deber: '¿tenéis una íntima convicción?'».

37. M. Nobili, *o. c.*, pp. 155 y 149. El último sistema completo de pruebas legales es el realizado en el Código de instrucción criminal de Prusia de 11.12.1805, sobre el cual véase F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., apartado 910, p. 389.

38. La principal fuente de informaciones sobre la retórica pre-aristotélica es la *Rhetorica ad Alessandrum*, atribuida a Anaxímenes de Lámpsaco, que documenta la elaboración de una «teoría de los signos» como referentes empíricos de la investigación inductiva, además de la distinción entre signo probable (*semeion*) y signo necesario (*tecnion*), recuperada después por Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1357b, pp. 15 ss. Cf. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 11 ss.

39. Aristóteles, *Analíticos primeros*, en *Tratados de lógica (Organon)*, vol. II, trad. de M. Candel Sanmartín, Gredos, Madrid, 1988, libro II, pp. 294 ss.; *Tópicos*, en *Tratados de lógica (Organon)*, vol. I, trad. de M. Candel Sanmartín, Gredos, Madrid, 1982, pp. 275 ss.; *Retórica*, cit. Es a estos textos donde se remonta, como es sabido, la primera elaboración de una lógica inductiva distinta de la lógica deductiva, conforme a la diferenciación entre «silogismos demostrativos» o «apodícticos» y «silogismos dialécticos» o «retóricos»: los primeros, relativos a la esfera de lo «necesario», y los segundos, a la de lo «no necesario», «posible», «probable» u «opinable».

40. La obra de Hermágoras de Temnos —y, en particular, su teoría de los *status*,

o sea, de los términos o confines de la controversia y de la argumentación— ha sido fatigosamente reconstruida a través del influjo ejercido por ella en la *Rhetorica ad Herennium*, en el *De inventione* de Cicerón, en las *Istitutiones oratoriae* de Quintiliano y en el *De rhetorica* de san Agustín. De Cicerón, *Topica*, II, 8, es la ya recordada definición de *argumentum* como «ratio, quae rei dubiae faciat fidem», que será recogida por toda la tradición retórica y jurídica medieval, de Boecio a Irnerio, de Azón y Acursio a Cino de Pistoya y a Bártolo. Sobre el influjo de la retórica en la experiencia procesal romana, cf. A. Giuliani, *o. c.*, pp. 46-111; Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1953), hay trad. cast. de L. Díez-Picazo, con prólogo de E. García de Enterría, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964; G. Pugliese, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, cit.

41. Boecio, *De differentiis topicis*, en *Patrologiae latinae cursus completus*, accurrante J. P. Migne (1844-1866), reimpr., Brepols, Turnhout, 1963-1977, vol. LXIV, cc. 1173-1218; Casiodoro, *De artibus ac disciplinis liberalium litterarum*, *ibid.*, LXX, cc. 1150-1220; Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum libri XX*, *ibid.*, LXXXII, cc. 73-728 (hay ed. cast. bilingüe de J. Oroz Reta y M. A. Marcos Casquero, *Etimologías*, 2 vols., B.A.C., Madrid, 1982-83); Alcuino, *Dialogus de rhetorica et virtutibus*, *ibid.*, CI, cc. 919-950; *Id.*, *De dialectica*, *ibid.*, cc. 950-976; Ivo de Chartres, *Decretum*, *ibid.*, CLXI, cc. 47-1036; *Id.*, *Panormia*, *ibid.*, cc. 1045-1344; Abelardo, *Sic et non*, *ibid.*, CLXXVIII, cc. 1339-1610; Hugo de San Víctor, *Eruditionis didascalicae libri VII*, *ibid.*, CLXXVI, cc. 739-838; Juan de Salisbury, *Polycraticus*, *ibid.*, CXCIX, cc. 379-822 (hay trad. cast. dirigida por M. A. Ladero, *Policraticus*, Nacional, Madrid, 1983); *Id.*, *Metalogicus*, *ibid.*, cc. 823-946; Irnerio, *Summa codicis*, en *Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius, mit einer Einleitung*, ed. por H. Fitting, Buchdruckerei des Waisenhauses, Berlín, 1894; Tancredo, *Ordo iudiciarius*, en *Pillii, Tancredi, Gratiae, libri de iudiciorum ordine*, cit.; Gracia Aretino, *Summa de iudiciario ordine*, *ibid.*; cf. además la recopilación de escritos procesal-canonistas ed. por L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Wagner, Innsbruck, 1905-1928. Sobre la estructura del *ordo iudiciarius*, en particular en los escritos de Juan de Salisbury, cf. A. Giuliani, *Prova*, cit., pp. 529-533, que la contrapone, como «orden isonómico», al «orden asimétrico» de los actores del proceso que caracterizará a la inquisición.

42. Cf. A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 11, 38, 60, 120, que apunta a las artes médicas, además de a las judiciales, entre las raíces empíricas del método inductivo prefigurado por la teoría presocrática de los signos. El método retórico-inductivo se identificó hasta tal punto con el arte oratoria judicial que el término «retórico» fue durante mucho tiempo sinónimo de «jurista» y de «abogado» (F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milán, 1954, p. 278).

43. Tanto en la experiencia griega como en la medieval, el paso del sistema de las pruebas irracionales y de oralidad al de las pruebas racionales no habría sido posible, según Giuliani, sin la asimilación de la «lógica de lo probable, ligada a la tradición tópico-retórica» (A. Giuliani, *o. c.*, p. 136; *Id.*, *Prova*, cit., p. 533). La disputa judicial, en efecto, se configura ante todo, desde los primeros estudios retóricos, como un método de investigación inductiva, donde la búsqueda de la verdad se confía a las argumentaciones de las partes, según el esquema dialéctico de la *contradictio* entre *probationes* o *confirmationes* y *confutationes* o *reprehensiones* (*ibid.*, pp. 80-87, 120 ss., 142-158, 170 ss.). Conforme a este esquema —que refleja una contienda judicial no física sino argumentativa, mediante prueba y error— es como toma origen el sistema del proceso acusatorio: «Pues tanto lo verdadero como lo verosímil», escribe Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1355a, pp. 7-9, «es propio de la misma facultad verlo... Pues que los demás tratan dentro del arte lo exterior al asunto, y por qué se inclinan más a la oratoria forense, está

claro. Pues es útil la retórica por ser por naturaleza más fuertes la verdad y la justicia que sus contrarios... Además, sería absurdo que fuera deshonroso no poder ayudarse uno mismo con el cuerpo, y que no valerse con la razón no lo fuera, pues esto es más específico del hombre que el servirse del cuerpo»; *ibid.*, I, 3, 1358b, pp. 18-19: «En el pleito, de una parte es acusación y de otra defensa, y una de estas cosas es preciso que hagan los que pleitean... Para los que abogan en justicia [el fin es] lo justo y lo injusto».

44. La distinción medieval de las artes liberales en los dos órdenes de estudios del *Trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y del *Quadrivium* (aritmética, geometría, música y astronomía) se remonta a Marziano Capella, a Casiodoro, a Isidoro de Sevilla y después a Alcuino. Dentro de esta organización del saber, la supremacía es para la retórica (o tópica) y la dialéctica (o lógica), que forman así la parte preeminente de la educación escolástica y de la *civilis scientia*. La retórica, en particular, es concebida como *scientia iurisperitorum* que «propter nitorem et copiam eloquentiae suae maxime in civilibus quaestionibus necessaria existimatur» (Isidoro, *Etimologías*, cit., I, 2, c. 74, 1). Y la *ratio disserendi*, según la distinción ya avanzada por Cicerón, «in duas distribuitur partes, unam inveniendi, alteram iudicandi»: la primera, «quae inveniendi facultatem subministrat, a Grecis topice, a nobis localis vocatur»; la segunda, «quae iudicium purgat atque instruit, ab illis analytice vocata, a nobis potest resolutoria nuncupari» (Boecio, *De differentiis topicis*, cit., I, c. 1173). Se trata, como se verá en el punto 7, de una distinción epistemológica de gran modernidad: la distinción entre la lógica inductiva de la investigación, que preside el descubrimiento de las hipótesis y la búsqueda de las pruebas de acusación y de las contrapruebas de defensa, y la lógica deductiva de la confirmación o refutación de las hipótesis propuestas, que preside el juicio sobre su compatibilidad o incompatibilidad con los datos probatorios recogidos.

45. La posibilidad del error fue lúcida y modernamente conectada, por la lógica clásica y medieval, a la *ratio probabilis*, referente a la esfera de lo contingente, lo posible o lo no necesario: «Tratemos primero acerca de lo posible y lo imposible. Si un contrario es posible que sea o haya sido, también el otro contrario podría parecer que es posible» (Aristóteles, *Retórica*, II, 19, 1392a, p. 127); «In probabilibus, si affirmatio est probabilis, etiam negatio opposita probabilis est, quia quod potest esse potest etiam non esse» (Alberto Magno, *Topica*, en *Opera*, ed. por P. Jammy, Prost, Lugduni 1651, vol. I). De aquí, de un lado, el valor de la duda como sollicitación intelectual y a la vez fuente de prudencia en la investigación (A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 149); de otro lado, la necesidad, en el campo de lo probable, de la *contradictio* como técnica de investigación mediante prueba y error, confiada al *ars opponendi et respondendi* de las partes: «Dialecticae disputationes sunt ex probabilibus collectivae contradictionum (hoc est ad utramque partem contradictionis opposites)» (Alberto Magno, *Liber I Elencorum*, I, 4, en *Opera*, cit., vol. I, p. 844). Y el campo de lo probable es ante todo el de las *civiles quaestiones*: «in negotiis humanis non potest haberi probatio demonstrativa et infallibilis, sed sufficit aliqua coniecturalis probabilitas, secundum quam rhetor persuadet» (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* cit., Ia, IIae, quaestio CV, art. 2, *ad octavum*); «in humanis actibus invenitur aliqua certitudo, non quidem sicut in demonstrativis, sed secundum quod convenit tali materiae: puta cum aliquid per idoneos testes probatur» (*ibid.*, IIae, IIae, quaestio LX, art. 3, *ad primum*).

46. A. Giuliani, o. c., pp. 8-9, 144 ss., 154 ss.

47. El principio romanista *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (Paulus, 69 *ad edictum*, D. 22.3.2) es remachado por Ivo de Chartres, *Decretum*, cit., par. XVI, 179, c. 939; *Id.*, *Panormia*, cit., V, 18, c. 1217; por Irnerio, o. c., IV, 32, 3; por Tancredo, o. c., III, 6; cf. G. Salvioli, o. c., parte II, pp. 407-415, que refiere también cánones *affirmanti non neganti incumbit probatio, actore non probante reus absolvitur, negativa non sunt probanda quia per rerum natura improbabilia sunt*, y numerosas ex-

cepciones añadidas sobre todo a este último por Bártolo y por Baldo. Sobre el principio en el derecho romano, cf. G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo romano per formule* (1956), ahora en *Scritti*, cit., I, pp. 178-252. Véase también la amplia introducción histórica de G. A. Micheli, *L'onere della prova* (1941), reimpr., Cedam, Padua, 1966, pp. 3-58.

48. Cf., *supra*, la notas 43 y 45. «Constitutio», escribió Cicerón, *De inventione*, 1, 8, 10, «est prima conflictio causarum ex depulsione intentionis profecta, hoc modo: 'Fecisti': 'non feci' aut 'iure feci'». Ulpiano (7 *disputationum*) había asignado al reo la carga de probar las excepciones que contradicen la acción: «in exceptionibus dicendum est reum partibus auctoris fungi oportere ipsumque exceptionem, velut intentionem implere» (D. 22.3.19); y había concebido (74 *ad edictum*) una especie de espiral: «replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant... Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit» (D. 44.1.2.1-4). La dialéctica medieval recoge este esquema configurando la controversia como conflicto entre *positiones* e *oppositiones* idóneo en cuanto tal «ad eruendam veritatem»: la *positio* de parte admidida en juicio comportaba la obligación de *respondere*, pero también el derecho a la *reprobatio*, esto es, a la contra-prueba; pero mientras «probatio reprobationem non excludit», «reprobatio reprobationis non datur» (G. Salvioli, *o. c.*, II, pp. 412-413). Sobre el nexo entre la idea del contradictorio como técnica de búsqueda de la verdad y la teoría dialéctica de las *positiones*, que penetra en el proceso romano-canónico a través de la retórica, cf. A. Giuliani, *o. c.*, pp. 138-176.

49. Cf., para el proceso romano-canónico de la época pre-inquisitiva, A. Giuliani, *o. c.*, p. 171. Este papel del juez, que permanecerá como un rasgo constante de la experiencia procesal inglesa, es expresado así por F. Bacon, *Of Judicature*, cit., p. 508: «Los papeles de un juez en audiencia son cuatro: dirigir la prueba; moderar la extensión, la repetición o la impertinencia de las declaraciones; recapitular, seleccionar y cotejar los puntos sustantivos de lo que se haya dicho; y dar la regla o sentencia».

50. Cf., *supra*, la nota 45. «Los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores, y no es posible soltar, si se desconoce la atadura... Por eso es preciso considerar bien, antes, todas las dificultades, por las razones expuestas y porque los que investigan sin haberse planteado antes las dificultades son semejantes a los que desconocen adónde se debe ir... Además, es evidente que está en mejores condiciones para juzgar el que ha oído, como si fuesen partes litigantes, todos los argumentos opuestos» (Aristóteles, *Metafísica*, cit., III, 1, 995a-b, pp. 98-99). El reconocimiento del carácter probable e incierto de toda prueba y la preocupación por la fidelidad de todo juicio están en la base de la máxima *in dubio pro reo*: «dubia in meliorem partem sunt interpretanda» e «proniores esse debemus ad absolvendum quam ad condemnandum» (Tancredo, *o. c.*, p. 258); cf. también, *supra*, la nota 25 del cap. 2.

51. La elaboración de un compacto código de normas de exclusión o de inadmisibilidad está sin duda entre los productos más conspicuos de la tradición jurídico-retórica, informada por la primacía de las *probationes artificiales* o argumentativas y por la desconfianza hacia las *inartificiales*, según el principio ciceroniano «apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent» (*De Republica*, I, 38): en efecto, escribió Aristóteles, «no se pueden corromper los argumentos de verosimilitud por dinero» y «no pueden ser sorprendidos en falso testimonio» (*Retórica*, cit., I, 15, 1376a, p. 77). De ahí proceden una larga serie de preclusiones o limitaciones, basadas en una refinada teoría de los errores. En primer lugar, la exclusiones de los testigos carentes de *fides*: de los impúberes y los menores (D. 22.5.3.5 y 22.5.20); de los viejos y los convale-

cientes (D. 22.5.8); de los parientes y los libertos respecto de sus amos y a la inversa (D. 22.5.4-5 y 9); de los condenados por falso testimonio (D. 22.5.3.5); de los testigos en causa propia (D. 22.5.10), de los defensores que hayan defendido la misma causa (D. 22.5.25) y de quienes en un juicio anterior han testimoniado contra el mismo reo (D. 22.5.23); pero también —conforme a un complejo sistema de discriminaciones personales— de los sirvientes salvo que falten otras fuentes de prueba (D. 22.5.7), de los condenados no rehabilitados, los detenidos, los gladiadores y las prostitutas (D. 22.5.3.5) y, más tarde, de los judíos, los herejes, los paganos y los maniqueos (Cl. 1.5.21), a los que los canonistas añadieron las mujeres, que el derecho romano (D. 22.5.18 y D. 50.16.1) había igualado a los hombres, además de a «quicumque sunt alicuius sectae Christianae religioni oppositae, ut gentiles, ut iudei, et omnes infames personae, ut ystriones, fures, latrones, raptores, incesti, adulteri, criminosi, qui veniunt ad sortilegos et divinatores... laici ergo contra clericos, et clerici contra laicos sicut in accusatione, ita nec in testimonio sunt audiendi» (*Rhetorica ecclesiastica*, cit., pp. 71 ss.). En segundo lugar, la exclusión del valor probatorio de un solo testimonio conforme al principio, sobre el que se fundará inmediatamente la prueba legal de los dos testigos concordantes, *testis unus, testis nullus* (Cl. 4.20.9; Ivo de Chartres, *Panormia*, cit., V, 22, c. 1218). En tercer lugar —y son los principios de mayor valor garantista— las exclusiones de los testimonios incontrolables y el método legal de la asunción de las pruebas: «testes de auditu non esse recipiendos» (Dámaso, *Summa de ordine iudiciario*, en *Quellen*, cit., p. 53; Tancredo, *o. c.*, p. 239; Ivo de Chartres, *o. c.*, V, 25, c. 1218); «testes testimonia non dicant nisi ex his quae veraciter viderunt et cognoverunt» (*ibid.*, V, 19); «testis autem dicere debet de his quae vidit et novit et sub ejus praesentia acta sunt... quoniam, si dicat de his, quae ad alio auditu percepti, non valet ejus dictum» (Tancredo, *o. c.*, p. 239); los testigos deben dar cuenta de las fuentes de su conocimiento, «quod si testis interrogatus non reddit causam suae scientiae, hoc est, qualiter sciat id quod dicit eius testimonium non valet» (*ibid.*, p. 240); en fin, como garantía del contradictorio, «recipiendi sunt testes presente utraque parte... aliter introducti non valerent» (*ibid.*, p. 235) y «receptio testimonium non est facienda contra absentem. Testium productio non aliter habeatur, nisi praesente quoque adversaria parte vel contumaciter non veniente» (Ivo de Chartres, *o. c.*, V, 20, c. 1217). En cuarto lugar, la exclusión —conforme a formularios analíticos sobre «qualiter sunt formandae interrogationes»— de las posiciones «oscurae et incertae» o «multiplices» (Tancredo, *o. c.*, p. 209), o «negativae» (Gracia Aretino, *o. c.*, p. 363) o «impertinentes» (Bártolo de Sassoferrato, *In primam codicis partem commentaria. Ad IV librum*, lex XXII; Baldo de Ubaldis, en *IV et V cod. libros commentaria*, cit. por A. Giuliani, *o. c.*, pp. 174 e 183). Un sistema de *rules of exclusion* fue por otra parte también el *law of evidence* inglés: cf. A. Giuliani, *o. c.*, pp. 189 ss.; *Id.*, *Prova*, cit., pp. 547-549.

52. El principio de la libre convicción del juez y el rechazo de las pruebas legales y de cualquier estimación preconstituida de las pruebas fueron sancionados por el conocido rescripto del emperador Adriano: «Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest... Non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris» (Calístrato, *4 de cognitionibus*, D. 22.5.3.2). Y siguieron siendo un punto firme durante toda la temprana Edad Media: «in ipsa vero testimonium examinatione, non potest ex regula aliqua diffiniri, quid magis iudicem sequi oporteat... Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimonium fidem» (Juan de Salisbury, *Polycraticus*, cit., V, 14, cc. 574-575, trad. cast. cit., pp. 401-402). Pero igualmente firme fue el principio de que la libre convicción había de formarse *iuxta alligata et probata*. Según Giuseppe Salvioli (*o. c.*, pp. 470-471), estos dos órdenes de principios se mantuvieron largo tiempo, incluso en

la Edad Media tardía: «una verdadera y férrea regla de las pruebas legales le fue ajena a Alberto de Gante, a Durando y a Baldo, más inclinados a seguir el derecho romano... Durando vincula al juez no a esta o aquella prueba, sino sólo a *procedere secundum alligata et probata*, tanto que *non potest sine probatione sententiam ferre...* Y en todas las *quaestiones circa probationes* no se establece ningún vínculo al juez en la valoración de las pruebas, sobre las cuales, dice Bonifacio de Vitalinis, *et secundum leges et iura* debe sentenciar; *haereat conscientia qua quid sit probatum*. Sentenciar según las pruebas y valorar estas con pura conciencia, teniendo a Dios por juez: he ahí la norma seguida en las escuelas y en los tribunales. Tal principio no resulta disminuido por el hecho de que se pasara a la enumeración de las pruebas, y eso para responder a los criterios de clasificación entonces dominantes... Ni siquiera tal conclusión ha de modificarse por el hecho de que estos juristas quisieran que en la prueba testifical se tuviera en cuenta la edad, condición social, etc., en medida relevante, dependiendo de prejuicios del tiempo. También frente a la deposición del pobre y del noble el juez estaba con su conciencia, debiendo formar su convicción *ex probabilibus et non necessariis a quibus veritas non potest abesse*. La valoración de los testigos se remite al arbitrio del juez, especialmente cuando son contradictorios; y se discute hasta qué punto se puede sentenciar solamente sobre las deposiciones de los testigos: y así se llega a Matteo de Afflitto, que escribe: «iudices in hoc regno (Nápoles) debent iudicare secundum purissimam conscientiam et veritatem». La libre convicción, en suma, nunca entra en conflicto con la *necessitas probandi* y con la vinculación del juicio a las actas del proceso, según la máxima de Durando «quod non est in actis non est in mundo» (cit. por G. Salvioli, o. c., parte II, p. 412).

53. J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), trad. cast. de S. Rábade y M. E. García, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2 vols., Nacional, Madrid, 1980, lib. IV, caps. XIV y XV, pp. 969-977; G. W. Leibniz, *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, cit., lib. IV, caps. XV-XVI, pp. 556-578; D. Hume, *Tratado, loc. ult. cit.*; Id., *Investigación sobre el conocimiento cit., loc. ult. cit.*

54. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XIII, tomo III, pp. 231-242; F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., I, II, pp. 5-7; G. Carmignani, *Juris criminalis elementa* (1808), trad. it. de la 5.ª ed. de 1831 de G. Dingli, *Elementi del diritto criminale*, Stab. Tip. P. Androsio, Nápoles, 21854, apartados 500 y 501, p. 141; hay trad. cast. de A. Forero y J. Guerrero, *Elementos de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1979, p. 203. Cf. también F. Carrara, o. c., apartados 900 y 911, pp. 402 y 415.

55. Con «la convicción del juez», escribe N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., p. 394, «se evita que en mentes ya torcidas y débiles, a fuerza de sorites y sofismas, lo que es manifiestamente verdadero, pasando de proposición en proposición, por levísimas y casi imperceptibles mutaciones, produzca lo falso». Y Romagnosi había advertido: «La máxima de la íntima convicción es una máxima de sabiduría y razón y no de capricho y despotismo» (en *Scritti editi e inediti relativi al progetto del codice di procedura penale pe'l cessato Regno d'Italia*, apartado 159, en *Opere*, ed. por A. de Giorgi, Perelli y Mariani, Milán, 1842, vol. IV, t. II, pp. 799).

56. Si se excluye la tosca gnoseología positivista, que en el siglo pasado unió a filósofos, científicos y juristas, tras la época de la Ilustración se produjo un divorcio sustancial entre epistemología científica y ciencia procesal.

57. La garantía de la carga de la prueba, prevista para el juicio civil por el artículo 2697 del código civil italiano, no está formalmente establecida para el proceso penal, en el que se excluye por la doctrina dominante: cf. G. A. Micheli, *L'onere della prova*, cit., pp. 270 ss.; A. Foschini, *L'onere della prova e il processo penale*, en *Studi in onore di Ernesto Eula*, Giuffrè, Milán, 1957, II, pp. 10 ss.; G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 24 ss.; G. Verde, *L'onere della prova nel*

processo civile, Jovene, Nápoles, 1974, pp. 40 ss.; A. Melchionda, *Prova (Diritto processuale penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, p. 661. En cambio, admite el principio, aunque evidentemente en un sentido distinto del «dispositivo» del proceso civil, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 102-111.

58. Sobre el nexo entre «libre convicción» y «sistema acusatorio», cf. M. Nobile, *o. c.*, pp. 19 ss. y 163 ss. El nexo no es sólo técnico, sino también político. La legitimidad política de la libre convicción como fuente de decisión ha sido reconocida por muchos sólo a los jurados, que a diferencia de los jueces no sólo no son expertos en la ley, sino que sobre todo son los «pares» del acusado. Cf. P. I. Lauzé di Peret, *Trattato della garanzia individuale e delle diverse prove riconosciute dalle leggi in materia criminale*, en *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, Pezzati, Florencia, 1821, t. III, pp. 34-36: «La convicción de un juez es distinta de la de un jurado; la primera está prevista y ordenada por el legislador, la otra es libre, y nace en el acto de la discusión; es en cierto aspecto un acto inmediato de soberanía... en efecto, si la prueba legal basta porque el acusado no debe quejarse de sus jueces, la convicción de los jurados acalla al condenado. Una convicción cualquiera basta en los jurados porque representan al acusado. Y el hombre que se juzga a sí mismo no debe dar cuenta a nadie de los motivos que le deciden a absolverse o a condenarse en conciencia»; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., apartado 914, p. 393: «Este principio es completamente razonable si se une a la institución de los jurados». Contra el libre convencimiento se situó incondicionalmente, en cambio, G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. I, cap. VIII, pp. 121 ss. y lib. IV, *passim*, que lo identificó en todo caso con el «arbitrio» y la «ignorancia» y, precisamente en nombre de tal oposición, se opuso vivazmente al método acusatorio en conjunto. Volveré sobre ello en los apartados 40 y 41.

59. F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., XV, p. 80. Sobre el paso del proceso inquisitivo al moderno proceso mixto, tras la breve experiencia acusatoria en la Francia revolucionaria, cf., *infra*, el apartado 39.2 y las notas 103-105 del cap. 9.

60. Cf., *supra*, la nota 52.

61. Carlo Lessona propuso hablar de «persuasión racional» (*Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Fratelli Cammelli, Florencia 1895, vol. I, p. 296). El código de procedimiento civil italiano habla de «prudente apreciación» (art. 116).

62. Así, por ejemplo, F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 19, que quiere que la prueba «sea cierta, firme, permanente, es decir, que consista en monumentos perpetuos e inalterables».

63. Cf., *supra*, la nota 45 del cap. 1.

64. Como mostró J. S. Mill (*System of logic*, cit., lib. III, cap. V, apartado 3), no hay razón alguna para aislar con el nombre de «causa» a uno de los innumerables antecedentes de un determinado fenómeno y para reservar a los demás el nombre de «condiciones»: «Nada puede mostrar mejor la ausencia de cualquier fundamento científico para la distinción entre la causa de un fenómeno y sus condiciones que la manera caprichosa como elegimos entre las condiciones la que preferimos llamar causa. Por muy numerosas que sean las condiciones, difícilmente hay alguna que no pueda reivindicar esta preeminencia nominal». El uso del término «causa» tiene, pues, una justificación exclusivamente pragmática: «en las aplicaciones de las leyes naturales», escribe R. B. Braithwaite, «lo que se llama 'causa' y lo que se llama 'efecto' están determinados por la posibilidad de emplear lo primero como medio para conseguir lo segundo» (*La explicación científica*, cit., p. 340); por eso, dice Toulmin, «el término 'causa' se encuentra a sus anchas en las ciencias prácticas y aplicadas, como la medicina y la ingeniería, pero no en las ciencias físicas... Los problemas de aplicación y las cuestiones referentes a las causas surgen en relación con contextos particulares, mientras

que las teorías físicas se formulan de modo indiferente a cualquier contexto particular» (S. E. Toulmin, *The Philosophy of Science. An Introduction* [1967], trad. it. de E. Lecaldano, *Chè cosa è la filosofia della scienza?*, Ubaldini, Roma, 1968, p. 147). La cuestión es relevante, en el derecho penal (y en general en el derecho), para elucidar la naturaleza de la «relación de causalidad» entre acción y acontecimiento perjudicial que forma uno de los presupuestos de la garantía de la responsabilidad personal. En este contexto, como precisaré en el apartado 35.2, el término «causa» puede ser reservado a las condiciones representadas por comportamientos humanos más o menos voluntarios, según la indicación de I. Scheffler, *Anatomia della ricerca*, cit., p. 35: «Podemos aislar como causa aquella condición que reputamos sujeta al control humano y capaz por ello de suministrar una base para la determinación de responsabilidades legales o morales».

65. J. S. Mill, *System of logic*, cit., lib. III, cap. I, apartado 2; C. G. Hempel, *Philosophy of Natural Science* (1966), trad. cast. de A. Deaño, *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza, Madrid, 1973, p. 33: «No hay, por tanto, 'reglas de inducción' generalmente aplicables por medio de las cuales se puedan derivar o inferir mecánicamente hipótesis o teorías a partir de los datos empíricos. La transición de los datos a la teoría requiere imaginación creativa. Las hipótesis y teorías científicas no se *derivan* de los hechos observados, sino que se *inventan* para dar cuenta de ellos». Sobre el tema cf. también P. Achinstein (ed.), *The Concept of Evidence*, OUP, Oxford, 1983, con escritos de C. G. Hempel, R. Carnap, N. Goodman, W. C. Salmon y P. Achinstein; L. Magnani (ed.), *Epistemologie dell'invenzione*, Angeli, Milán, 1984, con escritos de T. Nickles, R. J. Blackwell y D. Shapere. Por tanto sigue siendo todavía plenamente válida la distinción realizada por Cicerón, por Boecio y por los lógicos medievales (*supra*, nota 44) entre el *ars inveniendi*, que indica la capacidad inventiva e investigadora de la acusación a la que no ayudan de forma inmediata las reglas lógicas, y el *ars iudicandi* del juez, que en cambio se beneficia de la lógica en el control de las pruebas, las confirmaciones y las contrapruebas recogidas por otros.

66. C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 25-37. Francesco Maria Pagano ilustra así «la búsqueda de la verdad ignota, o sea, del autor ignoto del delito cierto»: «debemos poner primero la hipótesis, o sea, presuponer como verdadero un hecho, y examinar si le convienen las características de la verdad» (*La logica dei probabili*, cit., XVIII, p. 49). La función de orientación de las hipótesis en nuestra recopilación y selección de los datos y la de la previsión de los posibles datos o confirmaciones en la formulación de las hipótesis fue perfectamente comprendida por Aristóteles, *Retórica*, cit., III, 13, 1414a, p. 210: «Hay dos partes del discurso, pues es preciso exponer el asunto de que se trata y hacer después la demostración. Por eso es imposible decir sin demostrar o demostrar sin haber expuesto previamente, porque el que demuestra demuestra algo, y el que denuncia algo lo denuncia para demostrarlo. De estas dos partes la una es la exposición, la otra la argumentación, como también se podría hacer la división diciendo que lo uno es la cuestión y lo otro la demostración». Proposición (o hipótesis) y demostración (o confirmación) corresponden por otra parte a los dos momentos —conectados aunque distintos— de la *inventio* y del *iudicium* en los que la lógica ciceroniana distinguió la *ratio disserendi*.

67. El único caso de experimento en sentido propio admitido en la práctica judicial es la llamada reconstitución judicial de hechos, dispuesta para «comprobar si un hecho ha ocurrido o puede haber ocurrido de un determinado modo», consistente «en la reproducción, en la medida de lo posible, de la situación en la que el hecho se afirma o se considera que ha ocurrido y en la repetición de las modalidades de desarrollo del hecho mismo» (art. 218 del código de procedimiento penal italiano). Es claro, sin embargo, que el hecho reproducido no puede configurar las condiciones

iniciales, o sea, el (o un) delito, sino sólo un hecho similar —y, más exactamente, uno de sus elementos (la acción o una de sus circunstancias, y no también el acontecimiento)— que por tanto tiene el valor de un indicio.

68. Véanse los escritos de Dray y de Hempel citados en la nota 45 del cap. 1.

69. Art. 115, 2.º párrafo del código de procedimiento penal. Sobre las máximas de experiencia, véanse G. Chioyenda, *Principios de derecho procesal civil*, cit., vol. 2, pp. 574-576; G. Pavanini, *Massime d'esperienza e fatti notori in corte di cassazione*, en «Rivista di Diritto processuale civile», 1937, I, pp. 253 ss.; G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., pp. 79 ss., 96-109; E. Florian, *Delle prove penali*, cit., pp. 51, 66-67 y 262 ss.

70. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, caps. XIV-XV, tomo III, pp. 154-174; G. Romagnosi, *Scritti editi e inediti*, cit., apartado 537, p. 964; F. M. Pagano, *La logica dei probabili*, cit., IX, pp. 19-20; Id., *Considerazioni sul processo criminale*, XXI, pp. 105-108; G. Carmignani, *Saggio teorico e pratico sulla fede giuridica*, cit., pp. 197 ss.; Id., *Teoria delle leggi*, cit., lib. IV, cap. VII, pp. 101-130; Id., *Elementos*, cit., apartado 503 ss., pp. 204 ss. La necesidad de integrar la libre convicción con las pruebas legales negativas o necesarias fue sostenida sólo por los jueces profesionales con el argumento ya recordado de que ellos, a diferencia de los jurados, «no son iguales (pares) a los acusados» por P. I. Lauzé di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., pp. 55-57: «La prueba legal es una institución que tiene por objeto la garantía del acusado... ¿Se quiere hacer más digno el empleo de jueces? ¿Se quiere dar mayor nobleza a sus atribuciones? Dejémosles hacer uso de la convicción moral. Admitamos que los jueces se sirvan de ella como los jurados; pero que no se sirvan de ella en los mismos términos, puesto que no son jurados. Que ejerzan la prerrogativa de la justicia; que sean independientes cuando se trata de absolver. Que por tanto se impida con mil obstáculos insuperables que juzguen arbitrariamente; pero que sean libres cuando quieran liberar a un inocente; que no puedan nunca condenar cuando la prueba legal no esté completamente establecida; pero que sean autorizados a rehusar condenar cuando esta prueba no baste para convencerles». Este sistema mixto —libre convicción que justifica la absolución y prueba legal negativa necesaria a la condena (*negative Beweisregeln*)— fue también sostenido en Alemania, entre el fin del XVIII y la primera mitad del XIX, por A. Feuerbach, K. Grolman, E. Henke y K. J. A. Mittermaier. Véase también la nota 34.

71. El sistema fue acogido por el código austríaco de 1803 y después —tras un abandono temporal en el reglamento de 17.1.1850— por el código reformado de 29.7.1853; también, por el código prusiano de 11.12.1805; por la reforma *leopoldina* del proceso penal toscano de 1838; por la ordenanza criminal holandesa de 1830; por el reglamento de Berna de 1842; por el de Baden de 1845; y por la ordenanza de Württemberg de 1843.

72. Puesto que en la práctica de la inquisición las pruebas legales fueron habitualmente entendidas como necesarias (o negativas) además de como suficientes (o positivas), ha de reconocerse que, aunque lógicamente absurdas y demasiado a menudo injustas, tuvieron una cierta valía garantista. Cf., para su apreciación problemática, F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 45, que habla de ellas como de un «intento científicamente respetable de trasplantar al proceso el método matemático, bajo el presupuesto de que la posible, descontada injusticia de la decisión en el caso concreto, estaría acompañada de una mayor probabilidad de resultados verídicos en el universo de la experiencia judicial»; M. Nobili, o. c., p. 108, que ve en ellas «una especie de contrapeso al poder del juez» y recuerda el juicio de Carrara según el cual fueron «un respetable intento de erradicar el arbitrio del juicio de hecho».

73. R. Carnap, *Statistical and Inductive Probability* (1955), trad. it., *L'inter-*

pretazione statistica e logico-induttiva della probabilità, en *Il neoempirismo*, cit., pp. 612-628; Id., *Inductive Logic and Rational Decisions* (1969), trad. it. en *Analiticità, significanza, induzione*, a cargo de A. Meotti y M. Mondadori, Il Mulino, Bolonia, 1971, 11, pp. 495-523; C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 74-75.

74. La noción objetiva de «probabilidad», que será expresada por la fórmula latina *id quod plerumque accidit*, se encuentra formulada en Aristóteles, *Analíticos primeros*, II, 70a, 27, 5, en *Tratados de lógica (Organon)*, vol. II, cit., p. 294: «lo que se sabe que la mayoría de las veces ocurre así o no ocurre así, o es o no es, eso es lo verosímil»; Id., *Retórica*, cit., I, 2, 1357a, p. 15: «Lo verosímil es lo que ocurre en general». Una concepción subjetivista y pragmática, que recuerda la consensualista de Thomas Kuhn, está presente en Aristóteles, *Tópicos*, I, 100b, en *Tratados de lógica (Organon)*, vol. I, cit., p. 90: «son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados». Pero la concepción subjetivista —argumentativa, no demostrativa— de lo «probable» y de lo «verosímil» (*eikos*) ha sido rastreada por A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 7, 14-16, 23, 62 y 65 ss., en toda la tradición retórica griega, pre y post-aristotélica.

75. La concepción subjetiva y argumentativa de la prueba viene expresada por la ya recordada definición ciceroniana de *argumentum* como *ratio quae rei dubiae faciat fidem*, adquirida por todo el pensamiento retórico y jurídico medieval. Pero también en Cicerón conviven las dos nociones de probabilidad: «*probabile est id, quod fere solet fieri aut quod in opinione positum est, aut quod habet in se ad haec quamdam similitudinem, sive id falsum est sive verum*» (*De inventione*, 1, 29, 46).

76. Cf., *supra*, los lugares citados en la nota 53.

77. R. Carnap, *Logical Foundations of Probability*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1950; Id., *Analiticità, significanza, induzione*, cit., pp. 499 ss.

78. Giuliani, por ejemplo, distingue conforme a ello la concepción clásica de la prueba como *argumentum* de la moderna como inducción (*supra*, nota 23). Como fundamento de esta contraposición está la idea de que el pensamiento medieval en materia de probabilidad, gracias a su atención a los temas «de la duda y del error», «se presenta en términos opuestos al moderno, que ha tratado de reducir toda forma de conocimiento a términos de proposiciones ciertas y necesarias. El concepto medieval de 'probabilidad' no tiene casi ninguna relación con la noción moderna, que es entendida en términos estadísticos, objetivos; la probabilidad aparecía entonces ligada a la opinión, al asentimiento: había una cierta identificación entre lo probable y lo contingente». Esta representación del pensamiento «moderno», si puede valer para el positivismo decimonónico y quizá para el pensamiento jurídico en materia de pruebas, parece injustificada para la actual epistemología convencionalista (cf. las obras citadas en las notas 73 y 77 de este capítulo y 86 y 87 del cap. 1).

79. Véanse los textos reproducidos en la nota 45. Entendida la máxima en el sentido de una «certidumbre matemática o absoluta», escribe Bentham, «para no castigar a un inocente no debería castigarse a nadie» (*Tratado de las pruebas*, cit., lib. VI, cap. 2, p. 22).

80. C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., pp. 58 ss.; I. Copi, *Introduction to Logic* (1961), trad. cast. de N. Míguez, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pp. 368 ss.

81. La necesidad de verificaciones o confirmaciones fue reconocida por un rescripto de Septimio Severo inluso para la confesión: «*confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere... Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur*» (D. 48.18.1.17 y 27). Ha ocurrido, en cambio, que tal principio epistemológico ha

sido negado por nuestra casación: «El juez puede basar su propia convicción incluso en un único indicio, prescindiendo de la coordinación con otros elementos, con tal de que el hecho ignoto que se ha de probar se coloque como el único lógicamente consecuente y correlativo con el hecho conocido (Cass., sección IV, 8.7.1967, en «Cassazione penale. Massimario annotato», 1968, p. 1318).

82. G. W. Leibniz, *o. c.*, lib. IV, cap. XVI, pp. 567.

83. La cuestión ha sido hipotecada, en la doctrina, por el prejuicio epistemológico que identifica «lógicidad» del juicio y silogismo deductivo, y por la consiguiente admisión del control de lógicidad sólo sobre los «juicios de derecho» (deductivos) y no también sobre los «juicios de hecho» (inductivos): cf., por ejemplo, G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., pp. 41-42, 289, 294 y *passim*. Es claro que, en cambio, si por «lógica» se entiende la lógica no sólo deductiva sino también inductiva, no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación de hecho, es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens* o sobre la presencia o la falta de práctica de refutaciones (o contrapruebas) por *modus tollens*.

84. Como ha observado V. Frosini, *Equità (nozione)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 69, esta fórmula no es de Aristóteles, y es una simplificación de-formadora de su pensamiento.

85. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., V, 10, 1137b, p. 263. En este y en los pasajes que siguen he dado al término *epieikeia* —siguiendo las indicaciones de Frosini (*o. c.*, p. 70, nota 4)— el sentido de «justo» en lugar de, como se hace en la traducción de Plebe, «conveniente». Sobre la *epieikeia*, cf. también F. D'Agostino, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milán, 1973; Id., *La tradizione dell'Epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità*, Giuffrè, Milán, 1976.

86. Aristóteles, *loc. cit.*

87. *Ibid.*

88. Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 13, 1374a, p. 72. La misma tesis expresa Aristóteles en la *Política*, trad. cast. de J. Marías y M. Araujo, C.E.C., Madrid, 1970, 1287b, p. 105, a propósito de la equívoca contraposición (ya citada en la nota 22 del cap. 2) entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres: «Pero como las leyes pueden abarcar unas cuestiones y otras no, esto hace que se plantee y se intente resolver el problema de si es preferible el gobierno de la mejor ley o del mejor hombre, ya que las cuestiones sobre las que se delibera son de aquellas que no se pueden someter a legislación».

89. *Retórica*, *loc. cit.*, p. 71.

90. *Ibid.*, 1374b, p. 72.

91. *Ibid.*,

92. *Ibid.*, 1374a, p. 72.

93. El dualismo de *aequitas* y *ius* —entendida la primera como fuente de integración del segundo y factor de mediación de su desarrollo histórico y de su adaptación a los cambios sociales— acompaña toda la historia del derecho: recuérdese el papel de la *aequitas* romana en la formación del *ius honorarium* en oposición al *ius Quiritum* y del *ius gentium* al flanco del *ius civile*; de la *aequitas canonica* en la formación del *ius suppletorium* y en general en toda la evolución del derecho canónico; de la *equity* inglesa en la formación de un derecho (*Case Law*) y de una jurisdicción del Canciller separada (*Court of Chancery*) al flanco del *Common Law*. Sobre estas distintas pero análogas experiencias existe una literatura inmensa; pueden verse S. Riccobono, '*Aequitas*', en *Nuovo Digesto Italiano*, Utet, Turín 1937, I, pp. 210 ss.; A. Guarino, *Equità (diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., VI, 1960, pp. 618 ss.; I. D. Davies,

Equity, ibid., pp. 638-642; F. Calasso, *Equità. Premessa storica*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, pp. 65 ss.; P. Fedele, *Equità canonica, ibid.*, pp. 147-159; F. W. Maitland, *Equity. A Course of Lectures* (1909), trad. it. di A. R. Borzelli, *L'equità*, Giuffrè, Milán, 1979, apartados I y II; G. Broggin, *Aspetti storici e comparativistici*, en *L'equità*, Actas de congreso, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 17-45; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milán, 1979, I, pp. 530-554. En Italia hay prevista hoy una jurisdicción de equidad, en forma del todo marginal, por los arts. 113, 114 y 822 del código de procedimiento civil: esto es, para trámites como los de conciliación de bajísimo valor y para los juicios referentes a derechos disponibles de las partes cuando éstas hagan petición concorde sobre ello.

94. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., pp. 58 y 65. La definición de equidad de Sir Edward Coke (*Istitutes*, I, f. 24b), que copia la aristotélica, es la siguiente: «La equidad es una interpretación hecha por los jueces, según la cual los casos no comprendidos en la letra de una ley, pero incluidos en el mismo hecho y en la misma causa de aquélla, deberán tener el mismo remedio previsto por la ley; y la razón de ello está en el hecho de que el legislador no puede enumerar todos los casos expresamente».

95. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), trad. cast. de J. L. Vermal, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1988, apartado 223, pp. 295-296.

96. *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., III, p. 30, donde entre los defectos intrínsecos de la jurisprudencia y de la judicatura se indica la abstracción de las «leyes, que no proveen, ni pueden proveer, a todos los casos, que pueden ser muchísimos, por no decir infinitos». Contra el «abuso» de la equidad, cf. también *ibid.*, cap. XIII, pp. 144-148.

97. *Della diociesina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* (1776), Tip. Chianese, Nápoles, 1817, t. II, lib. II, cap. XX, apartado 14, pp. 243-244: «Toda ley es general y por eso afecta a una infinidad de casos similares... Y de aquí que la misma ley no se podría encajar en todos los casos sin alguna interpretación o manejo del Juez».

98. «El apotegma (*dictum*) de la equidad es, pues, éste: 'El derecho más estricto constituye la mayor injusticia' (*summum ius, summa iniuria*); pero este daño no puede remediarse por el camino jurídico, aunque afecte a una exigencia jurídica, porque ésta [la equidad] sólo pertenece al *tribunal de la conciencia (forum poli)*, mientras que toda cuestión jurídica ha de llevarse ante el *derecho civil (forum soli)* (I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. cast. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, en *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 45). Sobre la incomprensión y sobre la aversión de los ilustrados frente a la equidad, cf. las notas 115 y 116.

99. Ch. Perelman, *De la Justice* (1945), trad. cast. de R. Guerra, *De la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 46. Para Perelman la equidad es siempre una transgresión de la justicia formal: «Cuando las antinomias de la justicia aparecen y la aplicación de ésta nos obliga a transgredir la justicia formal, se recurre a la equidad»; ésta «consiste en una tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de la misma categoría esencial»: por eso, se cae en el «compromiso cuando se recurre a la equidad», y al deber tener en cuenta «características esenciales» no previstas por la ley «se transgredirá la justicia formal» (*ibid.*, pp. 46-47).

100. F. Carnelutti, *Trattato del processo civile. Diritto e processo* (1958), trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Derecho procesal civil y penal*, I, *Derecho y proceso*, p. 158; *Id.*, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma 1951, pp. 41-42; *Id.*, *Istituzioni del processo civile italiano*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1956, vol. I, p. 31. En las páginas de Carnelutti la equidad viene promiscuamente referida al derecho natural y a la ética. Identifica directamente la equidad con la ética, en sintonía por lo

demás con la más general confusión entre derecho y moral (cf., *infra*, los apartados 19.2 y 27.2), también G. Maggiore, *L'equità e il suo valore nel diritto*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1923, pp. 256 ss.: «La equidad no es una entre las demás fuentes del derecho, ya que es la fuente universal del derecho... Es la fuerza ética que realiza el derecho y sin embargo acompaña al derecho en todas sus manifestaciones».

101. C. M. de Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche*, Cedam, Padua 1959, p. 158; P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, en «Archivio giuridico», 1921, pp. 246 ss., que subraya el carácter en todo caso informal de la equidad «o derecho natural, si se quiere llamar así»: «Llamémosla, pues, equidad, si así nos gusta; otros podrían, para indicar este conjunto de factores sociales..., servirse de otras expresiones, como sería la de 'derecho libre', 'derecho justo', 'derecho natural' o 'derecho ideal'. Pero, vuelvo a repetirlo, las palabras cuentan poco».

102. A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Cedam, Padua, 1927; P. Biondi, *In tema di potere discrezionale del giudice*, en «Rivista di Diritto processuale civile», 1928, I, pp. 228 ss.; S. Rodotà, *Quale equità?*, en *L'equità*, cit., pp. 47 ss.

103. V. Frosini, o. c., pp. 81-82.

104. N. Bobbio, *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983), en *Il futuro della democrazia* (1984), trad. cast., *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, en *El futuro de la democracia*, trad. cast. de J. Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 211. Se podrían reproducir una infinidad de otras definiciones o interpretaciones de la equidad: como fuente, aspiración, criterio, canon interpretativo o método de juicio, referidos a la moral, al buen sentido, al sentimiento jurídico, a la conciencia popular, a la justicia sustancial o a otros incluso. Véanse los inventarios en A. Giannini, *L'equità*, en «Archivio giuridico», 1931, pp. 76 ss.; C. M. de Marini, o. c., p. 146; Salv. Romano, *Equità (diritto privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., XV, 1966, pp. 83 ss. Pero esta variedad de fórmulas, todas igualmente vagas y genéricas, confirma sólo que la noción de equidad está «entre las más esenciales..., pero al mismo tiempo entre las más evanescentes, inciertas y contradictorias» (A. Guarino, o. c., p. 619) y que la reflexión sobre ella no ha progresado mucho de Aristóteles en adelante.

105. Sigue siendo plenamente válida, en cuanto se entienda la equidad como criterio de juicio sustancialista alternativo a la legalidad, la áspera crítica que le dirigió V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Savini, Camerino, 1880. En este sentido, en efecto, la equidad se convierte en el arbitrio subjetivo y en la inseguridad más total: «hacer medida de la equidad la conciencia del canciller» —escribía John Selden hace más de tres siglos— «es como si se quisiera convertir en medida de longitud el pie del canciller ocasional: 'What an uncertain measure would this be!' (¿Qué medida tan insegura!)» (cit. por G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, [1958], trad. cast. de F. Vela, *El espíritu del derecho inglés*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 54).

106. En el derecho penal la equidad así entendida equivale al abandono puro y simple del principio de estricta legalidad, como demuestran amargamente las experiencias totalitarias de este siglo. Recuérdese la apelación al «sano sentimiento del pueblo» contenida en la ley penal nazi de 28.6.1935. Pero piénsese, también, en la apelación a la «conciencia jurídica socialista» como fuente de derecho penal en el decreto soviético de 30.11.1918 («Los tribunales del pueblo aplicarán los decretos del gobierno de los obreros y campesinos. En caso de que falten o sean incompletos tales textos legales, se guiarán por su conciencia jurídica socialista») y a sus desarrollos sustancialistas en las codificaciones de 1922 y de 1926, que definirán el delito como «acción socialmente peligrosa» más allá de su previsión legal; y, en tiempos más recientes, en la indicación de la «línea de masa» en el art. 25.3.º de la Constitución china de 1975 como criterio de iden-

tificación de los delitos. Estas ideas agradaron también, durante el fascismo, a algún jurista italiano, que auspició su adopción en nuestra legislación. Me limito a recordar —además de a Giuseppe Maggiore, que teorizó, en los pasajes aquí reproducidos en la nota 27 del cap. 2, el valor de norma fundamental del *Führerprinzip* (*Diritto penale totalitario*, cit., pp. 158 ss.)— a F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, en «Rivista di Diritto processuale civile», 1935, I, 105 ss. y 116: «No hay ninguna verdadera razón por la cual un acto socialmente lesivo no expresamente previsto por la ley penal no pueda ser castigado. Que los primeros en sacudir tal prejuicio han sido los rusos es una verdad que hay que reconocer y de la que no es necesario extraer excesivas razones de desconfianza. Desde el punto de vista jurídico, la revolución rusa representa el cabo extremo de aquel movimiento de reacción contra el monopolio legislativo que caracteriza a nuestro siglo... La idea simple y decisiva es que si nos fiamos del juez para formar el mandato penal en cuanto a la sanción, no hay motivo para no fiarse también en cuanto a la formación del precepto». Sobre estas orientaciones, engranadas con la admisión de la analogía *in malam partem* en materia penal, cf. también, *infra*, el apartado 28.5.

107. Esta fundamentación epistemológica de la tradicional distinción teórica entre «elementos constitutivos» y «circunstancias» del delito es esencial, como se verá analíticamente en la tercera parte, para configurar los primeros cuatro límites, condiciones o «garantías penales» del ejercicio del poder punitivo.

108. Tales son las circunstancias enumeradas (pero no definidas) por el art. 133 del código penal italiano, como aquellas que «el juez debe tener en cuenta» para valorar «la gravedad del delito» a los fines del «ejercicio del poder discrecional» de determinación de la medida de la pena: la «naturaleza», la «especie», los «medios», el «objeto», el «tiempo», el «lugar» y «cualquier otra modalidad de la acción»; la «gravedad del daño o del peligro ocasionado»; la «intensidad del dolo» o el grado de la culpa»; los «motivos para delinquir» y el «carácter del reo»; los «antecedentes penales y judiciales», la «conducta y la vida del reo anteriores al delito»; la «conducta contemporánea o subsiguiente al delito»; las «condiciones de vida individual, familiar y social del reo». En todos los casos, prescribe el art. 132, el juez «debe indicar los motivos que justifican el uso» de su «poder discrecional» de determinar la pena «dentro de los límites fijados por la ley».

109. Arts. 61 y 62 del código penal italiano.

110. Art. 62 bis del código penal italiano: «El juez, con independencia de las circunstancias previstas en el artículo 62, puede tomar en consideración otras circunstancias distintas, cuando las considere apropiadas para justificar una disminución de la pena».

111. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., V, 10, p. 263.

112. *Ibid.*

113. Véase sobre todo E. B. Pasukanis, *Obscaja teorija prava i marksizm* (1927), trad. cast. de V. Zapatero, *Teoría del derecho y del marxismo*, Labor, Barcelona, 1976. La búsqueda de una alternativa antiformalista al abstracto y concretamente desigual formalismo legalista une a muchos de los escritos recogidos en P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, cit.: cf. sobre todo U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, *ibid.*, pp. 1-12; B. de Giovanni, *Significato e limiti del 'riformismo' giuridico*, *ibid.*, pp. 251-269; G. Cotturri, *L'ideologia della separazione e il recupero dell'analisi del reale*, *ibid.*, II, pp. 87-94; y también mi *Magistratura Democratica*, cit., donde la exigencia antiformalista de la equidad se expresa por la primacía atribuida a la comprensión del hecho respecto de su cualificación jurídica y por el rechazo, debido a la incomprensión del nexo aquí aclarado entre equidad y legalidad, del modelo «abstractizante» de la subsunción (*ibid.*, pp. 115 ss.).

114. Cf. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des*

Privatrechts (1956), trad. cast. de E. Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961; Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Esi, Nápoles, 1983; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymans, Colonia 1968; F. Müller, *Juristische Methodik*, Duncker, Berlín, 1971. Sobre la hermenéutica jurídica y sus ascendientes filosóficos en Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Bultmann y Gadamer, véanse L. de Ruggiero, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Jovene, Nápoles, 1977; Id., *Il giudice e la legge: un problema aperto. Sul concetto di precomprensione*, en «Política del Diritto», XV, 1984, 4, pp. 577-598; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milán, 1984; Id., *Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milán, 1984; Id., *Per una metodologia post-politica della prassi giudiziale*, en «Política del Diritto», XV, 1984, 4, pp. 599-611.

Me parece que también en el caso de la hermenéutica jurídica el antiformalismo y el antilogicismo dependen de la falta de distinción entre denotación y connotación en el lenguaje judicial y en la lengua legal. Los conceptos de pre-comprensión y de circularidad hermenéutica reflejan en el fondo una idea difundida, expresada en pocas y toscas pero eficaces palabras por F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, cit., p. 250: el juez «primero juzga y después razona», es decir, que manipula «a través de la interpretación, más o menos ingeniosamente, el hecho o la hipótesis legal, enriqueciendo el uno o empobreciendo la otra hasta adaptar al hecho una hipótesis en la cual, en rigor, el hecho no se podría acomodar». En realidad, en la que he llamado *interpretación operativa*, no existe un antes y un después: el juez entiende, interpreta o denota los hechos en (su) lenguaje jurídico, esto es, en los términos de la lengua jurídica connotados por las normas. Pero eso quiere decir solamente que la interpretación doctrinal (del significado intensional o connotación) de las normas —esto es, la posesión de la lengua jurídica mediante la que los hechos son calificados o denotados— es por así decirlo presupuesta, salvo que sea hecha explícita de forma argumentada y reflexiva en el razonamiento exhibido en la motivación. Es claro, además, que la comprensión judicial del hecho afecta inmediatamente a todas sus connotaciones; y en tanto en cuanto consiste en la connotación de sus circunstancias concretas y singulares y no es reducible a la verificación de su denotación legal, no es silogística, formalista ni legalista. La verificación (o refutación) sigue siendo sin embargo esencial. El hecho connotado o comprendido por el juez es siempre y solamente el denotado por la ley, y no se ve cómo su existencia o inexistencia pueden ser comprobadas o desmentidas más que conforme a inducciones fácticas y a deducciones jurídicas. Resulta por lo demás difícil entender el sentido «post-positivista» y «post-político» asociado a la orientación hermenéutica por Zaccaria en su último ensayo aquí citado (p. 602).

115. «Cognición del hecho, aplicación literal de la ley; he ahí a lo que se reducen todos los deberes de un juez» (G. Filangieri, *Riflessioni*, cit., p. 385); «el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho», es decir, en «examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes» (C. Beccaria, *o. c.*, XIV, p. 49 y IV, p. 31). Es en esta reducción del juicio a la denotación o verificación de la existencia o inexistencia del hecho y sobre la consiguiente exclusión de la connotación o comprensión de sus circunstancias concretas y específicas en la que se basa, como se ha visto, la concepción mecanicista de la aplicación de la ley que fue propia de todo el pensamiento ilustrado (cf., *supra*, las notas 10, 16, 21, 24 del cap. 1 y 8 de este capítulo). Es claro que esta concepción, si vale para configurar el juicio como mero silogismo, no deja espacio alguno a la equidad. La equidad, dice Filangieri, no es más que el «misterioso hallazgo, apropiado para ocultar las injusticias», al que recurre «el ambicioso magistra-

do»: «Para ampliar los límites de su poder, para ocultar el sacrilego atentado que se comete contra las leyes, hacía falta que pidiera ayuda a una equidad arbitraria, cuya cómoda flexibilidad fuese apropiada para recibir todas las expresiones de su voluntad... *Equidad, interpretación y arbitrio* no son más que voces sinónimas» (o. c., pp. 380-382). Y Montesquieu reserva la equidad sólo a los estados monárquicos, excluyéndola para los republicanos, donde se exige que «les juges suivent la lettre de la loi» (*De l'esprit*, cit., VI, 3 y 4, pp. 311 y 312).

La aspiración a «un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra» y que «no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita» (C. Beccaria, o. c., IV, p. 32), choca irremediabilmente, sin embargo, con la imposibilidad de que las leyes tengan «ante los ojos todos los casos particulares que se han de comprender en ellas», de modo que «uno de estos casos que escape a los ojos del legislador la hace imperfecta» (G. Filangieri, o. c., p. 391). Es este nudo irresuelto de la relación entre lo general y lo particular, entre lo abstracto y lo concreto, entre denotación y connotación, entre lengua y lenguaje, el vicio de fondo de la epistemología ilustrada que excluye no sólo la equidad sino hasta el mismo silogismo. Ninguna técnica de formulación de las leyes, por rigurosa que sea, puede reparar este vicio, como demuestran las aporías de las tesis ilustradas en la indicación misma de las condiciones necesarias para asegurar la «claridad». Así, si para Bentham «todo lo que contribuye a la brevedad, contribuye también a la claridad» de las leyes (*Idea general de un cuerpo completo de legislación*, cap. XXXIII, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 532), para Filangieri «la multiplicidad de las leyes es un mal», pero un mal «menor», y «conviene tolerarlo para evitar con ello uno mayor, como es el de permitir que los magistrados juzguen arbitrariamente casos no comprendidos en las leyes» (o. c., pp. 390-391); y para Hobbes «las leyes escritas, si son breves, pueden ser fácilmente mal interpretadas debido a los diversos significados que cabe dar a una o dos palabras; y si son leyes largas, serán todavía más oscuras debido a la diversidad de significados que cabe dar a muchas palabras» (*Leviatán*, cit., XXVI, p. 223).

116. Cf. el pasaje kantiano reproducido en la nota 98. Esta idea de la inflexibilidad de la ley es un corolario de la tosca epistemología ilustrada: recuérdese el modelo del juez «inanimado», «boca» u «órgano de la ley», propugnado por Montesquieu y Filangieri, en los pasajes citados en la nota 16 del cap. 1. El último estigmatiza así «aquel funesto arbitrio de los jueces, que entre nosotros se llama equivocadamente equidad»: si la ley «es inflexible, debe serlo también el Juez: si no conoce el amor, el odio, el temor, ni la piedad, el Juez debe del mismo modo no conocer estas pasiones. Aplicar el hecho a la ley es el único objeto de su ministerio; ni puede inclinarse a una de las partes sin faltar gravemente a su obligación. Si tiene un corazón sensible, y un alma fácil a apasionarse, éstos son enemigos de la justicia, y debe hacer los mayores esfuerzos para dejarlos al entrar por las puertas del templo de Temis. La imparcialidad de su juicio pide cierta firmeza de ánimo, e insensibilidad de corazón, que sería culpable en cualquiera otro asunto» (*Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XX, tomo III, p. 430-431). Sobre la base de estas premisas, Filangieri llega incluso a proponer que se prohíban «los halagos de la elocuencia» que son «objeto del arte oratoria del foro»: «No alcanzo por qué se castiga al defensor de un reo, que procura corromper al Juez con dinero, permitiéndose que le engañe usando de una elocuencia patética. Los medios son diferentes, pero los efectos son los mismos. La ley debería ver en ambos casos un rebelde que procura destruir su imperio» (*ibid.*, pp. 431, 433, 434-435).

117. *Ética Nicomáquea*, cit., VI, 11, 1143a, p. 282: «El llamado juicio, en virtud del cual decimos de alguien que tiene buen juicio y que es comprensivo, es el discernimiento recto de lo equitativo. Señal de ello es que llamamos comprensivo, sobre todo,

a lo equitativo, y equitativo a tener comprensión sobre algunas cosas, y juicio comprensivo al que discierne rectamente lo equitativo». Para santo Tomás, que cita la *Ética* de Aristóteles, la prudencia forma por tanto la naturaleza específica del juicio: «Vis autem cognoscitiva per prudentiam perficitur. Ergo iudicium magis pertinet ad prudentiam quam ad iustitiam» (*Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LX, art. 1).

118. D. Hume, *Tratado sobre la naturaleza humana*, cit., lib. II, parte II y lib. III, partes II y III; A. Smith, *Teoría de los sentimientos morales*, cit. Sobre las nociones de «simpatía» y de «comprensión» en Hume y en Smith, véase L. Bagolini, *La simpatía nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*, Giappichelli, Turín, 1966, en particular pp. 36 ss., 46, 116 y 146; Id., *David Hume e Adam Smith. Elementi per una ricerca di filosofia giuridica e politica*, Patron, Bolonia, 1979.

119. C. Beccaria, o. c., XVII, pp. 58-59.

120. Sobre las interpretaciones del aparente contraste entre la *Teoría de los sentimientos morales* y la *Riqueza de las naciones* de Smith —una basada en el principio simpatético y la otra en el del *self-interest*—, véase la reseña crítica de los trabajos sobre el pensamiento filosófico y económico smithiano en L. Bagolini, *La simpatía*, cit., pp. 133-138.

121. L. Bagolini, o. c., pp. 116 y 46.

122. *Ibid.*, pp. 117-118.

123. *Retórica*, cit., I, 13, 1374b, p. 72: «Ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad. Y mirar no a la ley sino al legislador. Y no a la letra, sino a la intención del legislador, y no al hecho, sino a la intención, y no a la parte, sino al todo; ni cómo es el acusado en el momento, sino cómo era siempre, o la mayoría de las veces. Y el acordarse más de los bienes que de los males recibidos, y más de los bienes que ha recibido que de los que ha hecho. Y el soportar la injusticia recibida. Y el preferir la solución más por la palabra que por las obras. Y el querer acudir mejor a un arbitraje que a juicio, porque el árbitro atiende a lo equitativo, mas el juez a la ley, y por eso se inventó el árbitro, para que domine la equidad».

124. *Ética Nicomáquea*, cit., V, 10, 1138a, p. 156. Esta idea de la equidad viene expresada eficazmente por P. I. Lauzé di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., pp. 64-65: «¡Magistrados!, si ejercéis una profesión, abrid el libro de la leyes, elegid el título que se haya de aplicar y condenad indistintamente a cualquier hombre, de cualquier edad. Pero si ejercéis un ministerio generoso y augusto, necesario a la sociedad y no funesto para los individuos, unid a la equidad de las leyes, a la equidad sistemática, que en cuanto destinada a casos ignotos no puede ser más que inflexible y mecánica, otra equidad, la del hombre moral, que decide sobre el destino de otros hombres morales: valorad como él las diferencias, juzgad el caso que se os presenta; permaneced siempre en los límites que la ley ha determinado, sed fieles a las clasificaciones, a todos aquellos primeros lineamientos en bosquejo que la ley os ha dado por norma; pero recordad que está reservado a vuestro respetable arte ampliar un poco ciertos ángulos, suprimir ciertas escabrosidades, darle al bosquejo el colorido, añadir a la fría precisión cierta gracia más dulce, ciertas formas menos rudas, una verdad más natural que exige la justicia en los juicios relativos a los hombres y de la que la ley no tenía necesidad cuando se limitaba a prever, a decidir indirectamente y a juzgar al hombre en abstracto. La ley castiga igualmente el mismo delito... Pero la ley deja siempre alguna amplitud a los jueces, quienes de otro modo no serían ya jueces, y la deja para que disminuyan la pena cuando se trata de castigar el error de un desgraciado»: los juicios serían, en efecto, inicuos «si se confundieran la edad y los caracteres de los culpables, si tantos hechos disímiles fuesen considerados como perfectamente similares; en una palabra, si se tratase igualmente a dos culpables cuya conducta ha tenido principios tan distintos».

125. Me refiero a la opción, informada por el *favor rei*, que inspira además del principio *in dubio pro reo* en la valoración de las pruebas a los fines de la decisión sobre la verdad fáctica (cf., *supra*, las notas 25 del cap. 2 y 45 y 50 de este capítulo) también las máximas equitativas sobre la «benignidad» de la interpretación de las leyes a los fines de la decisión sobre la verdad jurídica: «Benignius leges interpretandae sunt» (Celsus, 29 *digestorum*, D. 1.3.18); «Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt» (Gaius, 3 *de legatis ad edictum urbicum*, D. 50.17.56); «Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae» (Hermogenianus, 1 *ad epitomatum*, D. 48.19.42). Cf. también Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XXX, art. 1: «vera iustitia non habet dedignationem, scilicet ad peccatores, sed compassionem»; Voltaire, *Comentario*, cit., I, p. 116: «En donde falta la caridad, la ley es siempre cruel».

126. Del hecho de que la comprensión exija la simpatía para la persona juzgada deriva que la antipatía sea un factor de incomprensión y por tanto de deformación del juicio. Por esto la concepción del imputado como enemigo, que caracteriza a lo que Beccaria llama «proceso ofensivo» (*o. c.*, XVII, p. 59) y de lo que se hablará en el apartado 54, es al mismo tiempo inicua e irracional.

127. La equidad o comprensión equitativa de las diferencias es el fundamento del poder asignado al juez de no considerar la imputabilidad del menor de 18 años y mayor de 14 cuando reconozca su concreta y específica inmadurez. Todo el derecho penal de menores, por lo demás, está informado por criterios sustancialistas de equidad dirigidos a favorecer al reo.

128. Las «atenuantes genéricas» —introducidas en el código Zanardelli de 1889 (art. 59) para dar relieve, como dijo la *Ponencia*, a «todas las circunstancias que merman de algún modo la responsabilidad del delito y que el legislador no tiene modo de enunciar y definir completamente— fueron suprimidas por el código Rocco de 1930 y reestablecidas por el *Decreto Legislativo Luogotenenziale* n. 288 de 14 de septiembre de 1944. Vittorio Frosini llama «agravantes genéricas» a los aumentos de pena previstos por algunas leyes para algunos delitos con la fórmula genérica «en los casos más graves» (*o. c.*, pp. 77-78, nota 45). Sin embargo, se trata de casos específicos y limitados, que no permiten hablar de un poder general de endurecimiento de las penas análogo al poder de mitigación de las penas acordado al juez en relación con circunstancias particulares por él revisables en cualquier delito.

129. De «poder de disposición» y de «proceso dispositivo» como alternativa al «proceso de comprobación» habla, si bien en referencia limitada al derecho y al proceso civiles, F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 59, 154, 156; Id., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., pp. 30-33.

130. En este criterio, aun sin coincidir con él, resuena el eco del «principio de refutabilidad» indicado por Popper como parámetro de la científicidad de las teorías. Este, en realidad, se refiere a las tesis teóricas, que son proposiciones generales o universales nunca verificables de una vez para siempre y formuladas a menudo en lenguaje no observacional; mientras que el criterio aquí propuesto se refiere a proposiciones de forma particular o existencial confirmables o confutables mediante pruebas si y sólo si consisten en aserciones unívocas sobre hechos determinados y no en juicios de valor.

131. «Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit... Etiam illud recte positum est; *optimam esse legem, quae minimum relinquit arbitrio iudicis*: id quod *certitudo* ejus praestat» (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX* [1623], en *Works*, cit., I, lib. VIII, cap. III, afor. 8, p. 805).

132. Alguna referencia a la abundante literatura sobre el tema se contiene en la nota 52 del cap. 12.

133. Baste leer las sentencias sobre la materia: «El beso puede concretar o no un

acto de libidine y, por tanto, un acto obsceno según el impulso que lo haya determinado y el modo en que se da, en el sentido de que puede ser la expresión de un afecto perfectamente puro, como el del hijo a la madre o de la madre al hijo, o bien manifestación de amistad, de reverencia, cuanto manifestación de lujuria. La apreciación concreta es incontrolable en casación cuando haya sido motivada apropiadamente» (Cass., Secc. III, 24.3.1959; Secc. III, 16.10.1969); «El sentimiento común (del pudor) es el sentimiento resultante de la media de los sentimientos de los ciudadanos (criterio sociológico medio), por el que es preciso, de un lado, tener presentes los sentimientos de quienes muestran escasa adhesión a los valores morales y, por otro lado, los sentimientos de quienes respetan las normas de la urbanidad y después realizar la media entre los dos extremos con el fin de obtener la medida normal» (Cass., Secc. VI, 15.1.1971). Sobre la noción de «lugar expuesto» o «abierto al público», véanse las sentencias Cass., Secc. III, 12.10.1960 y 27.9.1979, según las cuales es tal también «un automóvil estacionado de noche en la vía pública», y Cass., Secc. II, 16.11.1955, que consideró «lugar abierto al público» incluso «la celda de una cárcel».

134. Este poder-deber de oponer la inconstitucionalidad de las leyes hace dudoso incluso, como mostraré en el apartado 61.3, que se pueda hablar en rigor, de sometimiento del juez a la ley. Cf., sobre el tema, S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, en «Mondoperaio», 1984, 6-7, pp. 26 ss.

135. Volveré ampliamente sobre el punto en los apartados 37.5, 57.5 y 59.3. «En efecto, ¿qué es un juez? —se preguntaba P. I. Lauzé di Peret, *o. c.*, pp. 36-37— «que juzga de modo distinto al dispuesto por la ley? Es el enemigo del infeliz que se presenta delante; es el enemigo poderoso, tranquilo, inexorable, de un hombre sin defensa, sin apoyo y sin fuerza; con estas armas tan desiguales el hombre respetado insulta al hombre envilecido; es un ataque, una ofensa, una violencia, no un juicio. Es más, ¡qué confusión de poderes! El magistrado sería a la vez legislador, puesto que haría una ley; soberano porque la aprobaría; y juez porque haría su aplicación. Sería todavía más, puesto que sería un simple individuo del cuerpo social, pero que con independencia de este cuerpo decidiría sobre el destino de los demás individuos, de los que aquél se compone, sin dar cuenta de ello a ninguno. Sería una especie de dictador sin riesgo público, un dictador, como puede llegar a serlo un hombre por el empleo de la fuerza, pero que no puede ejercer su dictadura pacíficamente y a la sombra de las leyes».

136. «Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

137. Sobre los principios generales del derecho, véanse V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, en «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», XXI, 1941, fasc. I-IV, pp. 41-63, 157-181 y 230-264; Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milán, 1952; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, pp. 201-224; N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XIII, 1966, pp. 887-896; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 382 ss.; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 61 ss.; S. Bartole, *In margine a 'Taking rights seriously' di Dworkin*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XI/1, 1980, pp. 185 ss.; Id., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXV, 1986, pp. 494-533; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982; M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milán, 1985, cap. VI; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazioni basate su principi*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1984, I, pp. 65-103; E. Pattaro, *Alle origini della nozione 'principi generali del diritto'*, en *Soggetto e principi generali del diritto. Atti del*

XV congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica. 1985, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 35 ss.; R. Guastini, *Sui principi del diritto*, *ibid.*, pp. 67 ss.; J. Wroblewski, *Justification through Principles and Justification Through Consequences*, en *Reason in Law*, cit., pp. 129-161; U. Scarpelli, *Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale*, *ibid.*, pp. 256 ss.; Id., *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, en «Rivista di Filosofia», 1987, I, pp. 3-15.

138. N. Bobbio, *o. c.*

139. Sobre el cognoscitismo jurídico y sobre el anticognoscitismo ético de Beccaria y en general del pensamiento jurídico ilustrado, cf. las notas 8, 115 y 116 de este capítulo y 23 y 26 del cap. 4.

140. Cf., *infra*, los apartados 21.3, 27.2, 35.5 y 36.3.

Parte II
AXIOLOGIA.
LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL

Capítulo 4

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

13. *Costes y fines del derecho penal*

1. *Los costes de la justicia y los costes de la injusticia.* El derecho penal, se ha dicho, es una técnica de *definición, comprobación y represión* de la desviación. Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que la informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales. Las restricciones son tres, y corresponden cada una de ellas a los tres momentos ya indicados de la técnica punitiva, que analizaré separadamente en los capítulos séptimo, octavo y noveno dedicados al *delito*, a la *pena* y al *proceso*. La primera restricción consiste en la definición o *prohibición* de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a *juicio* penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o *punición* de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones¹.

Este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no sólo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni sólo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sus traen al juicio y más aún a la condena; ni sólo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial.

Al *coste de la justicia*, que depende de las opciones penales del legislador —las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores—, se añade por tanto un altísimo *coste de las injusticias*, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal. Y a lo que llaman los sociólogos la «cifra negra» de la criminalidad —formada por el número de culpables que, sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados— ha de añadirse una cifra no menos oscura pero aún más inquietante e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados. Llamaré *cifra de la ineficiencia* a la primera de estas cifras² y *cifra de la injusticia* a la segunda, en la que se incluyen: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva³; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultados de un procedimiento de revisión⁴; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular —verdadera cifra negra de la injusticia—, de los errores judiciales no reparados.

Si reflexionamos sobre lo oneroso de estos costes, se comprende el lugar central que ocupa el derecho penal en la caracterización de un ordenamiento jurídico y del sistema político del que es expresión. En el tratamiento penal se manifiesta —en estado puro y de la manera más directa y conflictiva— la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vitae ac necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad. La falta de correspondencia entre culpables, procesados y condenados, y en particular la «cifra de la injusticia» formada por los castigos —aun involuntarios— de inocentes, crea por otra parte complicaciones gravísimas y usualmente ignoradas en relación con el problema de la justificación de la pena y del derecho penal. Si los costes de la justicia y los costes opuestos de la ineficiencia pueden ser los unos justificados positivamente y los otros tolerados sobre la base de teorías o ideologías de la justicia, los costes de la injusticia resultan sin embargo injustificables por ese camino, y consienten para el sistema penal que los produce sólo una justificación eventual y negativa respecto a los costes aún mayores que provendrían de la ausencia de cualquier clase de derecho y garantía penal. Pero la cifra de la injusticia, como es fácil comprender a partir del análisis desarrollado hasta el momento, es sobre todo el producto de las carencias normativas o de la inefectividad práctica de las garantías penales y procesales, dispuestas precisamente como diques contra la arbitrariedad y el error; y es tanto mayor cuanto más crece el poder judicial de disposi-

ción, del que ya se han puesto de manifiesto, al menos por lo que respecta a los ordenamientos modernos, su ilegitimidad jurídica y su injustificabilidad política. El problema de la *justificación* se confunde por tanto en gran medida con el problema del *garantismo*, en el sentido de que, como veremos, sus soluciones dependen de los modelos normativos de derecho y de proceso penal que se escojan y de su funcionamiento efectivo.

2. *Doce cuestiones en materia de justificación.* Estas pocas consideraciones bastarían para hacernos comprender que el problema de la justificación del derecho penal constituye en realidad una maraña de problemas que corresponde al análisis filosófico distinguir según un orden lógico. Me parece que puede ser descompuesto de un modo fecundo en tres cuestiones ulteriores, que corresponden *grosso modo* a los tres tipos de constricciones penales de las que he hablado al comienzo. La primera es la clásica en el pensamiento jurídico filosófico de la justificación en general del derecho a castigar, es decir, de la pena. La segunda tiene que ver con la justificación de las opciones que guían la definición de los presupuestos de las penas, esto es, de los hechos calificados como *delitos*. La tercera se refiere a la justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de aplicación de las penas, es decir, del *proceso penal*.

Cada una de estas tres cuestiones puede ser descompuesta a su vez en otras cuatro preguntas más precisas, relativas al *si*, al *por qué*, al *cuándo* y al *cómo* de la intervención penal. Tendremos por consiguiente cuatro órdenes de preguntas relativas a la admisibilidad, al fin, a los presupuestos y a las formas de las penas, de las prohibiciones y de los juicios penales: *si, por qué, cuándo y cómo castigar; si, por qué, cuándo y cómo prohibir; si, por qué, cuándo y cómo juzgar*. Las doce preguntas están conectadas entre sí de diversos modos: las cuestiones relativas al «*si*» tienen de hecho carácter preliminar respecto a todas las demás; las relativas al «*por qué*» lo tienen respecto a las referentes al «*cuándo*» y al «*cómo*»; y las que hacen referencia al «*cuándo*» y al «*cómo prohibir*» tienen respectivamente carácter preliminar en relación con las referentes al «*cuándo castigar*» y al «*cómo juzgar*».

Históricamente estas doce preguntas —algunas clásicas, otras más desatendidas— han recibido las respuestas más dispares. Y estas respuestas son interesantes no sólo para la historia de las ideas sino también por su inmediata relevancia en la construcción de los sistemas penales. Quizá en mayor medida que en otros sectores institucionales, las diversas culturas jurídico-filosóficas han tenido siempre una incidencia práctica directa en la configuración de las formas y estructuras de las instituciones punitivas y como reflejo de ello en la ciencia jurídico-penal. Esto vale ciertamente para la tradición del derecho natural, del que se ha dicho que «*si ha habido una esfera del derecho en la*

que haya poseído un particular grado de valor, ha sido en la esfera del derecho penal»⁵. Pero vale también para otras tradiciones —eticistas, positivistas, idealistas o espiritualistas— que han ejercido una influencia no menos profunda y duradera tanto en la ciencia como en la legislación y la práctica penales. Diría incluso que en la historia del derecho penal no ha habido giros o reformas, progresivas o regresivas, que no hayan venido acompañadas y secundadas por la elaboración de doctrinas o concepciones ético-políticas filosóficamente caracterizadas acerca del fin de la pena o de algún otro de los problemas anteriormente mencionados.

Estas distintas teorías pueden por consiguiente ser consideradas —excepto las abolicionistas, que sostienen la injustificabilidad de la pena— como teorías justificadoras de los fines y en ocasiones de las formas y contenidos diversos del derecho penal, y por consiguiente como otras tantas respuestas axiológicas a todas o a algunas de las preguntas anteriormente formuladas. Por eso la reflexión acerca de las mismas, y en general acerca del problema filosófico de la justificación, sigue teniendo un interés teórico inmediato. No sólo la historiografía, sino también la teoría del derecho penal y la ciencia de la legislación, están efectivamente interesadas en identificar las interacciones entre las diferentes teorías de la legitimación que han sido o pueden ser elaboradas y los diferentes modelos de derecho penal mostrados en los capítulos precedentes: ya sea para rectificar el modelo elegido en relación al tipo de justificación —o, si se quiere, de justicia— idealmente perseguido; ya para precisar el tipo de justificación o, si se quiere, de justicia, perseguible en relación a los modelos realmente practicables.

3. *Doctrinas de la justificación, modelos axiológicos y modelos históricos de derecho penal.* En el curso del análisis de las diferentes cuestiones que se esconden tras la clásica pregunta «¿por qué castigar?», mostraré por tanto cómo la alternativa expuesta en los capítulos precedentes entre modelo garantista o cognoscitivo y modelos autoritarios o decisionistas del derecho penal es el reflejo de las diferentes respuestas dadas históricamente a las cuestiones del por qué, el cuándo y el cómo de la intervención penal y de las correspondientes justificaciones metajurídicas, o filosóficas o ético-políticas.

Estas respuestas, como se ha dicho al comienzo y como se verá con referencia a institutos penales particulares, se ordenan en un esquema tendencialmente dicotómico: en el sentido de que las concepciones sustancialistas y ético-correccionales de distintos tipos acerca del fin de la pena por lo general están ligadas a concepciones igualmente sustancialistas del delito y de la verdad judicial, y otro tanto puede decirse de las concepciones formalistas del delito, de la pena y de la verdad procesal. De este modo será posible reconducir también las distintas doctrinas filosóficas acerca de la justificación del de-

recho penal a dos filones antitéticos del pensamiento penalista: el convencionalista y empirista, que es propio de la tradición garantista y de la tendencia que aquí se ha denominado al «derecho penal mínimo» y que tiene sus antecedentes en Pufendorf, en Thomasius y en muchos aspectos hasta en Hobbes, y su máxima expresión en los ilustrados del XVIII y en la escuela clásica italiana del pasado siglo; y el sustancialista u ontológico, que informa por contra la tradición autoritaria y la tendencia de signo contrario al «derecho penal máximo» y que sin duda ha prevalecido históricamente, hundiendo sus raíces en el oscurantismo penal premoderno y reapareciendo con la reacción anti-ilustrada que se desarrolló en la segunda mitad del XIX en sintonía con proyectos sociales disciplinarios, correccionalistas, policiales o de cualquier otro modo antiliberales. Mostraré después, en la cuarta parte de este libro, que en los modernos estados constitucionales de derecho, y particularmente en el italiano, estas dos tendencias en litigio se hallan ambas presentes, manifestándose la una en el nivel del «deber ser» normativo y la otra en el nivel del «ser» efectivo del ordenamiento jurídico.

14. *Justificación externa y legitimación interna*

1. *Punto de vista normativo externo y punto de vista normativo interno: justicia y validez.* De «legitimidad» y de «legitimación» del derecho penal —como en general del derecho positivo o de cada una de sus normas o instituciones— puede hablarse en dos sentidos distintos: en el sentido de «legitimidad» o de «legitimación externa» y en el sentido de «legitimidad» o «legitimación interna».

Por *legitimación externa* o *justificación* entiendo la legitimación del derecho penal por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico. Por *legitimación interna* o *legitimación en sentido estricto* entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos. El primer tipo de legitimación tiene que ver con las *razones externas* o, lo que es lo mismo, *del* derecho penal; el segundo, con sus *razones internas*, o *de* derecho penal. La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre *justicia* y *validez*. Se dirá entonces de un sistema penal, o de uno de sus institutos, o de una concreta aplicación del mismo, que son legítimos desde el punto de vista externo si se los considera «justos» con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales u otros semejantes; se dirá por el contrario de ellos que son legítimos desde el punto de vista interno si se consideran «válidos», es decir, conformes a las normas de derecho positivo que regu-

lan su producción. Comparada con la distinción entre justicia y validez, la que media entre legitimación externa y legitimación interna me parece no obstante preferible por dos razones: antes que nada porque estas dos expresiones son más genéricas, puesto que designan no sólo «valores» sino más en general «puntos de vista» normativos; en segundo lugar porque son menos comprometedoras, ya que no hacen alusión a ninguna de las diversas teorías iuspositivistas o iusnaturalistas acerca de la validez y de la justicia. «Legitimación externa» o «justificación» (del derecho), en particular, tienen un significado más amplio y menos comprometido que el de «justicia», incluyendo no sólo valores o razones ético-políticas sino cualquier clase de «buena» razón meta-legal, ya sea sólo política, de oportunidad, de interés o de funcionalidad práctica⁶.

Conviene precisar de inmediato que nuestra distinción entre punto de vista o legitimación interna y punto de vista o legitimación externa no coincide con aquella otra no menos importante, formulada por Herbert Hart, entre «punto de vista interno» o jurídico de la validez y «punto de vista externo» o sociológico de la efectividad o de la explicación causal⁷. El punto de vista externo de la legitimación es de hecho completamente distinto de aquel otro, también externo, de la observación y la explicación. El primero es un punto de vista axiológico o deontológico; el segundo es un punto de vista sociológico y más precisamente, en lo que concierne al derecho penal, criminológico. El uno se expresa en prescripciones o justificaciones que hacen referencia a *intereses* o a *valores* y que por tanto no son ni verdaderas ni falsas; el otro, en aserciones o descripciones que hacen referencia a *hechos* y por consiguiente son en línea de principio susceptibles de verificación o de refutación empírica. Cuando se afronta el problema de la «función» o de las «razones» del derecho penal, no siempre se distinguen con claridad estos dos puntos de vista. La palabra «función» (no menos que la palabra «razón») es en efecto equívoca, pudiendo ser entendida y siendo a veces utilizada bien en sentido prescriptivo, bien en sentido descriptivo⁸. En el primer sentido designa las finalidades que *deben ser* perseguidas por la pena para que el derecho penal resulte justificado; en el segundo designa las que de hecho *son* perseguidas por las penas y los efectos concretamente conseguidos por ellas⁹. En este libro lo usaré sólo en este segundo sentido, mientras que para su significado normativo utilizaré la palabra «fin».

2. *Dos filones históricos de la cultura penalista: la separación y la confusión entre derecho y moral.* En el apartado 23 volveré a ocuparme más detenidamente de la profunda diferencia entre estos dos puntos de vista externos y de las falacias provocadas por su confusión. Baste aquí con decir que de los tres puntos de vista distinguidos hasta el momento —el interno de la *validez*, el externo de la *justicia* y el externo de la *efectividad*¹⁰— sólo los dos primeros hacen referencia al

problema (axiológico) de la legitimación; y que, si la confusión entre los dos últimos es el fruto de un equívoco que trivializa la cuestión de la justificación rebajándola a la de la explicación, la confusión entre los dos primeros está en la base de una de las respuestas posibles a la primera cuestión. En la historia del pensamiento jurídico-filosófico, las teorías acerca de la justificación del derecho penal (y más en general del derecho) pueden ser distinguidas en dos grandes filones: las teorías que separan la legitimación externa de la legitimación interna, o si se quiere la validez de la justicia y el derecho de la moral; y aquellas que por el contrario confunden las dos formas de legitimación, en el sentido de que subordinan la legitimación interna a la legitimación externa, la validez a la justicia y el derecho a la moral, o a la inversa.

De estos dos filones el primero pertenece ciertamente a la tradición del *positivismo jurídico*, aunque ha tenido una larga incubación en el pensamiento iusnaturalista de la época de la Ilustración. La separación entre legitimación interna y legitimación externa o entre derecho y moral es en efecto el resultado, como veremos en el próximo apartado, de un lento proceso de secularización del derecho penal que se desarrolló en el siglo XVII con las teorías iusnaturalistas de Grocio, Hobbes, Pufendorf y Thomasius y que alcanzó su madurez con los ilustrados franceses e italianos y con las doctrinas expresamente iuspositivistas de Jeremy Bentham y de John Austin. En esta separación se basa en cualquier caso la concepción formal o jurídica de la validez como lógicamente independiente de la sustancial o extra-jurídica de la justicia que constituye el rasgo distintivo del positivismo jurídico.

Por el contrario, el segundo filón doctrinal es ambivalente. Las teorías que confunden las dos formas de legitimación —a decir verdad bastante raras de manera pura y completa¹¹— se distinguen dependiendo de que condicionen la legitimación interna a la externa o la legitimación externa a la interna. En el primer caso se inscriben en la tradición del *iusnaturalismo* y del *sustancialismo jurídico*, que se caracteriza por una concepción sustancial o extra-jurídica (no sólo de la justicia sino también) de la validez, entendida ésta como conformidad con valores de «derecho natural» o «ideal» superiores a las normas de derecho positivo¹². En el segundo caso se incluyen por contra en la tradición del *legalismo* o *formalismo ético*, que se caracteriza a la inversa por una concepción formal y jurídica (no sólo de la validez sino también) de la justicia y por tanto por la asunción del derecho positivo como valor ético al que se debe adhesión no sólo por razones jurídicas sino también por razones políticas o morales¹³.

Lo que intento demostrar en los próximos capítulos es que la teoría de la separación entre legitimación externa y legitimación interna, tal y como resulta de las seis tesis en las que será descompuesta en el próximo apartado, constituye el presupuesto teórico y axiológico del modelo penal garantista; y ello en el doble sentido de que exclu-

ye tanto la auto-legitimación ético-política como la hetero-legitimación jurídica del derecho, exigiendo que su legitimidad política sea sólo externa, es decir, fundamentada en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por él, y que su legitimidad jurídica sea sólo interna, esto es, fundada en la ley de manera hasta donde sea posible, exclusiva en cuanto a las fuentes y exhaustiva en cuanto a los contenidos según los principios convencionalistas y cognoscitivistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad.

Por el contrario, la confusión entre las dos legitimaciones —interna y externa, jurídica y ético-política— va siempre acompañada, tanto en la versión iusnaturalista como en la ético-legalista, de modelos penales de tipo sustancialista y autoritario: ya sea subordinando el derecho a la moral y desconociendo por ello mismo la fuente positiva del derecho en favor de criterios subjetivistas y de opciones valorativas que comprometen a la vez el principio convencionalista y el cognoscitivista; o bien, en cambio, subordinando la moral al derecho y por consiguiente legitimando moralmente, sobre la única base de sus fuentes legales, los contenidos de las leyes cualesquiera que éstos sean, incluso si a causa de su indeterminación dejan espacio libre al poder judicial de disposición. Es más: todo modelo sustancialista, según la hipótesis que aquí se presenta, se caracteriza en última instancia de manera más o menos expresa por la confusión entre legitimación interna y legitimación externa.

3. *Las vías del sustancialismo.* El nexo que se acaba de establecer entre modelos de derecho penal y concepciones sobre la relación entre derecho y moral permite repetir, con referencia al problema de la legitimación jurídica, cuanto se dijo en el apartado 6.3 acerca de las dos versiones del principio de legalidad. Separar la legitimación jurídica basada en fuentes normativas internas al derecho positivo de la ético-política basada en fuentes normativas externas a él es una condición necesaria, aunque por sí sola insuficiente, para fundamentar un modelo penal garantista. Es una condición necesaria (aparte de hallarse en gran medida dada por supuesta en los ordenamientos modernos), puesto que un sistema procesal cognoscitivista supone en todo caso la predeterminación legal, por parte de una fuente positiva jurídicamente superior, de lo que el juez debe considerar como delito. No es sin embargo una condición suficiente, ya que tal predeterminación, allí donde no sea precisa y rigurosa, deja espacio libre en la determinación jurisdiccional de lo que es delito a opciones subjetivistas y sustancialistas que sólo el vínculo de la estricta legalidad, que como se ha dicho es una regla semántica acerca de la exclusividad y la exhaustividad de las denotaciones legales, puede, si no excluir, al menos minimizar.

Se reproduce así, en el plano de la legitimación, una parado-

ja opuesta y simétrica a la que se puso de manifiesto en el apartado 2.4 a propósito del puro sustancialismo iusnaturalista y extralegal. Cuanto más ilimitado es el poder legislativo y menos sujeta se encuentra la predeterminación legal de las figuras abstractas de delito, con arreglo a las normas que regulan su validez, por condiciones de legitimidad no sólo *formales* y relativas a la fuente o a los procedimientos, sino también *sustanciales* o de contenido, tanto más depende la determinación judicial de lo que en concreto es delito de criterios arbitrarios de tipo sustancialista o en cualquier caso no jurídico. El riesgo del sustancialismo y de la confusión entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza reside sobre todo, como mostraré analíticamente en el apartado 28 y en el capítulo 8, en aquellas ideologías iuspositivistas y en aquellos modelos de derecho penal que atribuyen carácter absoluto —no sujeto a su vez al respeto sustancial del principio de estricta legalidad y del resto de las garantías que éste implica— al poder del legislador para predeterminar los delitos y las penas. Al menos hoy día, de hecho, no existen teorías sustancialistas explícitamente iusnaturalistas. Las teorías que legitiman sistemas penales sustancialistas y autoritarios —como por ejemplo las positivistas del «delincuente nato» o de la «defensa social», o las subjetivistas del «tipo de autor» o del «derecho penal de la voluntad»— son más bien teorías que admiten o recomiendan la inclusión en la ley de criterios valorativos y de referencias indeterminadas, en virtud de un principio de legalidad penal entendido no en sentido «estricto», sino en sentido «lato», o «simple», o «atenuado», y que por consiguiente, aun ligando formalmente a la ley la definición de la desviación punible, requieren de hecho su integración judicial con elementos extralegales de tipo sustancialista y en buena medida arbitrarios, en razón del carácter no taxativo que se tolera a las previsiones legales. En suma, cuanto más absoluto —es decir, no acompañado por vínculos de contenido— es el principio de legalidad y cuanto menos vinculantes en los contenidos son para el legislador los criterios de legitimación interna de las leyes, tanto menos vinculante es la ley con respecto al juez y tanto más amplio y legítimo es el reenvío a criterios de legitimación externa en el momento del juicio.

Por otra parte, incluso cuando el principio de estricta legalidad está constitucionalizado y por consiguiente vincula también sustancialmente al legislador penal, el arbitrio sustancialista del juez puede resultar legitimado allí donde aquel principio sea ineficaz y sean las leyes mismas, aun viciadas constitucionalmente, las que lo consienten. Tómese el ejemplo frecuentemente utilizado del delito de «actos obscenos» definido por el código Rocco, en vez de con una descripción empírica, mediante un vago criterio de valoración moral o sociológica: son «'obscenos' los actos que según el sentimiento común ofenden al pudor». Admitiendo que en el ordenamiento italiano está constitucionalizado el principio de estricta legalidad, hasta que dicha norma

no sea anulada por su contradicción con la Constitución es válida o legítima desde el punto de vista interno la sentencia penal que asume un criterio cualquiera de valoración ético-política, por arbitrario o subjetivo que sea, como fundamento de la calificación de un acto como obsceno y de la consiguiente condena; pero esta valoración no puede tener lugar si no es por referencia a elementos extralegales de tipo moral o social, es decir, a criterios discrecionales de legitimación externa, aun contrarios al vínculo constitucional. Lo mismo vale para las normas que en nuestro ordenamiento prevén la «peligrosidad social» como presupuesto de las medidas de seguridad, de las medidas de prevención, de la custodia cautelar y similares. También en este caso, mientras estas normas no sean declaradas inválidas en tanto que contrarias por su vaguedad al principio de estricta legalidad, los pronunciamientos judiciales que hacen de ellas el fundamento de la decisión son internamente legítimos, es decir, formalmente válidos por más que sean sustancialmente arbitrarios. Y con todo, el juicio de peligrosidad no puede sino hacer referencia a elementos sustancialistas, de carácter moral, natural o social, no identificables sobre la base de la ley y por tanto sólo legitimables externamente, aun violando la garantía de la estricta legalidad. El conflicto, en este caso, no se da entre juicio y ley, sino entre ley y Constitución; pero hasta que no sea eliminado mediante un pronunciamiento de ilegitimidad constitucional, no impide la legitimación por parte de la ley del arbitrio judicial.

15. *La separación ilustrada entre derecho y moral*

1. *La secularización ilustrada del derecho y de la moral en los orígenes del moderno estado de derecho.* La idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho «como es» y el derecho «como debe ser», se considera comúnmente un postulado del positivismo jurídico: el derecho, según esta tesis, no reproduce ni tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de cualquier otro sistema metajurídico —divino, natural o racional— de valores ético-políticos, sino que es sólo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente¹⁴. La misma teoría, formulada en sentido inverso, expresa la autonomía de la moral respecto al derecho positivo o a cualquier otro tipo de prescripciones heterónomas y su consiguiente concepción individualista y relativista: los preceptos y los juicios morales, con arreglo a esta concepción, no se basan en el derecho ni en otros sistemas de normas positivas —religiosas, sociales o de cualquier otro modo objetivos—, sino sólo en la autonomía de la conciencia individual. Estas dos tesis constituyen una adquisición básica de la cultura liberal. Y reflejan el proceso de secularización, culminado al inicio de la Edad Moderna, tanto del derecho como de la moral, desvinculándose

ambos en tanto que esferas distintas y separadas de cualquier nexo con supuestas ontologías de los valores.

Hablaré en el apartado 61 de la segunda de estas teorías —la de la autonomía de la moral—, que es una doctrina metaética acerca del fundamento subjetivo de la moral y del punto de vista axiológico externo conectado con ella y acerca de la exclusión de cualquier forma de absolutismo o cognoscitivism ético. Más directamente relevante para nuestros fines es la primera teoría: la de la separación del derecho respecto a la moral, formulada por el pensamiento ilustrado y recibida después por el positivismo jurídico como fundamento del principio de legalidad en el moderno estado de derecho. En primer lugar someteré a examen esta teoría a fin de distinguir los múltiples significados que cabe asociar con ella y que corresponden a otras tantas tesis metajurídicas, en parte teóricas y en parte axiológicas, de una teoría jurídica del garantismo. Mostraré después cómo el conjunto de estas tesis, cada una de las cuales ha desempeñado un papel revolucionario en la construcción política del estado de derecho como ordenamiento orientado funcionalmente a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ha entrado en crisis en el siglo pasado con la consolidación del estado liberal y con la paralela conversión conservadora de la cultura jurídica liberal. En ambos aspectos —teóricos e históricos— los avatares del derecho penal y de la cultura penalista son seguramente los más reveladores: ya sea porque en este campo es más directo que en otros sectores del ordenamiento el conflicto entre poder estatal y derechos fundamentales, ya porque en él es más estrecha la relación entre derecho y moral y mayor la tentación de confundir ambas esferas.

2. *Tres tesis teóricas en materia de separación del derecho de la moral. El formalismo jurídico.* Con la fórmula «separación del derecho de la moral» pueden entenderse dos cosas diferentes, dependiendo de que se utilice en sentido *asertivo* o en sentido *prescriptivo*. En el primer caso, la fórmula es una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, que tiene que ver sobre todo con el problema *jurídico* de la legitimación *interna* o de la *validez*. En el segundo caso es un principio normativo acerca de la diversidad de funciones y la consiguiente autonomía de las normas jurídicas respecto a las normas morales, que hace referencia esencialmente al *problema político* de la justificación *externa* o de la *justicia*. Estos dos significados, lógicamente independientes aunque conectados en el plano histórico y filosófico, no suelen ser distinguidos; con el resultado de que la fórmula resulta equívoca por la confusión que genera no sólo entre principios sino también entre problemas diferentes.

Entendida en sentido *asertivo* o *teórico*, la fórmula de la separación entre juicios jurídicos o de validez y juicios ético-políticos o de

justicia quiere decir a su vez tres cosas. En primer lugar es una *tesis meta-lógica* —y concretamente una aplicación de la llamada ley de Hume¹⁵— que veta en tanto que «falacia naturalista» la derivación del derecho válido o «como es» del derecho justo o «como debe ser» y viceversa. Propongo llamar *ideologías* a todas las tesis y doctrinas viciadas por falacias semejantes: bien porque confunden el deber ser con el ser, considerando las normas como jurídicamente válidas en cuanto sean éticamente justas; bien porque confunden el ser con el deber ser, considerando las normas como éticamente justas en cuanto sean jurídicamente válidas. La primera falacia es la que vicia lógicamente cualquier forma de *iusnaturalismo* o *moralismo jurídico*; la segunda, la que vicia lógicamente cualquier forma de *legalismo* o *estatalismo ético*¹⁶. Más en general, por otra parte, la ley de Hume veta cualquier forma de cancelación de la *divergencia*, fisiológica pero en ocasiones patológica, que siempre subsiste entre *normatividad* y *efectividad*: no sólo desde el punto de vista externo, es decir, entre normatividad de los valores de justicia y efectividad del derecho positivo, sino también, en los estados constitucionales de derecho, desde el punto de vista interno, esto es, entre normatividad constitucional y efectividad de las leyes ordinarias vigentes y entre normatividad de las leyes ordinarias y efectividad de las prácticas que las aplican. Son precisamente estas divergencias, en contra de las ideologías de legitimación que reducen el deber ser al ser *del* o *en el* derecho o viceversa, las que serán tratadas en este libro en los diversos niveles de discurso en los que se articula: el filosófico de los fundamentos externos del derecho penal y de sus perfiles de injusticia; el teórico de sus fundamentos constitucionales y de sus perfiles normativos de ilegitimidad constitucional; el fenomenológico de sus grandes líneas legales y de sus perfiles operativos de invalidez o de ilegalidad.

En segundo lugar, y consiguientemente, la afirmación teórica de la separación entre el derecho y la moral es una *tesis científica* que excluye como falaz la idea de que la justicia sea una condición necesaria o suficiente de la validez de las normas jurídicas: «un dato de hecho», escribe Herbert L. A. Hart remitiéndose a John Austin, «que permite a los juristas tener una mayor claridad de ideas»¹⁷. El presupuesto *de hecho* de esta tesis es obviamente que el derecho del que se habla sea enteramente *positivo*: es decir, que existan normas positivas acerca de la producción de normas jurídicas, de modo que de cualquier norma de un ordenamiento (exceptuada su constitución) sea posible predicar su validez o invalidez sobre la base de otras normas del ordenamiento mismo. Este presupuesto se ha realizado con ese fenómeno moderno que es el monopolio estatal de las fuentes de producción y de convalidación jurídica, alcanzado en Europa entre finales del XVIII y comienzos del XIX gracias sobre todo a las codificaciones y a las constituciones. Y puede ser identificado con la incorporación en los «estados de derecho» del *principio de legalidad*, que es un principio

organizativo en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley, y al mismo tiempo una norma de reconocimiento de todas las normas válidas en tanto que producidas de las formas, en las condiciones y por los poderes legalmente preestablecidos¹⁸.

Finalmente, la afirmación de la separación es una *tesis meta-científica* acerca de la recíproca autonomía del «punto de vista interno» (o jurídico) y el «punto de vista externo» (ético-político o, en otro sentido, sociológico) en el estudio del derecho. Esta autonomía recíproca es la condición por un lado del desarrollo de una ciencia del derecho como disciplina empírico-descriptiva de normas jurídicas positivas autónoma respecto a la moral¹⁹, y por otro de la crítica externa, ya sea sociológica o ético-política, al derecho positivo, independiente a su vez de los principios axiológicos incorporados por éste. Ciertamente es evidente que sólo el abandono de cualquier moralismo jurídico permite a la ciencia del derecho reconocer la validez de normas jurídicas con arreglo a parámetros internos al ordenamiento investigado, prescindiendo de su a pesar de todo vaticinable adhesión a parámetros de valoración externa. Y a la inversa, sólo el abandono de cualquier legalismo ético —es decir, la negación de cualquier valor apriorístico de las normas jurídicas y el reconocimiento de su carácter puramente convencional— permite al análisis político y sociológico identificar y criticar, con parámetros externos y no jurídicos, los perfiles de injusticia o de irracionalidad del derecho positivo.

Estas tres tesis, conectadas lógicamente entre sí, pero distintas en cuanto a su significado y nivel, constituyen la concepción iuspositivista del derecho y de la ciencia jurídica también conocida como *convencionalismo* o *formalismo jurídico*. Aun aceptadas pacíficamente (aunque no siempre distinguidas) por la actual teoría general del derecho, como veremos, no lo están tanto en la cultura de los juristas, en particular de los penalistas, que no siempre han aceptado la segunda y no han asimilado del todo la primera y la tercera. Su elaboración se debe, como se ha dicho, al pensamiento ilustrado, y es el resultado de la secularización del derecho y de la cultura jurídica promovida por él, en los siglos XVII y XVIII, en constante conflicto con las opuestas concepciones iusnaturalistas y sustancialistas —teológicas, moralistas o naturalistas— del derecho: «no es la sabiduría, sino la autoridad, la que hace la ley», replicaba Hobbes a Sir Edward Coke, que repetía por el contrario la antigua máxima ciceroniana «lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens contraria»²⁰.

Se comprenderá que la contraposición entre formalismo y sustancialismo jurídico, que animó el debate ilustrado, reviste una importancia decisiva en el derecho penal, en el que las tesis formalistas coinciden con la reivindicación política de esa garantía fundamental que es el principio de legalidad: no es la moral, la naturaleza o la justicia, ni siquiera «esa *iusuris-prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos

estado, y lo que él manda» lo que constituye la ley, confiriendo a un comportamiento relevancia penal²¹. En su virtud resultan excluidas de la «ciencia jurídica positiva», en tanto que no fundadas empíricamente en el derecho positivo, todas las diversas definiciones sustancialistas del delito por medio de connotaciones ontológicas de tipo moral, natural, político o social en vez de meramente legales, así como las legitimaciones ideológicas del derecho penal conectadas con ellas que, como veremos, abundan aún en la literatura penalista. Y sobre todo, como se dijo en el apartado 1.4, resultan al menos tendencialmente garantizadas por él, junto con la certeza del derecho, la igualdad y la libertad de los ciudadanos, punibles sólo por hechos objetiva y convencionalmente predeterminados y no por características subjetivas o por formas o supuestos de desviación no expresamente prohibidos por las leyes como delitos.

3. *Tres tesis axiológicas en materia de separación del derecho de la moral. El utilitarismo jurídico.* Completamente independiente desde el punto de vista lógico de la doctrina teórica de la separación entre el derecho y la moral es esa misma doctrina, pero formulada en sentido *prescriptivo* o *axiológico*. Entendida en este sentido, la separación entre derecho y moral, o entre legitimación interna y justificación externa, es un principio *político* del liberalismo moderno —meta-jurídico y meta-moral— que sirve para fundamentar la autonomía recíproca de las dos esferas. El derecho y el estado —con arreglo a esta opción laica y liberal— no sólo no poseen ni encarnan valores meramente en tanto que tales, sino que tampoco deben tener fines morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad. En esta segunda formulación la autonomía del derecho respecto a la moral es un producto del *utilitarismo jurídico* ilustrado; y tiene el valor de un principio normativo meta-jurídico, como tal ni verdadero ni falso, que enuncia un «deber ser» del derecho y del estado a los que impone la *carga de la justificación* respecto a finalidades utilitarias externas a ellos. De un modo más preciso, este principio exige que la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado en la vida de los ciudadanos.

En el campo del derecho penal esta doctrina se ha expresado históricamente en tres principios axiológicos distintos, relativos respectivamente a la concepción del delito, del proceso y de la pena. En primer lugar, referida al *delito* o a los problemas de justificación de la *legislación*, implica que el derecho penal no tiene la misión de imponer o de reforzar la (o una determinada) moral, sino sólo la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros²². Para que se deba prohi-

bir una acción no es por tanto suficiente, sino todo lo más necesario, que sea considerada inmoral o en cualquier otro sentido reprobable, pudiéndose pretender que *no* se la prohíba si de ningún modo se la considera reprobable, pero no que se la prohíba sólo porque se la considera inmoral o en algún sentido reprobable²³. Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto *bienes jurídicos ajenos*, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros²⁴.

En segundo lugar, referido al *proceso* y por tanto a los problemas de justificación de la *jurisdicción*, el principio normativo de la separación exige que el juicio no verse acerca de la moralidad, o el carácter, u otros aspectos sustanciales de la personalidad del reo, sino sólo acerca de *hechos* penalmente prohibidos que le son imputados y que son, por otra parte, lo único que puede ser empíricamente probado por la acusación y refutado por la defensa. El juez, por consiguiente, no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir verdictos morales sobre su persona, sino sólo investigar sus comportamientos prohibidos. Y un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*. Es evidente que para que se realicen estas condiciones y el juicio tenga carácter cognitivo y jurisdiccional no basta con que los delitos estén previstos por las leyes con arreglo al mero principio de legalidad, sino que también es preciso, como ya se ha mostrado, que consistan en hechos empíricos taxativamente señalados según el principio de estricta legalidad, de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales que afirman o niegan su existencia.

Finalmente, referido a la justificación de la *pena* y de sus modos de *ejecución*, el principio implica que tampoco la sanción penal debe tener ni contenidos ni fines morales. Del mismo modo que ni la previsión legal ni la aplicación judicial de la pena deben servir ni para sancionar ni para determinar la inmoralidad, así tampoco debe tender su ejecución a la transformación moral del condenado. El estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar —reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes— la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el *derecho de ser* interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas

y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico.

Estos tres principios normativos definen, en su conjunto, los *finés* de tutela y prevención del derecho penal y al mismo tiempo los *límites* dentro de los cuales se justifica su intervención en un modelo garantista. Al menos el primero de los tres y, en la medida en que está ligado al principio de estricta legalidad, también el segundo, se remontan al pensamiento jurídico ilustrado, que fundamentó en ellos, como veremos en el capítulo octavo, la no punibilidad de las meras intenciones y de las opiniones, de los vicios, de las inclinaciones y estados de ánimo perversos, de la herejía y las ofensas a la religión, y en general de los actos internos y de aquellos no lesivos o lesivos solamente para uno mismo. La formulación del tercero es sin embargo más reciente: extraña a la tradición paleoliberal —que de Grocio a Hobbes, desde Pufendorf y Thomasius hasta Bentham, teorizó por el contrario la función correctora de la pena—, se debe, al margen de algunas indicaciones formuladas por Locke, a Anselm Feuerbach y más tarde a John Stuart Mill y Francesco Carrara²⁵. Los tres principios reflejan por lo demás una ética liberal: en primer lugar por estar basada en el valor de la libertad de conciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva; en segundo lugar, por estar destinada únicamente al legislador y no a los ciudadanos, cuya moralidad se considera por el contrario no sólo como jurídicamente irrelevante, sino también como jurídicamente intangible.

La teoría de la separación entre el derecho y la moral, tal y como resulta del análisis desarrollado hasta el momento, es en definitiva una doctrina compleja que se articula en seis órdenes de tesis. Podemos sintetizar las tres tesis asertivas en el rechazo, basado en el carácter «positivo» y convencional del derecho moderno, tanto de la idea de que el derecho es en cuanto tal un «valor», como de la idea de que los valores son en cuanto tales «derecho»: que son los dos opuestos pero a menudo convergentes prejuicios ideológicos que en la práctica siempre han alimentado, como formalismo o legalismo ético y como sustancialismo o moralismo jurídico, el sordo rigor legalista y el incontrolado arbitrio judicial. Y podemos identificar en los tres principios axiológicos los contenidos ético-políticos exigidos al derecho penal como condiciones de justificación externa y como otros tantos límites impuestos a la legislación, a la jurisdicción y a la ejecución penal. Esos principios representan efectivamente, como veremos analíticamente en la parte tercera, la base filosófico-política de todas las *garantías* penales y procesales tal y como fueron en primer lugar elaboradas teóricamente por las doctrinas reformadoras de la Ilustración y más tarde incorporadas positivamente en los códigos y en las constituciones: de la estricta legalidad o taxatividad de los delitos, de la exterioridad y materialidad de la acción delictiva, de la lesividad del resultado, de la culpabilidad, de la carga de la prueba, de los derechos de

defensa y de la correspondiente presunción de inocencia en ausencia de pruebas y de juicio.

16. *La confusión post-ilustrada entre derecho y moral*

1. *La «paradoja hobbesiana» y la fundamentación iusnaturalista del estado de derecho como sistema positivo.* La doctrina de la separación entre el derecho y la moral, tal y como resulta del conjunto de proposiciones asertivas y prescriptivas analizadas hasta el momento, refleja el proceso de secularización del derecho y de la cultura jurídica, particularmente penal, que se desarrolló paralelamente al nacimiento del estado moderno. Ha servido para promover, en tanto que doctrina teórica, el desarrollo de una ciencia penal iuspositivista basada en el principio de legalidad y, en tanto que doctrina normativa —unida a la igualmente normativa de los «derechos naturales»—, la elaboración de gran parte de las garantías de libertad del ciudadano y en general de las formas del moderno «estado de derecho» como sistema político sometido a reglas, límites y controles. Al mismo tiempo, la separación metacientífica entre punto de vista interno y punto de vista externo a las instituciones jurídicas y la carga de su justificación impuesta por su concepción utilitarista generaron, en la cultura liberal ilustrada, una actitud política reformadora respecto al derecho positivo vigente, permitiendo su crítica desacralizadora y exenta de prejuicios, liberada de la reverencia moral o religiosa al orden constituido. «¿Cuáles son estas leyes, que yo debo respetar, que dejan tan grande diferencia entre mí y el rico?» —podía preguntar Beccaria—. «¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos... Rompamos estos vínculos fatales a la mayor parte y útiles a algunos pocos e indolentes tiranos, acometamos la injusticia en su origen»²⁶. A «estas leyes, heces de los siglos más bárbaros», la autonomía del juicio externo permitía contraponer «la averiguación de la verdad», la «independencia de las opiniones vulgares» y la pasión civil por «los intereses de la humanidad»²⁷, que son el presupuesto de toda voluntad de progreso. Y Voltaire, aún más incisivamente: «¿Queréis buenas leyes? Quemad las vuestras y haced unas nuevas»²⁸.

En el siglo pasado, con la definitiva consolidación del monopolio estatal de las fuentes del derecho, la doctrina de la separación del derecho de la moral sin embargo se ha oscurecido. En el plano filosófico ello ha dependido del hecho de que la distinción aquí trazada entre su uso asertivo, que corresponde a tesis científicamente verdaderas, y su uso prescriptivo, que equivale a opciones políticas ni verdaderas ni falsas acerca de los límites del derecho y en particular del derecho penal, no ha estado nunca del todo clara. De un lado, en efecto, el rechazo, o más a menudo, la incomprensión del principio axiomático de la separación se ha asociado casi siempre al rechazo del prin-

cipio teórico, dando origen a representaciones sustancialistas y apolo­géticas del derecho penal vigente como brazo secular de la mora­lidad media de los ciudadanos, o del *ethos* del estado, o del orden antropológico-natural u otras ideas por el estilo. Por otro lado, la aceptación iuspositivista del principio teórico las más de las veces se ha hecho desembocar en la aceptación formalista del punto de vista normativo interno o jurídico como punto de vista exclusivo de la reflexión política, y no sólo de la científica, acerca del derecho penal y el estado. En ambos casos se ha seguido de ello el abandono de cual­quier punto de vista axiológico externo y, con él, de la tensión entre los dos puntos de vista que está en la base de todo discurso acerca de la justificación externa del derecho penal y de sus contenidos. El dere­cho positivo vigente, reafirmado ahora como único derecho existente, ha llegado a ser para la cultura jurídica algo «natural» que hay que conocer o como mucho explicar, y no ya justificar o deslegitimar. Y el problema de la justificación, es decir, de los límites y fundamen­tos morales y políticos del derecho penal, ha sido, más que apartado, descartado.

En los últimos tres siglos, en suma, ha tenido lugar un singular fe­nómeno cultural que es el reflejo de las vicisitudes políticas e institu­cionales del estado moderno. El problema de los fundamentos y la jus­tificación estuvo en el centro de la reflexión jurídico-filosófica durante los siglos XVII y XVIII; y lo estuvo en el marco de la temática del dere­cho natural y sus relaciones con el derecho positivo. Las teorías políti­cas del iusnaturalismo contractualista fueron todas, esencialmente, doctrinas utilitaristas de justificación externa del naciente estado mo­derno, del que repudiaron la idea de una fundamentación apriorista —natural, ética o religiosa—. Ello es evidente del modo más ejemplar en Locke, que concibió el estado como medio para garantizar los derechos naturales de los individuos frente a la precariedad del estado de naturaleza²⁹. Pero también es verdad en el caso de Hobbes, que no pudo por menos de fundamentar su teoría de ese «hombre artificial al que llamamos estado»³⁰ en el derecho natural y de justificar median­te un constante paralelismo entre leyes naturales y leyes civiles los con­tenidos de estas últimas³¹. La «paradoja hobbesiana» señalada por Norberto Bobbio —para quien Hobbes «arranca de la ley natural y llega a la construcción de una sólida concepción positiva del estado» y es por consiguiente iusnaturalista «de hecho» pero iuspositivista «de derecho»³²— es en cierta medida común a todo el pensamiento con­tractualista de la Ilustración: iusnaturalista en la medida en que halla en el derecho natural los fundamentos del estado y sus principios de justificación externa; pero al mismo tiempo iuspositivista en tanto en cuanto esos fundamentos externos, empezando por el principio con­vencionalista de legalidad, sirven precisamente para fundamentar, así como para moldear y limitar, al derecho estatal positivo como el único derecho vigente.

La paradoja es en realidad aparente. El positivismo jurídico nace como exigencia iusnaturalista porque inicialmente, antes de consolidarse el monopolio estatal de las fuentes de producción y convalidación jurídica, tal monopolio era visto como un «deber ser» más bien que como un «ser»; y el principio de legalidad, que expresará el punto de vista interno de la validez separado de hecho del externo de la justicia, no correspondía aún a una tesis científica o descriptiva «fundada», sino sólo a un principio axiológico o normativo «fundante», dictado él mismo desde un punto de vista externo a las instituciones entonces vigentes. El problema de Hobbes era en definitiva el de fundamentar la *positividad* de las leyes civiles, para sancionar los imperativos que reiteran de las leyes naturales. Comparadas con la precariedad «natural» de éstas, aquéllas son concebidas en efecto como la forma «artificial»³³ idónea para garantizar establemente sus contenidos³⁴; y es precisamente la *forma* artificial o positiva de tales contenidos que al menos en parte se realizará con la incorporación de los derechos naturales en las futuras constituciones en forma de «garantías» legales positivas la que se persigue, antes del nacimiento del moderno estado de derecho, como un «deber ser».

Lo que unifica todo el pensamiento político ilustrado, y que sólo será desmentido por el idealismo decimonónico, es en todo caso la concepción (del deber ser) del estado y del derecho positivo no como fines o valores en sí mismos, sino como *instrumentos* de garantía de los contenidos y de los valores dictados por el derecho natural y asumidos como sus *fundamentos externos*: ya se entiendan éstos al modo tradicional como imperativos de la naturaleza o de la razón, ya se les considere, como hace Hobbes, como «teoremas» o principios de ciencia política³⁵. Este punto de vista externo, constantemente mantenido por el pensamiento ilustrado, se explica por el hecho de que el nuevo estado que venía formándose en la crisis del *ancien régime* imponía la carga de la justificación, es decir, de la elaboración de los fines utilitarios extra-estatales y de los límites racionales idóneos para justificarlo. Ello confirió en cualquier caso al pensamiento jurídico ilustrado —aun (o quizá en tanto que) movido por premisas iusnaturalistas— un papel reformador y una capacidad de propuesta no superadas: dirigiéndolo hacia la «legislación», esto es, al derecho de hacer o de reformar, como el «objeto común de los que piensan»³⁶, y permitiéndole poner las bases del «estado de derecho» como sistema de poder vinculado por reglas y que asume como fin no valores ultraterrenos o ultrahistóricos, sino la tutela de la vida y de los demás derechos *fundamentales* de los ciudadanos.

2. *La regresión ideológica de la cultura jurídica decimonónica. El sustancialismo jurídico.* Tras la formación del estado liberal, el desarrollo de las codificaciones y el consiguiente ocaso del derecho natural, la cultura jurídica pierde cualquier referencia axiológica externa

como fuente de justificación y de limitación del derecho vigente, y en particular del derecho penal. También porque la clase de los juristas, situada profesionalmente entre tanto en la órbita del nuevo poder, no ha tenido nunca la capacidad de madurar una ética civil y política críticamente autónoma del derecho positivo y dotada de la misma autoridad que el derecho natural. Por otra parte, frente al estado ya consolidado y definitivamente emancipado de vínculos naturales o religiosos, parece que cesa para la cultura jurídica la carga de la justificación. No es ya «la legislación», es decir, el derecho por establecer, sino sólo la ley «positiva» o ya establecida la que se convierte, del siglo XIX en adelante, en «el objeto común de los que piensan»³⁷. En el derecho penal, por ejemplo, si se exceptúa la cuestión irreductiblemente externa del «¿por qué castigar?», que aún hoy es objeto de disertaciones escolásticas en todos los manuales de derecho penal, se torna cada vez menor el espacio dedicado por los juristas a las cuestiones de justificación externa que, por el contrario, habían exaltado el debate filosófico-jurídico en la época de la Ilustración: qué es justo y sobre todo qué es injusto prohibir, qué tipos de pena están justificados y cuáles por el contrario resultan inadmisibles, cuáles deben ser y por qué sus medidas máximas y mínimas y los criterios de su concreta determinación, qué formas y técnicas de juicio más allá de las codificadas son idóneas para dar garantías al ciudadano frente al arbitrio judicial.

Ello no quiere decir, nótese bien, que los juristas cesaran de formular o de respaldar respuestas a los problemas de los fundamentos. Significa más bien que la pérdida de cualquier vínculo axiológico externo paradójicamente les condujo en un gran número de casos a repudiar de hecho la separación entre el derecho y la moral, o entre legitimación interna y legitimación externa, en los dos órdenes de principios —asertivos y prescriptivos— en los que ha sido descompuesta en el apartado precedente. El giro es de signo antiilustrado, y se desarrolla —en Alemania, en Italia e incluso en Inglaterra— sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado. Es el fruto de una transformada actitud política —ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y en ocasiones reaccionaria— de la cultura jurídica liberal: preocupada ahora, más que de imponer al estado límites y garantías en defensa de los ciudadanos, de defender al estado y al nuevo orden económico y social contra los ciudadanos y en particular contra las nuevas «clases peligrosas»³⁸. Y se lleva a cabo, en el derecho penal, a través de los dos caminos ya mencionados —el del *sustancialismo jurídico* y el del *formalismo ético*—, contrarios entre sí, pero ambos «ideológicos» y «falaces» en el sentido anteriormente indicado y con resultados convergentes en muchos aspectos: la negación de las dos separaciones o en cualquier caso la confusión entre sus distintos significados; el legitimismo moral y político respecto al derecho vigente; el nacimiento de nuevos oscurantismos a la sombra de una general conversión estatalista de la cultura jurídica.

El primer camino es el que parte del rechazo del principio normativo de la separación y arrasa junto con él también el principio teórico, recayendo así en doctrinas sustancialistas, informadas de diferentes maneras por la idea de una base ontológica del derecho penal y por consiguiente de su renovada confusión iusnaturalista con la moral o con la naturaleza. Es el caso de las diversas corrientes católicas y espiritualistas del moralismo y del pedagogismo penal, y por otro lado de las teorías positivistas del naturalismo y del correccionalismo criminológico de las que hablaré en los capítulos 5 y 7; unas y otras regresivas, aun desde orillas ideológicas opuestas, respecto a la separación ilustrada entre derecho y moral, de la que contradicen tanto el principio axiológico como el teórico. La referencia ontológica externa —ya sea la pecaminosidad intrínseca del delito o la anormalidad antropológica del reo—, concebida en estos casos como suficiente tanto para la definición teórico-jurídica del delito como para la justificación ético-política de su punición, no cumple de hecho ninguna función de limitación o de deslegitimación del derecho positivo. Sirve por el contrario para avalar sus contenidos, y además para solicitar su extensión al mayor número posible de desviaciones morales o naturales, con arreglo a proyectos panpenalistas de saneamiento moral o de control disciplinario de la sociedad.

La idea sustancialista de que la desviación sea atajada y prevenida, más allá de sus definiciones legales, en su identidad ontológica de *malum in se* (moral o natural) ha favorecido así, primero en la masiva legislación de policía producida en toda Europa tras la mitad del siglo XIX y luego en los códigos mismos, una expansión del derecho penal bastante más allá de los rígidos límites garantistas de la determinación del hecho, de su lesividad y materialidad y de la culpabilidad de su autor. Piénsese, de un lado, en la relevancia atribuida, bajo el influjo de la «Escuela Positiva», a la figura de la «peligrosidad social» o a otras características personales del reo (reincidencia, capacidad de delinquir y similares) como presupuestos de medidas punitivas de prevención y seguridad, así como en el enorme desarrollo de las sanciones cautelares, procesales o de policía, *ante o extra-delictum*. Y piénsese, por otro lado, en el desvanecimiento del principio de estricta legalidad producido por el empleo en las definiciones legales de los delitos de expresiones valorativas o en cualquier caso carentes de denotación, cuya interpretación judicial no consiste en determinaciones de sentido, sino en juicios de valor que integran *post factum* la previsión normativa del hecho. Al que siguió, como mostraré en las partes tercera y cuarta, también el desvanecimiento del resto de las garantías y una tendencia a la subjetivización de todos los momentos de la intervención penal: no sólo de la predeterminación legal de la desviación, sino también de su determinación judicial, orientada según esquemas discrecionales e inquisitivos, y de la ejecución de la pena, dirigida a su vez a la prevención especial a través de la enmienda o corrección del reo.

3. *La renuncia técnico-jurídica al punto de vista externo. El formalismo ético.* La segunda vía del giro antiilustrado es la diametralmente opuesta que arranca de la adhesión iuspositivista a la tesis teórica de la separación entre el derecho y la moral y llega, confundiendo esta tesis con la axiológica, a la asunción del punto de vista jurídico como el único admisible también para los fines de la justificación ético-política del derecho penal. El resultado es la renuncia a cualquier punto de vista externo y la respuesta con criterios axiológicos exclusivamente internos a las preguntas acerca de los fundamentos. Es el caso de las doctrinas de corte idealista, que reducen (no el derecho a la moral sino) la moral al derecho, atribuyendo valor más allá de sus contenidos a la forma jurídica en cuanto tal y asumiendo el derecho y el estado como valores éticos en sí, independientemente de sus bases utilitarias y de su función de tutela respecto a los ciudadanos³⁹. Pero es el caso también de las tendencias meramente formalistas y tecnicistas, no por casualidad emparentadas históricamente con las primeras, que muy a menudo, tomando como axiológica la tesis teórica de la omnipotencia del legislador basada en el principio de legalidad, se deslizan con semejante falacia de la idea de la autonomía de la ciencia jurídica respecto a referencias ontológicas externas a la idea de que el derecho y el estado se autojustifican, o por lo menos de que son estériles y metafísicos los problemas de su justificación y los correspondientes puntos de vista axiológicos externos⁴⁰.

Se comprende que el formalismo o iuspositivismo ético, al conferir valor al derecho en cuanto tal, resulta idóneo para fundamentar doctrinas de la ausencia de límites al poder del estado, cuyo resultado extremo es el fascismo. El principio de (mera) legalidad, como se verá en el apartado 28.1, se asume de hecho en dichas ideologías como único postulado axiológico (y no meramente teórico) en virtud del cual tiene *valor* (y no solamente *vigencia*) cualquier contenido normativo (*quod principi placuit*); y la forma jurídica no se reivindica como instrumento o garantía de tutela de valores o intereses externos al estado, sino como valor en sí mismo, exclusivo y exhaustivo, no condicionado por límites o garantías como la estricta legalidad y el resto de derechos del ciudadano. Ha sucedido así, en las doctrinas políticas y jurídicas nazis, que la valorización moral del derecho ha llegado a transformar el principio de legalidad en el irracionalista y decisionista *Führerprinzip*; y ha permitido la introducción en el derecho penal del más exasperado sustancialismo y subjetivismo mediante las nefastas figuras del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*) o del «enemigo» (del pueblo, o del estado), identificadas, más allá de los hechos cometidos (o no cometidos), sobre la base de la mera actitud interiormente infiel o anti-jurídica del reo⁴¹.

Aun sin llegar a estos extremos totalitarios, también las orientaciones técnico-jurídicas —que en los ordenamientos de derecho codificado son las que más han influido en la formación de los hábitos in-

telectuales y morales de la clase de los juristas— han revelado sin embargo una virtualidad autoritaria y antigarantista. El abandono como no científica de la carga de la justificación les ha conducido en efecto, por así decirlo, a naturalizar el derecho positivo y a cancelar el problema filosófico-político de su justificación externa y por consiguiente de sus límites y de sus funciones. El resultado de ello ha sido una cultura jurídica acríticamente contemplativa que, cuando no ha llegado a teorizar el deber moral de la obediencia o directamente de la «fidelidad al estado», se ha expresado por lo general en formas *ningunistas* y conservadoras de *legalismo ético* —es decir, en la adhesión moral y política a los valores e intereses protegidos por el derecho positivo—, o en el mejor de los casos en una especie de *constitucionalismo ético*, consistente en la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales, absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista. La «paradoja hobbesiana» indicada por Bobbio se ha vuelto del revés en estos casos: estos juristas pertenecen «de hecho» al positivismo jurídico, pero «de derecho» al iusnaturalismo. Partiendo de premisas iuspositivistas, tienden en efecto a fundamentar en el derecho positivo, asumido como hecho suprapolítico poco menos que natural, una específica ética estatalista.

17. *Si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar*

1. *Los fundamentos filosóficos del garantismo penal. Análisis de un problema.* Según la hipótesis de trabajo formulada anteriormente, la doctrina ilustrada de la separación entre derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista y al mismo tiempo de cualquier sistema de derecho penal mínimo; mientras que las diversas doctrinas pre y también post-ilustradas de la confusión se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios. Se puede precisar ahora que el significado teórico de la doctrina de la separación se refiere a las *condiciones formales* de la legitimación interna, identificadas por ella con la satisfacción del principio de legalidad, que en sentido amplio implica que es delito sólo lo que está prohibido y no también aquello que meramente es reprochable, y que en sentido estricto requiere además que las prohibiciones legales se formulen no ya incorporando criterios genéricos de valoración o de reprobación externa, sino denotando taxativamente los comportamientos prohibidos; mientras que el significado axiológico de esa misma doctrina se refiere a las *condiciones sustanciales* de la legitimación externa, excluyendo el que éstas queden satisfechas por criterios meramente jurídicos o internos y exigiendo, habida cuenta de los costes producidos por las prohibiciones, los procesos y las penas, la carga de específicas justificaciones de carácter ético-político o externo.

Los dos significados, así como los dos problemas de la legitimación interna y externa a los que se refieren, aun no conectados en el plano lógico, lo están indudablemente en el plano histórico. Mostraré en efecto que la alternativa entre el modelo garantista y el sustancialista del derecho penal es en gran medida el reflejo de las distintas respuestas que, partiendo de la separación o de la confusión entre derecho y moral, no sólo pueden ser formuladas teóricamente, sino que también se han dado históricamente a la pregunta general «¿por qué el derecho penal?» y a los tres órdenes de cuestiones subordinadas en las que —si se rechaza la respuesta abolicionista— puede ser articulada esta pregunta: por qué, cuándo y cómo castigar (o no castigar); por qué, cuándo y cómo prohibir (o no prohibir); por qué, cuándo y cómo juzgar (o no juzgar). Los distintos modelos de derecho penal mostrados en los apartados 6 y 7 pueden también ser considerados, antes que como modelos teóricos y normativos de legitimación interna, como sistemas de respuestas aunque sea parciales a los problemas de la justificación externa. En particular, los principios del modelo garantista formalizados en nuestro sistema SG son en buena parte el fruto de las respuestas filosófico-políticas dadas a las preguntas mencionadas por parte del pensamiento ilustrado, antes del nacimiento del estado de derecho moderno. Esas respuestas —piénsese en Hobbes, Pufendorf, Montesquieu y Beccaria— fueron originariamente respuestas al problema de la legitimación externa o de la justicia, expresadas en forma de tesis de derecho natural o racional. Y sólo tras su incorporación a las constituciones modernas llegaron a ser (en todo o en parte) también parámetros de legitimación interna, es decir, principios jurídico-constitucionales meta-legales que regulan la validez de las leyes. Por ello es posible rastrear sus fundamentos filosóficos en las filosofías jurídicas y políticas más generales acerca de la justificación externa en las que fueron originariamente formuladas.

2. *El punto de vista externo de la filosofía del derecho y sus reflejos internos.* El punto de vista adoptado en la segunda y en la tercera parte de este trabajo es sobre todo el punto de vista axiológico externo, en congruencia con el programa enunciado al comienzo de una nueva fundamentación filosófica de las «razones» del derecho penal. Lo es necesariamente en relación con las seis primeras de las doce cuestiones distinguidas en el apartado 13, expresadas por las preguntas «si y por qué castigar», «si y por qué prohibir» y «si y por qué juzgar» y relativas al problema, del que hablaré en los dos próximos capítulos, de la razón o del fin del derecho penal y procesal. Pero lo es también, en gran medida, en relación con las otras seis cuestiones expresadas por los tres pares de preguntas «cuándo y cómo castigar», «cuándo y cómo prohibir» y «cuándo y cómo juzgar» y relativas a los presupuestos, a los contenidos, a la calidad, a la cantidad y a las formas de las penas, de las prohibiciones y de los juicios. Los principios

de nuestro modelo SG serán por consiguiente analizados, en los tres capítulos de la parte tercera, como respuestas axiológicas a las seis preguntas antedichas con independencia de sus concretas formulaciones en los diferentes ordenamientos positivos, de las que no obstante se dará cuenta para contrastar su grado de operatividad. Obviamente, como estos principios están concatenados entre sí, las respuestas ofrecidas por cada uno de ellos a nuestros tres pares de preguntas se condicionan entre sí de diversos modos; de manera que la incorporación de uno o de más de uno de ellos a un ordenamiento positivo confiere valor de legitimación interna no sólo a los principios incorporados, sino también a los implicados lógicamente por ellos.

Está claro que la cuestión del «si» no sólo es irreductiblemente externa, sino también de carácter preliminar respecto a cualquier otra: y ello porque admite también como posibles respuestas negativas o *abolicionistas*, que, no reconociendo justificación alguna al derecho penal como tal, excluyen de raíz todas las demás cuestiones de legitimación. A la inversa, las respuestas positivas a este problema, que llamaré *justificacionistas*, condicionan o en cualquier caso influyen profundamente, según cuáles sean sus motivaciones, en las cuestiones de legitimación externa relativas al «cuándo» y al «cómo» del derecho penal, así como en la fundamentación de los diferentes y posibles modelos de legitimación interna. De hecho éstas, argumentando el «por qué» de la intervención punitiva, también responden usualmente a las preguntas contrarias «¿por qué *no* castigar?», «¿por qué *no* prohibir?», «¿por qué *no* juzgar?». Y por consiguiente pueden justificar modelos de derecho penal máximo o mínimo dependiendo de las razones más o menos genéricas o complejas con las que se justifican ya sea el poder del estado de castigar, prohibir y juzgar, ya los límites a los que tal poder está sometido a falta de las razones que justifican su ejercicio.

Las cuestiones del «cuándo» pueden por el contrario ser no sólo de legitimación externa, sino también de legitimación interna. Precisamente la cuestión «cuándo castigar» —si se exceptúan los sistemas penales que carecen de los principios de retributividad y/o de legalidad, que necesariamente admiten sólo la respuesta sustancialista *quia peccatum* sobre la base de fuentes de legitimación externa— es una cuestión de legitimación interna, que admite la respuesta formalista y legalista *quia prohibitum*; aun cuando, siempre que las prohibiciones legales no sean taxativas y por tanto no esté claro qué es exactamente lo que está prohibido, las opciones interpretativas llevadas a cabo por el juez en el ejercicio del poder de verificación y más aún de disposición remiten necesariamente a fuentes de legitimación externa.

En cualquier caso, la respuesta *quia prohibitum* traslada el problema al expresado por la pregunta «¿cuándo prohibir?». ¿Por qué prohibir algunas acciones y no otras? Es evidente que las respuestas a

esta pregunta son sobre todo de justificación externa, dado que la elección de las acciones a prohibir se remite fundamentalmente a la potestad discrecional del legislador. El ordenamiento constitucional puede no obstante incorporar límites internos —como los requisitos estructurales de la lesividad del resultado, de la materialidad de la acción, de la responsabilidad personal, o, por otro lado, las condiciones generales representadas por los principios de igualdad y libertad— que vinculan negativamente a la potestad prohibitiva y corresponden todos ellos a otras tantas garantías, es decir, a condiciones de validez o de legitimidad interna de las prohibiciones legales. Finalmente, puede ser tanto de legitimación interna como de legitimación externa la cuestión «¿cuándo juzgar?»: es una cuestión interna en ordenamientos como el nuestro, caracterizados por la obligatoriedad de la acción penal y por la prohibición de denegación de justicia; pero es una cuestión al menos parcialmente externa en ordenamientos en los que la acción penal no es obligatoria y queda remitida a la discrecionalidad de los instructores. Y en todo caso es siempre una cuestión de justificación externa la elección entre estos diferentes sistemas judiciales, como por lo demás entre distintos métodos de producción legislativa.

Las cuestiones del «cómo» se refieren a problemas que difieren bastante entre sí. Tenemos en primer lugar las cuestiones del «cómo castigar» —es decir, de la calidad y de la medida legal y judicial de las penas, así como de sus modalidades de ejecución—, que son en parte de legitimación interna, pero en medida mucho mayor de justificación externa. Son indudablemente garantías incorporadas a todos los ordenamientos evolucionados, y por consiguiente condiciones de legitimación interna, las impuestas por el principio de legalidad y tipicidad de las penas, que consiente sólo determinados *tipos* de penas y predetermina su medida máxima y mínima para cada *tipo* de delito, excluyendo de ese modo tanto las penas atípicas premodernas —como el talión, los tormentos, las diversas penas corporales, la picota y similares— como la aplicación arbitraria de las penas típicas por parte del juez. Siguen siendo sin embargo cuestiones irreductiblemente externas, es decir, ético-políticas, las justificaciones de los tipos de penas legalmente admitidas (por ejemplo, la reclusión carcelaria y, allí donde esté prevista, la pena de muerte), de la elección legal de los tipos de pena y de sus límites máximos y mínimos para cada tipo de delito, de los criterios de determinación de la medida de la pena en el ejercicio equitativo del poder judicial de connotación, así como de las formas concretas de su ejecución. También está la cuestión del «cómo prohibir», que en los sistemas que incorporan el principio de estricta legalidad, esto es, la regla semántica que impone al legislador denotaciones penales exactamente determinadas, es fundamentalmente de legitimación interna, mientras que en los sistemas de legalidad atenuada, dotados simplemente del principio de mera legalidad y no de normas semán-

ticas acerca de la formación del lenguaje legal, es fundamentalmente de legitimación externa; quedando claro, también en este caso, que la elección de uno u otro sistema refleja modelos y doctrinas diferentes de justificación externa.

Finalmente, es una cuestión de legitimación sólo parcialmente interna la del «cómo juzgar», que en parte está condicionada por la anterior, es decir, por las técnicas de prohibición adoptadas. Allí donde queda satisfecho ese específico criterio de legitimación interna del «cómo prohibir» que es el principio de estricta legalidad o de taxatividad de los delitos, el juicio puede perfectamente ser cognoscitivo, es decir, llegar con los límites que conocemos a la verificación o al desmentido formal de los supuestos típicos juzgados, gracias a una serie de garantías procesales como la carga de la prueba, la presunción de inocencia a falta de prueba en contrario, el procedimiento contradictorio y la regla *in dubio pro reo*. A la inversa, en los ordenamientos y en las doctrinas que ignoran la estricta legalidad y dan cabida a modelos sustancialistas de definición de la desviación penal, quedan legitimados internamente poderes dispositivos y procedimientos indagatorios que apuntan hacia modelos de verdad sustancial o considerada como tal por el juez a partir de criterios subjetivos de legitimación externa. En cualquier caso, esa parte de «poder» que concurre con el «saber» en la determinación de las decisiones judiciales remite inevitablemente a criterios de justificación externa.

Añádase que la alternativa entre cognición e inquisición no se expresa sólo en el carácter cognoscitivo o valorativo del juicio, sino también en las técnicas alternativas de obtención de las pruebas para la verificación o refutación en concreto de las hipótesis acusatorias. ¿Cuáles son los medios moral y políticamente lícitos para llegar a la verdad en el proceso? ¿Está justificada la tortura, o la prisión preventiva, o el interrogatorio sin asistencia letrada, o el secreto sumarial más o menos ilimitado, o el premio por la confesión y la colaboración? Es evidente que estas preguntas admiten respuestas distintas en el plano de la legitimidad interna dependiendo de la presencia o no en el ordenamiento del que se esté hablando de otro tipo de normas y garantías procesales, relativas al «cómo probar» y al «cómo no probar»: el *habeas corpus* para la tutela del imputado, su inmunidad respecto a presiones físicas o morales, su derecho a negar y a mentir, la asistencia letrada y otras similares. Pero la adopción o no de este tipo de garantías normativas es nuevamente una cuestión de justificación externa, resuelta de distinto modo según que la determinación de la verdad se conciba como un fin condicionado al respeto de otros valores o bien como el fin incondicionado del proceso penal que justifica cualquier medio.

3. *Modelos de justicia y modelos de legalidad.* Los conjuntos de respuestas más o menos homogéneas que se pueden dar o se han dado

históricamente a las diversas cuestiones de justificación externa constituyen otros tantos *modelos de justicia penal*; los que por el contrario pueden darse o se han dado históricamente a las diversas cuestiones de legitimación interna constituyen otros tantos *modelos de legalidad penal*. Está claro que todo modelo de legalidad expresa un modelo de justicia. Pero mientras los modelos de justicia tienen siempre un valor axiológico o normativo, respecto a los modelos de legalidad —como veremos mejor en el apartado 26—, cabe tanto un uso con función asertiva como un uso con función normativa. Con más precisión, allí donde un ordenamiento positivo —como ocurre en todos aquellos con una constitución rígida— acoga un modelo de justicia, deberá hablarse asertivamente de un modelo de legalidad constitucional refiriéndonos a las normas constitucionales que lo incorporan; normativamente, de ese mismo modelo respecto a las leyes ordinarias conformes o disconformes con él; asertivamente, del (distinto) modelo de legalidad ordinaria eventualmente configurado por éstas; y normativamente de este mismo modelo respecto a su aplicación jurisdiccional.

Para los fines del análisis filosófico de los distintos problemas de la legitimación, resulta esencial mantener claramente diferenciados tanto el punto de vista externo (o ético-político de la justicia) del punto de vista interno (o jurídico de la legalidad) en relación con cada una de las cuestiones, como las distintas cuestiones entre sí. De lo contrario, la confusión puede dar lugar a equívocos y malentendidos insuperables. Por ejemplo, como veremos, algunas teorías de la pena —como las doctrinas retribucionistas— son sostenidas usualmente como teorías de justificación externa del «por qué castigar», cuando más bien enuncian parámetros de legitimación interna del «cuándo castigar», perfectamente compatibles con teorías utilitaristas acerca del fin de la pena. Otras veces se confunde la cuestión de la justificación de la pena como tal con la de la justificación de un tipo específico de pena como la reclusión carcelaria, es decir, entre una cuestión relativa al «si» y una relativa al «cómo» de la pena, de manera que se presentan como justificaciones de la pena en general funciones como la reeducación o la reinserción social del condenado que, si pueden tener en mente las modalidades de ejecución de la pena privativa de libertad, resultan sin embargo extrañas en relación con otros tipos de pena, como por ejemplo las penas pecuniarias; o bien —y éste es el equívoco más grave y desorientador— se proponen como doctrinas abolicionistas del derecho penal o de la pena (como veremos, escasamente persuasivas) las que por contra son solamente doctrinas abolicionistas de la cárcel (como veremos, perfectamente plausibles) y a las que mejor sería llamar sustitucionistas o reformadoras.

La reflexión acerca de los diversos modelos de justicia y de las correspondientes doctrinas de justificación externa, además de proporcionar en el plano meta-ético y meta-político los criterios de valora-

ción de los sistemas penales positivos o de cada una de sus normas o instituciones, permite rastrear las diferentes culturas jurídicas y políticas que están tras ellos y que a menudo han influido directamente en su producción. Hay sin embargo otra clase de razones que confieren relevancia —práctica, además de histórica y teórica— a los problemas de la justificación y a las distintas soluciones que se les han dado históricamente y han sido presentadas hasta ahora. Los diferentes modelos de justicia penal corresponden a las distintas culturas y subculturas que operan de un modo u otro en la praxis de cada ordenamiento, cualquiera que sea el sistema de garantías jurídicamente adoptado: en el nivel político y legislativo, en el nivel de la práctica judicial, en las manifestaciones de la opinión pública. En particular, resulta decisiva su relevancia en la actividad jurisdiccional. Aun cuando las constituciones actuales han recibido a grandes rasgos la mayor parte de los principios del garantismo penal cognoscitivista, de hecho las legislaciones, y en particular la italiana, abundan en figuras e instituciones que remiten a criterios explícitamente sustancialistas y potestativos, tales como la valoración de la peligrosidad del reo para los fines de las diferentes medidas cautelares, el juicio acerca de su personalidad y su moralidad para la medición de la sanción, la función reeducadora atribuida a la pena y otros por el estilo. Sobre todo, como sabemos, en parte son inevitables y en parte están inducidos por la estructura legal del ordenamiento juicios de valor y prácticas indagatorias que también hacen referencia a criterios de valoración extrajurídicos. De todo ello resultan amplios espacios de poder judicial discrecional, o de disposición, que determinan que las diferentes doctrinas de la justificación externa sean directamente operativas en el plano judicial en tanto que fuentes, más o menos conscientes, de tipo extra o metalegal.

En el plano de la praxis, habría que añadir, el trasfondo cultural es bastante diferenciado y heterogéneo, estando informado según las ocasiones y dependiendo de las leyes y los juicios por doctrinas de justificación distintas y a veces contrapuestas. Estas doctrinas, por otra parte, están difundidas de diversos modos en la cultura jurídica y política e influyen en las distintas políticas criminales proyectadas y practicadas. Piénsese en las alternativas —en la definición de los modelos de justicia penal— entre venganza y prevención, entre reeducación e intimidación, entre prevención general y prevención especial, y por otro lado entre sustancialismo y convencionalismo penal, entre moralismo y utilitarismo, entre objetividad de los delitos y subjetividad de los reos, entre modelos de verdad sustancial y modelos de verdad formal, entre eficacia indagatoria y garantías de defensa, entre máxima seguridad de la sociedad y máxima libertad de los individuos. Está claro que las opciones entre alternativas de este tipo guían de hecho la legislación, la jurisdicción y la ejecución penal, así como las diversas orientaciones de política criminal y de deontología profesio-

nal de los operadores penales. De ahí la importancia de identificar analíticamente sus términos, no sólo para esclarecerlas en el plano teórico, sino también para identificar y hacer explícita su incidencia práctica y para exponerlas a la crítica y al control político y racional.

Finalmente, más allá de la reconstrucción histórica y del análisis crítico de las culturas acerca de la justicia que están detrás de las concretas prácticas legislativas y judiciales, la elaboración filosófica de un modelo normativo de justicia como es por ejemplo nuestro sistema SG representa el presupuesto de cualquier proyecto e innovación jurídica de tipo reformador. Bajo este aspecto, la teoría del derecho penal que será trazada en los dos capítulos siguientes y en la parte tercera se propone como doctrina política tanto de la legislación como de la jurisdicción, dirigida a identificar los valores o parámetros de legitimación externa de una y otra y a definir, también más allá de los vínculos constitucionales de legitimación interna, sus respectivas deontologías.

NOTAS

1. Esta tripartición fue puesta en la base de la ciencia penal por Francesco Carrara, que reconoció en ella los «tres grandes temas que constituyen el objeto de [la ciencia penal], en cuanto tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la *prohibición*, en la *represión* y en el *juicio*, para que esa autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degenera en tiranía. La ciencia criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo práctico de aquellos tres grandes temas» (*Programa. Parte general*, cit., vol. I, p. 3); «Tres hechos constituyen el asunto de nuestra ciencia: el hombre que viola la ley; la ley que exige que sea castigado ese hombre; el juez que comprueba la violación e irroga el castigo. Delito, pena, juicio. El orden de las materias en el derecho penal surge de la naturaleza de las cosas. Es inalterable» (*ibid.*, p. 26). La misma tripartición es adoptada por F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padua, 1933, trad. cast. de V. Conde, *Teoría general del delito*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 16-17.

2. Esta cifra está formada fundamentalmente por hurtos. En Italia, en 1986, de 2.030.173 delitos denunciados (entre ellos 1.194.297 hurtos, casi el 60%), 1.355.831, es decir, exactamente dos tercios (y entre ellos 1.146.773 hurtos, el 96% de los hurtos denunciados) han quedado sin aclarar (ISTAT, *Statistiche giudiziarie. Anno 1986*, Roma, 1988, p. 217). A esta cifra ha de añadirse aquella otra, incalculable, de los delitos no denunciados: piénsese en las corrupciones, malversaciones, los malos tratos en la familia y en las demás violencias padecidas silenciosamente por los sujetos más débiles.

3. De las 202.966 personas juzgadas en 1986 —sin incluir las condenadas por decreto [por conformidad del imputado] a simples multas por emisión de cheques en descubierto (310.146, según las *Statistiche*, cit., p. 219)—, 89.138, el 44%, fueron absueltas (*ibid.*, p. 222). No es diferente el porcentaje de los absueltos entre los sometidos a prisión provisional, cuyo número en la última década se ha situado entre la mitad y los dos tercios de la población reclusa. Véanse los datos estadísticos consignados en la nota 13 del cap. 11.

4. Se trata de un número relativamente exiguo, dada la escasez de los recursos de revisión: 1.784 procedimientos en 17 años, de 1971 a 1987, lo que equivale a 105 al

año, de los que apenas un tercio concluyeron con la absolución (ISTAT, *Annuari di statistiche giudiziarie* de los años 1971-83, Roma, 1973-1985; Id., *Annuario statistico italiano*. 1988, Roma, 1988, p. 208, para los años 1983-1987).

5. T. Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft* (1959), trad. it. de M. Losano y F. Giuffrida Repaci, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Giuffrè, Milán, 1965, p. 32.

6. «Justificación» —según la definición estipulativa de U. Scarpelli, *Gli orizzonti della giustificazione*, cit., pp. 3-4— puede ser usada para designar cualquier «discurso apto para concluir mediante razones que algo es justo», tomando «justo» no por referencia a un valor de justicia según una fórmula particular y determinada, sino en un sentido bastante lato: justo como aquello que, en términos generales o en una situación dada, ha de aceptarse, preferirse, escogerse, perseguirse, precisamente sobre la base de razones».

7. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Nacional, México, 1980, pp. 70-72, 110-113 y 122; cf. también U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965, pp. 53-58.

8. Cf., por ejemplo, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1957, p. 483: «Por 'función' se entiende la acción, o mejor, la *eficacia de la pena*: en otros términos, los efectos que produce y en vista de los cuales es adoptada por el Estado».

9. La distinción entre estos dos significados del problema de la «función» o del «por qué» del derecho penal —es decir, entre «explicación causal» y «explicación del fin»— es trazada por A. Ross, *Skyld, ansvar og straf* (1970), trad. it. de B. Bendixen y de P. L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 76. Y corresponde sustancialmente a la enunciada por Carrara, que distinguía entre «génesis histórica» y «origen jurídico» de la pena: «No se trata ya de averiguar por qué lo *han hecho* los hombres, sino por qué *se debe hacer* y por qué *se puede proceder así*» (o. c., 600, vol. II, p. 44). Sobre el punto de vista externo y descriptivo de la explicación causal propio de la sociología del derecho, cf. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bolonia, 1982, trad. cast. de A. Bunster, *Criminologia crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, México, 1986, pp. 10-11.

10. A estos tres puntos de vista corresponde la distinción ya escolástica, formulada por Norberto Bobbio, entre cometidos de la ciencia del derecho, de la filosofía del derecho y de la sociología jurídica: cf. N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín, 1948, pp. 50-56; Id., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, cap. II, trad. cast. de E. Roza Acuña, en *Teoría general del derecho*, parte primera, Debate, Madrid, 1991.

11. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, pp. 81-83 y 116.

12. Véanse, por ejemplo, las máximas de Henry Bracton y de Edward Coke citadas en la nota 18 del primer capítulo y, por otro lado, las diversas definiciones sustancialistas del delito consignadas *infra* en el apartado 27.2.

13. Sobre el problema de la naturaleza (sólo jurídica o también política) de la obligación de obedecer las leyes, véase, *infra*, apartado 61. N. Bobbio, en *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 345 ss., recuerda entre las orientaciones ideológicas de tipo ético-legalista las de los juristas franceses de la escuela de la exégesis en la época de la Restauración y, sobre todo, las de los juristas alemanes que se formaron en la segunda mitad del siglo pasado bajo el influjo de la concepción hegeliana del «estado ético». En *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 82, el mismo Bobbio señala otros

dos modelos, opuestos entre sí, de legalismo ético: el convencionalista de Hobbes, para quien, una vez formada la sociedad civil, es justo todo aquello y sólo aquello que es conforme a los pactos (o a las leyes) con arreglo a la máxima «no podemos hacer injuria sino a la persona con quien pactamos» (*Del ciudadano*, cit., III, 4, p. 87); y el naturalista de Spinoza, para el que es justo lo que por naturaleza tiene cada uno el poder de hacer según la máxima «uniuscuiusque individui naturale ius eo usque se extendit, quo eius potentia» (*Tractatus politicus* [1677], II, 4, trad. cast. de A. Domínguez, *Tratado político*, Alianza, Madrid, 1986, p. 85): fórmula esta última que se hace eco de la pronunciada por Trasimaco, «lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte», en Platón, *La República*, I, 12, 338c, trad. cast. de J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, I.E.P., Madrid, 1949, reimp. 1969, vol. I, p. 23. Una interpretación opuesta del pensamiento de Hobbes es sugerida sin embargo por M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham e Austin*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 106-119, quien sostiene que en realidad Hobbes usa «justicia» en el sentido de «legalidad» y habla por contraposición de leyes buenas y malas o justas e inicuas, sentando así «las premisas, aun con una terminología inadecuada y desorientadora, de esa teoría de la separación entre derecho y moral que será dominante en el pensamiento jurídico inglés y encontrará su máxima expresión en las concepciones de Bentham y Austin». En sentido favorable a esta interpretación, cf. los pasajes de Hobbes sobre los que se llama la atención *infra* en las notas 21-24. Es con todo cierto que en las obras de Hobbes pueden hallarse afirmaciones relevantes en apoyo de ambas interpretaciones (cf. N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Morano, Nápoles, 1965, pp. 26-49 y 60-74 [de la primera cita, corresponde al artículo de Bobbio *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, hay trad. cast. de M. Escrivá de Romani, en N. Bobbio, *Thomas Hobbes, Paradigma*, Barcelona, 1991, pp. 177-204; de la segunda, que corresponde al artículo *Hobbes e il giusnaturalismo*, hay trad. cast. de Juan Carlos Bayón, en N. Bobbio, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1985, pp. 159-170]). Pero ello obedece a la naturaleza de lo que Bobbio llama la «paradoja hobbesiana», de la que hablaré en el próximo apartado. En cualquier caso, el formalismo jurídico de Hobbes está en buena medida libre de esa atribución de valor ético-totalitaria al derecho que caracterizará a la doctrina hegeliana del «estado ético».

14. La concepción del positivismo jurídico como doctrina de la separación entre derecho y moral corresponde al segundo de los cinco significados de «positivismo jurídico» indicados por H. L. A. Hart, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit., p. 16; Id., *El concepto de derecho*, cit., p. 230: «entenderemos por positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así». Esta concepción —como ha mostrado M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese*, cit.: Id., *Positivismo giuridico*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XIII, 1966, pp. 320-321— es típica de la tradición iuspositivista inglesa, y se remonta sobre todo a Bentham y Austin: cf. J. Bentham, *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (1776), trad. cast. de J. Larios Ramos, *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 8, que en polémica con Blackstone distingue entre derecho «como es» y derecho «como debe ser»; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), ed. H. L. A. Hart, Library of Ideas, Londres, 1954, Lect. V, p. 184: «The existence of law is one thing; its merit or demerit is another» [«La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra diferente»]. La misma tesis se formula en H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1949, 2.^a

reimp. de 1979, pp. VI-VIII, y 4-13; Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. cast. de J. T. Tejerina, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Nacional, México, 1974, pp. 42-46; Id., *La teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., pp. 15 ss., 79-82 y 121-122. De un modo similar Norberto Bobbio enuncia la separación entre «derecho real» y «derecho ideal», o entre «derecho como es» y «derecho como debe ser», o entre «derecho como hecho» y «derecho como valor», y define el positivismo jurídico como el estudio avalorativo del derecho «real», «como es» o «como hecho» (*Il positivismo giuridico*, cit., p. 198 y *passim*; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 105-107; *Intervento en la Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 1967, p. 70).

15. Por «ley de Hume» se entiende la tesis según la cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni a la inversa: D. Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, cit., lib. III, parte I, pp. 671-698. Sobre la diferencia entre el sentido de la «ley de Hume» en la meta-ética contemporánea y el del pasaje del *Tratado*, cf. no obstante E. Lecaldano, «Grande divisione», «legge di Hume» e ragionamento morale, en «Rivista di Filosofia», 1976, 4, pp. 74 ss. Para un amplio análisis crítico del significado de la ley de Hume, véase G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milán, 1969.

16. Esta noción de ideología como teoría o doctrina lógicamente falaz por la derivación indebida del «ser» del «deber ser», o viceversa, me parece una redefinición bastante fiel del concepto marxista de ideología como conciencia deformada. Será precisada en el apartado 23.1 y utilizada después para la crítica de muchas doctrinas y teorías penales en las que el vicio de la derivación recíproca entre tesis asertivas y tesis prescriptivas se encuentra particularmente difundido. En la literatura filosófico-jurídica, por el contrario, «ideología» se usa generalmente para designar cualquier discurso no meramente descriptivo sino (también) valorativo y normativo en tanto que dirigido a orientar o a justificar actividades prácticas (N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 110, 113, 114 y *passim*; R. Guastini, *Cos'è il garantismo*, en «Critica del diritto», 1980, 16-17, p. 63; P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Turín, 1984, pp. 7 y 24): es decir, en el sentido (avalorativo) que en el apartado 23.1 propondré que se asocie, en contraposición a «teoría», a la palabra «doctrina».

17. *El positivismo...*, cit., p. 12.

18. Sobre el principio de legalidad como norma *constitutiva*, en los ordenamientos modernos, del carácter *positivo* u *objetivo* del derecho vigente, y sobre el correspondiente postulado meta-científico del positivismo jurídico, *constitutivo* a su vez del carácter *empírico* y *descriptivo* de la ciencia del derecho, remito a mi trabajo *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, cit., pp. 407 ss. La misma tesis se expondrá aquí en los apartados 28.1, 28.2 y 58.1.

19. Es el principio metacientífico sobre el que Kelsen basa su meta-teoría de la teoría del derecho como «teoría pura» y su calificación de las tesis teórico-jurídicas como proposiciones empíricas y asertivas: de Kelsen, véanse, además de los pasajes citados en la nota 14, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 194-196 y *La teoría pura* [2.ª ed.], cit., pp. 83 ss. y 92-93. Sobre la *vexata quaestio* de la científicidad de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica, sobre su nexos con la estructura legal del ordenamiento jurídico investigado y sobre los postulados iuspositivistas que sirven para fundamentar el carácter empírico y asertivo de los discursos de los juristas, remito a mis trabajos *La semantica della teoria del diritto*, cit., pp. 94 ss., y *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., pp. 415-418.

20. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., pp. 397 y 417. «'Derecho'», por consiguiente, es

para Hobbes sólo «lo que aquel o aquellos que poseen el poder supremo ordenan a sus súbditos, proclamando públicamente y con palabras claras qué pueden y qué no pueden hacer»; y «delito es cualquier ofensa para la que la ley del país establece una pena» (*ibid.*, pp. 418 y 429). Análogas definiciones formalistas del derecho y del delito, basadas en el principio de legalidad, se encuentran en Pufendorf, Bentham y Austin: cf., *infra*, apartado 27.2.

21. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVI, p. 219; Id., *Diálogo*, cit., p. 430: «Puede ser que el hombre esconda en lo más recóndito de su pensamiento u oculte secretamente un pecado, del que ni juez, ni testigo, ni ningún otro tenga la posibilidad de darse cuenta; mientras que el delito es un pecado que consiste en un acto contrario a la ley, del que su autor puede ser acusado para después ser llevado a juicio, en el que el juez le condenará o absolverá con arreglo a los testimonios. Y además, el derecho positivo puede convertir en pecado un acto que en sí mismo no constituye pecado, sino que no es ni bueno ni malo: cuando estaba en vigor la ley que prohibía adornarse el sombrero con seda, hacer tal cosa era pecado, mientras que antes no lo era. A decir verdad, a veces el derecho escrito tiene también la facultad de convertir en pecado un acto en sí mismo bueno: por ejemplo, si se promulgara una ley para prohibir que se dé limosna a los mendigos fuertes y robustos, dicha limosna sería pecado tras la promulgación de la ley, mientras que antes no lo habría sido; antes, en efecto, habría sido una obra de caridad, a la cual le interesa la pobreza, y no la fortaleza u otras cualidades del mendigo. Y más aún, quien en los tiempos de la Reina María hubiese negado al Papa cualquier autoridad en Inglaterra habría sido enviado a la hoguera, mientras que en los tiempos de la Reina Isabel sería elogiado por ello. Todo ello nos demuestra cómo muchos actos, que por su naturaleza no son delictivos, se convierten en delitos con el mudar de las leyes, que quienes están en el poder hacen y deshacen siguiendo la diversidad de sus opiniones y de sus intereses».

22. Como se verá en los apartados 33 y 34, esta tesis constituye el rasgo quizá más característico del pensamiento jurídico liberal, desde Hobbes, Pufendorf y Thomasius a Montesquieu, Beccaria, Hommel, Bentham, Mill y Carrara. Recientemente ha sido sostenida con especial vigor por H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963), trad. it. de G. Gavazzi, *Diritto, morale e libertà*, Bonanno, Acireale, 1968; Id., *El concepto de derecho*, cit., pp. 196 ss.

23. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 430: «Todos los delitos, en verdad, son pecados, pero no todos los pecados son delitos»; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 23: «No todo lo que pide la revelación lo pide la ley natural, ni todo lo que ésta pide lo pide la pura ley social, siendo importantísimo separar lo que resulta de los pactos tácitos o expresos de los hombres; porque los límites de aquella fuerza son tales que pueden ejercitarse legítimamente entre hombre y hombre [*sic*; debe decir: '... pues ése es el límite de la fuerza que puede ejercitarse legítimamente entre hombre y hombre']»; K. F. Hommel, *Des Herren Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* (1778), trad. it. de F. Venturi, *Introduzione alla versione tedesca di «Dei delitti e delle pene»*, en apéndice a C. Beccaria, o. c. [edición italiana; la edición castellana citada no incluye dicho apéndice], p. 599: «No poseemos ninguna señal característica de una universal ley divina positiva. Todos los signos acostumbrados de ese tipo son mendaces, simplemente porque no existen... No hay que confundir pecado, delito y acciones despreciables... Hombre, ciudadano y cristiano son tres conceptos distintos»; *ibid.*, p. 609: «El tribunal divino es distinto del de los hombres y es tan difícil mezclar el uno con el otro como mezclar agua y aceite, puesto que sus elementos y fuentes son sustancialmente diferentes. El manantial del que brotan las leyes penales humanas está representado exclusivamente por la entidad del daño que un delito causa al prójimo o al estado en su conjunto».

Por otra parte, el utilitarismo jurídico no coincide tampoco con el utilitarismo moral, dado que ni siquiera una moral utilitarista está en condiciones por sí sola de indicar las condiciones suficientes, además de necesarias, que justifican la prohibición como delito de un pecado: «La moral ordena a cada individuo hacer todo lo que es ventajoso a la comunidad, incluyendo en ello su utilidad personal; pero hay muchos actos que son útiles a la comunidad, y que sin embargo no debe ordenar la legislación, como hay muchos actos nocivos que la legislación no debe prohibir aunque los prohíba la moral: en una palabra, la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral; pero no tiene la misma circunferencia. Hay dos razones de esta diferencia: 1.º) la legislación sólo puede influir directamente sobre la conducta de los hombres por medio de las penas, y estas penas son otros tantos males que no pueden justificarse sino en cuanto de ellos resulta una suma mayor de bien; pero en muchos casos en que se quisiera añadir fuerza a un precepto moral con una pena, el mal de la culpa sería menor que el mal de la pena, y los medios necesarios para hacer ejecutar la ley serían de tal naturaleza que extenderían en la sociedad un grado de alarma más perjudicial que el mal que se trataba de evitar. 2.º) La legislación separa [*sic*; debe decir: 'se para'] muchas veces por el miedo de envolver al inocente queriendo castigar al culpado. ¿De dónde viene este riesgo? De la dificultad de definir el delito, y de dar una idea clara y exacta de él. Por ejemplo, la dureza, la ingratitud, la perfidia y otros vicios que la sanción popular castiga no pueden someterse a la ley, porque no se puede dar una definición exacta de ellos como del robo, del homicidio, del perjuicio [*sic*; debe decir: 'del perjuicio'], etc.» (J. Bentham, *Principios de legislación*, cap. XII, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 75-76).

24. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXX, p. 276: misión de las leyes es hacer «que los súbditos no se dañen mutuamente». La justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela de los ciudadanos mediante la prevención de los delitos que lesionan sus derechos es común a todo el iluminismo jurídico: cf. *infra* los apartados 20 y 33 y las tesis sobre las que allí se vuelve de Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Montesquieu, Beccaria, Hommel, Feuerbach, Humboldt, Voltaire, Condorcet, Filangieri, Romagnosi, Hume, Bentham, Pagano y Carmignani.

25. Véanse, *infra*, el apartado 21 y las notas 122, 161 y 162 del cap. 5.

26. C. Beccaria, *o. c.*, XXVIII, p. 77-78; *ibid.*, VI, p. 36: «Cualquiera que leyere con mirada filosófica los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen ciudadano* o de *reo*, con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acaecen en las circunstancias de los países, y por consecuencia siempre conformes al interés común, sino en razón de las pasiones y de los errores de que [*sic*] sucesivamente fueron movidos los legisladores»; *ibid.*, XLI, p. 105: «La mayor parte de las leyes no son más que privilegios, esto es, un tributo que pagan todos a la comodidad [*sic*; debe decir: 'al mandato'] de algunos».

27. *Ibid.*, Prólogo, pp. 21 y 24; *ibid.*, p. 21: «Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, recopiladas por orden de un príncipe que hace doce siglos reinaba en Constantinopla, mixturadas después con ritos longobardos, y envueltas en farragosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes, forman aquella tradición de opiniones que en gran parte de Europa tiene todavía el nombre de leyes; y es cosa tan común como funesta ver en nuestros días que una opinión de Carpovio, un uso antiguo señalado por Claro, un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinaccio, sean las leyes obedecidas con seguridad y satisfacción de aquellos que para regir las vidas y fortunas de los hombres deberían obrar llenos de temor y desconfianza». Aún más duro es el juicio de Filangieri sobre los «demasiado venerados libros de las leyes romanas»: «No reflexionando el imbécil Justiniano en la diversidad de los tiempos y circunstancias; mezclando sin orden ni distinción las leyes que aún se re-

sentían de la antigua libertad de la república, con las que había dictado el más feroz despotismo; y poniendo al lado de los establecimientos de los emperadores más humanos los de los crueles despotas que ensangrentaron el imperio, hizo de la jurisprudencia un caos informe, donde el filósofo y el tirano encuentran igualmente ideas análogas a sus opuestos principios» (*Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. IX, tomo III, pp. 92-93).

28. *Questions sur l'Encyclopédie*, nota *Des Lois*, en *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 566.

29. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., cap. I, 3, p. 35 y cap. IX, 123, pp. 133-34; Id., *A Letter concerning Toleration* (1689), trad. cast. de P. Bravo Galán, *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 8: «El Estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. Estimo además que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes». Sobre la diferencia en la concepción del estado de naturaleza y de la función del estado en Hobbes y en Locke, véase N. Bobbio, *Studi lockiani*, en *Da Hobbes a Marx*, cit., pp. 100-107.

30. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVI, p. 219.

31. El paralelismo está presente tanto en el *Del ciudadano* como en el *Leviatán*, y antes aún en los *Elements of Law Natural and Politic* (1640), trad. cast. de D. Negro Pavón, *Elementos de Derecho Natural y Político*, C.E.C., Madrid, 1979. Sobre este punto, cf. N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), trad. cast. en N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, cit., pp. 165 y 177-182.

32. *Ibid.*, pp. 160-162.

33. «Pero del mismo modo que los hombres, a fin de conseguir la paz y la conservación de sí mismos, han fabricado un hombre artificial al que llamamos estado, así también han fabricado una serie de ataduras artificiales, llamadas *leyes civiles*, que los hombres mismos, mediante convenios mutuos, han prendido, por un extremo, a los labios del hombre o asamblea a los que han entregado el poder soberano, y, por el otro, a sus propios oídos» (*Leviatán*, cit., XXI, p. 175).

34. «La ley natural y la ley civil están contenidas la una en la otra y tienen igual extensión. Pues las leyes de naturaleza... no son... propiamente leyes, sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y a la obediencia. Una vez que un Estado ha sido establecido, es cuando de hecho aparecen las leyes, y no antes. Pues es entonces cuando las leyes son órdenes del Estado y, en consecuencia, leyes civiles, pues es el poder soberano el que obliga a los hombres a obedecerlas... La ley civil y la ley natural no son específicamente diferentes, sino partes diferentes de la ley; la parte escrita se llama civil, y la no escrita, natural. Pero el derecho de naturaleza, es decir, la libertad natural del hombre, puede ser reducida y controlada por la ley civil; más aún, la finalidad misma de hacer leyes no es otra que imponer ese control, sin el cual no es posible que haya paz alguna. Y la ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros, sino que se asistan mutuamente y se unan contra un enemigo común» (*Leviatán*, cit., XXVI, pp. 217-218). «En otras palabras», dice Bobbio, «la ley positiva proporciona la forma y la ley natural el contenido» (*Thomas Hobbes*, cit., p. 178); o bien, «el derecho natural suministra el contenido de la regla, en tanto que el derecho positivo garantiza su eficacia» (*Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, cit., p. 160).

35. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XV, p. 133; *ibid.*, XIII, p. 105. Cf. también Id., *Del ciudadano*, III, 33, p. 101. Sobre este punto, cf. N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, cit., pp. 167-168 y 200. Según Bobbio, las leyes naturales —y en particular la primera ley de

la naturaleza, que al prescribir el valor de la paz «prescribe la constitución del estado» (*ibid.*, p. 170)— cumplen en el sistema de Hobbes el papel de «fundamento racional» del derecho positivo [N. del T.: en la trad. cast. cit. este texto debería estar en la p. 171; pero se halla justamente en una línea que se ha omitido respecto al texto original de Bobbio: cf. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, cit., p. 20]; o también, podríamos decir, de norma fundamental en el sentido de Kelsen.

36. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., Introducción, tomo I, p. 2: «Desde el tiempo de Montesquieu no ha habido escritor que no haya intimidado a los hombres la necesidad de una reforma en la legislación. 'Casi todos los escritores de un siglo', dice un grande hombre, 'poetas, oradores y filósofos, son impelidos y dominados por las cosas que los rodean. La naturaleza imprime, por decirlo así, en cada época un mismo sello en todas las almas, y los mismos objetos les inspiran las mismas ideas'. En el día de hoy es la legislación este objeto común de los que piensan'. Sobre el carácter jurídicamente reformador de la Ilustración —con particular referencia a la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, de Hobbes a Bentham— véase el hermoso libro de P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milán, 1974.

37. G. Filangieri, *loc. cit.*

38. Es la expresión con la que se encabeza el tít. III de la ley de seguridad pública n.º 6144 de 30.6.1889 y que designa a los mendigos, extranjeros, vagabundos, vagos aptos para el trabajo pero desprovistos de medios de subsistencia, expresidarios y aquellos a los que la «voz pública» atribuye mala fama. Sobre la legislación de policía contra los sujetos y las clases peligrosas dictada en Italia, como en el resto de Europa, a partir del siglo pasado, cf., *infra*, el cap. XI.

39. «Lo que es racional es real; y lo que es real es racional», afirma Hegel (*Filosofía del derecho*, cit., p. 51; Id., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* [1827], trad. cast. de E. Ovejero y Maury, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Instituto del Libro, La Habana, 1968, 6, anot., p. 23), contradiciendo en ambos sentidos la ley de Hume sobre la recíproca inderivabilidad y separación entre deber ser y ser; Id., *Filosofía del derecho*, cit., 257-258, pp. 318-319: «El Estado es la realidad efectiva de la idea ética, es el Espíritu ético... lo racional en sí y por sí... unidad sustancial [que] es el absoluto e inmóvil fin último». Sobre las orientaciones ético-estatalistas cf., *infra*, los apartados 19, 27.2, 33-36 y 59.

40. Me limito a recordar el durísimo ataque dirigido contra la filosofía del derecho y en general contra la reflexión acerca del problema de los fundamentos del derecho penal en las primeras páginas del más célebre y difundido tratado de derecho penal italiano de nuestro siglo: «Resulta absolutamente superflua, para nuestros estudios, aquella parte estrictamente filosófica que los criminalistas de los siglos XVIII y XIX solían anteponer a sus exposiciones. El buscar los llamados fundamentos supremos y la noción del derecho... hoy no está ya permitido a una disciplina jurídico-social y positiva, como es la nuestra» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Turín, 1933; hay trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Tratado de Derecho penal*, 10 vols., Ediar, Buenos Aires, 1948-61, por donde se cita: vol. I, 3, p. 10). Lo curioso es que el «anti-filósofo Manzini», como le llamó Ugo Spirito (*o. c.*, p. 185), había escrito, muchos años antes, un brillante ensayo filosófico de inspiración liberal e ilustrada acerca de los fundamentos del derecho penal, en el que había polemizado duramente contra una liquidación del problema idéntica a la que él mismo llevará a cabo en el *Tratado*: «De hacer caso a Carnevale, el Estado castiga porque castiga, y del mismo modo que no se siente la necesidad de justificar el ejercicio del derecho civil, así también resultaría perfectamente superfluo indicar en qué principios de razón se fundamenta la sanción penal. Lanza ha puesto ya de manifiesto hasta qué punto resulta errónea la analogía de

Carnevale. Nosotros añadimos que dicha afirmación es bastante más digna de ser escrita sobre la puerta de un cuartel que de ornar el propileo de uno de los templos de la 'escuela crítica' del derecho penal (V. Manzini, *Diritto penale*, en *Digesto Italiano*, Utet, Turín, 1899, vol. IX, parte III, p. 60). Para explicar este giro —que como veremos se expresará también en cuestiones más concretas, desde el apoyo dado a la reintroducción de la pena de muerte, de la que había sido decidido adversario en su juventud, a la doctrina estatulista del bien jurídico, de la negación de la presunción de inocencia a la apología de las orientaciones inquisitivas del sistema procesal mixto— quizá puedan servir las palabras con las que el propio Manzini sostuvo la subordinación de las ideas filosóficas a las ideas dominantes de la época: «Los filósofos, con sus artificiosos sistemas, nada han creado... La filosofía no ha tenido nunca y nunca tendrá influencia alguna sobre las relaciones sociales si no es el reflejo de la conciencia y la opinión de la colectividad dominante» (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Utet, Turín, 1931, I, p. 63).

41. «El derecho penal habrá de ser sustancialmente un ordenamiento para el castigo de la falta de fidelidad», declaró H. Frank, ministro del Reich nazi (*Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*, discurso pronunciado en Berlín el 18.6.1938, trad. it. de L. L. Palermo, *Fondamento giuridico dello stato nazionalsocialista*, Giuffrè, Milán, 1939, p. 57). Sobre el proceso de atribución de valor moral al derecho por parte del positivismo jurídico alemán en la primera mitad de nuestro siglo, cf. *infra*, sobre todo, los apartados 33.2 y 35.5. Como he recordado en la nota 27 del cap. 2, el *Führerprinzip* fue teorizado en Italia por Giuseppe Maggiore en el ya citado *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, donde se lanza un significativo ataque contra la tradición penal ilustrada: «La Ilustración, con su antihistoricismo y su fe ilimitada en el progreso, con el culto fetichista a la libertad, la sobrevaloración del individuo, el mito del contrato social, la suspicacia hacia cualquier forma de autoridad, y en primer lugar hacia la estatal, con la confianza en la acción milagrosa del ambiente sobre la naturaleza humana, y por consiguiente con la ignorancia y el desprecio de los valores de la herencia y de la raza, todo este patrimonio de ideas, de principios y prejuicios se reproduce en la construcción del derecho penal moderno, desde Beccaria hasta nuestros días. Los códigos penales que se suceden a lo largo del siglo diecinueve son los códigos de la ideología ilustrada traducida en principios jurídicos... En Italia la expresión más típica de semejante concepción política fue el código zanardelliano de derecho penal sustantivo de 1889 y el código de derecho procesal penal, que lleva el nombre de Finocchiaro Aprile, de 1913. Vino la guerra, siguió la revolución... Todo el mundo surgido de la Revolución francesa, el beatífico mundo de la *Aufklärung*, agoniza en los estados democráticos, por mucho que se esfuercen en mantenerlo vivo; y está definitivamente sepultado en los estados autoritarios, que se han dado ya a sí mismos una nueva fórmula política y una nueva ley de vida. El viejo derecho penal no puede hoy seguir existiendo tal y como era» (pp. 149-150).

Capítulo 5

SI Y POR QUE CASTIGAR, PROHIBIR Y JUZGAR. LAS IDEOLOGIAS PENALES

18. *Las doctrinas abolicionistas*

1. *Justificacionismo y abolicionismo penal.* El problema de la justificación de la pena, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho. ¿En qué se basa este poder, llamado a veces «pretensión punitiva» o «derecho a castigar»?¹ ¿Existen y, si las hay, cuáles son las razones que hacen «justo», o «justificado», o «aceptable moral y/o políticamente» que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena? ¿Y cómo se justifica el ejercicio de una violencia organizada, que ve alinearse a una multitud de sujetos contra una única persona? Este problema ha puesto en un segundo plano las otras dos cuestiones de justificación externa relativas al «si» y al «por qué» del derecho penal: «si y por qué prohibir», que es una cuestión que antecede a aquella otra del «si y por qué castigar», y «si y por qué juzgar», que es una cuestión subsiguiente a las otras dos.

Las tres cuestiones han tenido históricamente dos respuestas: una en línea de principio positiva y otra, también en línea de principio, negativa. Las respuestas positivas son las proporcionadas por las doctrinas que he llamado *justificacionistas*, en tanto en cuanto justifican los costes del derecho penal con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son por el contrario las ofrecidas por las llamadas doctrinas *abolicionistas*, que no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación

de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son. Tanto el justificacionismo como el abolicionismo apriorísticos serán sometidos en este capítulo a una crítica *ética*, y en el próximo a una crítica *meta-ética*². La alterna misma expresada por estas dos orientaciones revela no obstante la importancia central filosófico-política del problema penal. El derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico en el que las cuestiones del *si* y del *por qué* se plantean de un modo más problemático. No existen doctrinas abolicionistas del derecho civil, mercantil, constitucional o administrativo parangonables a las del derecho penal. Y las justificaciones filosóficas de las instituciones de derecho civil y constitucional —con la única excepción de la propiedad privada y de las instituciones ligadas a ella— se refieren más bien al «cuándo» y al «cómo», y no tanto al «sí» y al «por qué» de su existencia. Lo que esto quiere decir es que el problema de la legitimidad política y moral del derecho penal en tanto que técnica de control social mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del estado como monopolio organizado de la fuerza.

Antes de discutir las soluciones abolicionistas del problema penal es necesario introducir una precisión terminológica. Considero *abolicionistas* sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social. Por el contrario, no son abolicionistas, sino más exactamente *sustitucionistas*, aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la «abolición de la pena» proponen en realidad la sustitución de la forma penal de la reacción punitiva por «tratamientos» pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social³. Por fin, son simplemente *reformadoras* las doctrinas penales que propugnan la reducción de la esfera de la intervención penal o, por otro lado, la abolición en favor de sanciones penales menos alicivas de esa específica pena moderna que es la reclusión carcelaria. Personalmente, por ejemplo, sostendré en este libro la necesidad de rebajar y, como horizonte, de abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesiva e inútilmente alicivas y en muchos aspectos dañinas, así como de limitar las prohibiciones penales sólo a las exigencias de tutela que definen el esquema del derecho penal mínimo. Pero defenderé al mismo tiempo, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la

pena, como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculgado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas jurídicos de control social.

2. *El abolicionismo radical de Stirner y el abolicionismo holista anarquista y post-marxiano.* El abolicionismo penal constituye un conjunto un tanto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes ético-culturales unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación por parte del estado. Los presupuestos filosóficos y las propuestas políticas de semejantes orientaciones son de lo más dispares: desde el mito dieciochesco del «buen salvaje» y de la pretérita y feliz sociedad primitiva sin derecho, a las prefiguraciones anarquistas y marxistas-leninistas del «hombre nuevo» y de la futura y perfecta sociedad sin estado; de las doctrinas apoloéticas de la desviación y de la sociedad desregulada y libremente violenta, a las palingenésicas del fin de la desviación y de la sociedad perfectamente autorregulada y pacificada⁴.

Las doctrinas abolicionistas más radicales y consecuentes son con seguridad las que no sólo no justifican las penas, sino ni siquiera las prohibiciones y los juicios penales: en una palabra, las que deslegitiman incondicionalmente cualquier tipo de coerción o constricción, penal o social. Me parece que una posición tan extrema sólo ha sido expresada por el individualismo anarquista de Max Stirner. Partiendo de la desvalorización de cualquier orden o regla, no sólo jurídica, sino también moral, Stirner llega a atribuir valor a la transgresión y a la rebelión, concebidas como libres y auténticas manifestaciones del «egoísmo» amoral del yo que no es justo ni prevenir, ni castigar, ni juzgar⁵. Se trata de una posición límite, que a decir verdad ha quedado un tanto aislada⁶. Pero se puede recordar otra doctrina antitética, pero simétrica de la no juzgabilidad de la transgresión: la máxima cristiana *nolite iudicare*, basada en vez de en el valor de la transgresión en el desvalor moral de los juicios de condena emitidos por hombres sobre otros hombres e informada, en lugar de por el principio amoral del egoísmo, por el principio moral del altruismo⁷.

Más difusas son las doctrinas abolicionistas que se limitan a reivindicar la supresión de la pena como medida jurídica aflictiva y coercitiva e incluso la abolición del derecho penal, pero no la abolición de cualquier forma de control social. A diferencia del amoralismo individualista y egoísta de Stirner, estas doctrinas son marcadamente moralistas y solidarias, distinguiéndose por la referencia, de claro corte iusnaturalista, a una moral superior que debería regular directamente la futura sociedad. Escritores libertarios y anarquistas como Godwin, Bakunin, Kropotkin, Molinari y Malatesta no valoran como Stirner la transgresión en tanto que expresión normal y fisiológica del

hombre, sino que todo lo más la justifican como momento de rebelión o como signo y efecto de causas sociales patológicas; y por eso impugnan la pena como inútilmente constrictiva o puramente funcional a la defensa de contingentes intereses dominantes, concibiendo en su lugar técnicas de control no jurídicas sino inmediatamente morales y sociales, tales como el «ojo público»⁸, la «fuerza invisible» de la «educación moral»⁹, el solidarismo terapéutico¹⁰, la difusión social de la vigilancia y del control¹¹ o la «presión de la opinión pública»¹².

Elementos análogos de confusión holista entre derecho y moral, basados en la hipótesis del cese post-revolucionario de cualquier tensión y conflicto social y del carácter auto-corrector de la sociedad comunista, están presentes también en algunos filones del marxismo político, en los que paradójicamente se ligan, con acentos antiliberales y estatistas extraños al pensamiento de Marx, con la idea de la futura extinción del estado¹³. Piénsese en el Lenin de *El estado y la revolución*, que dibuja una sociedad en la que los hombres, «liberados de la esclavitud capitalista, de los innumerables horrores, barbaridades, absurdos e ignominias de la explotación capitalista, se *acostumbran* poco a poco a observar las reglas elementales de la convivencia social... sin constrictión, sin sumisión, *sin ese aparato especial* de constrictión que se llama estado»¹⁴; para concebir después, como instrumento para «la educación y la habituación a la disciplina de millones de trabajadores», un nuevo estado panóptico a cuyo «registro y control» nadie «podrá en modo alguno sustraerse»¹⁵. Y piénsese, sobre todo, en el Gramsci de los *Quaderni*, donde se proyecta, como obra del «grupo social que se plantea como objetivo a conseguir la desaparición del estado y de sí mismo», la creación de «un estado ético, un estado que tienda a poner fin a las divisiones internas de dominados, etc., y a crear un organismo social unitario técnico-moral»¹⁶. En una perspectiva ético-pedagógica similar, que acentúa el carácter organicista y totalizante de la concepción leninista, Gramsci llega a propugnar una expansión ilimitada del papel y de los contenidos del derecho, al que atribuye «carácter educativo, creador, formador»¹⁷, y más en general del estado, al que igualmente asigna una «tarea educativa y formativa» e incluso el fin de «crear nuevos y más altos tipos de civilización, adecuar la ‘civilización’ y la moralidad de las más vastas masas populares a las necesidades del desarrollo continuo del aparato económico de producción» y hasta de «elaborar, físicamente incluso, nuevos tipos de humanidad»¹⁸. Se sigue de ello una paradójica exaltación del derecho penal, llevada a cabo bajo la enseña de una explícita reducción del derecho a la moral y con acentos integralistas difícilmente encontrables en la rica tradición del moralismo jurídico y del derecho penal máximo¹⁹.

Moralismo utópico y nostalgia regresiva de modelos arcaicos y «tradicionales» de comunidad sin derecho son finalmente las señas de identidad del actual abolicionismo penal, escasamente original res-

pecto a la tradición anarquista y holista²⁰. Abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi y Nils Christie proponen de nuevo las mismas tesis del abolicionismo anarquista decimonónico, oscilando en la prefiguración de las alternativas al derecho penal, que es de por sí una técnica de reglamentación y delimitación de la violencia punitiva entre improbables proyectos de microcosmos sociales basados en la solidaridad y en la fraternidad²¹, vagos objetivos de «reapropiación social» de los conflictos entre ofensores y partes ofendidas²² y métodos primitivos de composición patrimonial de las ofensas que recuerdan las antiguas formas del precio de la sangre²³. Con el agravante, respecto al abolicionismo clásico, de una mayor incoherencia entre *pars destruens* y *pars construens* del proyecto propugnado²⁴ y de una más imperdonable despreocupación por las tristes experiencias, incluso contemporáneas, de crisis y de obsolescencia del derecho penal²⁵.

3. *Dos perspectivas abolicionistas: la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria. El valor metodológico de las hipótesis abolicionistas.* Todas estas doctrinas tienen un doble efecto. De entrada, los modelos de sociedad que persiguen son los escasamente atractivos de una *sociedad salvaje* carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte o, alternativamente, de una *sociedad disciplinaria*, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos o, peor aún, prevenidos, mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de pantoftismo social e incluso policial. En los apartados 23.4 y 25.1 volveré de un modo más analítico sobre estas alternativas abolicionistas. Por ahora me limito a poner de manifiesto que el carácter antitético de los dos proyectos señala su común vicio utópico y regresivo: una especie de proyección hacia el futuro de las dos correspondientes y opuestas mitologías del «estado de naturaleza», la de la sociedad sin reglas que queda presa del *bellum omnium contra omnes* y la de la idílica sociedad primitiva no contaminada por conflictos intersubjetivos.

En segundo lugar, estas doctrinas, ya sean radicales u holistas, eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del derecho penal —de la cantidad y calidad de las penas, de la cantidad y calidad de las prohibiciones, de las técnicas de comprobación procesal—, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo²⁶. Esta esterilidad en cuanto proyecto depende en realidad, como resultará más claro a partir del análisis meta-ético que se desarrollará en el capítulo 6, de la inconsistencia lógica y axiológica de los dos principios iusnaturalistas que

pueden encontrarse en la base de las dos versiones opuestas del abolicionismo: el «principio *amoral*» del egoísmo que regularía la sociedad del *bellum omnium* y el «principio *moral*» de la autorregulación social que caracterizaría a la sociedad pacificada sin estado. En efecto, ninguno de los dos principios resulta idóneo para fundamentar más que sistemas ilimitadamente autoritarios en tanto que entregados al juego libre y desenfrenado de los poderes, poco importa que sean individuales, sociales o políticos.

No obstante, las doctrinas abolicionistas tienen también dos méritos no desdeñables. Aun cuando en la configuración de la sociedad futura profesen una explícita confusión entre derecho y moral con perspectivas inevitablemente antiliberales, en la crítica de la sociedad presente están informadas por el contrario por una radical separación, incluso por la contraposición, entre instancias éticas de justicia y derecho positivo vigente. Esta contraposición se manifiesta por un lado en la deslegitimación de los ordenamientos existentes o de cada una de sus partes; por otro, en la justificación no de las penas sino de los delitos, de los que se ponen de manifiesto sus causas sociales o psicológicas y sus legítimas motivaciones políticas o la ilegitimidad moral de los intereses que lesionan. El punto de vista abolicionista —precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el coste de las penas y no del lado del poder punitivo, y es por consiguiente programáticamente externo a las instituciones penales vigentes— ha tenido el mérito de favorecer la autonomía de la criminología crítica, de suscitar sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizá en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes.

Hay además un segundo mérito que es preciso reconocer al abolicionismo teórico y que es de carácter más estrictamente heurístico y metodológico. Deslegitimando el derecho penal desde un punto de vista radicalmente externo y denunciando su arbitrariedad, así como los costes y los sufrimientos que conlleva, los abolicionistas arrojan sobre los justificacionistas la *carga de la justificación*. Una justificación adecuada de ese producto humano y artificial que es el derecho penal debe ofrecer réplicas convincentes al desafío abolicionista, mostrando no sólo que la suma total de los costes que requiere es inferior a la de las ventajas que proporciona, sino también que lo mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación. Y como el punto de vista externo de los abolicionistas es comprensivo del de los destinatarios de las penas, también respecto de él habrán de resultar moralmente satisfactorias y antes aún lógicamente pertinentes las justificaciones ofrecidas.

19. *Las justificaciones retribucionistas*

1. *Tipología de las doctrinas de justificación. Justificaciones absolutas o quia peccatum y relativas o ne peccetur.* Por desgracia, como veremos en este y en el próximo capítulo, la carga de la justificación del derecho penal ha quedado satisfecha sólo parcialmente en la cultura penalista. Sin embargo las justificaciones de la pena elaboradas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político han sido de lo más dispares, hasta el punto de que uno de los esfuerzos de los penalistas modernos es el de poner orden entre las diferentes doctrinas y ofrecer con carácter preliminar una clasificación racional de las mismas.

Con arreglo a una útil distinción escolástica adelantada por los criminalistas del siglo pasado, las doctrinas de la pena que por contraposición con las abolicionistas he llamado *justificacionistas* se pueden dividir en dos grandes categorías: las teorías llamadas *absolutas* y las llamadas *relativas*. Son teorías «absolutas» todas las doctrinas *retribucionistas*, que conciben la pena como *fin* en sí mismo, es decir, como «castigo», «compensación», «reacción», «reparación» o «retribución» del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. Son por el contrario teorías «relativas» todas las doctrinas *utilitaristas*, que consideran y justifican la pena sólo como un *medio* para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos²⁷. Cada una de estas dos grandes clases de doctrinas ha sido dividida a su vez en subclases. Las doctrinas absolutas o retribucionistas quedan divididas según el valor *moral* o *jurídico* atribuido a la retribución penal. Las doctrinas relativas o utilitaristas se dividen por su parte en doctrinas de la *prevención especial*, que refieren el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la *prevención general*, que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados²⁸. Finalmente la tipología de las doctrinas utilitaristas se ha enriquecido recientemente con una nueva distinción: la que media entre doctrinas de la *prevención positiva* y doctrinas de la *prevención negativa*, según que la prevención —especial o general— se realice positivamente a través de la corrección del delincuente o de la integración disciplinar de todos los asociados, o bien negativamente, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos.

La diferencia entre justificaciones absolutas o retribucionistas y justificaciones relativas o utilitaristas se halla expresada del modo más nítido en un conocidísimo pasaje de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro²⁹. Mientras para las primeras la legitimidad externa de la pena es apriorística, en el sentido de que no está condicionada por fines extrapunitivos, para la se-

gunda está por el contrario condicionada por su adecuación al fin perseguido, externo al derecho mismo, y requiere por tanto un balance concreto entre el valor del fin que justifica el «cuándo» de la pena y el coste del medio para el que está justificado el «cómo».

2. *Los esquemas religiosos de la venganza y de la expiación y el mágico del intercambio. Kant y la retribución ética. Hegel y la retribución jurídica.* Las doctrinas absolutas o retribucionistas se fundamentan todas en la máxima de que es justo «devolver mal por mal»³⁰. Se trata de un principio que tiene vetustos orígenes y que está en la base de esa institución arcaica, común a todos los ordenamientos primitivos, que es la «venganza de la sangre»³¹. Presente ya en forma de precepto divino en la tradición hebrea³², transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón³³ a la tradición cristiana y católica desde san Pablo³⁴, san Agustín³⁵ y santo Tomás³⁶ hasta Pío XII³⁷, esta concepción gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: la de la «venganza» (*ex parte agentis*), la de la «expiación» (*ex parte patientis*) y la del «reequilibrio» entre pena y delito.

Estas tres ideas han ejercido siempre una fascinación irresistible sobre el pensamiento político reaccionario³⁸ y nunca se han abandonado del todo en la cultura penalista. Entradas en crisis en la época de la Ilustración, fueron relanzadas en el siglo XIX gracias a dos ilustres versiones laicas: la tesis de origen kantiano con arreglo a la cual la pena es una *retribución ética*, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige³⁹, y la de ascendencia hegeliana; según la cual es una *retribución jurídica* justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado⁴⁰. En realidad, como veremos mejor, las dos tesis sólo aparentemente son distintas: al menos en Hegel, que concibe el estado como «espíritu ético» o «sustancia ética» o simplemente *ethos*⁴¹, también la idea de la retribución «jurídica» se basa de hecho, en último análisis, en el valor moral asociado, si no a cada imperativo penal, al orden jurídico lesionado⁴².

A pesar de la autoridad de Kant y de Hegel, ambas versiones de la doctrina retribucionista de la pena son insostenibles. En la base de una y otra, como ha observado Morris Ginsberg, está la oscura pero enraizada creencia en la existencia de algún nexo necesario entre culpa y castigo⁴³. Se trata, en efecto, de una supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza: la idea de la pena como restauración, remedio o reafirmación del orden natural violado; las religiosas del talión o de la purificación del delito a través del castigo; o las no menos irracionales de la negación del derecho por parte del ilícito y de la simétrica reparación de éste a través del derecho. La única diferencia reside en que mientras en las concepciones arcaicas de tipo mágico-religioso la idea de la retribu-

ción está ligada a la objetividad del hecho sobre la base de una interpretación normativista de la naturaleza, en las cristiano-modernas, tanto de tipo ético como jurídico, está conectada a la subjetividad perversa y culpable del reo sobre la base de una concepción naturalista y ontológica tanto de la moral como del derecho. En todos los casos esta concepción primordial de la justicia penal es filosóficamente absurda. De hecho sigue sin ser superada la obvia objeción que le planteó Platón, a saber, «que lo que está hecho no puede ser deshecho», y recogida por Séneca en el pasaje ya recordado: «nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur»⁴⁴. Y es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penales de los civiles⁴⁵; de manera que la pena, a diferencia del resarcimiento del daño, no es una «retribución», ni una «reparación», ni una «reintegración», sino en el sentido mágico y metafísico anteriormente ilustrado. Sólo la dialéctica hegeliana, con su definición de la pena como negación (del derecho y por consiguiente) de la negación (del derecho), podía lograr revestir teóricamente una superstición semejante, permitiendo concebir como «lógico» que un hecho niegue otro hecho⁴⁶.

La idea de que infligir penas tenga un valor intrínseco y no persiga otro fin que la justa retribución de los delitos le ha parecido a Alf Ross tan carente de sentido como para hacerle suponer que nadie la ha sostenido nunca seriamente⁴⁷. Por desgracia, esta suposición es errónea. Es imposible negar que la concepción retribucionista de la pena ha sido expresamente teorizada no sólo por Kant y Hegel, sino antes de ellos por Campanella⁴⁸, Selden⁴⁹, Leibniz⁵⁰ y Genovesi⁵¹, y tras ellos, aun más tenazmente, por una nutridísima formación de filósofos y sobre todo de juristas. Baste recordar, entre los más conocidos, a Pellegrino Rossi⁵², Antonio Rosmini⁵³, Terenzio Mamiani⁵⁴, Enrico Pessina⁵⁵, Tancredi Canonico⁵⁶, Giuseppe Maggiore⁵⁷, Giuseppe Bettiol⁵⁸ y recientemente Vittorio Mathieu⁵⁹ en Italia; Ludwig Heinrich Jakob⁶⁰, Julius Friedrich Abegg⁶¹, Albert Friedrich Berner⁶² y Karl Binding⁶³ en Alemania; el juez victoriano James Fitzjames Stephen⁶⁴ en Inglaterra; y, en tiempos más recientes, la tendencia anticorreccionalista que se ha desarrollado en estos años en Estados Unidos bajo el nombre de *Justice Model* y que aúna las orientaciones liberales de Morris, Hawkins y Fogel, las moralistas basadas en la idea de la «pena merecida» de Singer y Dershowitz y las alarmistas de van Haag y de von Hirsch⁶⁵.

Es cierto que en otros casos la calificación de algunas teorías como retribucionistas es del todo impropia, y depende de un equívoco en el que han caído sus intérpretes y a veces sus mismos autores. El caso más emblemático es el de Hugo Grocio, que generalmente es clasificado entre los retribucionistas a causa de su conocida definición de la pena como «malum passionis, quod infligitur ob malum actio-

nis»⁶⁶ y que por el contrario, como veremos en breve, puede ser considerado el primer sostenedor moderno de una doctrina penal utilitarista. Pero un discurso análogo puede hacerse en relación con muchos juristas de la Escuela Clásica italiana, como Francesco Carrara y Antonio Buccellati, o el alemán Johannes Nagler y el inglés J. D. Mabbott, cuya insistencia en las tesis retribucionistas parece debida únicamente a la preocupación garantista de que un fundamento distinto de la pena —que contemplara el (delito) futuro en vez del (delito) pasado— podría comprometer ese principio basilar de civilización expresado en el postulado garantista *nulla poena sine crimine*, en virtud del cual sólo el que ha cometido un delito puede ser castigado⁶⁷.

3. *Equívocos teóricos y opciones autoritarias en las doctrinas de la retribución.* Esta preocupación pone de manifiesto un equívoco teórico que en definitiva está en la base de todas las doctrinas retribucionistas. El equívoco, puesto en claro por Herbert Hart, consiste en la confusión llevada a cabo por estas doctrinas entre dos problemas completamente distintos: entre el problema del «fin general justificador» de la pena, que no puede ser sino utilitario y mirar hacia el futuro, y el de su «distribución», que tiene lugar por el contrario sobre bases retributivas y por consiguiente mira hacia el pasado⁶⁸; o bien, como dice Ross, entre el problema del «fin» de la legislación penal y el del «motivo» por el que se inflige una pena⁶⁹.

Esta confusión depende a su vez de la falta de distinción entre *razón legal* y *razón judicial* de la pena⁷⁰. Por expresarnos en los términos en los que he descompuesto y reformulado el problema de la legitimación del derecho penal, diremos que la pregunta «¿por qué castigar?», que se refiere a la legitimación externa de la pena, se ha confundido con la pregunta «¿cuándo castigar?», que se refiere por el contrario a la legitimación interna y admite como respuesta precisamente el principio de retribución, es decir, la primera garantía del derecho penal en virtud de la cual condición necesaria de la pena es antes que nada la comisión de un delito. Por otra parte es significativo que haya caído en el mismo equívoco, cediendo a la sugestión de la doctrina hegeliana, el principal crítico marxista del derecho penal moderno, Evgenii Pasukanis, quien, confundiendo a su vez la razón judicial con la razón legal de la pena, esto es, el problema del «cuándo castigar» con el del «por qué castigar», ha repudiado el principio garantista de la retribución penal reconociendo en él «una variedad de la forma fundamental de la sociedad moderna: la forma equivalente»⁷¹.

Está claro —una vez disipado el equívoco— que las doctrinas que atribuyen a la sanción penal el «fin» de retribuir, reparar o reprimir los delitos eluden en realidad el problema de la justificación externa de la pena. En efecto, decir que la pena está justificada *ob*

malum actionis, quia peccatum, quia prohibitum, o algo por el estilo, si bien equivale a decir *cuándo* está justificado (o es posible, o lícito) castigar, no dice sin embargo absolutamente nada acerca del *por qué* está justificado (o es necesario, u oportuno) castigar. Por otra parte, aclarado el equívoco, cae también el argumento del que más se ha abusado entre aquellos con los que muchos correccionalistas, como Pasukanis, han discutido la garantía de la retribución y la de la certeza en cuanto a la duración de la pena ligada a ella: a saber, que reflejaría una concepción vengativa, sinalagmática, o retributiva del «fin» de la pena.

Naturalmente el equívoco no puede ser admitido por las doctrinas retribucionistas propiamente dichas, satisfechas con la idea de que la pena-retribución tiene valor intrínseco como fin en sí misma. En estos casos, por decirlo mejor, no hay equívoco alguno, y sería una necedad enmascarar la sustancia filosófica de tales concepciones tras un simple malentendido verbal. Estas doctrinas, muy difundidas, como ya se ha visto, sólo son explicables como el fruto más o menos consciente de una total confusión entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre legitimación interna y justificación externa. La confusión resulta explícita en las concepciones de la pena como «retribución ética», que atribuyen directamente a la pena un valor moral correlativo al desvalor moral ontológicamente asociado al delito⁷². Pero está implícita también en las doctrinas de la pena como retribución jurídica, que atribuyendo valor ético, más que a las penas directamente, al orden jurídico que éstas habrían de restablecer⁷³, equivalen a una legitimación moral de las penas aún más apriorística e incondicionada. En el primer caso, por otra parte, la confusión se manifiesta en forma de *moralismo* o *sustancialismo jurídico* según el viejo esquema iusnaturalista; en el segundo, como *legalismo* o *formalismo ético*, en virtud de esa perversión ideológica y autoritaria del positivismo jurídico según la cual el derecho se autojustifica en razón sólo de su forma y de su fuente, prescindiendo de sus contenidos. En ambos casos la argumentación justificativa tiene el carácter circular de una petición de principio. Una prueba de ello está en el hecho de que las doctrinas retribucionistas no están en condiciones de dar respuesta a (y ni siquiera formulan) la pregunta «¿por qué prohibir?», que está presupuesta lógicamente por la de «¿por qué castigar?». Tanto para las doctrinas de la retribución moral como para las de la retribución jurídica, en efecto, las prohibiciones penales, como las penas, tienen fundamento en sí mismas: en el desvalor ético o en cualquier caso meta-jurídico asignado por las primeras al delito en sí (*prohibitum quia peccatum*) y por las segundas a la violación del deber general y meta-legal de obedecer las leyes (*peccatum quia prohibitum*)⁷⁴.

De todo ello se sigue que estas doctrinas resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo, en la medida en que casan o bien con concepciones jurídico-sustancialistas del de-

lito y de la verdad judicial, o bien con concepciones ético-formalistas del delito y del poder punitivo y prohibitivo. Resulta superfluo añadir que doctrinas semejantes no están en condiciones de ofrecer réplica alguna a las doctrinas abolicionistas. Si el único fin de la pena fuese el canje de mal por mal, una especie de «talión» o de «venganza espiritualizada»⁷⁵, ciertamente no sería suficiente para justificar los sufrimientos infligidos con las penas, al menos en un ordenamiento no poseído por creencias supersticiosas.

20. *Las justificaciones utilitaristas*

1. *El utilitarismo jurídico y la doctrina ilustrada de los límites del poder punitivo del estado.* Una vez descartado que la pena pueda justificarse mirando al pasado, es decir, como fin o valor en sí misma, no queda por tanto sino discutir sus posibles justificaciones como medio para fines referidos al futuro.

La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor, representa el rasgo común de todas las doctrinas *relativas* o *utilitaristas*, desde las de la enmienda y la defensa social a las de la intimidación general, de las de la neutralización del delincuente a las de la integración del resto de los asociados. Señalo de inmediato que esta disociación entre medios penales y fines extra-penales idóneos para justificarlos —que permite un balance entre los costes representados por las penas y los daños que éstas tienen como fin prevenir, así como un reconocimiento empírico de la adecuación entre medios y fines— es una condición necesaria, aunque no suficiente: *a)* para que la legitimación externa de la pena sea separada de su legitimación interna, es decir, para que se asegure la separación entre el derecho y la moral que excluye la autolegitimación del primero prescindiendo de sus contenidos; *b)* para que resulte posible responder, además de a la pregunta «¿por qué castigar?», a la pregunta preliminar «¿por qué prohibir?», que evidentemente remite a finalidades externas a la pena y a la prohibición consideradas en sí mismas; *c)* para que resulte posible replicar de un modo pertinente y convincente a las tesis abolicionistas del derecho penal, mediante la conmensuración de los costes de las penas que aquéllas ponen de manifiesto y de los daños que se producirían sin las penas. Como se verá de un modo más preciso en el apartado 23, dedicado al análisis metaético del problema de la justificación, sólo satisfaciendo todas estas condiciones —y no sólo respecto a las cuestiones del «por qué», sino también respecto a las del «cuándo» y el «cómo» de las penas, de las prohibiciones y de los juicios— puede una doctrina penal fundamentar, junto con «justificaciones» racionales, modelos mínimos y garantistas del derecho penal y de cada una de sus instituciones.

El utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas so-

cialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado. No por casualidad constituye un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal. Y se desarrolla como doctrina jurídica y política —aparte de sus antecedentes remotos en Platón⁷⁶, Aristóteles⁷⁷ y Epicuro⁷⁸— por obra del pensamiento iusnaturalista y contractualista del siglo xvii, con el que se ponen las bases del estado de derecho y junto con él del derecho penal moderno. «El fin hacia el que tiende la ley y hacia el que orienta sus disposiciones y sanciones», afirma Francis Bacon, «no es otro que la felicidad de los ciudadanos»⁷⁹. Y es el bienestar de los ciudadanos, materializado en la tutela de su vida y de sus demás bienes *fundamentales*, el punto de vista externo en el que incluso Hobbes basará la justificación de ese «gran Leviatán llamado estado, que no es sino un hombre *artificial*, si bien de mayor estatura y fuerza que el *natural*, para la protección y defensa del cual fue concebido»⁸⁰. «El gobierno», proclama el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia, «es, o debe ser, instituido para la utilidad común, protección y seguridad del pueblo, de la nación o comunidad. De todos los diferentes modos y formas de gobierno, es mejor el que sea capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad».

En el derecho penal, este nexo entre utilitarismo, contractualismo, convencionalismo y racionalismo se expresa en la fundamentación de las prohibiciones y las penas como «instrumentos» de *tutela* de los ciudadanos. La pena, dice Grocio, no es *tantum puniendi causa*, sino que debe perseguir utilidades futuras, como la *emendatio* del reo y la prevención de los delitos mediante el ejemplo⁸¹. «Al amenazar con penas», afirma Hobbes en polémica con el retribucionismo vengativo, «no hay que preocuparse del mal ya pasado, sino del bien futuro: es decir, no es lícito infligir penas si no es con el fin de corregir al pecador o de mejorar a los demás con la advertencia de la pena infligida... La venganza, no estando referida al futuro y naciendo del orgullo, es un acto contra la razón»⁸². Análogamente, Locke define la pena como «un mal negocio para el ofensor», tal como para «darle motivo para arrepentirse y disuadir a los demás de hacer lo mismo»⁸³. Pufendorf, a su vez, la define como «*praecautio laesionum et injuriarum*», no dictada por la pasión de venganza sino dirigida tan sólo «acerbitate sua homines a peccatis deterreri»⁸⁴; y Thomasius relega la función retributiva y expiatoria al mundo sólo de las *poenae divinae*, por su propia naturaleza dirigidas al pasado, mientras que reclama para las *poenae humanae* que se las dirija al futuro y en particular a la *emendatio* del reo y a la *assecuratio* de la sociedad⁸⁵. Finalmente, en la época de la Ilustración, la función utilitaria de la pena se convierte en la base común de todo el pensamiento penal reformador, asociándose expresamente a la doctrina de la separación entre derecho y moral: los sufrimientos penales —coinciden en afirmar Montesquieu⁸⁶,

Voltaire⁸⁷, Beccaria⁸⁸, Blackstone⁸⁹, Filangieri⁹⁰, Pagano⁹¹, Hume⁹², Bentham⁹³ y von Humboldt⁹⁴ — son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza. Siempre, en todas estas formulaciones, la concepción utilitarista y secularizada de la pena acompaña —y en ocasiones sirve directamente para fundamentar— al conjunto de los principios garantistas reivindicados como principios de derecho natural: la estricta legalidad, el carácter subsiguiente al delito de la pena, la lesividad, la exterioridad y la culpabilidad de la acción criminal, la jurisdiccionalidad y la carga de la prueba⁹⁵.

2. *Ambivalencia del utilitarismo jurídico: el fin de la máxima seguridad o el de la mínima aflicción.* Aun cuando sea un presupuesto necesario, el utilitarismo no es sin embargo una condición de por sí suficiente para fundamentar en el plano teórico sistemas garantistas de derecho penal mínimo. ¿En qué consisten las utilidades aportadas y los daños prevenidos por el derecho penal? ¿Y cuáles son los sujetos a cuya utilidad se hace referencia? De las respuestas a estas preguntas depende la configuración garantista de las concepciones utilitaristas de la pena.

Hay una primera versión del utilitarismo que es de signo indiscutiblemente autoritario y que va acompañada de modelos de derecho penal máximo. Y es el utilitarismo *ex parte principis*, ya esté referido, de manera realista, a la utilidad de los gobernantes —como en la célebre definición de la justicia sostenida por Trasímaco en el primer libro de la *República* de Platón⁹⁶—, o bien, de manera idealista, a la utilidad del estado entendido como sujeto político autónomo y situado por encima de la sociedad. Son indudablemente utilitaristas los teóricos realistas y decisionistas de la «razón de estado», desde Maquiavelo a Carl Schmitt, que proclaman abiertamente el primado de la política no sólo sobre la moral, sino también sobre el derecho, asumiendo como su criterio guía el interés del príncipe o del estado, identificado a su vez con su instinto o su voluntad de poder. Estas doctrinas, de las que hablaré ampliamente en el capítulo 12, dedicado al derecho penal de excepción, son a decir verdad relativamente raras en el derecho penal, ya sea porque en esta materia la razón de estado siempre ha sido bastante más practicada que explícitamente teorizada, ya porque los juristas siempre han preferido encubrir el primado de la razón de estado sobre la razón jurídica con las vestiduras edificantes del legalismo y del estatalismo ético propio por ejemplo de las concepciones formalistas de la retribución jurídica. Obviamente este tipo de doctrinas, al estar informadas por la máxima de que «el fin justifica los medios», resultan por principio antitéticas del modelo del estado de derecho como sistema de poder disciplinado y limitado por las reglas del juego que constituyen el «medio» derecho; y son idóneas para justificar sistemas de derecho penal ilimitado, de ca-

rácter sustancialista e inquisitivo, especialmente en lo referente a los delitos políticos que estorban de cualquier modo a los intereses políticos del estado o al ejercicio del poder de gobierno.

Un utilitarismo *ex parte populi* es por el contrario el que caracteriza a la filosofía penal de origen contractualista e ilustrado, y que tiene como referencia el bienestar o la utilidad no ya de los gobernantes sino de los gobernados: «las leyes», escribe Condorcet, «están hechas para la utilidad de los ciudadanos que les deben obediencia y no para cuantos están encargados de hacer que se observen»⁹⁷. Está claro que sólo este utilitarismo expresa un punto de vista externo al sistema jurídico y está por consiguiente en condiciones de fundamentar, junto con la separación axiológica entre derecho y moral enunciada en el apartado 15.3, modelos de derecho penal mínimo y garantista.

Sin embargo, también este tipo de utilitarismo sigue siendo una doctrina ambivalente. Desde el punto de vista lógico, en efecto, pueden distinguirse dos versiones del mismo, dependiendo del tipo de fin utilitario asignado a la pena y al derecho penal: una primera versión es la que ajusta el fin a la *máxima utilidad posible* que quepa asegurar a la *mayoría formada por los no desviados*; una segunda, la que ajusta el fin al *mínimo sufrimiento necesario* que haya que infligir a la *minoría formada por los desviados*. La primera versión refiere el fin (sólo) a los intereses de la seguridad social, distintos de los de aquellos a los que se inflige la pena, y por tanto hace imposible la ponderación entre costes y beneficios. La segunda refiere por el contrario el fin (también) a los intereses de los destinatarios de la pena, que a falta de ésta podrían sufrir males extra-penales mayores, y por consiguiente hace conmensurables con ellos los medios penales adoptados. Está claro que la primera de las dos versiones no es apta para exigir algún límite o garantía a la intervención punitiva y por tanto es idónea para fundamentar también modelos de derecho penal máximo. La segunda, por el contrario, es una doctrina de los límites del derecho penal, al que puede justificar sólo si su intervención se limita al mínimo necesario. Si el fin es únicamente la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluida la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas incluida la tortura y las medidas de policía más autoritarias e invasivas: desde el punto de vista lógico, el utilitarismo, entendido en este sentido, no es de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder. Por el contrario, si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas reglas procesales.

Analizaré en el próximo capítulo el modelo de justificación basado en la integración de estas dos posibles versiones del utilitarismo penal. Entre tanto, subrayo que la tradición penal utilitarista, incluso si no se toman en consideración las doctrinas que asumen la razón de estado como criterio de valoración del fin de la pena, está informada por completo por la primera de estas versiones. «La máxima felicidad dividida entre el mayor número» es la fórmula política utilitaria proclamada por Beccaria y repetida por Bentham⁹⁸. En el pensamiento ilustrado existen también, es cierto, algunas enunciaciones genéricas de la segunda versión. «Toda pena que no derive de la necesidad es tiránica», escribe Montesquieu⁹⁹. «Fue, pues, la necesidad», dice Beccaria, «la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover a los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas mínimas porciones posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, pero no derecho»¹⁰⁰. Del mismo modo Bentham, Romagnosi y Carmignani se refieren en varias ocasiones a la necesidad como criterio de justificación de la pena¹⁰¹. Y el principio de que «la ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias» se encuentra recogido en todas las constituciones surgidas de la Revolución francesa¹⁰². Sin embargo estas indicaciones, permaneciendo ancladas en la concepción mayoritaria de la utilidad representada por la exclusiva prevención de los delitos, resultan incapaces de sugerir criterios de efectiva delimitación y minimización del derecho penal. Y de un modo u otro se las dejará caer tanto de las constituciones como de las doctrinas utilitaristas del XIX, orientadas todas, en sintonía con la reacción antiilustrada, hacia modelos correccionalistas o intimidantes de derecho penal máximo o ilimitado.

3. *Prevención general y prevención especial. Prevención positiva y prevención negativa.* En coherencia con el criterio de la máxima utilidad para el mayor número, que corresponde a la primera de las dos versiones ya presentadas del utilitarismo penal, todas las doctrinas utilitaristas han asignado siempre a la pena el fin único de la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, y no al mismo tiempo el de la prevención de las reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados y de cuantos son considerados como tales; hasta el punto de justificar su calificación indiferenciada como doctrinas de la «defensa social» en sentido amplio¹⁰³. Se refieren en efecto a la sola prevención de los delitos las cuatro finalidades preventivas indicadas comúnmente por el utilitarismo penal como justificaciones de la pena: la enmienda o corrección del reo, su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios, la disuasión de todos los demás de la tentación de imitarle me-

diante el ejemplo del castigo o su amenaza legal, la integración disciplinar de unos y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados.

En el pensamiento jurídico-filosófico que va de Platón hasta los ilustrados, estas distintas finalidades quedan indicadas por lo general de un modo genérico y acumulativo: «genuinum poenarum humanarum finis est, praecautio laesionum et injuriarum; quae provenit, si vel in melius emendetur qui peccavit, aut alii ejus exemplo ne deinceps velint peccare, vel si ita coerceatur, qui peccavit, ut non possint deinceps nocere», escribe Pufendorf¹⁰⁴; y Bentham habla, aún más sintéticamente, de «incapacitación, corrección e intimidación»¹⁰⁵. Sólo a fines del XVIII, y sobre todo por obra de los juristas, las doctrinas utilitaristas o relativas se diferencian entre sí dependiendo de que sea una u otra finalidad preventiva la escogida como fin exclusivo o privilegiado de la pena¹⁰⁶. Desde el final del siglo pasado se asiste sin embargo a un retorno a concepciones polivalentes y de distintos modos eclécticas acerca del fin del derecho penal, ya sea asignando diferenciadamente los distintos fines a los distintos tipos de pena diversificados según los tipos de delinquentes, ya asociándolos por el contrario a los diferentes momentos del *iter* institucional de la intervención punitiva, es decir, a la previsión legal, a la aplicación judicial o a la ejecución administrativa de la pena¹⁰⁷.

Según la clasificación ya recordada, todas estas doctrinas pueden por consiguiente ser diferenciadas con arreglo a dos criterios: el que se refiere a la esfera de los destinatarios de la prevención, que puede ser *especial* o *general* dependiendo de que el *ne peccetur* se refiera sólo a la persona del delincuente o a la generalidad de los asociados; y el referido a la naturaleza de las prestaciones de la pena, que pueden ser *positivas* o *negativas*, cualesquiera que sean los destinatarios de la prevención penal¹⁰⁸. Combinando los dos criterios tendremos cuatro grupos de doctrinas relativas o utilitaristas, caracterizadas respectivamente por las cuatro finalidades preventivas anteriormente enunciadas: *aa)* las doctrinas de la *prevención especial positiva* o de la *corrección*, que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo; *ab)* las doctrinas de la *prevención especial negativa* o de la *incapacitación*, que le asignan la función negativa de eliminar o de un modo u otro neutralizar al reo; *ba)* las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración*, que le asignan la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido; *bb)* las doctrinas de la *prevención general negativa* o de la *intimidación*, que le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena.

En todos los casos la prevención, aun entendida de distintos modos por las diferentes doctrinas utilitaristas, se concibe exclusivamente en lo tocante al reiterarse de «delitos semejantes»¹⁰⁹ por parte del reo o de otros sujetos. Y esto hace del moderno utilitarismo penal

un *utilitarismo a medias*, referido sólo a la utilidad de la mayoría y consiguientemente expuesto a tentaciones de autolegitimación y a desarrollos autoritarios hacia modelos de derecho penal máximo. Por otra parte, como veremos mejor, la heterogeneidad entre costes penales padecidos por los reos y utilidades obtenidas por los no reos hace incongruente la comparación, y consiguientemente la justificación, de los primeros con los segundos; y expone además a la mayor parte de las doctrinas utilitaristas, y en particular a todas las de la prevención negativa, a la objeción moral kantiana según la cual ningún hombre puede ser tratado como un «mero medio» para fines de otros¹¹⁰.

21. *La prevención especial: corrección o eliminación*

1. *Corregibles e incorregibles*. Las doctrinas que justifican la pena con funciones de *prevención especial*, aunque se remontan a los orígenes del pensamiento filosófico penal, han recibido un vigoroso desarrollo sobre todo por obra de la cultura penal de la segunda mitad del XIX y del presente siglo. En contraposición a las teorías contractualistas e iusnaturalistas de la época de la Ilustración, que expresaban la exigencia liberal y revolucionaria de la tutela del individuo contra el despotismo del viejo estado absoluto, estas doctrinas reflejan las vocaciones autoritarias del nuevo y ya consolidado estado liberal y las totalitarias de los regímenes que resultaron de su crisis. Me parece por tanto un error de perspectiva la opinión de Michel Foucault según la cual el giro en sentido correccional y disciplinar de la cultura penal habría de situarse al comienzo de la Edad Moderna¹¹¹. Las proclamações de fines correccionales de la pena por parte de los ilustrados, como se ha visto, no pasan de ser genéricas y están entremezcladas con las mucho más elaboradas de la función de prevención general negativa; y en estos términos genéricos, como se verá, no son en modo alguno una novedad. Doctrinas y legislaciones penales de tipo genuinamente correccional sólo se desarrollan por el contrario en la segunda mitad del XIX, paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano o enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es entonces cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario del *castigar menos* se convierte en el disciplinar y tecnológico del *castigar mejor*.

En la literatura correccionalista el proyecto disciplinar se encuentra casi siempre articulado con arreglo a las dos finalidades de la prevención especial, la *positiva* de la reeducación del reo y la *negativa* de su eliminación o neutralización, que por consiguiente no se excluyen entre sí, sino que concurren acumulativamente en la definición del fin de la pena como fin diversificado según la personalidad, corregible

o incorregible, de los condenados. Esta duplicidad del fin, positivo y negativo, es común a las tres orientaciones en las que cabe diferenciar, en razón de sus motivaciones filosóficas o políticas, las diversas doctrinas de la prevención especial: las moralistas de la *enmienda*, las naturalistas de la *defensa social* y las teleológicas de la *diferenciación* de la pena. Por distintas y a veces antitéticas que sean sus matrices ideológicas, todas estas orientaciones miran no tanto a los delitos como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo. Y cultivan un programa común que se acomoda de distintos modos con sus premisas eticistas, deterministas o pragmatistas: el uso del derecho penal para el fin no sólo de prevenir los delitos, sino también de transformar las personalidades desviadas de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o, alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación y saneamiento social.

2. *Las doctrinas pedagógicas de la enmienda: la poena medicinalis en la tradición católica y en la idealista.* Las doctrinas de la enmienda son desde luego las de origen más remoto. Fruto de una concepción espiritualista del hombre informada por el principio del libre arbitrio en su forma más abstracta e indeterminada, desarrollan una antigua ilusión represiva: la idea de la *poena medicinalis*, ya formulada por Platón¹¹² y recogida después por santo Tomás, según la cual los hombres que delinquen pueden ser no sólo castigados, sino también constrañidos por el estado a hacerse buenos¹¹³. Esta visión pedagógica de la pena, no ignorada por el derecho romano¹¹⁴, informa en la época medieval todo el derecho penal canónico¹¹⁵. Pero también está en la base del proyecto penal de Tomás Moro, que en los umbrales de la Edad Moderna elabora, en clave realistamente utópica, la primera concepción de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación¹¹⁶, a tal efecto indeterminada en cuanto a su duración¹¹⁷, conmutable por la pena de muerte cuando el reo se revele irre recuperable¹¹⁸ y al mismo tiempo utilizable como medida de prevención y de orden público¹¹⁹. Y representa además el motivo inspirador de la primera doctrina orgánica de la diferenciación penal: la de Giambattista Vico, que, partiendo de una concepción ético-intelectualista del delito como fruto de la «ignorancia»¹²⁰, desarrolla una doctrina de la pena como sanción diferenciada en razón de la capacidad del reo de mostrar «vergüenza» y de tomar «conciencia» de sus culpas¹²¹. Por lo demás, como he señalado, el fin de la enmienda es asignado a la pena, siquiera sea genéricamente y en adición a las finalidades predominantes de prevención general, también por Hobbes, Grocio, Pufendorf, Thomasius y Bentham¹²².

Este orden de ideas está, sin embargo, bastante más ligado a la tradición judeo-cristiana y a la platónica y medieval que a la cultura ilustrada. Ya santo Tomás —recogiendo una tesis de Platón y de

Aristóteles— había propuesto, allí donde no bastara positivamente la medicina del alma, la intervención negativa del cirujano: «sicut medicus in sua operatione intendit sanitatem, quae consistit in ordinata concordia umorum, ita rector civitatis intendit in sua operatione pacem, quae consistit in civium ordinata concordia. Medicus autem abscindit membrum putridum bene et utiliter, si per ipsum imminet corruptio corporis. Juste igitur occidat ne pax civitatis turbetur»¹²³. Y antes aún la idea de la pena como redención salutarífica hunde sus raíces en la concepción bíblica del sufrimiento como precio o medio sacrificial para la expiación de los pecados y la reconciliación del hombre con Dios¹²⁴. Por no hablar de la concepción penitencial y liberatoria de la confesión, como del remordimiento, la vergüenza y el arrepentimiento, que pertenece a la tradición judaica y católica y en general a las religiones y a las culturas primitivas¹²⁵.

Directamente ligada a estas antiguas y nunca extintas tradiciones, la idea de la pena como medicina del alma —casi más un bien que un mal para el que la sufre—, recobra vigor en el siglo pasado, inspirando, aun con diversos matices, las dos versiones del moderno pedagogismo penal: la católica, sostenida por ejemplo por Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza y Francesco Carnelutti¹²⁶, y la idealista, sostenida en Italia por Ugo Spirito¹²⁷ y que se remonta a Fichte y a Eduard Henke¹²⁸. Fin de la pena, según todos ellos, es el de la reeducación y recuperación moral del condenado, en la presuposición de que es un sujeto inmoral a redimir. Naturalmente esta concepción pedagógica y benéfica de la función represiva, si sirve acaso para sustraerla a la objeción kantiana según la cual ningún hombre puede ser tratado como medio para fines ajenos, va acompañada de una concepción represiva de la función pedagógica. No es casual que en este terreno las doctrinas de la enmienda se encuentren con las de la retribución moral, que conciben análogamente el dolor como medicina del alma y factor de redención, según el lóbrego principio *non fit redemptio sine effusione sanguinis*¹²⁹.

3. *Las doctrinas terapéuticas de la defensa social: la Escuela positiva italiana y el modelo soviético.* Parten de principios filosóficos diametralmente opuestos las doctrinas positivistas de la defensa social, que persiguen la prevención especial de los delitos asignando a las penas y a más específicas medidas de seguridad el doble fin de curar al condenado en la presuposición de que es un individuo enfermo y/o de segregarlo y neutralizarlo en la presuposición de que también es peligroso. Elaboradas sobre todo en Italia por la Escuela Positiva de Enrico Ferri¹³⁰, Raffaele Garofalo¹³¹, Eugenio Florian¹³² y Filippo Grispigni¹³³, han tenido una amplia difusión en Francia, España y América Latina¹³⁴; pero en este siglo han sido recogidas también en el ambiente anglosajón, en particular por Barbara Wootton¹³⁵, y, si

bien con premisas diversas, en la Unión Soviética por obra de Lenin, Evgenii Pasukanis y Petr I. Stucka¹³⁶.

La idea central de esta orientación es que el delincuente es un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado, y que el problema de la pena equivale por tanto al de las defensas más adecuadas de la sociedad frente al peligro que representa. En esta perspectiva las penas asumen el carácter de medidas técnicamente apropiadas para las diversas exigencias terapéuticas u ortopédicas de la defensa social: medidas higiénico-preventivas, medidas terapéutico-represivas, medidas quirúrgico-eliminativas, según los tipos de delincuentes ocasionales, pasionales, habituales, dementes o natos así como de los factores sociales, psicológicos o antropológicos del delito¹³⁷. Segregación por tiempo indeterminado con revisión periódica de las sentencias y adaptación de los medios defensivos a las categorías antropológicas de los delincuentes más que a las jurídicas de los delitos son los principios del nuevo sistema defensivo¹³⁸.

En contraposición a las doctrinas pedagógicas de la enmienda, que como las retribucionistas y las de la intimidación general suponen el principio del libre albedrío, estas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural¹³⁹. Más precisamente, son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso acerca del «delincuente nato» o «natural» y la desigualdad natural de los hombres, y de las de Spencer acerca de la sociedad como «organismo social» y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a semejante «organismo», le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y de profilaxis social¹⁴⁰. Y desarrollan sobre esta base el proyecto de una sociedad orgánica e integrada, sometida más al control científico que al moral del estado, y a la que éste haría objeto, en sus elementos desviados, de prácticas médicas de tipo terapéutico o quirúrgico: «entrar en un establecimiento para condenados», escribe Ferri, «producirá, cuando los datos científicos sobre la génesis del delito hayan llegado a ser de conocimiento común, los mismos sentimientos que produce la visión de un establecimiento de locos o de enfermos comunes»¹⁴¹.

4. *El programa de Marburgo, la new penology americana y el proyecto resocializador de la diferenciación de las penas.* Hay finalmente una tercera orientación correccionalista, la teleológica y pragmática que confía la función de prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación. Usualmente esta orientación se hace remontar a Karl Grolman, que a fines del XVIII concibió la pena como medio de intimidación del reo que habría de adecuarse judicialmente a su concreta personalidad¹⁴². Grolman, sin embargo, nunca asoció fi-

nalidades correctivas propiamente dichas a la idea de la individualización de la pena¹⁴³. Quien por el contrario recogió y desarrolló esta idea fue Franz von Liszt, que en su Programa de Marburgo de 1882 elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de «resocialización», «neutralización» o «intimidación» según los diferentes «tipos» —«adaptables», «inadaptables» u «ocasionales»— de delincuentes tratados¹⁴⁴. En relación a estos tres fines, diferentes y alternativos entre sí, Liszt propuso una distinción de los «*instrumentos punitivos* particulares», a fin de «adaptar exactamente la pena según su tipo y extensión al logro del fin que en el caso particular es necesario y posible»¹⁴⁵, y que se obtiene no ya del «tipo delictivo» en abstracto, sino de «*este delito*», es decir, de la «acción concreta» que es «inseparable de la persona del autor»: «*este ladrón, este asesino, este falso testigo, este reo de estupro*»¹⁴⁶.

De todo ello resulta una doctrina ecléctica de la «pena-defensa», que se aleja de la puramente intimidadora de Grolman en la medida en que está informada simultáneamente por los principios de la defensa social y de la incapacitación (para los irrecuperables), de la enmienda (para los necesitados de resocialización), de la intimidación especial y general (para los delincuentes ocasionales y la generalidad) e incluso de la retribución, a la vista de que —dice Liszt— «la *pena-defensa* es la pena retributiva entendida en el sentido justo», es decir, «justa en el caso particular»¹⁴⁷. El resultado práctico de esta doctrina es sin embargo sustancialmente convergente con el de las orientaciones positivistas de la defensa social, concretándose en una tendencial subjetivización de los tipos delictivos y en la propuesta, que tanta fortuna tendrá en la cultura y en la práctica penal de este siglo, de la diferenciación de la pena según la personalidad de los reos. Que un resultado semejante contradiga el principio de la certeza y de la estricta legalidad penal, del que Liszt se proclamó siempre acérrimo defensor¹⁴⁸, no es sino un signo más del eclecticismo teórico de esta orientación.

En comparación con las doctrinas espiritualistas de la enmienda y las positivistas de la defensa social, esta «teoría del fin» penal está ciertamente menos condicionada por presupuestos filosóficos. Refleja de un modo más inmediato el proyecto autoritario de un liberalismo conservador que identifica abiertamente el orden a defender penalmente con la estructura de clases existente, sin preocuparse excesivamente, a pesar del carácter central que se atribuye a la «idea del fin», de su justificación axiológica, naturalista o por lo menos teleológica. Prueba de ello es el instinto clasista con el que Franz von Liszt identifica a los «irrecuperables»: «La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de la misma. Aún hoy carecemos de este conocimiento. Se trata en efecto sólo de un eslabón, si bien el más significativo y peligroso, de esa cadena de manifestaciones patológicas de la sociedad que solemos agrupar bajo la denominación

comprehensiva de *proletariado*. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo *estado mayor* está formado precisamente por los delincuentes habituales»¹⁴⁹. Contra todos ellos «debe la sociedad protegerse; y desde el momento que no queremos decapitar ni ahorcar, ni podemos usar la deportación, la única posibilidad que nos queda es el aislamiento perpetuo, o por tiempo indeterminado... La 'neutralización' se podría realizar del siguiente modo: (...) debería consistir en la 'servidumbre de la pena', con obligación severísima de trabajar y la mejor explotación posible de la fuerza laboral. Como sanción disciplinaria, difícilmente podría renunciarse a las penas corporales. El carácter necesariamente infamante de la pena debería quedar marcado decididamente por la pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles. El aislamiento celular debería introducirse sólo como sanción disciplinar, junto con el aislamiento a oscuras y el rigurosísimo ayuno»¹⁵⁰.

Aunque menos cargada de hipótesis metafísicas —y quizá precisamente por ello—, y formalmente respetuosa además de las garantías clásicas, la doctrina del fin de von Liszt ha ejercido en la cultura penal europea una influencia no menor y acaso más duradera que el resto de las doctrinas de la prevención especial, llegando a conjugarse con distintas clases de orientaciones formalistas y tecnicistas. Constituyó la base teórica y programática de la Unión Internacional de Derecho Penal fundada en 1889, además de por el propio Liszt, por Adolphe Prins y Gerard van Hamel, que desarrollaron hasta sus últimas consecuencias el principio de la pena personalizada y diferenciada¹⁵¹. Por lo demás, el correccionalismo de orientación meramente pragmática conoce a fines del XIX una extraordinaria fortuna: en Estados Unidos, con absoluta independencia de la cultura continental europea, el congreso de Cincinnati de 1870 proclamó la insensatez de la «pena determinada», inaugurando los tiempos de la *new penology*, basada en la práctica de la *non fixed sentence*, en el desarrollo de las medidas alternativas a la cárcel y al mismo tiempo en el libre espacio dejado a las penas ejemplares, tanto más elevadas en cuanto que reducibles en sede ejecutiva¹⁵².

Es a estas orientaciones eclécticas y pragmáticas, mucho más que a las doctrinas moralistas y positivistas del XIX ya desacreditadas filosóficamente, a las que está ligado idealmente el correccionalismo contemporáneo: por un lado el movimiento de la «Défense Sociale Nouvelle» promovido por Marc Ancel, que ha inspirado gran parte de la cultura y la práctica penales reformistas tras la segunda guerra mundial en Francia y en Italia, y que tiene como base teórica y programática el principio lisztiano de la diferenciación y la individualización de las penas, aun teñido de fines humanitarios¹⁵³; por otro, las

ilusorias ideologías de la reeducación para la autodeterminación desarrolladas en la última década en Alemania¹⁵⁴. Ciertamente, por otra parte, que las genéricas exigencias humanitarias y progresistas y las reiteradas profesiones de fe garantista que acompañan a estas doctrinas, como a la del mismo Liszt, no sirven para privar al proyecto perseguido de la diferenciación y personalización del tratamiento punitivo con fines de «reeducación» o de «recuperación social» del carácter de enésima variante, paternalista y en todo caso autoritaria, del viejo correccionalismo.

5. *La idea antiliberal del delito como patología y de la pena como tratamiento.* Los resultados de estas tres tendencias doctrinales son singularmente convergentes. Las tres consideran los delitos como patología, poco importa que sea moral, natural o social, y las penas como terapia política a través de la curación o la amputación. Todas ellas son además francamente sustancialistas, dado que no separan la legitimación interna de la legitimación externa del derecho penal: las doctrinas de la enmienda, en efecto, confunden explícitamente derecho y moral concibiendo al reo como un pecador a reeducar coactivamente y confiando a la pena funciones benéficas de arrepentimiento interior¹⁵⁵; las de la defensa social y las teleológicas confunden por el contrario derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como un ser anormal al que hay que curar o eliminar¹⁵⁶. En todos los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo —el pecador más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad— el que pasa a primer plano a los fines de la calidad y cantidad de la pena. Y ello se refleja en la forma misma del juicio, orientándolo al análisis del alma y a la observación psicosomática del reo más que a la averiguación de su conducta, en consonancia con modelos subjetivizados de derecho penal basados en el «tipo de delincuente» y en su peligrosidad *ante delictum* más que en el «tipo de delito» cometido¹⁵⁷.

Se sigue de ello que estas doctrinas, al suponer una concepción del poder punitivo como «bien» metajurídico —el estado pedagogo, tutor o terapeuta— y simétricamente del delito como «mal» moral o «enfermedad» natural o social, son las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas, y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado. Si por un lado supeditan el juicio a módulos inquisitoriales, dirigidos a privilegiar la valoración del autor respecto al conocimiento de la acción, por otro agravan seriamente las penas, tanto por la naturaleza del fin preventivo como por la naturaleza del medio punitivo. La pena, en efecto, asume la forma de *tratamiento*¹⁵⁸ diferenciado, que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad del condenado —no importa si es con el auxilio del sacerdote o con el del psiquia-

tra— mediante su reeducación hacia los valores dominantes o, peor aún, su liberación médica. Y consiguientemente se resuelve, en la medida en que el tratamiento no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad. Además, dado el carácter correctivo asociado a los tratamientos penales, no se justifican límites legal y rígidamente preestablecidos a las exigencias individualizadas de la corrección. Por el contrario, se justifican y recomiendan penas de naturaleza y duración indeterminadas, sujetas a cambios a medida que varían las necesidades correctivas y que cesan sólo con el arrepentimiento o la curación del reo¹⁵⁹. En suma, más allá de la atenuación ecléctica y contemporizadora con la que en este siglo se ha intentado conciliar la prevención especial con las clásicas garantías de la estricta legalidad, la culpabilidad y la prueba, ni uno sólo de estos principios queda salvaguardado por semejantes doctrinas del fin, cuya vocación más íntima y consecuente apunta hacia la justicia del *cadí*. No es casual que en la Europa que está a caballo entre los dos últimos siglos estas doctrinas hayan preparado el terreno de ese proceso de disolución irracionalista y subjetivista del derecho penal y de la razón jurídica que celebrará sus fastos en los regímenes totalitarios de entreguerras.

Aun sin tomar en cuenta el carácter antigarantista y decisionista de los modelos de derecho penal informados por ellas, las doctrinas de la prevención especial son discutibles por otra parte en el plano mismo de la justicia sustancial que reivindicamos como criterio de justificación externa. Una primera y elemental objeción es la de que sólo la pena carcelaria, y no el resto de las penas como por ejemplo las pecuniarias o el arresto domiciliario, tiene que ver con la finalidad reeducadora, que por consiguiente no puede ser asumida como criterio teórico de justificación de la pena en general. Una segunda y mucho más grave objeción es que el fin pedagógico o resocializador propugnado por todas estas diversas doctrinas no es realizable. Una rica literatura, corroborada por una secular y dolorosa experiencia, ha mostrado en efecto que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar *criminógeno* de educación e incitación al delito. Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible.

Pero no son éstos los principales argumentos que hacen inaceptables estas concepciones del fin de la pena. Aun cuando se beneficien del respaldo de buena parte de la cultura penal contemporánea e incluso hayan penetrado en nuestra Constitución¹⁶⁰, las ideologías co-

reccionistas son antes que nada incompatibles con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana. Entre ellas, las de la enmienda, aun en las variantes más edificantes y puestas al día de la «reeducación», «resocialización», «rehabilitación» o «recuperación social» del reo, contradicen irremediamente el principio de la libertad y la autonomía de la conciencia. «Sobre sí mismo, sobre su mente», dice John Stuart Mill, «el individuo es soberano»¹⁶¹. Y «cuando se quiere enmendar al ciudadano», advierte Francesco Carrara, la pena «se extiende a lo que no perjudica a otros; y abre el camino a las más odiosas tiranías, confiriendo al estado los poderes que se arroga el superior de un convento. Seduce los ánimos la perspectiva de la mejora de la humanidad, pero cuando para alcanzarla se emplean medios violentos no necesarios para la defensa de otros, la aparente filantropía degenera en un despotismo inicuo»¹⁶².

Las otras ideologías correccionistas —las positivistas de la defensa social y de la diferenciación— contradicen además del valor de la libertad el de la igualdad, al suponer una concepción del delincuente como ser anormal e inferior —adaptable o inadaptado— a reducir o neutralizar; y acaban, si son llevadas a sus últimas consecuencias, dando lugar a doctrinas inhumanas como las de la «crianza» o la «eliminación» eugenésicas¹⁶³, basadas en la idea de que el estado debería echar una mano a la naturaleza llevando a cabo, junto a la selección natural, una selección penal suya de tipo artificial. El producto de esta selección sería, en las visiones orwellianas de estas doctrinas extremistas, la producción penal de «ese tipo de hombre cuyas cualidades permiten la construcción de la pirámide social, como piedras bien cuadradas y dispuestas»¹⁶⁴. En todo caso, aun sin llegar a estas arquitecturas, cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social no lesiona sólo la dignidad del sujeto tratado, sino también uno de los principios fundamentales del estado democrático de derecho, que como se verá en el apartado 60.1 es el igual respeto de las diferencias y la tolerancia de cualquier subjetividad humana, aun la más perversa y enemiga, tanto más si está recluida o de cualquier otro modo sometida al poder punitivo. En la medida en que es realizable, el fin de la corrección coactiva de la persona es por consiguiente una finalidad moralmente inaceptable como justificación externa de la pena, violando el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es.

6. *Las instituciones correccionales desde mediados del siglo XIX.* A pesar de chocar con los principios de libertad, igualdad y democracia, las ideologías correccionistas de la prevención especial han marcado profundamente no sólo la cultura penal, sino también los ordenamientos penales modernos de tipo liberal-democrático. Me parece que no hay ordenamiento que se haya sustraído a la reacción anti-

lustrada que en materia de configuración de la pena, así como del delito y del proceso, ha invadido Europa en los últimos cien años, en sintonía con el simultáneo y más general desarrollo de instituciones totales y de custodia; y que a semejante reacción han contribuido concurrentemente y aun hoy contribuyen todos los filones de la cultura política moderna: autoritarios y progresistas, de derechas y de izquierdas, católicos, liberales, socialistas y comunistas.

Esta reacción se ha manifestado —como veremos en la parte cuarta de este libro— en la transformación de la pena en «tratamiento» y en la multiplicación de las medidas punitivas *extra, ante* y *ultra delictum*, que han tenido lugar en todos los sistemas penales desde mediados del siglo pasado. En Italia, en particular, la idea de la enmienda y de la resocialización ha justificado, también gracias a su ambiguo humanitarismo, estrategias punitivas basadas en la doble vía de las penas y las medidas de seguridad, tratamientos penales diferenciados, cárceles especiales, regímenes penitenciarios especiales según la naturaleza de los reos o de los delitos, instituciones premiales como la libertad condicional, el régimen abierto, las medidas alternativas a la pena, la libertad anticipada, los indultos para los imputados arrepentidos y otras semejantes, todas ellas ligadas de diversos modos al arrepentimiento del reo. Por lo demás, el proyecto penal reeducativo refleja una vocación efectiva de la pena carcelaria moderna, que desde el principio ha tenido una naturaleza ambivalente: de un lado, sanción abstractamente «igual» en tanto que privación de un *quantum* de libertad; de otro, institución disciplinar moldeada sobre la instrucción forzada del condenado en los valores dominantes y específicamente en la disciplina fabril. Baste recordar el *Panopticon* de Jeremy Bentham basado en la vigilancia total¹⁶⁵, y, por otra parte, el «lado económico de la jurisdicción penal» y de la recuperación social del reo para la producción capitalista subrayado por el maestro de Liszt, Rudolph von Jhering: «por cada delincuente ajusticiado, el estado se priva de uno de sus miembros; por cada delincuente encarcelado, el estado paraliza una cierta fuerza de trabajo. Para el derecho penal, el reconocimiento del valor de la vida y de la fuerza humana reviste una importancia eminentemente práctica. Si Beccaria, en la célebre obra *De los delitos y de las penas* (1764), no hubiese alzado su voz contra la desmesura de la pena, habría debido hacerlo Adam Smith en su libro *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1766)»¹⁶⁶.

Estando no en conflicto, sino en perfecta coherencia con las culturas autoritarias que las informan, las doctrinas correccionalistas son por el contrario las predilectas de todos los sistemas políticos totalitarios, en los que han justificado modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, de aculturación forzada y de manipulación violenta de la personalidad del condenado. Piénsese en la doctrina nazi del «tipo normativo de autor», que hace

suya una subjetivización integral de los presupuestos de la pena identificados con la «infidelidad» al estado, y en el correlativo repudio de cualquier relevancia algo más que «sintomática» de la objetividad de la conducta¹⁶⁷. Pero piénsese también en los manicomios penales soviéticos y en las escuelas de reeducación de la China popular. La experiencia soviética es en este aspecto ejemplar. Aunque se deban a Karl Marx los esbozos de una doctrina penal libertaria y las críticas quizá más radicales de la ideología correccionalista de tipo cristiano-burgués¹⁶⁸, una doctrina explícitamente antigarantista de la prevención especial fue elaborada, como se ha visto, por el más ilustre jurista marxista de este siglo, Evgenii Pasukanis, que ofreció las bases teóricas, resultando él mismo víctima de ellas, de los tratamientos terapéuticos y eliminatorios que concibió, en oposición al formalismo penal burgués, como medidas de defensa social sujetas a meras «reglas técnico-sociales»¹⁶⁹.

22. *La prevención general: integración o intimidación*

1. *Prevención general positiva a través de la integración.* Las doctrinas justificacionistas del derecho penal examinadas hasta el momento —tanto las retribucionistas como las utilitaristas de la prevención especial— son todas ellas expresión, como he intentado demostrar, de culturas jurídicas y políticas que confunden de diversos modos derecho y moral o derecho y naturaleza. En la base de ambos tipos de justificación se encuentra en efecto, más o menos explícita, una concepción del delito —y antes aún del delincuente— como mal en sí, ontológicamente pecado o enfermedad. Consiguientemente estas justificaciones son todas de un modo u otro apoloéticas de las opciones concretas y los contenidos contingentes del derecho penal positivo, respecto al cual cumplen una función de legitimación ideológica identificándolo más o menos abiertamente con la justicia; y al mismo tiempo van acompañadas de modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado. Además, en las doctrinas correccionalistas de la prevención especial la confusión entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza afecta no sólo a la concepción del delito, sino también a la de la pena, que es entendida, en términos moralistas o naturalistas, como instrumento benéfico de rehabilitación del condenado, el distintivo de proyectos autoritarios de moralización individual o de ortopedia social que entran en conflicto con el derecho de la persona a verse inmune de toda práctica coactiva de transformación.

Las doctrinas penales que atribuyen al derecho penal funciones de prevención general requieren por el contrario una discusión diferenciada. Con seguridad confunden derecho y moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatalismo éticos, las recientes doctrinas de la prevención general llamada *positiva*, que atribuyen a

las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genéricamente el derecho penal como un instrumento insustituible de «orientación moral» y de «educación colectiva»¹⁷⁰, hasta la reciente doctrina de Gunther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones¹⁷¹.

Tampoco estas doctrinas son del todo nuevas. Sus antecedentes pueden verse, además de en las perversiones ético-formalistas del positivismo jurídico alemán de la primera mitad del siglo XX¹⁷², en las ya recordadas doctrinas «expresivas» o «denunciatorias» de la pena de James F. Stephen y de Lord Devlin¹⁷³, y sobre todo en la doctrina «realista» de Gabriel Tarde, que a fines del siglo pasado fundamentó el utilitarismo penal precisamente en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación y del odio provocados por el delito y satisfechos por la pena¹⁷⁴. En el plano sociológico, por otra parte, la teoría sistémica de Jakobs no añade nada a la teoría de la desviación de Émile Durkheim, que había concebido en términos semejantes la pena como un factor de estabilización social «destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas» reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados¹⁷⁵. A diferencia de la teoría de Durkheim, que nunca ha pretendido ofrecer una justificación, sino sólo una explicación de la pena¹⁷⁶, esta doctrina es por el contrario —igual que las moralistas y denunciatorias de Stephen y de sus epígonos contemporáneos, así como de la cínico-realista de Tarde— una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena. Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a «subsistema físico-psíquico»¹⁷⁷ funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona. El punto de vista de la justificación externa desaparece también en este caso, quedando enteramente reducido al punto de vista interno, importando poco que éste, en vez de identificarse con el *ethos* del estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, se haya convertido en la mera exigencia funcional de autoconservación del sistema político.

2. *La formulación ilustrada del fin de la prevención general negativa. La pena ejemplar: Grocio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri y Bentham.* Las doctrinas de la prevención general llamada *negativa*, o de la intimidación, tienen el mérito de ser las únicas que no confunden

programáticamente el derecho con la moral o la naturaleza, o por lo menos de ser en sus propósitos ideológicamente neutrales. Ello depende del hecho de que no fijan su vista en los delinquentes, ni como individuos ni como categorías tipológicas, sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico —como hacen las doctrinas de la prevención positiva— a la obediencia política de éstos a las leyes. Su utilitarismo, por otra parte, conecta directamente con la tradición ilustrada, que teorizó con la mayor firmeza la separación entre el derecho y la moral. Entre ellas cabe distinguir dos subgrupos: a) las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del *ejemplo* ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con la *condena*; b) las de la intimidación dirigida también a la generalidad, pero por medio de la *amenaza* de la pena contenida en la *ley*¹⁷⁸.

Aun libres de la confusión sustancialista entre derecho y moral, también las doctrinas de la prevención general negativa, al menos en los términos en los que suelen ser formuladas, resultan sin embargo idóneas para fundamentar modelos de derecho penal máximo. Esto vale con certeza para la primera de las dos versiones de la prevención general, la basada en la eficacia disuasoria del *ejemplo* ofrecido con la imposición de la pena, que como se ha visto en el apartado 20.1 está presente en Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Beccaria, Bentham, Filangieri y en general en los pensadores iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII¹⁷⁹. Más que cualquier otra doctrina utilitarista, esta idea de la función ejemplar de la ejecución de la pena queda expuesta de hecho a la objeción kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean¹⁸⁰; y es por consiguiente, si se comparte este principio moral, una justificación del derecho penal expresamente inmoral. Además, una concepción semejante del fin de la pena legitima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y sobre todo desprovistas de cualquier certeza y garantía: no sólo la pena «ejemplar», sino incluso el «castigo del inocente», desvinculado de la culpabilidad y de la averiguación misma del delito, tal y como sucede cuando se diezma o se ejecutan represalias¹⁸¹.

Aun sin llegar a estos extremos, ciertamente no compartidos por la mayor parte de sus sostenedores, está claro que una doctrina semejante de la pena lleva anejos potencialmente modelos sustancialistas de derecho penal ilimitado y esquemas procesales que excluyen las garantías de defensa y en particular el principio *in dubio pro reo*. Añadiré que una práctica penal informada por la función disuasoria de la imposición más que de la amenaza de la pena puede desembocar en castigos discrecionales y desiguales, dependiendo de la alarma social o de las conveniencias políticas, en relación con las cuales el condenado está destinado a servir de chivo expiatorio: su principio ins-

pirador es de hecho que «el fin justifica los medios», opuesto al de la ética kantiana y característico, de Maquiavelo en adelante, de la acción política; y su resultado práctico es la reducción de la razón jurídica a la razón política o de estado, que como siempre tiene por resultado, como advirtió Gustav Radbruch, el «terrorismo penal»¹⁸².

3. *La prevención general negativa a través de la amenaza legal.* Feuerbach, Romagnosi y Schopenhauer. Resultados terroristas de esta naturaleza, empezando por el castigo del inocente, quedan ciertamente excluidos por la segunda y más moderna doctrina de la prevención general negativa, que liga la función disuasoria del derecho penal respecto a la generalidad de los asociados no ya de modo inmediato al carácter ejemplar de la imposición de la pena, sino de modo mediato a su *amenaza* contenida en la ley penal. Ésta es la concepción del fin de la pena elaborada por Anselm Feuerbach¹⁸³, Giandomenico Romagnosi¹⁸⁴, Francesco Maria Pagano¹⁸⁵ y Arthur Schopenhauer¹⁸⁶ y acogida sustancialmente por Carmignani¹⁸⁷, Carrara¹⁸⁸ e innumerables juristas posteriores¹⁸⁹.

Esta doctrina tiene el mérito pero también el límite de la trivialidad. Decir que la prohibición penal tiene la función de disuadir es como decir que una prescripción tiene la función de persuadir. Ésta es en general la función pragmática propia de todas las normas: orientar los comportamientos estableciendo efectos jurídicos agradables o desagradables para su omisión. Bajo este aspecto la pena tiene la misma función preventiva que cualquier efecto normativamente dispuesto como consecuencia de un acto jurídico: efectos incentivadores (como por ejemplo la adquisición de derechos o potestades) que están previstos para los actos prescritos o permitidos a fin de persuadir de su realización o de disuadir de su omisión; efectos desincentivadores (como en general todas las sanciones), que están previstos para los actos prohibidos a fin de disuadir de su realización o de persuadir de su omisión. Precisamente, se dirá, la pena no es otra cosa que el efecto (desincentivador) dispuesto por la ley penal para disuadir de su infracción a fin de asegurar su eficacia, sin que en ello difiera de cualquier otro tipo de efecto jurídico, cuya previsión por parte de una norma primaria tiene siempre la finalidad de asegurar la *eficacia* de la norma secundaria que regula el acto al que aquél se imputa.

Aunque un fin semejante justifique la pena como medio para asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, no justifica las prohibiciones mismas y por consiguiente no puede bastar, como veremos en el próximo capítulo, para justificar el derecho penal en cuanto tal. Puede sin embargo afirmarse que dicho fin, precisamente por su carácter formal, es el único que asegura un fundamento racional a tres principios garantistas esenciales implicados por él como condiciones necesarias y que delimitan de diferentes modos la potestad punitiva del estado. Ante todo, en efecto, sirve para fundamentar el principio

de estricta legalidad y materialidad de los delitos: si la función del derecho penal es prevenir los delitos, el único modo de perseguirla racionalmente es indicar preventiva y exactamente sus supuestos típicos en sede de amenaza legal, dado que sólo se pueden prevenir y disuadir las acciones previstas, no las imprevistas, por dañinas que sean. En segundo lugar sirve de base al principio de materialidad de los delitos: de hecho sólo es posible prevenir las acciones consistentes en comportamientos exteriores, no los estados de ánimo internos o las situaciones subjetivas como la maldad, la peligrosidad, la infidelidad, la inmoralidad, la anormalidad físico-psíquica u otras similares. En tercer lugar postula el principio de culpabilidad y de responsabilidad personal, dado que las acciones prevenibles mediante la amenaza penal son sólo las conscientes y voluntarias, no las no culpables en tanto que no intencionales, o debidas a caso fortuito, fuerza mayor, o incluso a acciones de terceros. De ello se sigue el valor reconocido a la certeza del derecho, a la objetividad y facticidad de los presupuestos de la pena, a la verdad procesal en tanto que verdad empírica y en general a las garantías de defensa dirigidas a impedir el castigo del inocente. Finalmente la función preventiva general, por el carácter abstracto de la previsión legal tanto de los delitos como de las penas, mira al delito y no a cada delincuente en particular, poniendo a éstos a resguardo de tratamientos desiguales y personalizados con fines correctivos o de enmienda o terapia individual o social, o con fines políticos de ejemplaridad represiva.

4. *Los resultados autoritarios de las doctrinas de la prevención general negativa.* El fin de la prevención general de los delitos, precisamente porque se identifica con el de la eficacia de las leyes, es por otra parte un fin formal y no sustancial, intrajurídico más que extrajurídico, y por consiguiente no idóneo, como ya se ha dicho, para justificar externamente el derecho penal. A semejanza de las doctrinas retribucionistas, que responden *quia peccatum* o *quia prohibitum* a la pregunta «¿por qué castigar?» confundiéndola con la de «¿cuándo castigar?», también las doctrinas de la prevención general negativa, respondiendo *ne peccetur* a la misma pregunta, eluden la cuestión preliminar y totalmente externa «¿por qué prohibir?». Pero mientras las doctrinas retribucionistas pueden darse por satisfechas con las respuestas *quia peccatum* o *quia prohibitum*, dado que confunden derecho y moral y por ello asocian un desvalor ético-jurídico intrínseco al *peccatum* o al *prohibitum*, las doctrinas utilitarias de la prevención general dejan el problema sencillamente sin respuesta, al no estar en condiciones, ni siquiera si se las completa con una doctrina de los bienes jurídicos protegidos por las prohibiciones, de ponderar y delimitar los costes —heterogéneos respecto a los de aquéllos— de los castigos.

La consecuencia más grave es que dichas doctrinas, aun siendo

idóneas para asegurar limitaciones garantistas internas a la función penal, no le aseguran ni criterios de justicia ni limitaciones externas que frenen su tendencia al derecho penal máximo. El fin de la eficacia de las prohibiciones penales no condiciona en efecto de ningún modo la cantidad y calidad de las penas. Por el contrario, sugiere la máxima severidad punitiva. «La intimidación», dice Francesco Carrara, «lleva a un incremento perpetuamente progresivo de las penas, ya que el delito cometido, mostrando a las claras que ese culpable no ha tenido miedo de esa pena, demuestra que para infundir temor a los demás es necesario aumentarla»¹⁹⁰. Y Voltaire ya había hecho ver la razón de la introducción en Alemania del «suplicio de la rueda» en la finalidad de prevención general perseguida por «aquellos que se apropiaban los derechos soberanos» de «atemorizar con el aparato de un tormento inaudito a todo el que osare atentar contra ellos»¹⁹¹. En suma, la prevención general a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no impide el terrorismo penal legislativo, al estar claro que la amenaza penal, habiendo de servir como «contraestímulo», «contramotivo» o «coacción psicológica», resulta tanto más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza. «En la lógica de la prevención general», escribe Giuseppe Bettiol, «hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos»¹⁹².

Hay además un segundo defecto en esta doctrina, y es que ni siquiera ella se sustrae a la objeción kantiana de que ninguna persona puede ser tratada como medio para un fin que no es suyo. Esta objeción, según Mario Cattaneo, valdría sólo para las doctrinas de la prevención general mediante el ejemplo de la imposición de la pena y no para aquellas otras de la prevención mediante la amenaza penal contenida en la ley, dado que sólo en las primeras «un hombre en particular, un individuo real» es usado «como medio para un fin» ajeno, mientras que «esto no vale para la amenaza de la pena, que, en tanto en cuanto va dirigida abstracta y preventivamente en la ley a clases de personas, no constituye violación alguna de los derechos fundamentales del hombre»¹⁹³. Pero esto es un paralogismo: la amenaza es tal en la medida en que está destinada a ser puesta en práctica mediante la imposición de la pena a individuos «particulares» y «reales». En ambos casos el medio es heterogéneo respecto al fin, que consiste en un bien referido a sujetos distintos de aquellos a los que se inflige la pena, de modo que el mal infligido a algunas personas es un «medio» para el fin del bienestar de otros¹⁹⁴.

El fin de la prevención general, por último, al estar trazado a partir de la sugerente idea de la prevención de los delitos, puede caer fácilmente en el de la prevención especial y avalar por consiguiente medidas y tratamientos penales *extra* o *ultra delictum*. En efecto, una vez justificada con fines de prevención general negativa la amenaza de la pena, no se entiende por qué no podría justificarse con esos mismos

finés la amenaza de medidas de prevención a los sujetos sospechosos o peligrosos. No es casual que los modernos sostenedores de la doctrina de la prevención general mediante la amenaza legal no sólo justifiquen sin dificultad todas las diversas medidas extra-penales —cautelares, de prevención, de seguridad y similares— introducidas junto a las penas por la cultura positivista, sino que en muchos casos señalen como fines ulteriores y accesorios de la pena, volviendo sobre las huellas de Liszt a modelos justificativos polivalentes sostenidos antes de Feuerbach y Romagnosi, también la corrección y la neutralización, y que con ellos justifiquen no sólo medidas extra-penales sino también los tratamientos individualizados empleados en la ejecución penal¹⁹⁵.

Todo esto permite decir que el fin de la prevención general mediante la amenaza legal, si bien es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista. «Una pena que resultase ineficaz para su fin, que es el de frenar el delito ya en el corazón de los malvados», escribió Romagnosi, no sería en modo alguno «necesaria»¹⁹⁶ ni estaría por consiguiente justificada: piénsese en los delitos de pensamiento, cuyo castigo fue criticado por Spinoza precisamente con este argumento¹⁹⁷, o incluso en el aborto o el consumo de estupefacientes si se admite que las penas, como parece demostrado por investigaciones empíricas comparadas, son completamente ineficaces para prevenirlos. No obstante, aunque la total ineficacia de las penas sea suficiente para deslegitimarlas, su eficacia no lo es para legitimarlas ni tampoco para delimitar su medida. En una concepción no teológica, ni moralista ni naturalista del derecho penal, en efecto, el daño ocasionado por las penas impuestas para castigar los delitos pasados y para prevenir los delitos futuros, si no repara ni compensa el daño producido por los primeros como pretenden las doctrinas retribucionistas, tampoco es por otra parte commensurable con el daño que ocasionarían los segundos y que por hipótesis aquéllas previenen. Por el contrario, el daño de los delitos prevenido por las penas y el daño de las penas para prevenir los delitos son commensurables, respectivamente, sólo con los daños de los mayores delitos y de las mayores penas que tendrían lugar sin el derecho penal. Ello quiere decir que para que un sistema penal pueda considerarse *justificado* hay que valorar su funcionalidad, comparando entre sí entidades homogéneas y escapando por consiguiente a la objeción kantiana también respecto a otro tipo de fin no menos importante que el de la prevención de los delitos: la prevención de los castigos excesivos e incontrolados, dotados también de una cierta capacidad preventiva frente a los delitos, que se reiterarían en su ausencia. Pero esto conlleva una revisión profunda del utilitarismo penal que nos ha transmitido la tradición, y antes aún exige que el problema de la justificación sea reformulado más correctamente en sede meta-ética. Es lo que intentaré hacer en el próximo capítulo.

NOTAS

1. Estas expresiones, totalmente inapropiadas en la medida en que son el fruto de una indebida transposición al derecho público de categorías del derecho privado, fueron introducidas en la doctrina penal alemana por K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1885, vol. I, 39 y 101-108, pp. 192 ss. y 477 ss., y recogidas después en Italia por A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Giachetti, Prato, 1905. Véase la crítica de las mismas en Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale* (1926), Cedam, Padua, 1940, p. 71; G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Utet, Turín, 1942; F. Antolisei, *Manuale*, cit., I, pp. 35-39; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pp. 11-13. Para una crítica global de la categoría de los «derechos subjetivos» o «de supremacía» del estado, elaborada por los iuspublicistas del siglo pasado, cf., *infra*, el apartado 60.3 y la nota 12 del cap. 14.

2. Llamo críticas «éticas» a todas aquellas que se hacen en nombre de valores morales o políticos, como por ejemplo las que discuten como inmoral el fin vindicativo o el fin de la enmienda o de la corrección forzada. Llamo por el contrario críticas «metaéticas» a las que se formulan sobre la base de argumentos metaéticos, como la inconsistencia o la contradictoriedad de los criterios de justificación o la incongruencia entre los medios y los fines indicados. También pueden darse argumentos a la vez éticos y metaéticos, como los que se refieren a la violación de la primera o de la segunda ley kantiana de la moral, que, como veremos, son interpretables ya como principios éticos, ya como principios metaéticos.

3. La divisoria entre estas doctrinas y las propiamente abolicionistas resulta incierta debido a la ambigüedad de las soluciones que éstas proponen, que por lo general suelen reputarse abolicionistas pero que en realidad, como veremos, son justificadoras de modelos punitivos regresivos y no garantistas. Se encuadran tendencialmente en este filón las doctrinas de la defensa social, que conciben la pena como «tratamiento» (en el sentido que se indicará en la nota 158) o proponen su sustitución por medidas curativas o de mera seguridad: desde las doctrinas italianas de la Escuela Positiva a la inglesa de Barbara Wootton, llegando hasta la propuesta de sustitución de la pena por «métodos» correctivos y/o «medidas de defensa social» adelantada, a partir de premisas teóricas diferentes, por Evgenii B. Pasukanis (cf., *infra*, las notas 130 ss.)

4. Véase el estudio de P. Marconi, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero anarchico*, Marsilio, Venecia, 1979.

5. M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum* (1844), trad. cast. de P. González Blanco, *El único y su propiedad*, La España Moderna, Madrid, 1904; reed., Orbis, Barcelona, 1985, 2 vols., vol. II, p. 19: «Yo aseguro mi libertad contra el mundo, en razón de que me apropio del mundo, cualquiera que sea, por otra parte, el medio que emplee para conquistarlo y hacerlo mío: persuasión, ruego, orden categórica o aun hipocresía, engaño, etc. Los medios a que me dirijo no dependen más que de lo que yo soy»; «Yo..., fuerte con mi propio poder, tomo o me doy un derecho, y, frente a todo poder superior al mío, soy un criminal incorregible» (*ibid.*, p. 56); «ninguno tiene órdenes que darme, ninguno puede prescribirme lo que tengo que hacer ni hacerme de ello una ley. Debo, sí, aceptar que me trate como enemigo; pero jamás toleraré que use de mí como de su criatura, y que me haga una regla de su razón o de su sinrazón» (*ibid.*, p. 47); «Todo Estado es despótico... ¿Qué remedio para eso? Uno solo: no reconocer ningún deber, es decir, no ligarme y no mirarme como ligado. Si no tengo deber, no conozco tampoco ley. ¿Pero se me ligará! Nadie puede encadenar mi voluntad, y yo quedaré siempre libre de no querer. ¿Pero todo estaría bien pronto sin pies ni cabeza si cada uno pudiera hacer lo que quiere!» ¿Y quién os dice que cada uno podría hacerlo todo? ¡Defendeos, y no se os hará nada! El que quiere quebrar vuestra voluntad es vuestro enemigo: tratadlo como tal» (*ibid.*, p. 48).

6. Una versión actual del anarquismo stirneriano puede acaso encontrarse en las tesis sobre la desviación de A. Negri, *Il marxismo e la questione criminale. Intervento nel dibattito promosso da 'La questione criminale'*, en *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milán, 1977, pp. 291-292: «En esta fase, en la radicalidad que objetiva y/o subjetivamente la caracteriza, la desviación constituye el punto de contradicción del sistema... Esta desviación deliberante al cuadrado no agrede solamente a la justicia normal de la ley del intercambio, se refiere igualmente a valores de uso, a la ruptura de cualquier verosimilitud del universo de la ley del valor. No es sólo hurto sino reapropiación, no es sólo rechazo de control social sino deseo de comunismo, no es sólo acto de rebeldía sino ejercicio de justicia proletaria... La desviación es aquí sal de la tierra, arma de recomposición social. Y clave de conocimiento».

7. Mateo, 7, 1; Romanos, 2, 1. Cf. sin embargo, *infra*, los pasajes recogidos en la nota 34. Motivos evangélicos y solidaristas están presentes también en la crítica de la pena de J. M. Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction* (1893), trad. cast. de L. Rodríguez y A. Casares, *Esbozo de una moral sin obligación ni sanción*, Júcar, Madrid, 1978, III, 2, 4.

8. W. Godwin, *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Morals and Happiness* (1798), ed. a cargo de F. E. L. Priestley, The University of Toronto Press, Toronto, 1946, p. 340. El «ojo público» es configurado por Godwin como una forma de control social informal, que se expresa en la «desaprobación de los vecinos» y se ejerce a través de una constrictión moral que obliga al transgresor a «transformarse» o «a emigrar».

9. M. Bakunin, *Lettera a Sergei Necaev*, 2 de junio de 1870, en M. Confino (ed.), *Il catechismo del rivoluzionario. Bakunin e l'affare Necaev*, Adelphi, Milán, 1976, pp. 160-161: «Si somos anarquistas, preguntaría, ¿con qué derecho queremos actuar sobre el pueblo y con qué medios lo haremos? Rechazando todo poder, ¿con la ayuda de qué poder o más bien con qué fuerza dirigiremos la revolución popular? Por medio de una fuerza invisible que no es reconocida por nadie y que a ninguno se impone; por medio de la dictadura colectiva de nuestra organización, que será tanto más poderosa en la medida en que permanezca invisible e ignota, y que carecerá tanto de derechos como de posiciones oficiales»; esta «organización secreta... debe al mismo tiempo procurar al pueblo una fuerza auxiliar y convertirse en una escuela práctica para la educación moral de todos sus miembros» (*ibid.*, p. 159); *Id.*, *Secondo discorso al Congresso di Berna della pace e della libertà* (septiembre 1868), en *La Comuna e lo Stato*, Savelli, Roma, 1970, pp. 121-122: «Corregid la naturaleza con la sociedad, haced tan iguales como sea posible las condiciones del desarrollo y del trabajo para todos, y habréis destruido muchas mentiras, muchos delitos, muchos males. Cuando todos hayan recibido aproximadamente la misma educación y la misma instrucción, cuando todos resulten obligados por la fuerza misma de las cosas a asociarse para trabajar y a trabajar para vivir; cuando el trabajo, reconocido como verdadero fundamento de toda organización social, haya llegado a ser objeto de respeto público, los hombres de mala voluntad, los parásitos, los holgazanes disminuirán a ojos vista y acabarán por ser tratados como enfermos».

10. P. Kropotkin, *La loi et l'autorité*, Les Temps Nouveaux, París, 1913, p. 24: «La libertad, la igualdad y la práctica de la solidaridad son el único dique eficaz que puede oponerse a los instintos antisociales de algunos de nosotros»; *Id.*, *L'Anarchie: sa philosophie, son idéal* (1896), trad. it. de D. Tarantini, *L'Anarchia: la sua filosofia e il suo ideale*, Altamura, Varese, 1973, pp. 48-49: «La impotencia de la represión ha sido suficientemente demostrada por el desorden de la actual sociedad y por la necesidad misma de la revolución, que queremos y que todos sentimos como inevitable». Al

instrumento de la «represión», que «desde hace siglos ha dado resultados tan dañinos», Kropotkin contrapone «la práctica de la ayuda mutua» (*ibid.*, p. 50): «las costumbres sociales que el comunismo —aun cuando fuese parcial en sus comienzos— debe por fuerza generar en la vida, serían ya una fuerza incomparablemente más potente que todo el aparato represivo para mantener y desarrollar el núcleo de los hábitos de sociabilidad. He ahí por tanto la forma —la institución sociable— a la que pedimos el desarrollo del espíritu de entendimiento que la iglesia y el estado se habían planteado como misión imponernos, con los resultados que conocemos» (*ibid.*, pp. 52-53). Ideas semejantes son expresadas por L. Molinari, *Il tramonto del diritto penale*, Rivista Università Popolare, Milán, 1909, p. 23: «La delincuencia es una enfermedad, no discutamos más sobre esto»; *ibid.*, p. 27: «Tenéis razón cuando decís que la sociedad tiene derecho a defenderse de los delincuentes, pero debe defenderse de ellos no con la idea preconcebida del castigo, que se resume en una brutal venganza, sino con la piedad, con el amor, con el cuidado debido a los deficientes, a los débiles, a los enfermos»; *ibid.*, pp. 29-30: «¿Constituye la pena un freno para los delitos? Lectores, examinad vuestra psique, volved vuestro pensamiento hacia vosotros mismos y preguntaos: ¿Quién me refrena de matar, quién me refrena de cometer actos ignominiosos? ¿Es el miedo a la pena o es un sentimiento de solidaridad humana, un sentimiento de dignidad humana, un no sé qué de dulce, bueno, elevado, que se libera de cada ser y se confunde rodeando casi la humanidad entera con un tierno y dulce vínculo de amor fraterno?... Abolid prisiones y gendarmes y la humanidad continuará en su evolución hacia el bien, hacia mejor; así como la abolición de la pena de muerte en algunas naciones más evolucionadas no ha supuesto un incremento de los delitos de sangre, el ocaso del derecho penal no traerá sino una aurora de paz y felicidad».

11. E. Malatesta, *Scritti scelti*, G. Cerrito (ed.), Savelli, Roma, 1973, p. 193: «Hay que abolir las cárceles, esos lugares tétricos de pena y de corrupción en los que, mientras los reclusos gimen, los vigilantes se hacen duros de corazón y se vuelven peores que los vigilados. Pero cuando se descubre a un sátiro que estupra y destroza los cuerpecitos de pobres niñas, hay no obstante que reducirle a una situación en la que no pueda hacer daño... ¿Pensarán en ello los hombres del mañana? No, debemos pensar en ello nosotros, porque estos hechos se producen hoy»; *ibid.*, p. 197: «¿Qué habría que hacer entonces? Persuadir a la gente de que la seguridad pública, la defensa de la integridad y la libertad de cada uno debe confiarse a todos; que todos deben vigilar, que todos deben hacer el vacío al prepotente e intervenir en defensa del débil, que los paisanos, los vecinos, los compañeros de trabajo deben cuando haga falta convertirse en jueces»; Id., *L'Anarchia* (1884), en *Gli anarchici*, Utet, Turín, 1971, p. 842: «Ciertamente, como sabemos que el hombre es la consecuencia del propio organismo y del ambiente cósmico y social en el que vive; como no confundimos el derecho sagrado a la defensa con el pretendido y absurdo derecho a castigar; y como en el delincuente, es decir, en aquel que comete actos antisociales, no veremos ya al esclavo rebelde, como les sucede a los jueces de hoy en día, sino al hermano enfermo y necesitado de cuidado, no pondremos odio en la represión, nos esforzaremos en no sobrepasar la necesidad de la defensa, y no pensaremos en vengar sino en curar, en redimir al infeliz con todos los medios que la ciencia nos enseñe».

12. *Ibid.*, p. 843: «Y cuando entre los hombres se producen disputas, ¿no serían acaso el arbitraje voluntariamente aceptado o la presión de la opinión pública más aptos para dar la razón al que la tiene que una magistratura irresponsable, que tiene derecho a juzgar sobre todo y sobre todos, y es necesariamente incompetente y por consiguiente injusta?».

13. Acerca del holismo criminológico de la tradición marxista, basado en la vulgata post-marxiana de la doctrina de la extinción del estado, y sobre cómo es ex-

traño al pensamiento de Marx (de cuyas tesis antieticistas en materia penal se da cuenta aquí en la nota 168), cf. D. Zolo, *Saggio introduttivo* a K. Marx, *Lo stato moderno*, Newton Compton Italiana, Roma, 1972; Id., *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, De Donato, Bari, 1974; L. Ferrajoli y D. Zolo, *Marxismo e questione criminale*, en «La Questione criminale», 1977, 1, pp. 97-133, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez en L. Ferrajoli y D. Zolo, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Ed. 2001, Barcelona, 1980, pp. 83 ss.

14. V. I. Lenin, *El Estado y la revolución* (1917), en *Obras escogidas*, tomo II, Progreso, Moscú, s.f., pp. 363-364. Este pasaje será copiado literalmente por A. J. Visinskij, *Voprosy prava i gosudarstva u Marksa* (1949), trad. it. de U. Cerroni, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, en *Teorie sovietiche del diritto*, cit., p. 286.

15. V. I. Lenin, o. c., pp. 373-374: «Contabilidad y control: he aquí lo principal, lo que hace falta para 'poner a punto' y para que funcione bien la primera fase de la sociedad comunista. En ésta, todos los ciudadanos se convierten en empleados a sueldo del Estado, que no es otra cosa que los obreros armados. Todos los ciudadanos pasan a ser empleados y obreros de un solo 'consorcio' de todo el pueblo, del Estado. De lo que se trata es de que trabajen por igual, observando bien la medida del trabajo, y de que ganen equitativamente... Cuando la mayoría del pueblo comience a llevar por su cuenta y en todas partes esta contabilidad, este control sobre los capitalistas (que entonces se convertirán en empleados) y sobre los señores intelectualillos que conservan sus hábitos capitalistas, este control será realmente universal, general, del pueblo entero, y nadie podrá rehuirlo, pues 'no habrá escapatoria posible'... Pues cuando todos hayan aprendido a dirigir y dirijan en realidad por su cuenta la producción social, cuando hayan aprendido a llevar el cómputo y el control de los haraganes, de los señoritos, de los granujas y demás 'depositarios de las tradiciones del capitalismo', el escapar a este registro y a este control realizado por la totalidad del pueblo será sin remisión algo tan inaudito y difícil, una excepción tan rara, y suscitará probablemente una sanción tan rápida y tan severa (pues los obreros armados son gente práctica y no intelectualillos sentimentales, y será muy difícil que permitan que nadie juegue con ellos), que la necesidad de observar las reglas nada complicadas y fundamentales de toda convivencia humana se convertirá muy pronto en una *costumbre*» (*ibid.*).

16. A. Gramsci, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Einaudi, Turín, 1966, trad. cast. [parcial] de J. Solé Tura, *La política y el Estado moderno*, Península, Barcelona, 1971, por donde se cita, p. 174. *Ibid.*, p. 178: «El elemento Estado-coacción puede imaginarse agotándose a medida que se afirman elementos cada vez más sobresalientes de la sociedad regulada (o Estado ético o sociedad civil)».

17. *Ibid.*, p. 182.

18. *Ibid.*, p. 154. El pasaje, titulado «Cuestión del 'hombre colectivo' o del 'conformismo social'», prosigue: «Pero ¿cómo conseguirá cada individuo concreto incorporarse al hombre colectivo y cómo se ejercerá la presión educativa sobre los individuos singulares obteniendo su consenso y su colaboración, convirtiendo la necesidad y la coerción en 'libertad'? Cuestión del 'derecho', cuyo concepto deberá ampliarse, comprendiendo en él incluso las actividades que hoy se engloban bajo la fórmula del 'indiferente jurídico' y que son del dominio de la sociedad civil que opera sin 'sanciones' y sin 'obligaciones' taxativas, pero no por ello deja de ejercer una presión colectiva y obtiene resultados objetivos de elaboración en las costumbres, en los modos de pensar y de operar, en la moralidad, etc.». En efecto, «si todo Estado tiende a crear y a mantener un cierto tipo de civilización y de ciudadano (y, por consiguiente, de convivencia y de relaciones individuales), si tiende a hacer desaparecer ciertas costumbres y actitudes y a difundir otras, el derecho será el instrumento para este fin (junto a la escuela y

otras instituciones y actividades) y debe elaborarse de modo que resulte conforme al fin, y sea máximamente eficaz y productor de resultados positivos» (*ibid.*, p. 159).

19. «La concepción del derecho... no creo que... pueda partir del punto de vista de que el Estado no 'castiga' (si se reduce este término a su significado humano), sino que lucha contra la 'peligrosidad' social. En realidad el Estado debe concebirse como 'educador', por cuanto tiende precisamente a crear un nuevo tipo o nivel de civilización... También en este terreno el Estado es un instrumento de 'racionalización', de aceleración y de taylorización, opera de acuerdo con un plan, presiona, incita, solicita y 'castiga' porque una vez creadas las condiciones en que un determinado modo de vida es 'posible', la acción o la omisión criminales deben tener una sanción punitiva, de alcance moral, y no sólo comportar un juicio de peligrosidad genérica. El derecho es el aspecto represivo y negativo de toda la actividad positiva de civilización llevada a cabo por el Estado. A la concepción del derecho deberían incorporarse también las actividades 'premiadoras' de individuos, de grupos, etc. Se premia la actividad laudable y meritoria del mismo modo que se castiga la actividad criminal (y se castiga con formas originales, haciendo intervenir a la 'opinión pública' como sancionadora)» (*ibid.*, pp. 159-160). Esta visión expansiva del derecho penal —en la cual «la escuela como función educativa positiva y los tribunales como función educativa represiva y negativa son las actividades estatales más importantes» (*ibid.*, p. 174)— se corresponde con la previsión de una perfecta disciplina social: «El máximo de capacidad del legislador puede inferirse del hecho de que a la perfecta elaboración de las directivas corresponde una ordenación perfecta de los organismos de ejecución y comprobación y una preparación perfecta del consenso 'espontáneo' de las masas, que deben 'vivir' esas directivas, modificando sus propias costumbres, su voluntad y sus convicciones de acuerdo con ellas y con los fines que se proponen alcanzar» [*N. del T.*: este texto no se encuentra en la trad. cast. parcial citada *supra* —*vid.* nota 16—; puede hallarse no obstante en A. Gramsci, *Pequeña antología política*, trad. cast. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1977, por donde ha sido citado: p. 94]. Para medir la distancia entre un organicismo estatista semejante y las ideas libertarias de Marx, véase, *infra*, la nota 168.

20. Me limito a recordar, entre los exponentes más significativos del abolicionismo contemporáneo, a L. Hulsman y J. Bernat de Celis, *Peines perdues*, Centurion, París, 1982, trad. cast. de S. Politoff, con prólogo de J. Bustos, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984; L. Hulsman, *Abolire il sistema penale?* (entrevista), en «Dei delitti e delle pene», 1983, 1, pp. 71-89; N. Christie, *Limits to Pain* (1982), trad. it., *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Abele, Turín, 1985. Véanse también las actas de la *International Conference on Prison Abolition* celebrada en Amsterdam los días 24-27.6.1985, y en particular los escritos de Herman Bianchi, Kai Bussman, Stanley Cohen, Louk Hulsman, Ruth Morris, Richard Rahm y Sebastian Scheerer. Una reseña bibliográfica de la literatura abolicionista contemporánea es ofrecida por E. García Méndez, *Il Movimento e la teoria per l'abolizione del sistema penale e la discussione recente. Cinquanta titoli*, en «Dei delitti e delle pene», 1985, 3, pp. 591-596.

21. L. Hulsman, *Abolire il sistema penale?*, cit., p. 71. El precepto evangélico de «poner la otra mejilla» es recordado repetidamente por N. Christie, *o. c.*

22. L. Hulsman, *o. c.*, pp. 77 y 82.

23. *Ibid.*, pp. 80-81 y 89.

24. A propósito del terrorismo, por ejemplo, Louk Hulsman plantea como hipótesis el mantenimiento «por una parte de los elementos del derecho de guerra y, por otra, de elementos bastante próximos al actual derecho penal» (*o. c.*, p. 83). Totalmente evasiva es la respuesta a la pregunta acerca del tratamiento del resto de los fenómenos más relevantes de la moderna criminalidad: «En lo que concierne al crimen organizado,

puedo ser bastante breve. Dicho crimen existe en realidad sólo como producto del sistema penal, cuya desaparición eliminaría también ese problema. En lo concerniente a la administración pública, por fin, creo que una reorganización de los servicios puede remediar muchos torcimientos y desviaciones. No excluyo el que respecto a ciertos individuos, además, hayan de tomarse medidas sancionadoras; por otra parte el *status* jurídico relativo a los funcionarios públicos cumple también una función disciplinaria» (*ibid.*, pp. 83-84). Medidas sancionatorias no mejor precisadas son previstas por Hulsman, incluso tras la proyectada abolición de la pena, también en *Sistema penal y seguridad ciudadana*, cit., pp. 75-76.

25. Piénsese en la complacencia expresada por estas orientaciones hacia la llamada «reapropiación social de los conflictos», las distintas formas de justicia privada (*vigilantes* [N. del T.: en castellano en el original], tomarse la justicia por su mano, arreglos patrimoniales, etc.) y, por otro lado, los diferentes modelos de control disciplinario doméstico o comunitario. Una crítica más profunda de las hipótesis abolicionistas será desarrollada en el apartado 25.1. Véanse también las observaciones críticas de P. Marconi, *La strategia abolizionistica di Louk Hulsman*, en «*Dei delitti e delle pene*», 1983, 1, pp. 221-238; T. von Trotha, «*Limits to Pain*». *Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie*, en «*Kriminologisches Journal*», 1983, 1, pp. 34-53; M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, en «*Dei delitti e delle pene*», 1985, 3, pp. 525-553. Sobre el abolicionismo actual, cf. además S. Scheerer, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, *ibid.*, 1983, 3, pp. 525-541; E. García Méndez, *La dimensione politica dell'abolizionismo. Un punto di vista periferico*, *ibid.*, 1985, 3, pp. 555-567; G. Smaus, *Modelli di società nel movimento abolizionista*, *ibid.*, pp. 569-590.

26. Puede afirmarse que así como las doctrinas abolicionistas del estado eluden el problema de las formas de gobierno (cf., en este sentido, N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Turín, 1976, pp. 61-64 y 188 ss.), las abolicionistas del derecho penal eluden el problema de las formas del derecho y del proceso penal, oscilando entre un estéril utopismo teórico y soluciones prácticas regresivas y antigarantistas.

27. La distinción entre «teorías absolutas» (*absolute Theorien*) y «teorías relativas» (*relative Theorien*) es usual en la literatura alemana, italiana y francesa, y corresponde sustancialmente a la anglosajona entre «teorías retribucionistas» y «teorías utilitaristas». Formulada por vez primera por A. F. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1857), trad. it. de la 13.ª ed. de E. Bertola, *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milán, 1892, p. 5, fue recogida por C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Barbera, Florencia, 1862, pp. 288-289; por F. Hélie, *Introduction a Pell. Rossi, Traité de droit pénal*, 3.ª ed., en *Oeuvres complètes de P. Rossi*, Guillaumine, París, 1863 [hay trad. cast. en 2 vols. del *Tratado de Derecho penal*, en versión de C. Cortés, Imprenta de D. José María Repullés, Madrid, 1839, que no incluye la Introducción de Hélie]; por E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, Stamperia della Regia Università, Nápoles, 1870, hay trad. cast. de H. González del Castillo, *Elementos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1913, por donde se cita: pp. 80-81]; por F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Guttentag, Berlín, 1899 trad. cast. en 3 vols., *Tratado de Derecho penal*: vol. I, trad. —de la 18.ª ed. alemana— de Q. Saldaña; vols. II y III, trad. —de la 20.ª ed. alemana— de L. Jiménez de Asúa, todos ellos con adiciones de Q. Saldaña, Reus, Madrid, s.f.; vol. II, 17] e Id., *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. cast. de E. Aimone Gibson, *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984, pp. 56 ss.; por E. Florian, *Trattato di diritto penale, I. Dei reati e delle pene in generale*, Vallardi, Milán, 1906, p. 19. Por lo general suele añadirse un tercer grupo, el de las teorías «mixtas» o «eclecticas» (*gemischte Theorien*), así denominadas porque intentan

combinar el fundamento moral de las teorías absolutas y el utilitario de las teorías relativas: se trata en realidad de teorías relativas o utilitaristas que, por un equivoco teórico del que hablaré más adelante, confunden la justificación de la pena con el principio retributivo del carácter consecuencial de la pena respecto al delito.

28. Amplias reseñas de las doctrinas sobre el fin de la pena pueden encontrarse en A. F. Berner, *o. c.*, pp. 5-30; V. Manzini, *Diritto penale*, cit., pp. 45-94; E. Florian, *o. c.*, pp. 1-31; G. Maggiore, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ⁵1951, trad. cast. de J. J. Ortega Torres, *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1954, por donde se cita: t. II, pp. 247-269; M. A. Cattaneo, *Fondamenti filosofici della sanzione penale*, en *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*, Actas del XXI Congresso di Filosofia giuridica e politica, Bulzoni, Roma, 1978, pp. 41-100; Id., *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978; Id., *Pena, I. Filosofia del diritto*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., vol. XXXII, 1982, pp. 701-712; E. R. Zaffarone, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1981; J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 20-41.

29. Séneca, *De Ira*, lib. I, cap. XIX, trad. cast. de E. Otón Sobrino, *De la cólera*, Alianza, Madrid, 1986, p. 63.

30. Pell, *Tratado de Derecho penal*, cit., vol. I, lib. I, cap. XII, p. 179: «La sociedad debe afianzar el cumplimiento del primer deber [el de no dañar a otro] por el uso del mandamiento y aun de la fuerza, oponiendo mal a mal, si es menester».

31. La «venganza de la sangre» no era en absoluto una reacción instintiva o espontánea. Era por el contrario un derecho y, antes aun, un deber que recaía sobre la parte ofendida y su grupo de parentesco; y estaba dirigida, también solidariamente, contra el ofensor y su grupo de parentesco. Sobre la venganza de la sangre, y más en general sobre la venganza privada como forma originaria de castigo en la mayor parte de las sociedades primitivas, cf. H. J. S. Maine, *Ancient Law, its Connections with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, Murray, Londres, 1861; J. J. Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruylant Christophe, Bruselas, 1869, t. II, pp. 259 ss.; Id., *Le droit pénal de la République athénienne, précédé d'une Étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Bruylant Christophe, Bruselas, 1875; H. Spencer, *Principles of Sociology* (1896), trad. it. de F. Ferrarotti, *Principi di sociologia*, Utet, Turín, 1967, vol. II, pp. 292 ss.; A. H. Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (1894), trad. it. de P. Bonfante y C. Longo, *Giurisprudenza etnologica. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milán, 1906, vol. I, pp. 142-146 y 199-228; A. Pertile, *Storia del diritto penale*, en Id., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. V, Utet, Turín, ²1892, pp. 7 ss.; P. del Giudice, *La vendetta nel diritto longobardo*, extr. del «Archivio storico longobardo», a. III, fasc. II, 1876; Id., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, en E. Pessina (ed.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Società Editrice Libreria, Milán, 1905, vol. I, pp. 439 ss. y 447 ss.; C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, *ibid.*, pp. 9 ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, *ibid.*, vol. II, pp. 290 ss.; V. Manzini, *Diritto penale*, cit., pp. 47-54; F. von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, cit., 2, pp. 72-73; A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci. Studi sulle concezioni antiche e confronti con le teorie moderne*, Bocca, Turín, 1903, pp. 139-155; E. Florian, *o. c.*, pp. 3-7; G. B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Utet, Turín, 1911, pp. 35-45; L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive* (1927), trad. cast. de Eugenio Triás, *El alma primitiva*, Ediciones 62, Barcelona, 1974, cap. II; H. von Hentig, *Die Strafe, Urrprung, Zweck, Psychologie* (1932), trad. it. de M. Piacentini, *La pena. Origine, scopo, psicologia*, F.lli Bocca, Milán, 1942, pp. 21-32 [de una segunda versión muy mo-

dificada de esta obra, *Die Strafe*, 2 vols., Springer, Berlín, 1954-55, hay trad. cast. de J. M. Rodríguez Devesa, *La pena*, 2 vols., Espasa Calpe, Madrid, 1967-68; puede encontrarse en ella una referencia a la cuestión de la venganza de la sangre en el vol. I, pp. 21 ss. y 132-141; H. Kelsen, *Society and Nature. A sociological Inquiry* (1943), trad. it. di L. Fuà, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Turín, 1953, pp. 84-97 [N. del T.: Existe una trad. cast., *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires, 1945, que no se ha podido consultar]; A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 227 ss. y 243 ss.; E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 24 ss.; Id., *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 224-231. Sobre la idea primitiva del «castigo equivalente» y de la correspondencia cualitativa de la pena respecto al delito que informa el principio del talión, véanse además el apartado 29.2 y la nota 109 del cap. 7.

32. Recuérdense las feroces máximas «el que derramare la sangre humana, por mano de hombre será derramada la suya; porque el hombre ha sido hecho a imagen de Dios» (*Génesis*, 9, 6); «no tendrás tu ojo piedad; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie» (*Deuteronomio*, 19, 21, que recoge la máxima formulada en *Éxodo*, 21, 24); «El vengador de la sangre matará por sí mismo al homicida; cuando le encuentre, le matará» (*Números*, 35, 19; *ibid.*, 20-21 y 24-28). En la Biblia también se encuentra afirmado sin embargo el rechazo de la venganza: «No te vengues y no guardes rencor contra los hijos de tu pueblo; amarás a tu prójimo como a ti mismo» (*Levítico*, 19, 18). Sobre la concepción judaica de la pena como expiación retributiva, véanse las agudas páginas de P. Ricoeur, *Finitud y culpabilidad*, cit., pp. 286-294 y 336-364. Ricoeur subraya el nexo, presente en la tradición hebraica y cristiana, entre la idea de la pena como justo sufrimiento y la idea del sufrimiento como justo castigo: esta segunda idea, afirma, precede e incluye a la primera, en el sentido de que el paradigma retributivo expresa para la conciencia religiosa la exigencia del justo castigo en la medida en que sirva antes aun para explicar el sufrimiento humano en general, empezando por la muerte, como efecto de alguna oscura culpa original y de la cólera de Dios.

33. *Mateo*, 5, 7, 38-40, 43-44; 6, 14-15; 18, 21-22.

34. San Pablo representa a Dios como aquel «qui reddet unicuique secundum opera ejus» (*Romanos*, 2, 6) y le atribuye las tenebrosas palabras del Dios judío (*Deuteronomio*, 32, 35) «mihi vindictam: ego retribuam» (*Romanos*, 12, 19). Y fundamenta en la voluntad de Dios el magisterio penal: «Dei enim minister est tibi in bonum. Si autem malum feceris, time; non enim sine causa gladium portat. Dei enim minister est, vindex in iram ei, qui malum agit. Ideo necessitate subditi estote non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam» (*Romanos*, 13, 4-5). También san Pedro considera a los soberanos enviados por Dios «ad vindictam malefactorum» (*Primera carta*, 2, 14).

35. *La ciudad de Dios*, lib. XX, cap. I, en *Obras de San Agustín*, tomo XVII, B. C. M., 1965.

36. *Summa Theologiae*, Ia, IIae, quaestio XXI, art. 3, donde «meritum et demeritum dicuntur in ordinem ad retributionem quae fit secundum iustitiam»; *ibid.*, IIae, quaestio LXI, art. 4, donde la pena es concebida como «contrapassum» que «importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem»; *ibid.*, IIae, quaestio CVIII, enteramente dedicada a la «vindicatio licita et virtuosa», donde la «punitio peccatorum» es configurada como «actus commutativae iustitiae» (art. 2). Según santo Tomás, la pena tiene sin embargo una función preventiva y pedagógica, «quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala et ad implendum bona propter metum poenae, perducitur quandoque ad hoc, quod delectabiliter et ex propria volun-

rate hoc faciat. Et secundum hoc lex etiam puniendo perducit ad hoc quod homines sint boni» (*ibid.*, Ia, Ilae, quaestio XCII, art. 2). Véanse también los pasajes recogidos aquí en las notas 113 y 123. Una concepción netamente retributiva, basada en el talión, es como se sabe la de Dante Alighieri (*Infierno*, XXVIII, 142), sobre cuya doctrina penal, contrapuesta como «medieval» a la «moderna» de Hobbes, cf. U. Scarpelli, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 57-69.

37. Pío XII, *Principi fondamentali del diritto penale*, en «Archivio penale», 1953, I, pp. 421-422: «Es deseable que al menos los delitos más graves sean castigados en todas partes y, si es posible, de manera igualmente severa, de modo que los culpables no puedan en ningún lugar sustraerse o ser sustraídos al castigo»; *ibid.*, pp. 435-436: «función principal de la pena es la expiación del delito cometido, que sanciona la violación del derecho... En la medida en que sea posible dar satisfacción al orden violado, hay que hacerlo. Es una exigencia fundamental de la 'justicia'. En el campo de la moralidad su misión es mantener la igualdad existente y justificada, conservar el equilibrio y restaurar la igualdad infringida. Ésta exige que, mediante la pena, el responsable sea sometido por la fuerza al orden. El cumplimiento de esta exigencia proclama la supremacía absoluta del bien sobre el mal; por medio de ella se ejerce la soberanía absoluta del derecho sobre la injusticia... La víctima de una injusticia puede libremente renunciar a la reparación, pero la justicia por su parte se la asegura en todo caso». Sobre esta allocución, que expresa la versión quizá más inflexible formulada en época contemporánea de la doctrina ético-retribucionista, véase el artículo, de total adhesión, de B. Petrocelli, *La pena nel pensiero di Pio XII*, en «Rivista italiana di Diritto penale», 1953, pp. 678-684.

38. Para Joseph de Maistre la justicia penal pertenece al designio de la providencia divina y alcanza como justicia retributiva, según un oscuro principio de *reversibilité*, también a los inocentes y a las generaciones sucesivas (*Les soirées de Saint-Petersbourg*, hay trad. cast., *Las veladas de San Petersburgo, o Coloquios sobre el gobierno temporal de la Providencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1943, ³1966, pp. 109, 207 y 217); agente misterioso de este lúgubre designio es el verdugo, «nudo de la asociación humana. Quitad del mundo ese agente incomprensible, y en el instante mismo el orden deja su lugar al caos, los tronos se hunden y la sociedad desaparece» (*ibid.*, pp. 23-24). La idea de la pena como «retribución divina» a través de la cual se realiza el orden ético es sostenida por F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts* (1854), reimp. Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1963, vol. II, 142, pp. 518-521. Una idea semejante se encuentra en P. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Mansi, Livorno, 1845, que sostiene que «caminan en armonía perfectísima la justicia divina y la humana» (p. 282), siendo la una «vengadora» (p. 280) y la otra obligada «sea frente al delincuente, sea frente a los asociados, sea frente al Creador» a «reordenar en la vida presente», mediante la pena «en compensación de la acción mala», el «desorden» producido por el delito (p. 281); y de ahí deduce la función «ejemplar», «medicinal» y «reparadora» de la pena (pp. 283-285), la punibilidad del delito aun sólo «hablado» y de la «tentativa imposible» (pp. 286-287) e incluso la licitud de «infligir una pena al inocente» por «un delito cometido por otros» si se trata de un «delito social», es decir, «de la sociedad de la que es miembro» y él «no disiente abiertamente» del mismo (p. 289).

39. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 166-167: «La pena judicial... ha de imponérsele sólo porque ha delinquido... La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel que se arrastre por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo..., por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica 'es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo'!»

Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra»; *ibid.*, pp. 168-169: «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia. Esta igualdad de las penas que sólo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que sólo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la *maldad interna* de los criminales».

40. G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho*, cit., 93, p. 155: «La exposición real de que la violencia se destruye en su propio concepto es que *la violencia se elimina con la violencia*. Por lo tanto en cuanto *segunda* violencia, que es eliminación de una primera, es legítima, no sólo en ciertas condiciones, sino necesariamente»; *ibid.*, 97, p. 158: «La lesión del derecho en cuanto derecho tiene por cierto una existencia positiva, exterior, pero esta existencia es *en sí misma* nula. La *manifestación* de esta nulidad suya es la aniquilación de la lesión, que también entra en la existencia. Ésta es la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión»; *ibid.*, 99, p. 160: «En esta discusión lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho»; *ibid.*, 102, p. 165: «La eliminación del delito es en esta esfera de la inmediatez del derecho en primer lugar *vengeanza*. Ésta es justa según su *contenido* en la medida en que es una compensación»; véanse además, *ibid.*, las adendas nn. 61-64 a los 97-101, pp. 159-165 y las notas a los 96-102, pp. 158-166; Id., *System der Sittlichkeit* (1802), trad. cast. de L. González Hontoria, *El sistema de la eticidad*, Nacional, Madrid, 1982, p. 144: «La *justicia vengativa* está vinculada de un modo absoluto al *delito*. Se trata de que la necesidad absoluta los une, pues una cosa es lo opuesto de la otra, una representa la subsunción opuesta de la otra. El delito, en tanto que vitalidad negativa, como concepto que se constituye en intuición, subsume lo general, lo objetivo, lo ideal; la justicia vengativa, por el contrario, en tanto que universal, objetiva, subsume de nuevo esa negación que se constituye en la intuición».

41. G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho*, cit., 257, p. 318.

42. Cf., en este sentido, M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 16-17; Id., *Pena*, cit., p. 705.

43. M. Ginsberg, *On Justice in Society* (1965), trad. it. de V. Ferrari, *La giustizia nella società*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 214. Sobre el origen mágico de la idea retributiva y sobre su explicación mediante el principio —naturalista y a la vez moral— del talión, cf. H. Kelsen, *Società e natura*, cit., pp. 96 ss.

44. Séneca, *loc. ult. cit.* El pasaje de Platón está en *Protágoras*, XIII, 324b, trad. cast. de C. García Gual, en *Diálogos*, vol. I, Gredos, Madrid, 1981, p. 529, y además en *Las leyes*, cit., XI, 12, 934a, p. 221. El rechazo de la venganza basado en argumentos morales está expresado en el *Critón*, 49c-d, trad. cast. de J. Calonge, en *Diálogos*, cit., vol. I, p. 203: «Sócrates: ¿Y responder con el mal cuando se recibe mal, es justo, como afirma la mayoría, o es injusto? Critón: De ningún modo es justo. Sócrates: Luego no se debe responder con la injusticia ni hacer mal a ningún hombre, cualquiera que sea el daño que se reciba de él... Jamás es bueno ni cometer injusticia ni responder a la injusticia con la injusticia, ni responder haciendo mal cuando se recibe el mal».

45. Es el criterio de distinción indicado, entre otros, por F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 14, 16, vol. I, p. 39, y 613, vol. II, p. 67.

46. Giorgio del Vecchio considera un «paralogismo» la idea de la retribución del mal con el mal, y contrapone a la misma la de la retribución del mal con el bien, que sería la pena como arrepentimiento o como reparación civil del daño (*Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, 1957, en apéndice a *La giustizia*, Studium, Roma, 1959, 6.ª ed., pp. 194, 196, 204 [N. del T.: existe una trad. cast., de la 2.ª ed. italiana —Zanichelli, Bolonia, 1924—, que no incluye el apéndice citado: G. del Vecchio, *La justicia*, trad. cast. de L. Rodríguez-Camuñas y C. Sancho, Centro Ed. Góngora, Madrid, 1925]). En el plano lógico, naturalmente, tanto da una idea u otra; sea como fuere, responder al mal con el mal no significa eliminarlo, ni repararlo, sino en todo caso redoblarlo.

47. *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 81, 92-96, 104-106.

48. *La città del sole* (1623), trad. cast. de E. G. Estébanez, *La ciudad del sol*, Mondadori, Madrid, 1988, p. 145: «cuando ocurre un caso injurioso, el homicidio se castiga con la muerte, y se paga con la pena de paridad, ojo por ojo, nariz por nariz, cuando es caso pensado». La retribución penal tiene por otra parte, para Campanella, una función duramente penitencial: «No tienen cárceles, sino sólo un torreón para algún enemigo rebelde. No se escribe el proceso, sino que en presencia del juez y del Potestad se dice el pro y el contra; y el juez condena de inmediato; y después el Potestad, si se apela, condena al día siguiente; y después, el tercer día, condena el Sol; o agracia después de muchos días con el consentimiento del pueblo. Y no puede morir ninguno si todo el pueblo no le mata de mancomún; que no tienen verdugo, sino que lo lapidan todos o queman, haciendo que escoja la pólvora a fin de morir de inmediato. Y todos lloran y ruegan a Dios que aplaque su ira, doliéndose de haber venido a cortar un miembro infecto del cuerpo de la república; y hacen de modo que él mismo acepte la sentencia, y disputan con él hasta que, convencido, diga que la merece» (*ibid.*). Por lo demás, al menos para los delitos más leves, Campanella propone la reeducación sobre la base de que haya tenido lugar la confesión (*infra*, nota 125).

49. J. Selden, *De Jure Naturali et Gentium iuxta Disciplinam Ebraeorum* (1640), apud Jeremiam Schrey, Francofurti, 1695, lib. I, cap. 4: «Ex ratione et essentia poenae proprie dicta est, ut pro peccatu seu culpa aliqua impendantur, idque sive ea *satisfactoria* dicatur, sive expiatoria, sive purgatoria... Poena, qualibet hac in specie, qua generatim poena est, plane est retributiva, seu nomine irrogatur, *quia peccatum est*».

50. *Essais de Theodicée, sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal* (1710), trad. cast. de Eduardo Ovejero Maury, *La Teodicea, o Tratado sobre la libertad del hombre y el origen del mal*, Aguilar, Madrid, s.f., 73, pp. 145-146: «Hay, sin embargo, una cierta justicia y un cierto género de recompensas y de castigos... que no tiene por fin la enmienda, ni el ejemplo, ni la reparación del mal. Esta justicia no está fundada más que en la conveniencia, que pide una cierta satisfacción para la expiación de una mala acción...; siempre está fundada en una relación de conveniencia que contiene no sólo al ofendido, sino también a los sabios que la ven, como una música bella o también como una buena arquitectura contenta a los espíritus bien formados... Y hasta se puede decir que hay aquí una cierta indemnización al espíritu, ofendido por el desorden, si el castigo no contribuye a restablecer el orden». Leibniz no excluye el que las penas sean medios para la consecución de efectos utilitarios: «estamos seguros, y es cosa experimentada, que el temor de los castigos y la esperanza de la recompensa sirve para que los hombres se abstengan del mal y traten de hacer el bien» (*ibid.*, 71, p. 144). Pero se trata justamente de efectos —que «no acontecen sino por la asistencia de esos medios» o tienen en éstos «una parte de las causas» (*ibid.*, p. 145)— y no del fin de la pena, que es esencialmente el estético de satisfacer el principio de «la conveniencia, que ha hecho que las cosas hayan sido reguladas de suerte que la mala acción deba atraerse un castigo» en virtud de «una especie de armonía preestablecida» (*ibid.*, 74, pp.

146-147). Esta concepción estética de la retribución penal, a la que repugna cualquier hecho que quede sin remuneración (*unvergolten*), fue recogida por J. F. Herbart, *Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie* (1813), trad. ic. de G. Vidossich, *Introduzione alla filosofia*, Laterza, Bari, 1908, 94, p. 116: «La acción no retribuida... implica el concepto de una perturbación que queda removida mediante la retribución. En ello se basan los conceptos del premio y del castigo, en la medida en que uno y otro sean merecidos, y no usados acaso como medios para la consecución de ciertos fines». En Leibniz, sin embargo, la concepción retributiva de la pena se asocia a la correccionista: «La pena sirve para la corrección y para el ejemplo, y el mal sirve muchas veces para disfrutar mejor del bien, y alguna vez también contribuye a una mayor perfección del que sufre, como el grano que se siembra está sujeto a una especie de corrupción para germinar, y ésta es una bella comparación de que Jesucristo mismo se sirvió» (o. c., 23, pp. 114-115); «El fin más frecuente del castigo es la enmienda; pero no es el fin único» (*ibid.*, 126, p. 194).

51. *Della Diceosina*, cit., lib. I, cap. XIX, 6, p. 174: «La pena por tanto no es sino el retirarte ese derecho que habrías perdido por haber ofendido el de otro, no siendo sino ejecutora la fuerza o potencia de dicha pena. He aquí el verdadero fundamento de la pena: fundamento que está en la naturaleza misma»; *ibid.*, 10, p. 180: «Se te ha de quitar un derecho igual al que tú has violado, y del mismo género. Ésta es la pena, que llamaban *ameibe* los griegos, *talio* los latinos, *talión* nosotros. Se resume en dos versos: *El que padece lo que a otro ha hecho / A la santa justicia ha satisfecho*».

52. *Tratado de Derecho penal*, cit., vol. I, lib. I, cap. XII, p. 188: «El castigo no es un mal impuesto... únicamente con el fin de alcanzar por este medio mayor cantidad de bien... Pero la pena, considerada en sí misma, no es más que la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo». Cf. también, *supra*, la nota 30.

53. «La ley de la justicia», afirma Rosmini, «declara digno de pena al que hace el mal»; «dice que 'la causa voluntaria del mal ha de soportar la pena'; es decir, que 'el mal moral y el mal eudemonológico deben equilibrarse'» (*Filosofía del derecho* [1841], Pedone Lauriel e Rossi-Romano, Nápoles, 31856, vol. I, lib. IV, 1711, p. 451).

54. Según Mamiani, «el deber permanente de la convivencia humana es el de realizar, en el orden secundario e imperfecto en el que vive, las condiciones del orden superior absoluto» y por consiguiente «el de realizar en la tierra la ley eterna de la justa retribución del mal por el mal. Y sentado que el retribuir equitativamente el mal por el mal supone de hecho restablecer el orden perturbado y trastornado por la impunidad, o hay que negar ese deber general y absoluto de restablecer el orden, o hay que conceder este deber particular de restablecerlo frente a las ofensas de la impunidad» (*Intorno alla filosofia del diritto e singolarmente intorno alle origini del diritto di punire. Lettere di T. Mamiani e di P. S. Mancini*, Società Tipografica, Florencia, 1844, carta II de 15.4.1840, pp. 24-25).

55. «La violación o negación del Derecho exige la reafirmación del mismo, lo cual significa que la fuerza del Derecho debe vencer a la actividad individual, sujetándola, subordinándola a sí misma... Por consiguiente, la pena en su esencia propia es la eficacia de repulsión por la que el Derecho se retuerce contra la *individualidad humana* que ha cometido el delito, para reparar el desorden de éste, es decir, para reafirmar la propia superioridad sobre la humana actividad. El fin de la pena es anular el delito» (E. Pessina, *Elementos de derecho penal*, cit., p. 88). La concepción retribucionista de la pena como «negación de la negación» es sostenida también por F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica* (1873), Jovene, Nápoles, 61910, 135-138, pp. 620-632.

56. «El fin de la pena, tomada en su sentido absoluto, es el triunfo de la ley moral mediante la expiación y la enmienda... el fin de la pena social es el resarcimiento del daño público, el restablecimiento del orden social, de la seguridad pública que fue

comprometida por la fechoría» (T. Canonico, *Del reato e della pena in generale*, Utet, Turín, 1872, pp. 313-314).

57. «Creemos que el principio de retribución es el que mejor expresa el contenido y función de la pena, por lo cual ésta puede definirse como *un mal conminado o infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado*» (G. Maggiore, *Derecho penal*, cit., t. II, p. 263).

58. «La idea de la retribución es por consiguiente la idea central del derecho penal. La pena encuentra su razón de ser en su carácter retributivo. La retribución es una de las ideas-fuerza de nuestra cultura. Puede decirse incluso que la idea de la retribución es propia de cualquier forma de cultura que no reniegue de los valores supremos» (G. Bettioli, *Diritto penale. Parte generale* [1945], Priulla, Palermo, 1950, p. 507); «La exigencia de que al mal le siga el mal no es en modo alguno expresión de un desordenado instinto primordial de reacción contra el ilícito, sino que es expresión de un sentimiento de justicia que postula un castigo para los reos, sin el cual desaparecería el fundamento ético de la sociedad civil» (*ibid.*, p. 510).

59. Ya que «el hombre es responsable de sus acciones», «es justo que el que ha cometido el mal sufra el correspondiente castigo» (V. Mathieu, *Perché punire? Il collaço della giustizia penale*, Rusconi, Milán, 1978, pp. 14-15). Véanse al respecto las observaciones críticas de M. A. Cattaneo, *Perché punire? Osservazioni su un libro di Vittorio Mathieu*, en «Critica Giudiziaria», IV, n. 1-2, 1979, pp. 7-13. Recientemente la doctrina de la retribución jurídica ha sido propuesta de nuevo por F. D'Agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Turín, 1989, pp. 123 ss., según el cual fin de la pena es «la expiación» y «la regeneración 'jurídica' del reo».

60. L. H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht* (1795), reimp. anast., Culture et Civilisation, Bruselas, 1891, 65-67 y 414-423, pp. 33 y 203-209. Sobre la doctrina retributiva de Jakob, cf. M. A. Cattaneo, *Il diritto penale nel pensiero di Ludwig Heinrich Jakob*, en «Quaderni fiorentini», 13, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 331-382. Véase también, sobre Jakob, A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico*, Cedam, Padua, 1962, pp. 97 y 179 ss.

61. En tanto que conectada a la culpa y medida con arreglo a ella, la pena es para Abegg «la manifestación de la pura justicia y satisface por sí sola los fines de utilidad» (*Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse*, Wagner Neustadt a. d. Orla, 1835, p. 48). Entre las doctrinas retribucionistas rigidamente absolutas recuérdense también las de los alemanes Zachariä, Wirth, Merkel y Heinze, todas de inspiración kantiana o hegeliana, así como las más eclécticas de los franceses Hélie, Tissot, Ortolan y Proal, ligadas a las enseñanzas de Pellegrino Rossi). Entre los retribucionistas alemanes de inspiración kantiana, Mario A. Cattaneo recuerda también a Bergk, Tieftrunk, Beck, Mellin y Tafinger (*La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», III, 1, 1973, pp. 266-267).

62. «Mediante la pena se reconstituye el derecho y se anula el injusto. Por eso la pena es un acto de la justicia. La justicia desde el lado positivo quiere que quien usurpa la esfera de acción de otro quede en igual medida vinculado en la propia; y esto lo obtiene mediante la pena. La más nítida expresión al respecto es la retribución, que por consiguiente es el verdadero fundamento de la pena» (A. F. Berner, *o. c.*, p. 25).

63. K. Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts* (1879), trad. it. de la 8.ª ed. alemana de 1913 de A. Borettini, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Athenaeum, Roma, 1927, par. 92, p. 392: «la pena es una pérdida de derechos y de bienes jurídicos que el Estado impone de derecho a un delincuente como satisfacción por la irreparable violación jurídica, para mantener la autoridad de la ley violada»; *ibid.*, p. 408: «es la sumisión coactiva del delincuente al poder triunfante del derecho».

64. «La sanción penal es a la venganza como el matrimonio es al instinto sexual» en el sentido de que «el derecho penal regula, sanciona y ofrece legítima satisfacción a la pasión de la venganza» (J. F. Stephen, *General View of the Criminal Law of England*, Macmillan, Londres, 1863, p. 99). La tesis es reiterada por Stephen en *Liberty, Equality, Fraternity*, Smith Elder, Londres, 1874, donde se asigna a la pena la misión de «combatir el vicio» (p. 159) y de satisfacer «de manera pública, regular, jurídica» el «sentimiento de aversión» y el «deseo de venganza» producidos en el público por el delito (pp. 162 y 165); lo que constituye una anticipación de las actuales doctrinas de la prevención general positiva (*infra*, apartado 22.1, notas 170-173).

65. N. Morris, *The Future of Imprisonment*, University Press, Chicago, 1974; D. Fogel, «*We are the living proof*»: *the Justice Model for Corrections*, Anderson, Cincinnati, 1975; R. Singer, *Just Desert: Sentencing Based on Equality and Desert*, Ballinger, Cambridge, 1979; A. M. Dershowitz, *Fair and Certain Punishment*, McGraw Hill, Nueva York, 1979; E. van Haag, *Punishing Criminals*, Basic Book, Nueva York, 1975; A. von Hirsch, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Basic Book, Nueva York, 1976. La continua referencia a la alarma social (*public panic*) y a la necesidad social de seguridad por parte de estos dos últimos autores aproxima también sus concepciones a las doctrinas expresivas de la prevención general positiva (*infra*, apartado 22.1). Ofrecen una reseña acerca de esta literatura A. Bottoms y R. H. Preston, *The Coming Penal Crisis*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1978. Para un análisis crítico, véase M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste ed ideologie neo-liberiste*, en *Quali garanzie*, G. Cotturri y M. Ramat (eds.), De Donato, Bari, 1983, pp. 298 ss.; L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione* (1983), en G. Marinucci y E. Dolcini (eds.), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 92-135.

66. H. Grocio, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), Brill, Lugduni, 1939, lib. II, cap. XX, I, 1; *ibid.*, cap. XXI. Entre los intérpretes de Grocio como «retribucionista» recordaré a G. Maggiore, *Derecho penal*, cit., t. II, p. 258; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 484; J. Nagler, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung* (1918), Scientia Aalen, 1970, p. 266. Para una crítica de esta interpretación, cf. M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., pp. 10-13.

67. Esta interpretación tanto de las tesis de Carrara como de Nagler y de Mabbott es sostenida por M. A. Cattaneo, *Fondamenti filosofici*, cit., pp. 49-54, e *Il problema filosofico*, cit., pp. 17-18 y 20-27. En particular, las teorías retribucionistas de Nagler y de Mabbott son llamadas por Cattaneo, en atención a la preocupación garantista que las inspira, «limitadas» o «negativas», en el sentido de que subrayan sobre todo el hecho de que pueden ser castigados «solamente» quienes han cometido un delito (*Pena*, cit., p. 703). Es probable que la misma preocupación esté en la base de la adhesión al retribucionismo de otros muchos juristas, que conciben la pena como instrumento de «reintegración», «conservación», «reparación», «tutela» o «defensa jurídica». Véase, por ejemplo, la tosca concepción retribucionista de la pena como «reintegración del orden jurídico» y «destrucción del delito» similar a una operación quirúrgica «cuando se retira del organismo un cuerpo extraño», en A. Buccellati, *Sommi principii del diritto penale*, Vallardi, Milán, 1865, pp. 132-133, y su justificación por parte del mismo autor con el argumento garantista de que «es intrínsecamente injusto castigar un delito futuro», dado que la «justicia represiva, objeto del derecho penal, se refiere necesariamente al pasado, a diferencia de la justicia preventiva, objeto de la policía o ciencia del Gobierno, que se dirige al futuro», en *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Hoepli, Milán, 1884, pp. 78-79.

68. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968), trad. it. de M. Jori, *Responsabilità e pena*, Comunità, Milán, 1981, pp. 30 y 34-38. Ya Romagnosi había distinguido entre retribución (del delito pasado) como *causa* y prevención (del delito fu-

turo) como *motivo* o fin de la pena: para el derecho penal, dice, «se *requieren* siempre, cuando *menos*, dos actos injustos nocivos, o sea, dos *delitos*: uno en el *pasado* y otro en el *futuro*; el uno cometido ya por el individuo que ha de ser castigado, y el otro en posibilidad de ser cometido por los malvados o por el mismo reo contemplado en el futuro, siempre *en el caso* de que el que fue reo quedara *impune*; uno como condición necesaria y como causa *ocasional* de la pena, y otro como *objeto* que se quiere evitar por medio de la pena; en fin, uno como ocasión de la pena, *porque* el otro es su objeto, es decir, motivo» (*Génesis del derecho penal*, cit., 329, pp. 123-124). Y Liszt había liquidado el problema aún más expeditivamente: «La contradicción entre el *quia* y el *ne* es presunta. O dicho más extensamente: represión y prevención no son contrarios. ¿Nado porque me he caído al agua o para no ahogarme? ¿Tomo el remedio porque estoy enfermo o para sanar?... ¿Refuerzo la casa porque puede caerse o para que no se derrumbe? Todas estas preguntas equivalen a aquella que desde hace siglos constituye la manzana de la discordia de la doctrina iusfilosófica» (*La idea de fin en el derecho penal*, cit., pp. 129-130).

69. A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 76 y 78-79. La distinción entre los dos problemas fue formulada también por A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale* (1913), en *Opere giuridiche*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I, pp. 455-456: «Retribuir no es un fin... Retribuir es un medio: es el medio mediante el cual se alcanza un fin... La retribución (de mal con mal) es por tanto no el fin, sino el modo de ser de la pena, e incluso un modo de ser que ésta tiene en común con todas las demás reacciones jurídicas que no tienen carácter penal».

70. La diferencia entre las dos razones reside en el hecho, como escribió *Aristóteles* anticipando las tesis de Hart y de Ross, de que la ley «decide sobre el futuro», mientras que el juicio «decide sobre el pasado» (*Retórica*, cit., I, 3, 1358b, p. 18). Escribe J. Rawls, *Two Concepts of Rules* (1954), trad. cast. de M. Arbolí en Ph. Foot (ed.), *Teorías sobre la ética*, FCE, México, 1974, p. 214: «Se puede decir, por tanto, que juez y legislador están en posiciones distintas y que miran en direcciones diferentes: uno hacia el pasado, el otro hacia el futuro. La justificación de lo que hace el juez, *en cuanto* juez, suena como punto de vista retributivo; la justificación de lo que el legislador (ideal) hace, *en cuanto* legislador, suena a punto de vista utilitarista».

71. *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., p. 151. Más exactamente Pasukanis, interpretando al pie de la letra la idea de la «retribución» penal y concibiendo la pena, según el paralogsimo hegeliano, como correlato de un «intercambio», afirma que «el delito puede ser considerado como una variedad particular del cambio en la cual la relación de cambio, es decir, la relación contractual, es fijada *post factum*; dicho de otra forma, después de la acción arbitraria de una de las partes. La proporción entre el delito y la reparación se reduce igualmente a una proporción de cambio» (*ibid.*, p. 145). Volveré más tarde sobre esta absurda metáfora y sobre las consecuencias antigarantistas que de ella extrae Pasukanis.

72. Kant afirma que «la ley penal es un imperativo categórico» y que la pena se dirige contra la «*maldad interna*» de los criminales (*La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 166 y 169): de ese modo, al asociar un carácter moral a la ley penal, confunde el derecho con la moral contradiciendo la distinción efectuada por él mismo entre autonomía de la moral, basada en imperativos categóricos e incondicionados, y heteronomía del derecho, formado por imperativos hipotéticos en tanto que condicionados por la sanción. Sobre esta contradicción kantiana, véase M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberalè*, cit., pp. 416-426; Id., *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 287-308. La misma confusión entre derecho y moral está presente en las demás doctrinas de la pena como «retribución moral»: «La justicia humana es por consiguiente una ley natural, un elemento del sistema moral en este mundo, como

la gravedad es una ley del sistema físico, destinada a retener los cuerpos en la órbita que les está asignada» (Pell. Rossi, *o. c.*, lib. I, cap. XII, p. 160); «La ley humana es aplicación, especificación y complemento accidental de la ley moral» (T. Mamiani, *o. c.*, *Nuove lettere*, IIa, p. 165); «La pena es un 'deber ser', una exigencia moral y jurídica que debe encontrar su realización y consagración» (G. Bertiol, *o. c.*, p. 496).

73. *Supra*, notas 40 y 41. La confusión queda enunciada aún más explícitamente por cuantos profesan, apelando por lo general a Hegel, la doctrina de la pena como «retribución jurídica»: cf. por todos, E. Pessina, *o. c.*, I, p. 86: «la doctrina de la retribución jurídica... sintetiza todas las demás teorías como otros tantos aspectos secundarios y parciales del verdadero, integrándolos en un principio superior. El cumplimiento de la ley moral, según esta doctrina, encierra el principio de que el Estado debe reafirmar el Derecho cuando éste sea violado por la aparición del delito: la pena, reafirmando el Derecho, realiza el reinado de Dios»; G. Maggiore, *o. c.*, t. II, p. 223: la sanción «es el mal que sigue a la inobservancia de una norma, el castigo que confirma la inviolabilidad y santidad (*sanctio* viene de *sanctus*) de la ley». La expresión más extrema del moralismo penal viene dada sin embargo por esa variante inglesa del retribucionismo que está constituida por las teorías «expresivas» o «denunciatorias» de la pena (sobre las que aquí se llama la atención en las notas 64 y 173): según James F. Stephen, el derecho penal debe ser «una lucha contra las formas más desmesuradas del vicio» (*Liberty*, cit., p. 162); y Lord Devlin ha afirmado, en tiempos más recientes, que la misión de la ley penal consiste en «sancionar un principio moral y nada más» (*The Enforcement of Morals*, OUP, Oxford, 1959, p. 9).

74. Mario Jori distingue el «retribucionismo jurídico» del «retribucionismo moral» a partir del hecho de que para el primero, a diferencia de lo que sucede con el segundo, «ya no es necesariamente cierto que cada delito, considerado aisladamente, constituya una culpa moral (*mala in se*), pero es cierto que desobedecer al derecho constituye en general una culpa moral y que por consiguiente cometer delitos constituye una culpa moral (*mala prohibita*)» (*Introduzione a H. L. A. Hart, Responsabilità e pena*, cit., p. 15). Las dos formas de retribucionismo representan respectivamente los dos tipos de confusión —opuestos y simétricos— entre derecho y moral que he distinguido en los apartados 16.2 y 16.3. Sustancialismo o moralismo jurídico propio de la retribución ética y formalismo o legalismo o legalismo ético propio de la retribución jurídica convergen a veces en la legitimación apriorista del derecho penal. Ejemplar al respecto es su maridaje en la ya recordada alocución de Pío XII, que por un lado considera el derecho como «fundamentado en última instancia en el orden ontológico, en su estabilidad e inmutabilidad» y las normas jurídicas como expresiones de las «exigencias de la naturaleza... radicadas ontológicamente en la naturaleza humana no modelada por el hombre mismo» (*o. c.*, p. 431), y por otro afirma que, para el derecho penal, «se trata antes que nada no de proteger los bienes asegurados por el derecho sino el derecho mismo. Nada es más necesario a la comunidad nacional e internacional que el respeto a la majestad del derecho, que la saludable idea de que el derecho es sagrado en sí mismo y ha de ser defendido y de que, consiguientemente, quien lo ofende se expone a castigos y efectivamente los sufre» (*ibid.*, p. 436).

75. La expresión «talión espiritualizado» es de Giovan Battista Impallomeni: «El criterio es el talión, ya no, en nuestros días, del ojo por ojo y diente por diente, sino un talión espiritualizado, por el esfuerzo de equiparar el *mal jurídico* de la pena al *mal jurídico* del delito» (*Istituzioni*, cit., p. 54). La expresión «venganza espiritualizada» es de V. Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, Reber, Palermo, 1906, p. 289. Antonio Buccellati, apelando a Heinrich Luden, había hablado de «venganza purificada» (*Sommi principi*, cit., p. 82).

76. Recuérdense los pasajes de Platón y de Séneca citados en las notas 29 y 44.

Cf. también, de Séneca, *Sobre la clemencia*, trad. cast. de Carmen Codoñer, Tecnos, Madrid, 1988, lib. I, cap. XXII, p. 46: «In vindicandis (injuriis) haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut eum quem punit, emendet; aut ut poena ejus ceteros meliores reddat; aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant».

77. *Ética Nicomáquea*, cit., X, 9, 1179b, p. 403: «... pues es natural, en [el vulgo], obedecer no por pudor, sino por miedo, y abstenerse de lo que es vil no por vergüenza, sino por temor al castigo»; «la mayor parte de los hombres obedecen más a la necesidad que a la razón, y a los castigos más que a la bondad» (*ibid.*, 1180a, p. 404). En la *Retórica*, cit., I, X, 1369b, pp. 56-57, Aristóteles contrapone claramente la pena a la venganza: «Se diferencian la venganza y el castigo, pues el castigo es por causa del que lo sufre; la venganza por causa del que la toma, para cobrarse»: en efecto «el vengarse es placentero... y los iracundos sufren insuperablemente cuando no se vengan, mas con la esperanza de ello gozan»; y «es también agradable la ira, según Homero escribe acerca de la cólera, 'que es mucho más dulce que la miel que destila'» (*ibid.*, XI, 1370b, pp. 59-60).

78. *Máximas capitales*, XXXI, XXXIII y XXXVIII, en Epicuro, *Carta a Meneceo y Máximas capitales*, ed. de Rafael Ojeda y Alicia Olabuenaga, Alhambra, Madrid, 1985, pp. 58-59, donde se niega la existencia de una «justicia en sí», al margen de las «relaciones sociales recíprocas», y se establece la equivalencia entre la justicia y la utilidad que consiste en «no dañar ni ser dañado en las relaciones de unos con otros». Epicuro recoge también la conocida máxima platónica: «no cabe hacer que lo hecho no haya acontecido» (*Sentenze vaticane*, en *Opere*, ed. a cargo de M. Isnardi Parente, Utet, Turín, 1983, LV, p. 220).

79. *De dignitate et augmentis scientiarum libri IX*, cit., lib. VIII, afor. 5, p. 805; *ibid.*, lib. VII, cap. III, pp. 736-737: «Los premios y las penas... son las verdaderas columnas del Estado; porque los dos afectos dominantes de la esperanza y del temor sirven siempre para condicionar y neutralizar todos los demás afectos nocivos». El nexo entre gobierno óptimo y felicidad ya había sido establecido por Aristóteles, *Política*, cit., IV, 13, 1332a, p. 134: «la ciudad es mejor gobernada por el régimen que hace posible la mayor felicidad»; *ibid.*, III, 9, 1281a, p. 85: «El fin de la ciudad es, pues, el vivir bien». Sobre dicho nexo y en general sobre el fundamento utilitarista del estado de derecho volveré en el apartado 59.

80. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., p. 13.

81. *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 6-9.

82. *Del ciudadano*, cit., cap. III, 11, p. 91. Los mismos principios son expresados por Hobbes en el *Leviatán*, cit., XV, p. 128: «[que] ... en los actos de venganza, es decir, en la retribución de mal por mal, los hombres no miren la magnitud del mal pasado, sino la magnitud del bien que se seguirá. De ahí el que no nos sea legítimo infligir un castigo, como no sea con la finalidad de corregir a quien ha causado la ofensa, o para dar ejemplo a otros. Porque esta ley es consecuencia de la que inmediatamente la precede, la cual nos ordena perdonar cuando hay garantía del tiempo futuro. Además, la venganza, que no tiene por objeto sentar un ejemplo y procurar un bien posterior, es sólo una glorificación del acto de dañar a otro, lo cual no tiende a ningún fin, ya que el fin es siempre algo que se espera en el futuro. Glorificar una acción sin que ésta tenga una finalidad posterior, es un acto de vanagloria, contrario a la razón; y hacer daño sin razón, tiende a que se produzca un estado de guerra, lo cual va contra la ley de naturaleza. Este tipo de venganza recibe comúnmente el nombre de *crueledad*». En el *Leviatán*, tras la definición de «pena» a partir del principio de legalidad y el fin de la prevención, Hobbes añade que «cualquier mal que es infligido sin la intención o sin la posibilidad de predisponer al delincuente o, mediante su empleo, a otros hombres, a obedecer las leyes, no es un castigo, sino un acto de hostilidad. Pues si no se persigue tal fin, ningún daño que se haga puede recibir el nombre de castigo» (*ibid.*, XXVIII, p. 249).

83. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., cap. II, 12, p. 42; además, *ibid.*, 8, pp. 39-40 y 11, pp. 41-42. Del «temor a la pena», con el que es «frenada la audacia» del que pretende violar las leyes, habla también Locke en la *Carta sobre la tolerancia*, cit., p. 9. Cf. también la *Second Letter on Toleration* (1690), en *Scritti sulla tolleranza*, ed. a cargo de D. Marconi, Utet, Turín, 1977, p. 243, donde Locke, «para justificar el mal» en el que consiste «todo castigo», exige «que sea directamente útil para realizar un bien mayor».

84. S. Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo* (1673), Brandmulleri, Basileae, 1739, lib. II, cap. XIII, 7, p. 429 y 4, 2, p. 426. *Ibid.*, 6, p. 428: «Etsi autem in eo nihil videatur iniqui, ut malum patiat, qui male egit: in poenis tamen humanis, non simpliciter respiciendum est quodnam malum sit perpetratum; sed et quae utilitas ex poena possit provenire». Pufendorf distingue tres fines utilitarios de la pena: a) la «utilitas ejus qui peccavit, dum dolore poenae ipsius animus emendatur, et peccandi libido per eundem extinguitur»; b) la «utilitas ejus qui laesus fuit, ne tale quid in posterum ab eodem aut aliis patiat»; c) la «utilitas omnium, dum nempe id agitur, ut ne, qui uni nocuit, aliis deinceps noceat, vel ut exemplo territi ceteri a similibus patrandis absteant» (*ibid.*, VIII-X, pp. 429-430). Cf. también S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), ex officina Knochio-eslingiana, Francofurti, 1759, lib. VIII, cap. III, 4 y 9.

85. Ch. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* (1688), reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1963, lib. III, cap. VII, 25, p. 413: «Illa vero poena, quae solum tendit ad expiationem propter delictum tantum, ad species poenarum divinarum pertinet, quia homo nunquam debet in puniendo spectare solum malum praeteritum, sed semper reflectere ad bonum aliquod futurum»; *ibid.*, 28, p. 413: «Ex his jam formamus definitionem poenae, quod sit positio mali seu dolor, quem propter delictum infert superior inferiori invito, in emendationem communem civium». La venganza, dirigida a la mera expiación o retribución, es en suma reservada por Thomasius sólo a Dios en el mundo ultraterrenal, o entre sujetos iguales en el estado de naturaleza (*ibid.*, 32-39 y 48, pp. 414-416), mientras que las penas humanas se justifican sólo por fines de utilidad social: «puni delinquentes, quantum ad utilitatem reipublicae opus est» (*ibid.*, 101, p. 424; cf. también los apartados 40-43 y 53-55, pp. 415-416). La separación entre derecho penal y moral es expresada por Thomasius aún con mayor nitidez en *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (1705), reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1963, Caput proemiale, VIII-X, p. 6; lib. I, cap. V, 29, 32-39 y 58, pp. 151-153 y 158. Sobre el pensamiento penal de Thomasius, cf. M. A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè, Milán, 1976.

86. «Hay medios para impedir los delitos: son las penas» (*Del espíritu de las leyes*, cit., XIX, 14, p. 252).

87. «La verdadera jurisprudencia es la de impedir los delitos» (*Comentario*, cit., I, p. 87).

88. «El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales» (*De los delitos y de las penas*, cit., XII, pp. 45-46). Beccaria llama por eso a las penas «motivos sensibles» y «estorbos políticos» contrapuestos a los delitos (*ibid.*, I, p. 27 y VI, p. 35).

89. «El objeto de las penas no es la expiación del delito, cuya determinación es menester dejar al Ser supremo, sino prevenir los delitos de la misma clase» (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [1767], lib. IV, cap. I, trad. it. en apéndice a C. Beccaria, o. c. [ed. italiana], p. 555).

90. «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 ejemplar [*sic*], un escarmiento para lo sucesivo, y no una venganza de lo pasado... El objeto pues de las leyes, cuando castigan los delitos, no puede ser sino impedir que el delincuente haga otros daños a la sociedad, y retraer a los demás de imitar su ejemplo, por medio de la impresión que debe causar en sus ánimos la pena que él padece» (*Ciencia de la legislación*, cit., vol. III, lib. III, cap. XXVII, pp. 313-314).

91. «Teniendo por tanto el legislador en su mano el derecho de castigar, opone a la violencia de los demás este potentísimo obstáculo de las penas: al espíritu de los ciudadanos reos, que son atraídos hacia el crimen por falaces placeres, opone un motivo contrario que les aparte de ellos, el temor a la pena, dique fortísimo y potente obstáculo. De tal manera, previniendo los delitos, prestando su auxilio cuando sea el momento al ciudadano oprimido o vengándolo con el justo castigo de los reos, protege la libertad civil y hace nacer la seguridad y la tranquilidad civiles» (F. M. Pagano, *Saggi politici. Del civile corso delle nazioni o sia de' principi, progressi e decadenza delle società* (1783), Ensayo V, cap. XV, en *Opere filosofiche, politiche ed estetiche*, Tipografía e Libreria Elvetica, Capolago, 1837, p. 283).

92. *Investigación sobre el conocimiento humano*, cit., secc. VIII, p. 122, donde las «recompensas» y los «castigos» en los que «están fundadas todas las leyes» se conciben como «motivos» que tienen «un influjo regular y uniforme sobre la mente, y al mismo tiempo producen buenas acciones y evitan las malas». Hume formula una noción de «justicia» exactamente opuesta a la expresada por el duro principio kantiano *fiat justitia pereat mundus* según el cual una sociedad antes de disolverse habría de ajusticiar al último asesino: «El uso y la tendencia de esa virtud [la justicia] consiste en procurar la felicidad y la seguridad, mediante la preservación del orden en la sociedad. Pero cuando la sociedad está a punto de perecer a causa de la extremada necesidad, no se puede temer ningún mal mayor de la violencia y de la injusticia» (*An Enquiry concerning the Principles of Morals* [1751], apart. III, parte I, par. 147, tr. cast. en *De la moral y otros escritos*, prólogo, trad. y notas de D. Negro Pavón, C.E.C., Madrid, 1982, p. 24).

93. *Principios del código penal*, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., parte II, cap. I, p. 252: «El objeto principal de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es más que un punto; pero lo futuro es infinito; el delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido; pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal; porque por grande que sea el provecho del delito siempre puede ser mayor el mal de la pena»; *Id.*, *Théorie des peines et des récompenses* (1811), trad. cast. de D. L. B., *Teoría de las penas y de las recompensas*, 2 vols., Casa de Masson e hijo, París, 1826, t. I, lib. I, cap. III, pp. 17-18: «La prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica... La pena, que como vil en sí misma repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva a la primera clase de servicios públicos cuando se la mira no como un acto de ira o de venganza contra un criminal o un desgraciado que cede a inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general».

94. W. von Humboldt, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1792), trad. cast. de J. Abellán, *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 151: «los castigos han de hacer daño, si con ellos se quiere intimidar al delincuente»; *ibid.*, p. 155: «el fin de las penas es impedir las ofensas en el futuro, de modo que no se puede decretar ninguna pena con otro fin distinto».

95. H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 1, 5-6, 18; Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., III, 11, 20-24; IV, 16; VI, 16; XIII, 15-16; Id., *Leviatán*, cit., caps. XV, XXVII y XXVIII; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. VIII, cap. III, 2, 3, 4, 7-9 y 14; Id., *De officio hominis et civis*, cit., lib. II, cap. XIII, 4, 11-14, 16-17; Ch. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., lib. III, cap. VII, 25, 102-110, 118-128; Id., *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, cit., lib. I, cap. V, 16, 20, 21; cap. VI, 62, 71; cap. VII, 16-22, 33, 57; Id., *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, Hala, 1697, 9; Ch. Montesquieu, *Lettres Persanes* (1754), trad. cast. de [abate] J. Marchena, *Cartas persas*, ed. a cargo de J. M. Colomer, Tecnos, Madrid, 1986, XCV, CII; Id., *Del espíritu de las leyes*, cit., VI, XI y XII; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., III, VI, XV, XVI, XVII, XXIX, XXX, XXXVIII; Voltaire, *Comentario*, cit.; *Prix de la justice*, cit.; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. I, IV, VI-X, XII-XV, XX, XXV, XXXVIII y XXXIX; F. M. Pagano, *Principi del codice penale. Opera postuma*, en *Raccolta di trattati e memorie di Legislazione e giurisprudenza criminale*, cit., t. I, pp. 1-121; Id., *Considerazioni sul processo criminale*, cit.; J. Bentham, *Principios del Código Civil*, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., parte I, cap. XVII; Id., *Principios del código penal*, *ibid.*, parte I, cap. I; parte III, cap. I, II; parte IV, cap. XXI, 2-5, 8, 13; Id., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., tomo I, parte I, lib. I; Id., *Tratado de las pruebas judiciales*, cit.; Id., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), cap. XIV-XIX, en *Works*, cit., vol. I, pp. 81 ss.; W. von Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., cap. XIII.

96. «Cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas; y del mismo modo los demás. Al establecerlas, muestran los que mandan que es justo para los gobernados lo que a ellos conviene, y al que se sale de esto lo castigan como violador de las leyes y de la justicia. Tal es, mi buen amigo, lo que digo que en todas las ciudades es idénticamente justo: lo conveniente para el gobierno constituido. Y éste es, según creo, el que tiene el poder; de modo que, para todo hombre que discurre bien, lo justo es lo mismo en todas partes: la conveniencia del más fuerte» (Platón, *República*, cit., I, 12, 338e-339a, p. 24).

97. *Série de fragments faisant partie d'un manuscrit sur les lois criminelles*, en los *Inediti* publicados por M. da Passano en «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, p. 418

98. C. Beccaria, *o. c.*, p. 26; J. Bentham, *An Introduction*, cit., cap. I, 4, en *Works*, cit., vol. I, p. 2; Id., *Fragmento sobre el gobierno*, cit., cap. I, 48, p. 70. El mismo principio fue formulado por Helvetius, Hutcheson y Priestley.

99. *Del espíritu de las leyes*, cit., XIX, 14, p. 253.

100. *De los delitos y de las penas*, cit., II, p. 29.

101. J. Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., lib. I, cap. I, p. 9: «La mayor utilidad, o por mejor decir, la *necesidad*, es lo que justifica la pena»; G. D. Romagnosi, *Génesis*, cit., 400, p. 158: «Toda pena debe ser *necesaria* para ser justa»; *ibid.*, 405, p. 160: «¿Cuál es el principio que justifica el uso de las penas? Únicamente la *necesidad*»; G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., 25, p. 11: «Toda la teoría de la fijación de los delitos y de las penas se basa sobre la máxima fundamental de que la restricción de la libertad natural que de ella resulta, no debe sobrepasar los límites de la *necesidad política*».

102. Art. 8 de la Declaración de derechos de 1789; art. 16 de la Declaración de 1793; art. 12 de la Constitución de 1795.

103. Cf., en este sentido, A. Baratta, *Criminología crítica*, cit., pp. 35-39, que identifica en la «ideología de la defensa social» la base común de la Escuela Clásica y la Escuela Positiva. Esta coincidencia en la idea de la defensa social (frente a los delitos)

por parte de toda la tradición utilitarista es reconocida por otra parte por el más insigne exponente de la Escuela positiva, según el cual las dos escuelas difieren no ya en cuanto al fin de la intervención penal, que todos reconocen en la «utilidad social», o en la «necesidad política», o en las funciones de «defensa», sino sólo en el hecho de que «Beccaria, Bentham, Romagnosi, Comte, Martin, Schulze, Thiercelin, Carmignani, etc., conservan siempre en sus sistemas, como criterio y condición superiores a la idea de necesidad social, la idea de responsabilidad o culpabilidad *moral* del hombre; mientras que nosotros la excluimos por completo del dominio *jurídico y social*» (E. Ferri, *Sociología criminal*, 4.^a ed., F.lli Bocca, Turín, 1900; hay trad. cast. de A. Soto y Hernández, con prólogo de P. González del Alba, *Sociología criminal*, 2 vol., Centro Editorial de Góngora, Madrid, s.f., 48, vol. II, p. 39 [N. del T.: esta versión castellana no coincide exactamente con la ed. citada por el autor; en lo sucesivo, cuando no haya una perfecta coincidencia, se mantiene la referencia original a la ed. italiana]). Esta diferencia se refleja sin embargo en la distinta naturaleza y función que se asigna a la ejecución de la pena, que para la Escuela positiva, como se verá, consiste en un «tratamiento» de duración indeterminada dirigido a la transformación del condenado. Lo que es común a las dos orientaciones es por tanto la concepción del fin no tanto de la «pena», sino más bien del «derecho penal» en su conjunto.

104. Cf., por ejemplo, S. Pufendorf, *De officio hominis et civis*, cit., lib. II, cap. XIII, 7, p. 429.

105. *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., lib. I, cap. III, p. 18. Entre las fuentes del pensamiento clásico, recuérdese el pasaje de Séneca citado en la nota 76, que señala a a la vez los fines de prevención especial positiva y de prevención general positiva y negativa.

106. Mario Cattaneo atribuye este giro al criticismo kantiano, y en particular a la obra de Grolman y de Feuerbach (*Fondamenti*, cit., p. 67, e *Il problema filosofico*, cit., p. 50).

107. Véanse, por ejemplo, los autores citados en la nota 195.

108. La primera distinción (no entre doctrinas, sino) entre tipos de prevención (reconocidos todos ellos igualmente como fines de la pena) se remonta a Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., lib. I, cap. III, p. 15: «Así la prevención de los delitos se divide en dos clases que son: *prevención particular* que se aplica al delincuente, y la *prevención general* que se aplica a todos los individuos de la sociedad sin excepción». La «incapacitación física», la «reforma moral» y la «intimidación» son para Bentham las tres maneras en las que opera la «prevención particular»; el «ejemplo» es el modo en el que actúa la «prevención general» (*ibid.*). La segunda distinción es más reciente, originándose en las teorizaciones, sobre todo de estos años, acerca de la función de prevención positiva consistente en el general reforzamiento de la fidelidad al derecho como fin primario de la pena (*infra*, apartado 22.1).

109. La expresión es de Bentham, *Principios del código penal*, cit., parte II, cap. I, p. 251.

110. El pasaje de Kant en el que se basa la más relevante descalificación filosófico-moral del utilitarismo penal es el conocidísimo y en parte ya citado de los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, parte primera de *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 166-167: «La *pena judicial*... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que

haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo...!». La máxima kantiana según la cual todo hombre debe ser tratado como fin y nunca como «mero medio» o como «objeto del derecho real» recuerda a la de C. Beccaria, *o. c.*, XX, p. 62: «No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser *persona* y se repute como *cosa*».

111. *Vigilar y castigar*, cit., pp. 139 ss. Las prácticas segregacionistas y correccionalistas —puestas en marcha desde el siglo xvi mediante la institución, con fines de orden público más que propiamente penales, de casas de trabajo y de corrección (cf. *infra* la nota 119 y el apartado 29.3)— preceden por otra parte al desarrollo de un auténtico y genuino pensamiento penal correccionalista.

112. Platón, *Gorgias*, trad. cast. de J. Calonge en *Diálogos*, cit., vol. I, 478d, p. 73: «el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad»; *ibid.*, 472e, pp. 62-62: «el que obra mal y es injusto es totalmente desgraciado; más desgraciado, sin embargo, si no paga la pena y obtiene el castigo de su culpa, y menos desgraciado si paga la pena y alcanza el castigo por parte de los dioses y de los hombres»; *ibid.*, 477a, p. 70: «Sócrates: [...] ¿recibe un bien el que paga su culpa? Polo: Eso parece. Sócrates: ¿Obtiene, pues, un beneficio? Polo: Sí. Sócrates: [...] ¿No se mejora en su alma si, en realidad, es castigado con justicia? Polo: Probablemente. Sócrates: ¿Luego se libra de la maldad del alma el que paga su culpa? Polo: Sí»; *ibid.*, 480a-b, pp. 75-76: «Y si comete injusticia uno mismo o algún otro por el que se interese, es preciso que vaya por propia voluntad allí donde lo más rápidamente satisfaga su culpa, ante el juez, como iría ante el médico, buscando con afán que la enfermedad de la injusticia, al permanecer algún tiempo, no emponzoñe el alma y la haga incurable».

113. *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio CVIII, art. 3: «omnes peccantes mortales digni sunt morte aeterna... secundum veritatem divini iudicii. Sed poenae praesentis vitae sunt magis medicinales»; *ibid.*, Ia, IIae, quaestio XCII, art. 2: «Lex etiam puniendo perducit ad hoc quod homines sint boni». Por lo demás, para santo Tomás el derecho en general está orientado «ut faciat homines bonos» (*ibid.*, art. 1). La tesis se hace eco de Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., X, 9, 1180b, p. 406: «el que desea hacerlos a los hombres, muchos o pocos, mejores mediante su cuidado, ha de intentar llegar a ser legislador, si es mediante las leyes como nos hacemos buenos».

114. Paulo, *18 ad Plautium*, D. 48.19.20: «poena constituitur in emendationem hominum».

115. Cf. C. Calisse, *o. c.*, pp. 430 ss.

116. *De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia* (1516), trad. cast. de P. Rodríguez Santidrián, *Utopía*, Alianza, Madrid, 1984, lib. I, p. 88, donde se recomienda para los ladrones la pena de trabajos forzados, «ya que después del delito reparan el mal que hicieron con su buena conducta». En la «república óptima» anhelada por Tomás Moro los condenados «han de llevar [todos] el vestido del mismo color, un color propio de ellos; no se les corta el pelo al rape sino que se les hace un corte especial por encima de las orejas, una de las cuales se les corta ligeramente. Pueden recibir de sus familiares y amigos alimento, bebidas y vestidos del color prescrito. Pero es un delito capital aceptar dinero, tanto para quien lo da como para quien lo recibe... Cada región marca a sus condenados con una señal particular. Hacer desaparecer esta señal es un delito capital. La misma sentencia recae sobre los que han sido vistos fuera de sus confines o se les ha sorprendido hablando con un esclavo de otra región. El intento de fuga es tan delito como la misma fuga. El cómplice de la misma es castigado con la muerte si es esclavo, y pasa a esclavo si es libre... ¿Cómo puede ocultarse o engañar un hombre

vestido de forma tan singular? Aunque se escapase desnudo, sería delatado por el defecto de la oreja» (*ibid.*, pp. 87-88).

117. *Ibid.*, p. 89: «Por otra parte, todos abrigan la esperanza de que sometiéndose, aguantando y dejando correr el tiempo, encauzan su futuro hasta el día que puedan alcanzar su libertad».

118. *Ibid.*, lib. II, pp. 165-166: «Casi todos los delitos son castigados con la esclavitud. Están convencidos de que ésta no es menos terrible que la pena capital. Y es más ventajosa al Estado que hacer desaparecer inmediatamente a los malhechores. Porque un hombre que trabaja es más útil que un cadáver. Por otra parte, el ejemplo de su castigo inspira durante mucho tiempo en los demás un temor saludable. Sólo cuando tales esclavos se rebelan y son recalcitrantes, se les mata como a bestias salvajes e indómitas que ni la prisión ni las cadenas pueden ya sujetar. A los que aguantan, sin embargo, no se les hace perder la esperanza. Si tras haber sido doblegados por larga condena, dan pruebas de arrepentimiento, que demuestre que detestan más el pecado que la pena, se les suaviza la esclavitud o se les libera, unas veces por gracia del príncipe y otras por sufragio del pueblo». Extrañamente Tomás Moro, al igual que el retribucionista Campanella (de quien recuérdense los pasajes citados en la nota 48), es considerado por algunos un «negador del derecho a castigar»: cf. en este sentido F. Costa, *Delitto e pena*, cit., p. 92; G. Maggiore, *Derecho penal*, cit., t. II, p. 250; S. Borghese, *La filosofia della pena*, Giuffrè, Milán, 1952, p. 84.

119. Tomás Moro, *o. c.*, lib. I, p. 119: «Yo iría todavía más lejos: ¿por qué no experimentar el sistema con respecto a los vagabundos? Se han dado contra ellos leyes y leyes y, sin embargo, en la realidad estamos peor que nunca». La sugerencia se pondrá en práctica con la fundación en Londres, en 1555, de la primera casa de trabajo —el *Bridewell Royal Hospital*, destinado a dejar libre la ciudad de mendigos y vagabundos— y más tarde con una ley que extendió la nueva institución a todos los condados. En las décadas siguientes surgieron casas semejantes en Amsterdam, Bremen, Lübeck, Hamburgo, Danzig, Berna, Basilea y Friburgo. Sobre el nacimiento de la cárcel, véase el apartado 29.3.

120. G. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno* (1720), trad. it. de C. Sarchi (1866), ahora en *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Sansoni, Florencia, 1974, lib. I, cap. LXXVIII, p. 82: «El que peca, cae por ignorancia: así lo enseña Sócrates, que igualmente pretende que la ciencia ha de contemplarse de algún modo como una virtud»; *ibid.*, cap. LXIX, p. 84: «Con sumo acierto se da el nombre de pena a ese género de castigo, derivándolo de *poenitendo*, es decir, de la conciencia del haber obrado mal, que no es otra cosa que la vergüenza de haber ignorado la verdad, puesto que al ignorar la verdad va unido un carácter de deshonestidad».

121. *Ibid.*: «Ya que para los que pecan por error es pena bastante el reconocimiento de la verdad por ellos desconocida, y es su castigo la vergüenza de haber errado. Los que pecan deliberadamente, conservando en todo momento algún respeto por la razón eterna, a los que Aristóteles llama 'incontinentes' y cuyas culpas considera 'sanables' Platón, son castigados por la conciencia con más agudas punzadas. Pero en cuanto a aquellos que al pecar por mala costumbre o mal genio no conservan sentido alguno de vergüenza respecto a la razón eterna (que son llamados 'intemperantes' por Aristóteles y cuyas culpas considera Platón 'incurables'), su gravísimo castigo es la conciencia entorpecida y estúpida, el extinguirse casi total de cualquier sentido humano. Los filósofos excluyen a estos hombres perdidísimos del género humano y de la sociedad humana, encuadrándolos entre las bestias, y por ello puede decirse con agudeza que su castigo es el encontrarse relegados fuera de la humanidad... En la sociedad de lo justo las penas se adecuan a cada delincuente. Tiene para los ignorantes la confesión ingenua del pecado, y la vergüenza, fuente de toda purificación. Los maliciosos, mientras se

pueda esperar de ellos la mejora, incurrir en penas aptas para corregirlos; pero cuando están del todo perdidos, cae sobre ellos una pena severa, que pueda servir de ejemplo a los demás, de manera que al continuar la vida de esos malos hombres no vaya cada vez a peor; éste es el único beneficio que puede depararles la sociedad civil, sirviendo igualmente dicho ejemplo para apartar a otros de acciones similares». No obstante, junto a esta doctrina de la prevención especial y de la diferenciación de las penas, Vico formula también una noción de pena típicamente retributiva. Tras haber definido la justicia en general como «voluntad de atribuir a cada uno cuanto le corresponde» (*ibid.*, lib. I, cap. LVIII, p. 71), afirma a propósito de la justicia penal: «cuando dice el hombre que 'es debida la pena', refiere la supuesta deuda a un 'suyo' tomado en sentido muy amplio y genérico, considerando parte ofendida a la sociedad civil, a la que corresponde el resarcimiento debido. Por eso la autoridad civil puede justamente, como reclamación jurídica, exigir los debidos castigos» (*ibid.*, lib. I, cap. LXIII, p. 78).

122. Cf. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XV, p. 128; Id., *Del ciudadano*, cit., III, 11, p. 91; H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 6-9; S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., lib. II, cap. XIII, 7-8, p. 429; Ch. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, cit., lib. III, cap. VII, 51-55, p. 416, donde se recoge la expresión platónica «poena medicinalis»; J. Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., lib. I, cap. III, p. 15. Sólo más tarde se expresará un rechazo firme del correccionalismo penal por parte de Anselm Feuerbach, John Stuart Mill y Francesco Carrara.

123. *Contra Gentiles*, III, cap. 46. Cf. también Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., Ia, IIae, quaest. LXXXVII, art. 8, donde se repite que las penas «sunt quaedam medicinae ordinatae ad salutem animae»; lo que no excluye en casos extremos la pena de muerte: «illis solis peccatis poena mortis infligitur quae in gravem perniciem aliorum cedunt» (*ibid.*, IIa, IIae, quaestio CVIII, art. 3; cf. también los pasajes citados en las notas 95 del cap. 7 y 167 del cap. 8). La eliminación de los delincuentes «incurables» o «incorregibles» fue sostenida antes aún por Platón, *Las leyes*, cit., lib. V, 735e, p. 173 del t. I; lib. IX, 854e, p. 102 del t. II y 862e, pp. 114-115 del t. II; Id., *El político*, cit., 308e-309a, pp. 86-87; y por Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., X, 9, 1180a, p. 404; Id., *La Gran Moral*, trad. cast. de P. de Azcárate, en Aristóteles, *Moral. La Gran Moral. Ética a Eudemo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1972, II, 7, p. 79.

124. Sobre el tema, véase P. Ricoeur, *o. c.*, pp. 336-364.

125. La función pedagógica y penitencial de la confesión del imputado era un rasgo característico del proceso inquisitorial canónico. Se remonta a la tradición bíblica: «Si uno, hombre o mujer, comete uno de esos pecados que perjudican al prójimo, prevaricando contra Yahvé y haciéndose culpable, confesará su pecado» (*Números*, 5, 6-7; cf. también *Levítico*, 16, 21, *Nehemias*, 9, 2 y, sobre la angustia producida por el remordimiento, *Génesis*, 42, 21). Más en general, la función liberadora de la confesión de los pecados se halla en casi todas las religiones, incluidas las primitivas (cf. R. Pettazzoni, *La confessione dei peccati, I. Primitivi, America antica, Giappone, Cina, Brahmanesimo, Giainismo, Buddismo*, Zanichelli, Bologna, 1929; P. Ricoeur, *o. c.*, pp. 286-304, 345-347 y 407-408). En materia penal la idea está presente, además de en Vico, en T. Campanella, *La ciudad del sol*, cit., pp. 145-146: «Los fallos de fragilidad y de ignorancia sólo se castigan con reprensiones y haciéndole aprender a dominarse y el arte en que pecó u otro; y se tratan de modo que el uno parece miembro del otro. Aquí debe saberse que si un pecador, sin esperar la acusación, va por sí mismo a los oficiales acusándose y demandando enmienda, le liberan de la pena del pecado oculto y la conmutan, con tal que no haya sido acusado... Todos los oficiales, hablando de los jefes, son sacerdotes, y su oficio es purgar las conciencias. De suerte que todos se confiesan con ellos, y aprenden qué suertes de pecados reinan». La idea de la confesión «pro medicina animae ad medicos animarum virtuosos» es desarrollada

ampliamente por Campanella en la *Theologia (Inediti Theologicorum*, Rinascimento, Roma, 1966, lib. XXIV, cap. XIV, parte III, art. 1, pp. 96-100).

126. K. D. A. Roeder, *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda*, en «Rivista Penale», 1875, pp. 274 ss., partiendo del presupuesto de que el culpable es un «inmaduro» que el estado tiene «el deber» de reeducar «mientras le quede la más mínima duda de que aún sigue siendo necesario», discute «la infeliz idea de que la pena deba ser por su naturaleza un mal» y propone que se la conciba como un «bien, mediante el cual se ofrecen al culpable los medios externos para la transformación fundamental de su opinión contraria al delito». Del mismo orden de ideas son V. Garelli, *Della pena e dell'emenda*, Barbera, Florencia, 1869, pp. 50-52, que define la pena-enmienda como «un acto propio de la libertad mediante el que ésta, abjurando de su pasado, del que se sonroja y avergüenza, se vuelve a sí misma y al resto de potencias sobre las que impera hacia otra vía que le viene señalada por la razón como la única verdadera, la única que responde a la dignidad del hombre»; F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, cit., 138, p. 631-632, que sostiene que la pena debe ser «ocasión» para el «arrepentimiento» del reo; V. Lanza, *L'umanesimo nel diritto penale*, cit., e Id., *Diritto penale italiano. Principi generali*, Utet, Turín, 1908, pp. 43-46, que concibe la «aplicación de la pena» como «un verdadero magisterio de educación y de moralización» mediante el que se lleva a cabo «un fraterno intento de reeducación y de reorganización» y «una reorganización moral de la vida de relación»; F. Carnelutti, *La lotta del diritto contro il male*, en «Il Foro italiano», 1946, IV, pp. 1 ss. e Id., *Lezioni sul processo penale*, Ateneo, Roma, 1949, trad. cast. —por la que se cita— de S. Sentis Melendo, *Lecciones sobre el proceso penal*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, vol. I, pp. 40 ss., según el cual la pena tiene la función de promover el «arrepentimiento» del reo, sólo por el cual resulta anulado el delito, de manera que habría de durar hasta su consecución y cesar con él; B. Franchi, *Il cristianesimo e le pene carcerarie*, en «Rivista di diritto penitenziario», 1934, pp. 1624 ss. Sostenedor del «valor pedagógico de todo el derecho» y particularmente de la pena, «productora de bien» si va dirigida a la «enmienda», es finalmente A. Pigliaru, *Saggio sul valore morale della pena*, en *Meditazioni sul regime penitenziario italiano*, Gallizzi, Sassari, 1959.

127. «La enmienda de la que habla el idealista es bien distinta: es el proceso mediante el cual el hombre se desarrolla y se mejora a sí mismo desarrollando toda la realidad... Castigar significa para el hombre castigarse, es decir, corregirse corrigiendo en él al mundo» (U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 216); *ibid.*, p. 215: «En este sentido de unidad ética de la vida está el fundamento de una auténtica solución del problema del derecho penal. La pena es la que la sociedad, el hombre se inflige a sí mismo para llegar a ser más hombre, es enmienda necesaria para su redención, es una obra de esencial autoeducación. Cuando el juez juzga y castiga, no se dirige propiamente de sí al otro, sino a sí mismo, y se juzga y se castiga a sí mismo en cuanto humanidad. Para que pueda hablarse verdaderamente de pena, el juez no debe ser extraño al delincuente ni éste a aquél: es el hombre el que en ellos peca o se redime»; *ibid.*, pp. 18-19: «El fin de la pena no podrá ser sino un fin educativo. Defender el derecho quiere decir defenderlo allí donde únicamente puede realizarse, es decir, en la conciencia humana: castigar significa instaurar en la conciencia del reo un nivel espiritual superior, hacerle consciente de su error, hacerle reconocer la superioridad del derecho que ha violado. Castigar significa redimir».

128. Fichte fundamenta su doctrina de la enmienda sobre bases contractualistas. El que infringe el «pacto social» debe ser expulsado o bien someterse al «pacto de la expiación», formulado de este modo: «cada uno promete a todos que, en tanto en cuanto ello sea conciliable con la seguridad común, los delitos serán expiados, en vez de con la expulsión, de otra manera»; sólo tras la «mejora» producida por la pena puede el reo

retornar al estado (*Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Gabler, Jena y Leipzig, 1796, 8, pp. 95 ss.). También Henke liga la pena al arrepentimiento, haciendo depender de éste su duración: el delito es en efecto «destruido» sólo cuando la pena produce el arrepentimiento, antes del cual ni la «culpa» es expiada ni la pena es cumplida (*Streit der Strafrechtstheorien*, Montag, Regensburg, 1811, pp. 70 ss.).

129. *Infra*, nota 155. Sobre el nexa entre correccionalismo judeo-cristiano y retribucionismo, cf. P. Ricoeur, *o. c.*, pp. 336-364.

130. *Sociologia criminale*, cit., pp. 526-527: «El estudio de esa evolución natural, en virtud de la cual desde el hecho embrionario de una reacción de la irritabilidad y la sensibilidad animales se llega a ese complejo elevado y delicadísimo de costumbres, de instituciones, de leyes de las que está formada la moderna función punitiva, nos lleva a esta conclusión más general en cuanto al problema de la responsabilidad humana: que la única razón natural y el criterio fundamental de la represión de los delitos están en la necesidad imprescindible de la propia conservación, que presiona y domina absoluta a los organismos sociales del mismo modo que a los organismos animales, y que en virtud de ello (he aquí la innovación profunda de la Escuela Positiva, más allá de la Escuela Clásica y del sentimiento común) esta función de preservar del delito, en el individuo como en la sociedad, es y debe ser independiente de cualquier elemento de culpa moral en el delincuente, es decir, en el individuo anormal o enfermo».

131. *Criminologia*, F.lli Bocca, Turín, 1885, p. 223: «Si el loco comete aquella acción que en los hombres sanos se llama delito, incluso nuestros contradictores verán de buen grado que se adopten cautelas para impedir su repetición, y muy probablemente pedirán la reclusión del enfermo en un manicomio. Y si dicha enfermedad no es curable, tal reclusión será o por lo menos debería ser perpetua. Mas ¿qué son estas cautelas sino medidas análogas a las que se ponen en práctica contra los malhechores mentalmente sanos?» [N. del T.: existe una trad. cast., de P. Dorado Montero, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, La España Moderna, Madrid, s.f., que se presenta como «única traducción española, con multitud de adiciones y reformas hechas por su autor y no comprendidas en las ediciones italianas» (se refiere a ¹1885 y ²1890); al no coincidir exactamente, en efecto, con la ed. italiana que cita el autor, se mantienen en lo sucesivo las referencias originales].

132. «Fundamento del derecho de castigar es la defensa social. La sociedad es un organismo en el sentido científico y no exagerado y artificial de la palabra; como tal debe vivir y conservarse; cualquier lesión, por consiguiente, se debe rechazar y aun antes, si es posible, prevenir» (E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., pp. 22-23); y puesto que el «cometido» del derecho penal «es únicamente el de defender y preservar la convivencia social contra los individuos que la lesionan e incluso algunas veces que la ponen sólo en peligro; puesto que la circunstancia de que el delito sea o no el producto de una voluntad libremente y por propia elección mala y antisocial es en cualquier caso algo extraño al ejercicio del magisterio penal; puesto que, finalmente, los estudios modernos al menos han suscitado la duda de que muchos delincuentes no sean sino individuos psíquicamente anormales, evidentemente se sigue de ello que la pena... es solamente medida de seguridad, a ser adoptada habida cuenta de la naturaleza del delito y de la índole del delincuente» (*ibid.*, p. 112).

133. *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, en «Scuola Positiva», 1920, p. 390: «fin preeminente y esencial de la sanción criminal» es «únicamente la defensa social»; Id., *Diritto penale italiano*, Giuffrè, Milán, 1952, reimp., vol. I, p. 125: «la eficacia intimidadora de la pena es desde luego mucho menor de lo que comúnmente se supone... El delincuente es una persona psíquicamente anormal, y por lo tanto en él el juego del impulso y el freno de los motivos de la acción voluntaria se desarrolla de un modo anormal, en especial por la fuerza perturbadora del impulso cri-

minal que anula los poderes de resistencia». Está claro, con estas premisas deterministas, que la función de la pena no puede ser la intimidación, que presupone la libertad del querer, sino sólo la neutralización y/o corrección del que está «naturalmente» pre-dispuesto al delito, o es peligroso.

134. Sobre la «expansión científica de la nueva dirección» en todo el mundo, a través de innumerables publicaciones, revistas, congresos internacionales, exposiciones fotográficas, nuevas cátedras de antropología criminal, asociaciones y museos criminológicos, así como sobre su influencia en la legislación de prevención, las reformas carcelarias, los diversos proyectos de códigos y las orientaciones jurisprudenciales, véase el mismo E. Ferri, o. c., vol. I, pp. 36-61.

135. Partiendo de la tesis de que el derecho penal sirve sólo para «impedir que se repita el crimen» y de que por otra parte es científicamente imposible distinguir entre actos culpables y actos no culpables, Barbara Wootton propone la sustitución del sistema penal «tradicional», basado en la imputabilidad y la culpa, por un sistema terapéutico y preventivo basado en la responsabilidad objetiva, en el que los motivos del crimen tengan relevancia sólo a los fines de la elección de los métodos más apropiados de tratamiento penal: «Ni la ciencia médica ni ninguna otra ciencia puede jamás esperar probar, cuando un hombre no resiste a sus impulsos, si ello ha sucedido porque no ha podido o porque no ha querido... Puesto que es imposible 'meterse en la piel' de otro hombre, no hay ningún criterio objetivo para distinguir entre un impulso 'irresistible' y un impulso al que 'no se ha resistido'» (B. Wootton, *Crime and the Criminal Law*, Stevens and Sons, Londres, 1963, p. 74); «Si la ley dice que ciertas cosas no deben ser hechas, es ilógico limitar esta prohibición a los casos en los que han sido hechas con dolo; por que al menos las consecuencias materiales de un acto y las razones para prohibirlo son las mismas, tanto si es un resultado premeditado, como si lo es de una negligencia o de un caso fortuito. Un hombre está igualmente muerto y sus parientes igualmente afectados tanto si ha sido acuchillado como si ha sido embestido por un automovilista borracho o incompetente... En un estadio ulterior, es decir, después de lo que conocemos hoy día como condena, la presencia o la falta de una intención culpable es importantísima por el efecto que tendrá sobre las medidas que resulte apropiado tomar para prevenir el repetirse del acto prohibido... Los resultados de los actos del imprudente, del que ha cometido un error, del canalla y del que simplemente ha tenido mala suerte pueden ser indistinguibles el uno del otro. Pero cada uno de estos casos requiere un tratamiento distinto» (*ibid.*, pp. 51-52).

136. E. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., p. 158: «La transformación de la pena de retribución en medida adecuada de defensa social y de reeducación de los individuos socialmente peligrosos significa resolver un gran problema organizativo que no sólo tiene raíces fuera del dominio de la actividad puramente judicial, sino que, en caso de éxito, hace sustancialmente superfluos el proceso y la sentencia judicial. En efecto, cuando esta tarea está realizada completamente, la corrección por el trabajo no sólo deja de ser una simple 'consecuencia jurídica' de la sentencia que sanciona un supuesto delictivo, sino que se convertirá en una función social completamente autónoma, de naturaleza médico-pedagógica». Cf. también P. I. Stucka, *Izbrannye proizvedenija po marxistko-leninskoj teorii prava* (1921) trad. it. de U. Cerroni, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello stato e altri scritti*, Einaudi, Turín, 1967, pp. 163-164, 261-263 y 481 [N. del T.: existe en castellano una edición de escritos de Stucka, traducida y prologada por J. R. Capella, *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, Península, Barcelona, 1974, más reducida que la edición italiana que cita el autor y en la que no se incluyen ninguno de los pasajes citados]. Sobre el correccionalismo penal soviético véase, finalmente, S. de Sanctis, *Il lavoro obbligatorio senza privazione della libertà come misura alternativa alla detenzione nel*

quadro del sistema punitivo dei paesi socialisti, en «Critica del Diritto», 1986, pp. 25-74, y la bibliografía allí citada.

137. E. Ferri, o. c., pp. 864-918.

138. *Ibid.*, pp. 826-864 Aún más analítico y articulado es el sistema de medidas penales proyectado por Garofalo para las diferentes categorías de delincuentes (*Criminologia*, cit., pp. 87-136 y 420-480). La doctrina de Garofalo es sin embargo, fundamentalmente, una doctrina de la prevención especial negativa: tras haber teorizado «la universalidad del principio de eliminación» (*ibid.*, p. 61), Garofalo identifica en efecto el «verdadero fin» de la pena con «la eliminación del ambiente del individuo no adaptado» (*ibid.*, p. 63) y llega a la tesis de la «eliminación como única pena racional» (*ibid.*, p. 206): «Es un principio biológico que el individuo desaparezca cuando sus imperfecciones le impidan soportar la acción del ambiente. La diferencia entre el orden biológico y el orden moral reside en que en el primero la selección tiene lugar espontáneamente con la muerte de los individuos inadaptados, mientras que en el segundo caso, al ser el individuo físicamente apto para la vida y no pudiendo vivir fuera del ambiente social al que sin embargo no está adaptado, la selección ha de tener lugar artificialmente, esto es, por obra del poder social que realice lo que en el orden biológico lleva a cabo la naturaleza. El fin de la eliminación es la conservación del organismo social, mediante la extirpación de los miembros inadaptados (*ne peccetur*)» (*ibid.*, p. 67).

139. «Todo ser vivo lucha por su existencia: y por tanto todo acto que lesiona en él las condiciones naturales de la existencia, individual o social, determina por su parte una reacción directa o indirectamente defensiva... Este hecho primitivo de la reacción defensiva a los ataques externos asume, desde los orígenes de la vida animal, un doble orden de manifestaciones, individuales y sociales. Y es sólo en virtud de la gran preponderancia de la forma individual de reacción defensiva en los animales y en las razas humanas primitivas, y por la preponderancia en cambio de la forma social en las razas humanas superiores, por lo que yo mismo he trazado otra vez la evolución natural de la institución punitiva como la de una función que de individual en sus orígenes se torna después eminentemente social» (E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., pp. 506-507; pero véase también toda la larga digresión acerca de la «defensa» en el mundo vegetal, animal y primitivo, *ibid.*, pp. 466-504). Contra esta construcción escribía irónicamente L. Lucchini, *I semplicità del diritto penale*, Utet, Turín, 1886, cap. I: «Los sociólogos actuales, que van a buscar las fuentes de las leyes sociales entre las bestias, e incluso entre las plantas (lo que hace esperar que aún habrán de remontarse más arriba), afirman que el delito, el hurto, el homicidio, el estupro, creo que incluso la difamación, la acuñación de moneda falsa, los fraudes electorales, etc., se encuentran también entre las costumbres de los animales inferiores; y sin embargo las respectivas razas y especies no sufren de tales cosas, a pesar de que no concurren leyes y sanciones penales para reprimir los delitos animales».

140. E. Ferri, o. c., pp. 535 ss.; Id., *Socialismo e criminalità*, F.lli Bocca, Turín, 1883, p. 175; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., pp. 30 y 78 ss.; C. Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia*, F.lli Bocca, Turín, 1885. Contra la tesis de Ferri de que en concreto «defensa jurídica equivale perfectamente a defensa social, porque sociedad y derecho son dos términos correlativos e intercambiables» (*Sociologia criminale*, cit., p. 537), el joven Manzini protestaba en estos términos: «Entonces, ¿les parece a Ferri y a sus discípulos que se ha defendido el derecho en Roma y en Grecia mediante la salud pública; en todas partes con la razón de Estado, con la Santa Alianza, con la Sagrada Inquisición? ¿No? Y sin embargo se «defendía a la sociedad». ¿Les parece a nuestros adversarios que se defendía verdaderamente el derecho cuando se decía defender a la sociedad castigando, como narra Jousse, a los hijos inocentes del reo de *crimen laesae* a

fin de imprimir un mayor horror a ese crimen, y de que los padres queden en virtud de ello aún más apartados del deseo de cometerlo? En nombre de la salud pública el decreto 10 de 12 de marzo de 1803 autorizaba a un tribunal extraordinario a castigar a los delincuentes políticos incluso por delitos no previstos por las leyes; y precisamente en nombre de ese principio la ley de 22 de pradiel del año II condenaba a muerte a los encubridores de los mismos delincuentes políticos. Siempre por la defensa social el código francés de 1810 contempla el crimen de 'non révélation de cômplot'. ¿Se trataba entonces de tiempos y circunstancias excepcionales? Pues bien, consúltense los actuales anales del militarismo francés, y también un poco los de la política de otros países... y dígase después cuántas infamias no se habrán cometido y se cometen bajo el torvo estandarte de la defensa social y sus equivalentes» (*Diritto penale*, cit., p. 78).

141. E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., p. 526; R. Garofalo, o. c., p. 249: «El medio penal ha de estar determinado por la posibilidad de adaptación del reo, es decir, por el examen de las condiciones de existencia en las que puede presumirse que cese de ser temible»; E. Pasukanis, o. c., p. 159: «La pena supone un tipo legal delictivo fijado con precisión, mientras que la medida de defensa social no tiene necesidad de ella... La medida de defensa social es, por el contrario, un puro expediente de conformación a un fin y, como tal, puede ser determinada por reglas técnicas. Estas reglas pueden ser más o menos complejas, según que el fin sea la eliminación mecánica del individuo peligroso o su reeducación».

142. El fin de la pena, dice Grolman, es disuadir al reo de cometer nuevos delitos, y este fin no ha de confundirse con el de la intimidación también de quien no los ha cometido, que es por el contrario el fin de la ley penal (K. Grolman, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Kriminalgesetze* [1798], reimp., Detlev Auvermann KG, Glashütten i. T., 1970, 108-110, pp. 50-51). La consecuencia que de ello extrae Grolman es que la pena, como medio de intimidación de cada reo en particular, ha de establecerse caso por caso y que por consiguiente ha de dejarse a los jueces amplios márgenes de arbitrio (*Willkür*) o si se quiere de discrecionalidad (*Ermessen*) (*ibid.*, 132-133, pp. 60-61). Sobre el pensamiento de Grolman, cf. M. A. Cattaneo, *La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., pp. 261-347. Entre los precursores de la doctrina de la «prevención especial» de Grolman, Cattaneo señala a Malblanc, Schaumann, Wieland, Kleinschrod, Tittmann, Almendingen y sobre todo a Stübel (*ibid.*, pp. 271-272). Pero recuérdese también a Vico (*supra*, notas 120 y 121).

143. *Grundsätze*, cit., 105-106, pp. 49-50.

144. *La idea de fin en el derecho penal* (conocida con el nombre de «Programa de Marburgo»), cit., p. 112: «Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos» «1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella; 2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección; 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección» (*ibid.*, p. 115). La distinción reaparece en F. von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, cit., tomo II, 14, pp. 9-10, donde se reserva a los delincuentes «adaptables» la intimidación-enmienda, mientras que los «inadaptables» son destinados a procedimientos de selección artificial dirigidos a procurar su «inoculización [*sic*; debe decir: inocuización] coactiva» (*Unschädlichmachung*). La idea de la «individualización» de la pena en sede judicial, así como la de su armonización «en el caso concreto» con «las exigencias del sentir público» incluso contra la rigidez del principio *nulla poena sine lege* ya había sido formulada algunos años antes por el maestro de Liszt, R. von Jhering, *Der Zweck im Recht* (1877), trad. cast., *El fin en el derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1978, pp. 204-207.

145. *La idea de fin en el derecho penal*, cit., p. 113.

146. *Ibid.*, pp. 129 y 104. Los tres tipos de fin fundamentan en efecto «tres tipos de pena» que corresponden «a tres diferentes categorías de delinquentes»: la neutralización de los «irrecuperables», la corrección de los que *precisan de corrección*, la intimidación de los «delinquentes ocasionales» (*ibid.*, pp. 115-126).

147. *Ibid.*, pp. 128, 104.

148. «La doble tesis *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es el baluarte del ciudadano contra la omnipotencia estatal, contra el ciego poder de la mayoría, contra el *Leviatán*. Desde hace años he definido el derecho penal como la potestad punitiva del estado jurídicamente limitada» (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Dr. Franz von Liszt* [1905], De Gruyter, Berlín, 1970, vol. II, p. 80).

149. *La idea de fin en el derecho penal*, cit., p. 116.

150. *Ibid.*, pp. 121-122.

151. En *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, Bruselas, 1910, Prins desarrolla la doctrina lisztiana de los presupuestos y del fin de la pena acentuando el carácter subjetivista de los primeros —no ya «este delito» o la «acción concreta» expresión del «autor», sino inmediatamente su «*état dangereux*» (pp. 70 ss.)— y haciendo explícita la función de defensa social del proyecto de individualización y diferenciación de las medidas penales. Sobre la obra de Prins, véase P. Cornil, *Adolphe Prins et la Défense Sociale*, en «Revue internationale de Droit pénal», 1951, pp. 177 ss.; F. Cavalla, *La pena come problema*, cit., pp. 107-121. De orientación ecléctica es la doctrina de Saleilles: «La pena debe estar basada en la idea de libertad y de responsabilidad, principio de la escuela clásica, pero aplicada sobre todo teniendo en cuenta la psicología del individuo, principio de la escuela positiva» (*L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Alcan, París, 1898, p. 152).

152. Para una reconstrucción histórica del correccionalismo americano, cf. D. Fogel, «*We are the living proof*» the Justice Model for Corrections, cit.; D. Lipton, A. Martison, J. Wilks, *The Effectiveness of Correction Treatment*, Praeger, Nueva York, 1975; M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste ed ideologie neo-liberiste*, cit.

153. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle* (1954), Cujas, París, ³1981; Id., *Responsabilité et défense sociale*, en «Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé», 1959, pp. 179 ss.; J. Pinatel, *Criminologie et Droit pénal*, *ibid*, 1953, pp. 595 ss.; J. Graven, *Droit pénal et défense sociale*, en «Revue pénale suisse», 1955, pp. 1 ss.; P. Bouzat y J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, París, 1970. Desde el comienzo el movimiento fue seguido con interés por Pietro Nuvolone y Giuliano Vassalli, que recogieron sus ideas tratando de reconciliarlas con el principio de legalidad de las penas: cf. P. Nuvolone, *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale* (1955), en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padua, 1969, vol. I, pp. 259 ss.; G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1961, pp. 297 ss. Sobre la historia del movimiento, su convivencia inicial con el grupo de Filippo Gramatica (que en 1946 dio vida a un Centro Internacional de Estudios de Defensa Social, basado en el programa de sustitución de las penas por medidas indeterminadas de defensa social), su fortuna y su crisis, sus congresos, las asociaciones y centros nacionales e internacionales de prevención y de defensa social (entre ellos el centro fundado en Milán en 1947 y dirigido por Adolfo Beria d'Argentine), véase el estudio de F. Cavalla, *La pena come problema*, cit., pp. 122-234. Para una valoración crítica, cf. A. Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, en «La questione criminale», 1975, n. 1, pp. 10 ss.

154. A. Eser, *Resozialisierung in der Krise?*, en K. Lüderssen y F. Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Francfort d. M., 1977; B. Haffke, *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft*

exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-Wissenschaft», 1976, pp. 607-634 (citados críticamente por M. Pavarini, o. c., pp. 295-297).

155. «En este sentido se entiende la expresión *poenae huius saeculi magis sunt medicinales quam vindicativae*, porque el aspecto retributivo (vindicativo), cuando verdaderamente es tal, es auténtica y genuina medicina del alma, es el medio más saludable y eficaz para que se despierten en la conciencia del reo los más nobles sentimientos morales que allanan el camino a la redención del individuo. No se debe creer que la redención humana puede tener lugar fuera del camino del dolor, es decir, fuera de una concepción retributiva y por consiguiente aflictiva de la pena, porque el dolor es el gran aguijón que empuja al hombre a volver sobre sí mismo para tomar las mayores decisiones de la vida. *Non fit redemptio sine effusione sanguinis*» (G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 526). No es casual que sobre la base de este común moralismo penal, que ve en la pena un bien también para el que la padece, los teóricos de la enmienda se encuentren con muchos retribucionistas morales que, como Bettiol, conciben la pena como expiación. Cf., por ejemplo, E. Pessina, *Elementos*, cit., p. 88: «El fin de la pena es anular el delito, y si se presenta en forma de dolor y de mal para el individuo que la sufre, es un bien en sí misma y el verdadero bien para la actividad delincuente, reconciliándola con el orden, y es un bien para la sociedad humana, en cuyo seno la justicia se restaura»; P. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale*, cit., p. 282: «el derecho penal no nace de la *colisión* entre la sociedad y el reo, sino de la *cooperación*... La doctrina del *orden* es por tanto una doctrina *pacífica* y auténticamente filantrópica... He ahí por qué tantas veces se ha visto al culpable arrepentido recibir la sentencia con reverencia y gratitud: en la justicia de su suplicio reconocía su bien».

156. «La pena», según Ferri, debería pasar «del campo etéreo de las amenazas legislativas al campo práctico de la clínica social de preservación de la infección criminal», y «los penales» deberían transformarse «en establecimientos de curación física y moral con disciplina adaptada a las distintas formas de tendencia criminal, del mismo modo que se regulan de diferente forma los hospitales comunes y las clínicas especiales y los manicomios»; para los incorregibles («delincuentes locos» y «delincuentes natos») el programa de «selección» penal oscila por el contrario entre la pena de muerte, la de deportación y la de reclusión perpetua o indeterminada (*Sociologia criminale*, cit., pp. 726, 860, 875 ss.). Un darwinismo penal más acentuado puede encontrarse en R. Garofalo, *Criminologia*, cit., pp. 422 ss., que como se ha visto es decidido partidario de los «medios eliminativos», y F. Grispigni, *Spirito nuovo negli istituti penitenziari*, en «Scuola Positiva», 1938, p. 224, que ve en la pena un medio de «saneamiento de un material humano decadente». Incluso el liberal Liszt, al concebir el derecho como «organización de lucha» (*Kampfordnung*) y su función como «lucha contra la delincuencia» (*Tratado*, cit.), resulta atraído por la idea darwiniana de la «selección»: la pena «aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. 'La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel' (von Jhering)» (*La idea de fin en el derecho penal*, cit., p. 112). «Garofalo y Ferri» —comenta Manzini— «no ignoran los excesos a los que conduciría la adopción de ese principio. De hecho el primero, tras haber contado que durante el reinado de Enrique VIII fueron ahorcados nada menos que 72.000 mendigos y vagabundos, escribe que sus 'sentimientos más íntimos protestan contra el asesinato legal de quien no ha sido convicto de otra culpa que la falta de trabajo o la mendicidad'; pero encuentra que 'en rigor lógico las leyes sanguinarias de la Inglaterra del siglo XVI estarían justificadas' y que 'desde el punto de vista de la selección' aquellos 72.000 ahorcados sin duda han depurado la raza anglosajona. Y Ferri, a su vez, admite que, dado el principio de la selección artificial, 'se legitimaría y se tornaría obligatoria la muerte demasiado espartana de todos

los nacidos con defectos, o afectados por enfermedades incurables, contagiosas, etc.'; pero aprueba, con algunas 'reservas formales', la propuesta de un tal Edgar, ¡que pretendería castrar a los reincidentes y a los locos!... ¡Sería un sustitutivo penal verdaderamente maravilloso! Al proponer Edgar su proyecto de ley al parlamento de Michigan, debe haber pensado ciertamente en estas palabras de Garofalo: 'No castigar a los hijos de los delincuentes, sino impedir que nazcan: producir con la muerte del delincuente o con el aislamiento perpetuo una selección artificial, a resultas de la cual mejorará la raza humana'» (*Diritto penale*, cit., p. 81).

157. «No hay delito sino delincuente», proclama Enrico Ferri (*I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Zanichelli, Bolonia, 1881, p. 4). Y Liszt: «no el acto, sino el autor es merecedor de pena»; «la finalidad del castigo no está constituida por el delito, sino por el delincuente; no el concepto, sino el individuo» (*Strafrechtliche*, cit., vol. II, p. 170). Será brevísimo el paso que conducirá a las doctrinas penales nazis del tipo de autor.

158. Se puede entender por «tratamiento», según la definición propuesta por Alf Ross, cualquier medida que «no apunta ni a infligir un sufrimiento ni a expresar un reproche, sino sólo —como el tratamiento de una pulmonía— a modificar oportunamente el organismo psico-físico del individuo» (o. c., p. 70).

159. El carácter indeterminado de la medida de la pena, librada a la discrecionalidad del que supervisa el arrepentimiento o la curación del reo, es el rasgo común de todas las estrategias de la prevención especial. Recuérdense, además de los pasajes citados de Moro, Henke, Roeder, Carnelutti, Liszt y Garofalo, E. Ferri, o. c., pp. 835 ss.; Id., *Principi di diritto criminale* (1928), trad. cast. de J. A. Rodríguez Muñoz, *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1933, pp. 310-353; R. Garofalo, o. c., pp. 449-454; E. Florian, o. c., pp. 119-120; F. Grispigni, *Diritto penale*, cit., pp. 129 ss.; E. Pasukanis, o. c., pp. 155 ss. El principio de la indeterminación de la pena se enuncia por otra parte en el art. 8 del Estatuto de la Unión Internacional de Derecho Penal promovida por Liszt, Prins y van Hamel. Según M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale*, cit., pp. 287-291, la *non fixed sentence* habría causado en los Estados Unidos un recrudecimiento de las condenas ejemplares, orientadas cada vez con más frecuencia a la aplicación de los máximos de pena; al mismo tiempo el dominio de la cultura correccional y el fracaso de la cárcel como medio de corrección habrían favorecido la difusión de instituciones públicas y privadas de control y de resocialización extra-penal, con un incremento de la tasa global de represión.

160. La doctrina de la enmienda informa el art. 27 de la Constitución italiana, según el cual las penas «deben tender a la reeducación del condenado». La doctrina de la defensa social, que se fija mucho más en la peligrosidad del reo que en el delito, inspira por el contrario la disciplina de las medidas de seguridad introducidas en el código Rocco y avaladas por el art. 25.3 de la Constitución italiana.

161. *On Liberty* (1861), trad. cast. de P. de Azcárate, *Sobre la libertad*, Alianza Madrid, 1981, I, p. 66: «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. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente» (*ibid.*, p. 65).

162. *Programa. Parte general*, cit., 611, vol. II, p. 64. Véase también *ibid.*, pp. 15-16 y 68-70, e Id., *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*,

en *Opuscoli di diritto criminale*, Giusti, Lucca, 1870, trad. cast. de J. J. Ortega y J. Guerrero, *La enmienda del reo tomada como fundamento y fin único de la pena*, en *Opúsculos de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1976, vol. I, p. 159: «¿De dónde deduce la sociedad el derecho de someter un culpable a prolongados castigos, a menoscabarle el ejercicio de sus derechos, con el objeto de purificar su alma de las manchas del vicio? Si esto se admite en virtud del puro principio religioso, volveremos a la Inquisición». En el mismo sentido se pronunció E. Pessina, *Teoremi giuridici intorno alla scienza delle prigioni* (1862), en apéndice a *Elementi*, cit., II, pp. 160-165 [N. del T.: la trad. cast. cit. —*vid. supra*, cap. 5, nota 27— no incluye dicho apéndice]. Un nítido rechazo del fin correccional de la pena había sido ya formulado por P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798), trad. it. de M. A. Cattaneo, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 104: «¿cuál es el fin que está en la base del concepto jurídico de pena?... Ese fin no es la corrección del culpable. En efecto, un mal infligido, que tiene como fin propio la corrección del culpable, es un castigo: y el castigo no está nunca comprendido en el poder jurídico del Estado. Un derecho a castigar puede corresponder tan sólo a quien está en una relación de tutela con el castigado. Pero el Estado no es tutor, sino protector; no es preceptor, sino defensor; no tiene como fin la moralidad y la cultura, sino la tutela de la libertad. Por ello, si se parte del presupuesto de que la corrección del culpable es el fin del Estado, o han de negarse los más claros principios del derecho público, o no debe reconocerse en absoluto al Estado un derecho a castigar». Antes aún la ilegitimidad del uso «benéfico» de la fuerza había sido negada por Locke: «La pérdida del patrimonio o de los cargos honoríficos puede volver humilde a un hombre orgulloso; los sufrimientos y el cautiverio pueden hacer moderado a un hombre desenfrenado y disoluto; y por lo tanto estas cosas pueden 'servir, indirectamente y a distancia, al fin de la salvación de las almas humanas'. No dudo de que Dios haya hecho de algunas de estas circunstancias, o de todas, otras tantas ocasiones de bien para muchos hombres. Pero ¿queríais deducir de ello que el magistrado puede privar a un hombre de su honor, de su patrimonio o de su libertad para salvar su alma, o atormentarle en este mundo a fin de que pueda ser feliz en el otro?» (*Second letter on toleration* [1690], en F. Marconi (ed.), *Scritti sulla tolleranza*, Utet, Torino, 1977, p. 194); «no es misión del magistrado, ni de ningún otro, hacer uso, basándose en la presunción de su utilidad, de medios dirigidos a la salvación de las almas humanas distintos de los dispuestos por el Autor y Perfeccionador de nuestra fe» (*ibid.*, p. 208).

163. La formulación más brutal de la doctrina positivista-darwiniana del derecho penal como medio de defensa y de selección social es la ofrecida por Hans von Hentig. Tras la introducción acostumbrada acerca de los mecanismos naturales que actúan en la selección de las «variedades regresivas» de las especies animales, von Hentig ilustra las técnicas de selección artificial mediante las cuales tiene lugar la cría de animales domésticos, y las propone como modelo de derecho penal: «El criador ha conseguido por tanto, artificialmente, mediante la selección, obtener a partir de animales independientes y autónomos en el estado natural compañeros adaptados a una comunidad de vida con él, a fin de hacer posible una gran comunidad de todos los seres vivos, unidos en la lucha por la existencia. El fin del derecho penal se aproxima sensiblemente al de la crianza» (*La pena. Origine, scopo, psicologia*, cit., p. 182).

164. *Ibid.*, pp. 182-183: «Con todo su arsenal de medios más o menos severos, la jurisdicción penal puede crear un tipo de hombre que satisfaga las condiciones de la simbiosis humana... La ley penal se propone sólo una selección negativa..., la pena muere modificar las condiciones de vida de un individuo, haciéndolas peores. De esta minoración de la vida —que puede ir desde la forma más leve de privación de libertad

hasta la muerte— resulta ese tipo de hombre cuyas cualidades permiten la construcción de la pirámide social, como piedras bien cuadradas y regularmente dispuestas. Sólo eliminando de ese modo las características naturales, salvajes, improductivas, podrá desarrollarse un ejemplar humano que se orientará por instinto hacia una forma de vida social... Y los antiguos fines penales de la reeducación, la intimidación, la seguridad y la curación se subordinan al concepto selectivo». La propuesta de esta sociedad de animales domésticos, recuerda von Hentig, fue ilustrada por primera vez en su libro *Strafrecht und Auslese* de 1914.

165. J. Bentham, *Panopticon; or the Inspection-House* (1787), en *Works*, cit., vol. IV, pp. 37-172; Id., *Panóptico. Establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer a su subsistencia después de su soltura*, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 541-571. Sobre el panoptismo carcelario y sobre el proyecto disciplinario que subyace al mismo, cf. M. Foucault, o. c., p. 178 ss., 199 ss., 233 ss.; G. Rusche y O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (1939), trad. cast. de E. García Méndez, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984; P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 339-378; D. Melossi y M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bolonia, 1977, trad. cast. de X. Massimi, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 1980, pp. 169 ss.

166. *El fin en el derecho*, cit., p. 183. «Habría demostrado que la sociedad, sacrificando sin necesidad absoluta la vida o el trabajo de uno de sus miembros, con un fin penal, se ocasiona un daño, del mismo modo que aquel que maltrata un animal de su pertenencia y lo inutiliza. En los primeros tiempos del mundo, el reconocimiento del valor de la vida y la fuerza humanas fue el primer paso hacia la humanidad; su apreciación indujo al vencedor a perdonar la vida al enemigo prisionero. La misma consideración puede y debe guiar a la sociedad en su conducta respecto a su enemigo interior; es de su propio interés medir con cuidado las penas con que amenaza. Nada de prisión donde basta la pena pecuniaria; nada de pena de muerte si es suficiente la de prisión. La pena pecuniaria castiga sólo al culpable, la sociedad no sufre daño; con la prisión y la pena de muerte paga ella misma el mal que inflige y sufre una pérdida personal. Todo exceso recae sobre ella». La misma idea había sido expresada por Tomás Moro, según el cual la «esclavitud» de los trabajos forzados «es más ventajosa al Estado que hacer desaparecer inmediatamente a los malhechores. Porque un hombre que trabaja es más útil que un cadáver» (*Utopía*, cit., lib. II, p. 165).

167. Cf., *infra*, los apartados 34-36.

168. Véanse las páginas de la *Sagrada Familia* en las que Marx denuncia el carácter «cristiano», en tanto que moralmente aflitivo, de las finalidades reeducadoras de la pena burguesa de privación de libertad, y en particular del aislamiento celular de los detenidos: «La teoría que Rodolfo aplica privando de la vista al maestro de escuela, ese aislamiento del hombre separado del mundo exterior y reducido a su alma solamente, esa alianza del castigo jurídico y de la expiación teológica, todo esto encuentra su realización más perfecta en el sistema celular» (en K. Marx y F. Engels, *La Sagrada Familia, o Crítica de la crítica crítica contra Bruno Bauer y consortes*, trad. cast. de C. Liacho, Akal, Madrid, 1977, p. 205). «Lo que disgusta a Rodolfo es la represión profana, es el pasaje demasiado rápido del tribunal al cadalso. Por el contrario, quiere que la venganza de la sociedad, cayendo sobre el criminal, esté acompañada por la penitencia y los remordimientos del criminal. Quiere aliar el castigo corporal con el castigo moral, la tortura física con la tortura inmaterial del arrepentimiento. Es preciso que el castigo profano sea al mismo tiempo un medio cristiano y moral de educación.

Esta teoría de la pena, que une la jurisprudencia a la teología, ese 'misterio revelado de los misterios', no es en último análisis más que la teoría de la Iglesia católica... Hace un gran honor a su instinto religioso el hecho de que Rodolfo imagine precisamente esa pena... Separar al hombre del mundo exterior, confinarlo en su fuero interno abstracto con vistas a enmendarlo —enceguecerlo—, es ésta una consecuencia necesaria de la doctrina cristiana, según la cual el bien reside en la realización perfecta de esa separación, en esa reducción absoluta del hombre a su yo espiritualista» (*ibid.*, pp. 196-197); con la pena «el criminal debe ser convertido en juez de su propio crimen», debe ser persuadido de que «una violencia que se le hace desde el exterior, es una violencia que él mismo se aplica... ¡En comparación con esta crueldad cristiana, cuánto más humana es la teoría ordinaria de las penas que se conforma con cortarle la cabeza al hombre al que quiere aniquilar!» (*ibid.*, pp. 197-198).

169. E.B. Pasukanis, o. c., p. 159.

170. Según Federico Stella, «la doctrina penal subraya hoy día casi en coro» los fines «de orientación social», de formación de «códigos morales», de «educación» y de «saneamiento general de las costumbres» perseguidos por la pena (*Il problema della prevenzione della criminalità*, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bolonia, 1980, p. 22). Reformulaciones actuales del paradigma general-preventivo que incluyen fines de prevención general positiva son las ofrecidas, por ejemplo, por J. Andenaes, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, en «Rivista italiana di Diritto e procedura penale», 1953, pp. 269 ss. e Id., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, en *Teoria e prassi*, cit., pp. 33 ss., que habla de «efectos de moralización» o de «influencia de moralización» de la pena sobre las «actitudes sociales»; B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine straftheoretische Untersuchung*, Aaran, Francfort d. M., 1976, p. 80 y *passim*, que ve en el derecho penal un «factor de socialización»; F. Mantovani, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, *ibid.*, pp. 73 y 76, que pone de manifiesto el fin de «moralización-educación» de la pena, que «contribuye a formar y fortalecer el código moral de los asociados», así como su «capacidad de orientación cultural hacia valores»; W. Hassemmer, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, *ibid.*, pp. 132, 134 y 137, que habla de funciones de consolidación de la «fidelidad al derecho», así como «de la conciencia normativa de los asociados»; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, *ib.*, p. 155, que subraya la «conservación del derecho» y el «ejercicio en la fidelidad al ordenamiento» promovidos por la pena; A. Pagliaro, *Prospettive di riforma*, en Varios, *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 417, que atribuye a la pena el fin de «inculcar en el pueblo ciertos juicios de valor, que se manifiestan como esquemas comunes de comportamiento moral»; F. Stella, *La tutela penale della società* (1981), en G. Marinucci y E. Dolcini (eds.), o. c., p. 77, que considera el «fortalecimiento de la seguridad colectiva» y el «reforzamiento de la conciencia moral de los asociados» como los cometidos de una «política criminal racional» y un «factor ineliminable de la prevención general de los delitos».

171. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zu rechnungslehre*, De Gruyter, Berlín, 1983; Id., *Schuld und Prävention*, Mohr, Tubinga, 1976. Para un análisis crítico de esta doctrina, cf. A. Baratta, *Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en «Dei delitti e delle pene», 1984, 1, pp. 5-30 [hay trad. cast. de E. García Méndez y E. Sandoval, *Integración-prevenición: Una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en «Cuadernos de Política Criminal», 1984, pp. 533 ss.], donde se discuten también las tesis sistémicas y funcionalistas acerca del bien jurídico y la culpabilidad propugnadas por Knut Amelung y Claus Roxin.

172. Véanse al respecto, *infra*, los apartados 33.2, 34.4 y 35.5.

173. J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Macmillan, Londres, 1883, vol. II, p. 81: «La condena jurídica es al sentimiento moral del público lo que el sello es a la cera caliente. Convierte en un juicio definitivo y permanente lo que de otro modo sería un sentimiento transitorio... En suma, la imposición de la pena da una forma definitiva y una ratificación solemne a la indignación moral suscitada por la comisión de la ofensa». Una posición semejante es la expresada por Lord Denning: «la justificación última de todas las penas no es la de ser un factor de disuasión, sino el ser la vibrante denuncia de un delito por parte de la comunidad» (en *The Royal Commission on Capital Punishment*, Cmd. 8932, 53, cit. en H. L. A. Hart, *Responsabilidad e pena*, cit., p. 197). Cf. también los pasajes citados en las notas 64 y 73. Véase, para una crítica penetrante de estas tesis, denominadas por él «teorías denunciatorias» de la pena (y que no difieren de las neo-retribucionistas recordadas en la nota 65), H. L. A. Hart, o. c., pp. 196-199 e Id., *Diritto, morale e libertà*, cit.

174. «Preguntaría entonces», escribe Tarde en polémica con los positivistas italianos, «por qué se quiere que sea ejemplo de toda indignación y de todo odio contra el criminal, y que la guén los más fríos cálculos [*sic*; debería decir: por qué se quiere eliminar del derecho penal cualquier forma de indignación y de odio contra el criminal y basarlo en los más fríos cálculos]... No ver en el criminal más que un ser peligroso y no un culpable; un degenerado o un enfermo y no un *pecador*, y en el castigo un procedimiento de eliminación o de separación, no una deshonor, es querer que los criminalistas, y después de ello el público en masa, formen sobre el crimen y la pena un juicio intelectual, puro de toda emoción y censura. Pero precisamente la escuela que propone dichas reformas se distingue en la proclamación de esta verdad: que la inteligencia es inerte por sí misma, y que el sentimiento es la única fuerza motriz de las almas y de las sociedades. Cuando se cese de odiar y de abatir al criminal, pululará el crimen. Además, repito, ¿por qué esforzarse en arrancar, si esto fuese posible, al odio y a la indignación su objeto más natural, el crimen, a riesgo de hacer desbordar con mayor fuerza sobre otros objetos, y desviar peligrosamente hacia otros fines, por ejemplo, nuestras luchas políticas o religiosas, esos eternos sentimientos del corazón? Concedo que el crimen, estando sometido al determinismo universal, sea un hecho natural como otro cualquiera. Pero la cólera que nos asalta a la vista del acto criminal y el deseo de venganza que nos anima al punto contra su autor, son fenómenos naturales también. ¿Por qué juzgarlos irracionales? ¿Por qué censurarlos, cuando se estima que el crimen mismo no es censurable? Aunque se mostrara que esos sentimientos implican un error, el de creer en la libertad del agente criminal, y nuestra teoría de la responsabilidad prueba lo contrario... [y aun] admitiendo que los sentimientos reprobadores, depuratorios, de que se trata, puedan atenuarse y convertirse en pasión caritativa, ¿es conveniente, digámoslo una vez más, reducir de este modo el más fuerte dique que se opone al progreso del mal social? Utilitariamente, es preciso responder que no. ¿Por qué, por el contrario, responden ellos afirmativamente, sino [*sic*; debe decir: si no] es porque hay un sentimiento estético, un idealismo oculto en el fondo del utilitarismo? La idea de una penalidad pura de toda venganza y de todo odio es muy antigua en la historia del espiritualismo... Los utilitarios la han aspirado con el aire que les rodean [*sic*; debe decir: rodea], y aborrecen el odio, aun útil, como contrario a este ideal, como inficionado de fealdad moral» (*La philosophie pénale*, [1890], 4.ª ed., Cujas, París 1972, pp. 509-511 [trad. cast. — por la que se cita— de la 1.ª ed. de J. Moreno Barutell, *Filosofía penal*, 2 vol., La España Moderna, Madrid, s.f., vol. II, pp. 296-298]).

175. *De la division du travail social* (1893), trad. cast. de C. G. Posada, *La división del trabajo social*, Daniel Jorro, Madrid, 1928, p. 127; *ibid.*, pp. 126-127: «[La pena] no sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para

intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa, y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquella necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento en que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando, por medio de un acto auténtico que sólo puede consistir en un dolor que se inflige al agente... Este dolor no es una crueldad gratuita. Es el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad». Cf. también, *ibid.*, pp. 106 ss. y 121 ss. Sobre el pensamiento criminológico de Durkheim, véanse P. Marconi, *Durkheim. Sociologia e politica*, Jovene, Nápoles, 1974, pp. 91-113; R. Marra, *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e repressione nella produzione normativa*, Esi, Nápoles, 1986, pp. 17-67; Id., *Tra pena infamante e utilità del reato. Tarde contro Durkheim, ovvero l'espiazione della colpa a fondamento del diritto criminale*, en «Dei delitti e delle pene», 1985, 1, pp. 49-92.

176. No me parece bien fundamentada la asimilación entre la teoría de la pena de Durkheim y las doctrinas expresivas o denunciatorias de Stephen y Lord Denning llevada a cabo por H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 290 y por M. A. Cattaneo, *Fondamenti*, cit., p. 57 e *Il problema filosofico*, cit., pp. 32-33. La diferencia entre la primera y las segundas consiste en que éstas expresan tesis axiológicas en respuesta a la pregunta «¿por qué (se debe) castigar?», mientras que aquella expresa tesis sociológicas, poco importa si verdaderas o falsas, en respuesta a la pregunta «¿por qué (de hecho) se castiga?».

177. G. Jakobs, o. c., p. 385.

178. J. Nagler, *Die Strafe*, cit., pp. 352-360; M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., p. 51; Id., *Pena*, cit., p. 704.

179. Mario A. Cattaneo recuerda entre los representantes de esta orientación también a Hommel, Püttmann, Gmelin y Federico II de Prusia (*La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., pp. 270-271); sobre la complejidad de los fines de la pena según Hommel (no sólo la intimidación, sino también la enmienda y acaso la retribución), véase no obstante, del mismo M. A. Cattaneo, *Karl Ferdinand Hommel, il Beccaria tedesco*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1975, V, pp. 311-319. La función de ejemplaridad de la pena se encuentra ya enunciada por otra parte en las fuentes justinianeas (Nov. 17.5: «cum vehementia corrige, puniens delinquentes secundum nostras leges, ut paulatim supplicium alios omnes faciat salvos»; Nov. 30.11: «adulteria... puniat amare, utpote paucorum hominum supplicio omne quod reliquum est perpetue temperetur, sitque cum lege castigato subtilis delinquentium. Non enim inhumanum est hoc, maxima magis humanitas, dum paucorum correctione multum saluum est») y en las medievales (acerca de las cuales, cf. C. Calisse, o. c., pp. 431-437).

180. M. A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., pp. 53 ss.

181. Es la objeción de F. Carrara, *Dottrina fondamentale de la difesa del derecho*, en *Opúsculos de derecho criminal*, cit., I, pp. 208-209: «En segundo lugar, el sistema de la defensa social indirecta peca porque convierte al hombre en un instrumento en manos de la sociedad, la cual se sirve del cuerpo de un ciudadano para intimidar a los demás ciudadanos martirizándolo con el fin de convencer a éstos de no violar las leyes sociales... Pero si el derecho del individuo se inmola legítimamente a la utilidad de todos; si legítimamente se despoja a un individuo de sus derechos con el fin de infundir temor en los demás, no hay motivo para subordinar la consecución de esta gran utilidad

general a la culpabilidad del condenado. La impunidad de un gran delito es un mal social que amenaza a todos los demás. Un homicidio impune envalentona a otros diez, a otros veinte homicidas... Si por otra parte el enjuiciado es además un ciudadano molesto, si la opinión pública sospecha en forma vehemente ser el autor del delito que le atribuye el acusador, habrá que sacrificarlo aun cuando se sepa que no fue el culpable de ese delito. Así las cosas resultan claras, pues es mejor sacrificar a un individuo inocente de mala fama que hacer caer bajo el puñal de un asesino a veinte honrados e inocentes ciudadanos, ya que la utilidad social, el fin de la intimidación, hacen legítima la condena del inocente. He ahí los vicios capitales que el sistema de la defensa del derecho reprocha al sistema de la defensa social, y que se ruborizaría de tener en común con él».

182. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, ed. a cargo de E. Wolf, Koehler, Stuttgart, 1956, pp. 267-268. Al «terror» como «fin» aludió por otra parte el propio C. Beccaria, *o. c.*, XVI, pp. 52-53: «¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres».

183. «Si por consiguiente el derecho y la libertad han de ser perfectamente asegurados, debe haber un medio de seguridad que nos dé garantía no sólo frente a un *ofensor* determinado, sino frente a las *ofensas en general*... Entre todas las medidas de seguridad imaginables frente a las ofensas en general, ninguna es tan generalmente eficaz como la *amenaza de males físicos*, condicionados a la acción ofensiva. Actúa directamente contra el fundamento último de los deseos anti-jurídicos y elimina, provocando el miedo, el mismo principio interno del que provienen... ¿En qué medida, por tanto, es capaz la amenaza de eliminar los fundamentos de los deseos antijurídicos, de disuadir al ofensor de la comisión de ofensas? Apenas se hace de un mal sensible la condición de la posible comisión de un acto antijurídico, y en razón del principio de la asociación de ideas, a la representación del objeto de la acción antijurídica ha de unirse inmediatamente la representación del mal que le acompaña. La primera consecuencia de la amenaza es por consiguiente que el ánimo queda disuadido del objeto del acto ofensivo... Evitar aquel mal y omitir este acto están conectados analíticamente. No puede ejecutarse el acto sin sufrir el mal, el mal no puede ser evitado sin omitir el acto... Este mal, con el que se amenaza para disuadir a los posibles ofensores de la comisión de ofensas, se llama *pena*; la acción que se realiza en oposición a esa amenaza se llama *ilícito* y, a causa de las características específicas de algunos de los males amenazados, *delito*. El fin de la amenaza de la pena es por tanto la *intimidación*; y el *fundamento jurídico* en el que se apoya la *amenaza* es la *defensa*... Pero así como la amenaza del mal penal tiene un fin, también lo tiene la *imposición* del mismo después de la comisión del hecho... No es otro que el *hacer eficaz la amenaza misma*... En efecto, una amenaza puede ser eficaz como tal sólo si el mal contenido en ella queda representado como un mal que se verificará efectivamente» (P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., pp. 108-113). Cf. también P. J. A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I (1799), reimp. anast. Scientia, Aalen, 1966, pp. 1-108; Id., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1801), Heyer, Giessen, 141847. Sobre el fin de la pena según Feuerbach, véase M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, cit., pp. 379-477. Cattaneo, en *La dottrina penale di Karl Grolman*, cit., p. 271, recuerda como inmediatos precursores alemanes de la doctrina de la «prevención general» en tanto que fin de la amenaza de pena a Sonnenfels, Michaelis, Siardi, Zaupser y Barkhausen.

184. G. D. Romagnosi, *Génesis del derecho penal*, cit., 401, p. 158: «El fin único de las penas consiste en apartar los delitos de la sociedad»; *ibid.*, 263, p. 108: «Si después del primer delito se tuviera la *certeza* moral de que luego no ocurría [*sic*; debe decir: ocurriría] ningún otro, la sociedad no tendría *ningún* derecho para castigarlo»;

ibid., 334-336, pp. 125-126: «¿Qué deseamos obtener? Prevenir los brotes del delito (261, 282). Pero, ¿cómo prevenirlos si no os oponéis a sus causas? ¿Y cómo os opondréis a sus causas sin obrar sobre el hombre interior y sin contener sus impulsos criminosos? Por consiguiente, la fuerza *repelente* de la *pena* prevista debe vencer la fuerza *impelente* hacia el delito ideado y, por ello, debe trincar, por decirlo así, los brazos al hombre interior tentado a delinquir, así como en la *defensa física* se quebrantan las fuerzas del agresor... Por lo mismo, en cuanto a la *potestad penal* y a su objeto... el derecho de castigar no es otra cosa que derecho de defensa». Véase también el pasaje citado en la nota 68.

185. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., V, p. 26: «Un pronto, seguro e inmediato castigo es el único dique que conviene alzar contra el torrente de los delitos. La voluntad siempre está determinada por el choque del motivo más eficaz. Por lo tanto el temor de un seguro y presente castigo contrapesa el motivo que atrae al delito»; Id., *Saggi politici*, loc. cit.

186. Schopenhauer dedica al problema penal el 62 de *Die Welt als Wille und Vorstellung* (1819), trad. cast. de Eduardo Ovejero y Maury, *El mundo como voluntad y representación*, Porrúa, México, 1983, donde enuncia —en áspera polémica con Kant (p. 261: «Sólo la debilidad senil de Kant explica su teoría del derecho, que no es más que un conjunto de errores nacidos unos de otros») — una doctrina completa de la función de prevención general de la amenaza legal de la pena: «Es cierto que fuera del Estado no puede darse un derecho penal. Todo derecho a castigar está fundado en la ley positiva, que antes de cometerse el delito le ha señalado una pena cuya amenaza sirve de contramotivo y está encaminada a contrarrestar todos los motivos que puedan conducir a la delincuencia... Mas el único fin de la ley es impedir, por la intimidación, el menoscabo de los derechos ajenos... La ley y su cumplimiento, a saber, la pena, están dirigidos principalmente al futuro y no al pasado. Ésta es la diferencia entre la pena y la venganza, la última de las cuales está motivada simplemente por el hecho, es decir, por lo pasado como tal. Toda represalia ejercida a consecuencia de una injusticia, sin fin alguno para lo futuro, es venganza, y no puede tener otra intención que la de consolarse del mal sufrido con el espectáculo del mal ajeno. Esto es maldad y crueldad y no puede tener justificación moral. El mal que otro me haya hecho no me autoriza a mí para devolvérselo. Devolver mal por mal, sin fin ulterior, no es moral ni obedece a ninguna razón moral ni racional, y el *jus talionis* carece de sentido como máxima permanente, como principio último de derecho penal. Por eso la teoría de Kant, según la cual la pena se establece únicamente para castigar, es contraria a razón y carece de sólido fundamento... Claro es que el hombre tiene el deber de velar por la seguridad social; pero esto sólo puede hacerlo amenazando con castigar los actos llamados criminales, previniéndolos de este modo por contramotivos consistentes en las penas señaladas, amenaza que ha de cumplirse, para que tenga eficacia, si a pesar de ella se presenta el caso en que el castigo procede. El derecho penal, o mejor la pena, tiene un carácter meramente preventivo, el de impedir los delitos amenazando con castigos» (*ibid.*, p. 270).

187. G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., 82, p. 36: «El objeto de la imputación civil, al castigar a un delincuente, no es vengarse del delito ya cometido, sino utilizarla para que en el futuro no se cometan otros delitos semejantes»; *ibid.*, 298, p. 118: «Los hombres son por naturaleza más contrarios al dolor y se ven atraídos con menos fuerza por el placer. De aquí que el argumento del dolor fue escogido como el más eficaz entre las causas para alejar el delito. De consiguiente, las leyes criminales, para garantizar el objeto de la sociedad, no sólo declaran qué acciones deben ser imputadas como delictivas, sino que, además, para hacer a los ciudadanos lo suficientemente temible la imputación civil, conminan con penas y dolores a aquellos que al delinquir menosprecian dicha imputación. Esta última parte de cada ley, por la cual se

conmina a quienes han violado la ley con una pena, se denomina *sanción*. Por eso definimos las penas: *causas sensibles para respetar las leyes del Estado derivadas del dolor, cuya cantidad que ha de irrogarse a los delincuentes las leyes mismas la determinan*».

188. «La irrogación de la pena es una mera consecuencia y una consecuencia necesariamente lógica, porque precepto y sanción serían palabras risibles si ésta no recayera de modo efectivo sobre el violador de aquél..., el hecho de la irrogación no tiene por fin hacer expiar o hacer sufrir, sino que es un acto pasivo de obediencia a la sanción, y tiene como único fin mostrar que la sanción es verdad. Ahora bien, la sanción (amenaza de privación de derechos a quien viole el derecho) recibe espontáneamente su legitimación de la legitimidad de la prohibición; es consecuencia lógica de la naturaleza de ley que se debe reconocer a la ley jurídica... El fin de la sanción es completar la ley para que cada uno sepa que su derecho está protegido mientras no viole el derecho ajeno» (F. Carrara, *Doctrina fundamental de la tutela del derecho*, cit., pp. 209-210). En efecto, «sin sanción la ley es consejo y no ley», y el derecho «no sería más que vana palabra si no tuviera por contenido implícito la facultad de defenderse a sí mismo» (*ibid.*, p. 207).

189. Me limito a recordar a V. Manzini, *Diritto penale*, cit., pp. 93-94; F. Antolisei, *o. c.*, p. 491; A. Ross, *o. c.*, pp. 80-83. Sobre el consenso actual de la ciencia jurídica respecto al paradigma general-preventivo, véase el volumen *Teoria e prassi della prevenzione generale*, cit. Para un balance crítico y problemático del paradigma preventivo hoy día, cf., además de los escritos de Naucke, Lüderssen y Hassemer en el volumen citado, W. Hassemer, *La prevenzione nel diritto penale*, en «*Dei delitti e delle pene*», 1986, 3, pp. 417-452, trad. cast., *Prevención en el derecho penal*, en «*Poder y control*», n.º 0, 1986, pp. 93 ss.

190. F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 619, nota, vol. II, p. 70; cf. también Id., *Programa. Parte especial*, cit., vol. I, pp. 14-15.

191. Voltaire, *Comentario*, cit., II, p. 117.

192. G. Bettioli, *Diritto penale*, cit., p. 523.

193. M. A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, cit., p. 414. En sentido contrario, cf. W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, en *Teoria e prassi*, cit., pp. 53 ss.

194. Recuérdese el duro ataque de Hegel: «La teoría de la pena de Feuerbach funda la pena en la amenaza... Con esta fundamentación de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro» (*Filosofía del Derecho*, cit., agregado al 99, p. 161).

195. Cf., por ejemplo, A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 461-466; F. Antolisei, *Manuale*, cit., pp. 493 ss.; F. Mantovani, *Sanzioni alternative*, cit., pp. 75, 77-83 y 97-98. Una concepción «dialéctica» y sustancialmente ecléctica del fin de la pena —general-preventivo en el momento de la amenaza y especial-preventivo en el de la ejecución— es también la de C. Roxin, *Sinn und Grenzen der staatlichem Strafe* (1966), ahora en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlín, 1973, pp. 3 ss., trad. cast. de D. M. Luzón Peña, *Sentido y límites de la pena estatal*, en C. Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11 ss.

196. *Génesis*, cit., 411, p. 162.

197. *Tratado político*, cit., II, 18, pp. 94-95 y III, 8, pp. 104-105.

Capítulo 6

EL FIN Y LOS LIMITES DEL DERECHO PENAL. UN UTILITARISMO PENAL REFORMADO

23. *El estatuto metateórico del problema de la justificación*

1. *Doctrinas, teorías e ideologías de la pena.* Muchos de los equívocos que afectan a las discusiones teóricas y filosóficas en torno a la pregunta «¿por qué castigar?» dependen, en mi opinión, de la frecuente confusión entre los distintos significados que cabe asociar a la misma, los diferentes problemas que expresa y los diferentes niveles y universos del discurso a los que pertenecen las respuestas que admite. Estos equívocos se reflejan también en el debate entre «abolicionistas» y «justificacionistas» del derecho penal, dando lugar a malentendidos teóricos que a menudo son tomados por discrepancias ético-políticas. Y, lo que es más grave, confieren a las doctrinas justificacionistas funciones apologéticas y de respaldo respecto a los sistemas penales existentes, de los que por otra parte resultan casi siempre dependientes, en el plano metodológico, las mismas doctrinas abolicionistas. Y son por consiguiente responsables de proyectos y estrategias de política penal conservadoras o utópicamente regresivas.

La tarea preliminar del análisis filosófico consiste por tanto en aclarar, en el plano meta-teórico y en el meta-ético, los diversos estatutos epistemológicos de los problemas expresados por la pregunta «¿por qué castigar?», así como de sus diferentes soluciones. A tal fin me parecen esenciales dos órdenes de distinciones: el primero, trivial pero no siempre bien tenido en cuenta, se refiere a los posibles significados de la pregunta; el segundo, no menos importante y generalmente pasado por alto, a los niveles del discurso en los que se sitúan las posibles respuestas.

La pregunta «¿por qué castigar?» puede ante todo ser entendida en dos sentidos diferentes: *a) por qué existe* la pena, es decir, se castiga; *b) por qué debe existir* la pena, esto es, se debe castigar. En el

primer sentido el problema del «por qué» de la pena es un problema *científico*, que admite respuestas de carácter empírico formuladas mediante proposiciones *asertivas* verificables y refutables, o de las que en cualquier caso es posible creer que son *verdaderas* o *falsas*. En el segundo sentido el problema es por el contrario un problema *filosófico*, que admite respuestas de carácter ético-político formuladas mediante proposiciones *normativas*, como tales ni verdaderas ni falsas, sino sólo aceptables o inaceptables como *justas* o *injustas*. El primer problema, a su vez, puede ser entendido en dos sentidos diferentes: *aa) por qué existe el fenómeno de la pena*, es decir, se castiga de hecho, que es un problema histórico o sociológico que admite respuestas verdaderas o falsas sobre la base de los efectivos comportamientos humanos; *ab) por qué existe el deber jurídico de la pena*, es decir, se castiga de derecho, que es un problema jurídico que admite respuestas verdaderas o falsas sobre la base de lo que prescriben las normas de derecho positivo. Será útil, para evitar confusiones, emplear tres palabras distintas para designar estos tres significados de la expresión «por qué», correspondientes a los tres puntos de vista acerca del derecho distinguidos en el apartado 14.1: la palabra *función* para indicar sus usos descriptivos de tipo histórico o sociológico, la palabra *motivación* para indicar sus usos descriptivos de tipo jurídico, y la palabra *fin* para indicar sus usos normativos de tipo axiológico. Correlativamente, emplearé dos palabras distintas para designar el diferente estatuto epistemológico de las respuestas admitidas por los distintos órdenes de preguntas: diré que son *teorías* o *explicaciones*, ya sean jurídicas o sociológicas, las respuestas a las preguntas acerca de las motivaciones jurídicas de las penas y a las que versan acerca de las funciones que éstas cumplen de hecho; mientras que son *doctrinas* axiológicas o *de justificación* las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas acerca del fin (o fines) que el derecho penal y las penas deben o deberían perseguir.

El vicio metodológico detectable en muchas de las respuestas examinadas hasta el momento a la pregunta «¿por qué castigar?» consiste en su confusión de la función o motivación con el fin, o del ser (de hecho o de derecho) con el deber ser (axiológico) de la pena, y en la consiguiente consideración de las explicaciones como justificaciones o viceversa. En esta confusión incurren ante todo cuantos producen o sostienen doctrinas filosóficas de la justificación presentándolas como «teorías de la pena». De este modo hablan, a propósito de los discursos acerca de los fines de la pena, de «teorías absolutas» o «relativas», de «teorías retribucionistas» o «utilitaristas», de «teorías de la prevención general», o «de la prevención especial», etc., sugiriendo la idea de que la pena tiene un efecto (en vez de un fin) retributivo o reparador, o de que previene (en vez de que debe prevenir) los delitos, o de que reeduca (en vez de que debe reeducar) a los reos, o de que disuade (en vez de que debe disuadir) a la generalidad de los asociados

de cometer delitos, etc. Pero en una confusión análoga caen también cuantos producen o sostienen teorías jurídicas o sociológicas de la pena presentándolas como *doctrinas* de justificación. Al contrario que los primeros, estos últimos conciben como fines las funciones o los efectos de la pena o del derecho penal averiguados empíricamente o prescritos jurídicamente, y así afirman que la pena debe ser segregativa sobre la base del hecho de que efectivamente lo es, o que debe satisfacer el deseo de venganza o las exigencias sistémicas de estabilidad institucional porque por hipótesis las satisface realmente, o que debe estigmatizar, aislar o neutralizar a los condenados en cuanto de hecho y/o de derecho cumple tales funciones.

Resulta esencial aclarar, por el contrario, que las tesis axiológicas y los discursos filosóficos acerca del fin que justifica (o no justifica) la pena o más en general el derecho penal no son «teorías» en el sentido empírico o asertivo comúnmente asociado a esta expresión. Son *doctrinas normativas* —o más sencillamente normas, o modelos normativos de valoración o justificación— formuladas o rechazadas por referencia a *valores*. A la inversa, son *teorías descriptivas* —y no «doctrinas»—, en la medida en que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, sólo las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho positivo. Doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son por consiguiente asimétricas entre sí, ya sea en el plano *semántico*, por el distinto significado de «fin», «función» y «motivación»; en el plano *pragmático*, por las finalidades puramente directivas de las primeras y descriptivas (de hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano *sintáctico*, porque las unas no son derivables de las otras¹.

Llamaré «ideologías» tanto a las doctrinas como a las teorías que incurren en la confusión entre modelos de justificación y esquemas de explicación. «Ideología», según la definición estipulativa adelantada en el apartado 15.2, es en efecto toda tesis o conjunto de tesis que confunde el «deber ser» y el «ser» (o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas), contraviniendo de este modo el principio meta-lógico conocido como «ley de Hume», según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. Más exactamente, llamaré *ideologías naturalistas* o *realistas* a las ideologías que asumen las explicaciones empíricas (también) como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la *falacia naturalista* de la derivación del deber ser a partir del ser; e *ideologías normativistas* o *idealistas* a las que asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, incurriendo así en la *falacia normativista* de la derivación del ser a partir del deber ser².

Diré consiguientemente que las doctrinas normativas del fin de la

pena se degradan en ideologías (normativistas) cuando se las hace pasar por teorías, es decir, cuando asumen como descriptivos, sólo porque se consideran justos, los que solamente son modelos o proyectos normativos; mientras que las teorías descriptivas de la función o de la motivación de la pena se degradan a su vez en ideologías (naturalistas) cuando se las hace pasar por doctrinas, es decir, cuando asumen como prescriptivos o justificadores, sólo porque se consideran verdaderos, los que solamente son esquemas explicativos. Tanto las doctrinas ideológicas del primer tipo como las teorías ideológicas del segundo son lógicamente falaces: o porque toman el deber ser por ser, deduciendo aseveraciones de prescripciones, o porque toman el ser por deber ser, deduciendo prescripciones de aseveraciones. Unas y otras, además, desarrollan una función de legitimación del derecho existente: las primeras porque acreditan como funciones satisfechas de hecho lo que sólo son fines axiológicamente perseguidos (por ejemplo, del hecho de que se asigna a la pena el fin de prevenir los delitos deducen el hecho de que efectivamente los previene); las segundas, porque acreditan como fines o modelos axiológicos a perseguir lo que sólo son funciones o efectos realizados de hecho (por ejemplo, del hecho de que la pena retribuye mal con mal, deducen que debe retribuir mal con mal). Una de las misiones del meta-análisis filosófico del derecho penal es la de identificar y excluir estos dos tipos de ideologías, manteniendo diferenciadas las doctrinas de la justificación de las teorías de la explicación a fin de que no se acrediten ni desacrediten recíprocamente.

2. *Doctrinas de justificación y justificaciones.* La asimetría elucidada hasta el momento entre doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función permite ahora fundamentar la segunda distinción enunciada al comienzo: la que media entre los diferentes niveles del discurso a los que pertenecen las doctrinas de justificación del derecho penal o de la pena en general y las justificaciones (o no justificaciones) de este o aquel ordenamiento penal o de esta o aquella institución punitiva.

Con arreglo a la ley de Hume, mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación y descripción de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino sólo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores. Se sigue de ello que la argumentación de un determinado fin como justificador del derecho penal, si bien vale para respaldar una doctrina normativa de justificación, no implica que el fin acreditado sea efectivamente satisfecho y que el derecho penal esté justificado. Y que, a la inversa, la afirmación de que tal fin no queda satisfecho es una crítica que va dirigida al de-

recho penal y no a la doctrina normativa de justificación, a las prácticas punitivas —legislativas y judiciales— en la medida en que desatienden los fines que las justifican, y no a sus modelos justificativos³. Si las normas no nos dicen nada acerca de lo que sucede de hecho, los hechos no nos dicen nada acerca del valor de las normas.

Sobre esta base podemos caracterizar las *doctrinas de justificación* como discursos normativos acerca de la justificación o acerca de los fines justificadores, y las *justificaciones* (o *no justificaciones*) como discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas. Los discursos sobre la (o doctrinas de) justificación se dirigen en efecto a argumentar los *criterios* de aceptación de los medios penales en relación con los fines que se les asignan. Los discursos de justificación (o justificaciones) se dirigen por el contrario a argumentar la *aceptación* de los medios penales en la medida en que se comprueba que son funcionales respecto a los fines asumidos como justificadores. Los primeros pertenecen a un nivel meta-lingüístico respecto a aquel al que pertenecen los segundos. Más exactamente, mientras las doctrinas de justificación son discursos normativos que tienen por objeto las justificaciones mismas, es decir, la validez ético-política de los fines con los que se justifican el derecho penal y las penas, las justificaciones (y las no justificaciones) son discursos asertivos que tienen por objeto el derecho penal mismo y las penas, y específicamente el hecho de que satisfacen o no satisfacen el fin o los fines previamente asumidos como justificadores en virtud de la doctrina de justificación adoptada.

El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de la justificación —y en particular por las doctrinas utilitaristas— es la confusión entre los dos niveles del discurso que acaban de ser distinguidos. A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: no de este o aquel ordenamiento penal o de esta o aquella de sus instituciones particulares, sino del derecho penal o de la pena en cuanto tales, o de la *idea* de derecho penal o de pena. En este caso la violación de la ley de Hume se refiere no a la doctrina de justificación sino a la justificación misma. De la doctrina normativa, que señala un determinado fin como criterio de justificación de la pena o del derecho penal en general, se deduce en efecto que las penas o los ordenamientos penales concretos satisfacen de hecho ese fin y por consiguiente están justificados. El resultado es una *falacia normativista* del todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones en la que incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en efecto, se obtienen *a posteriori*, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es aprio-

rística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista.

En un vicio ideológico simétrico al que afecta a muchas doctrinas de justificación de la pena incurren por otra parte también muchas doctrinas abolicionistas, que discuten el fundamento axiológico de las primeras con el argumento asertivo de que la pena no satisface de hecho los fines que se le señalan: por ejemplo, no previene los delitos, no reeduca a los condenados o incluso tiene una función criminógena opuesta a los fines que se indican como su justificación. Críticas de este tipo están en línea de principio viciadas a su vez por la *falacia naturalista*, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas. Hay un solo caso en el que resultan pertinentes: cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. Piénsese en las doctrinas que atribuyen a la pena el fin retributivo de *reparar* el delito pasado o el fin preventivo de impedir *cualquier* delito futuro, es decir, fines manifiestamente inalcanzables⁴. Pero en este caso no nos encontramos frente a doctrinas normativas propiamente dichas, sino frente a ideologías viciadas por la falacia normativista: puesto que es condición de sentido de cualquier norma la posibilidad alética de que sea observada (además de violada)⁵, si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado y a pesar de ello asumimos su posible realización como criterio normativo de justificación, ello quiere decir que la tesis de la posible realización, contradictoria con la de la irrealizabilidad, ha sido derivada de la norma violando la ley de Hume.

3. *Las condiciones meta-éticas de la justificación. La justificación a posteriori.* Podemos ahora trazar los requisitos metaéticos de un modelo de justificación de la pena capaz de escapar a los distintos tipos de falacia —naturalista y normativista— presentados hasta el momento, y por consiguiente de no verse degradado a ideología de legitimación apriorística. Estos requisitos, en parte ya indicados en el apartado 20.1, son de dos tipos y corresponden respectivamente a las dos clases de distinciones llevadas a cabo.

El primer orden de requisitos se refiere a la valoración del fin penal justificador y de los medios penales a justificar. Y tiene como presupuesto la distinción de la doctrina de justificación adoptada de las teorías tanto jurídicas como sociológicas de las motivaciones y de las funciones de la pena. Para que queden excluidas auto-justificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas viciadas por la falacia naturalista, es necesario en primer lugar que el fin sea reconocido y compartido como un *bien extra-jurídico*, externo al derecho, y en segundo lugar que el medio jurídico sea reconocido como un *mal*, es decir, como un coste humano y social que precisamente por ello ha de ser justificado. Sólo así se asegura la autonomía del punto de vista

axiológico externo respecto al externo de tipo sociológico y al interno de tipo jurídico y se evita la petición de principio que reduce la justificación a la descripción, el fin a las funciones o a los efectos jurídicos, el deber ser al ser del derecho. Una doctrina no inconsistente de justificación de la pena supone por tanto la aceptación del postulado iuspositivista de la separación entre el derecho y la moral, de modo que ni el delito sea considerado como un mal en sí *quia prohibitum*, ni la pena sea considerada como un bien en sí *quia peccatum*. Y ello trae consigo la carga de una correlativa doctrina de justificación de las prohibiciones, de manera que las justificaciones de las penas supongan las de las prohibiciones y no puedan ser ofrecidas sin una previa fundamentación ético-política de los bienes que éstas tutelan.

El segundo orden de requisitos se refiere a las relaciones entre medios y fines penales. Y tiene como presupuesto la distinción entre las justificaciones o no justificaciones ofrecidas y las doctrinas de justificación adoptadas. Para que una doctrina de justificación no se preste a ser utilizada directamente como justificación apriorística viciada por la falacia normativista, es necesario ante todo que los medios sean adecuados a los fines, de manera que los fines justificadores del derecho penal sean empíricamente realizables con las penas y no realizables sin ellas: sólo así son posibles justificaciones *a posteriori* basadas en investigaciones empíricas que excluyan la irrealizabilidad del fin justificante y comprueben que éste se ha realizado en un grado suficiente. En segundo lugar, para que el modelo de justificación propuesto permita replicar de un modo convincente a la provocación abolicionista y por otro lado a la objeción kantiana según la cual toda persona es un fin en sí mismo, debe hacer suyo también el punto de vista radicalmente externo de los destinatarios de las penas, a fin de que también para ellos resulte congruente y consistente la relación empírica entre medios penales y fines extra-penales y ninguno de ellos sea tratado como una cosa o un «mero medio» para fines ajenos. Y a tal efecto es necesario que fines y medios sean homogéneos entre sí, de manera que el mal producido por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y sea justificable no sólo su necesidad sino también su naturaleza y medida como mal o coste menor respecto a la falta de satisfacción del fin.

Un modelo de justificación que satisfaga estos dos órdenes de requisitos está en condiciones de fundamentar no sólo justificaciones sino también, según los casos, no justificaciones de las penas y de los sistemas penales. Por tanto puede operar como modelo o doctrina no sólo de legitimación sino también de deslegitimación ético-política del derecho penal. Esto, por otra parte, es lo que diferencia a una doctrina o modelo de justificación de una ideología de legitimación: su idoneidad no para justificar de un modo apriorístico, sino para señalar las condiciones en presencia de las cuales el derecho penal (o alguna de sus instituciones en particular) está justificado y en ausencia

de las cuales no lo está. En efecto, si una doctrina permitiera justificar todo sería una ideología realista, mientras que si no permitiera justificar nada sería una ideología idealista. De ello se sigue que las justificaciones ofrecidas sobre la base de una doctrina de justificación de la pena deben consistir, para no verse degradadas a su vez en operaciones de legitimación apriorística y por tanto ideológica, en justificaciones *relativas y condicionadas*. Más exactamente, serán justificaciones *a posteriori*, parciales y contingentes, en la medida en que habrán de ser en cada caso el producto de la comprobación de un grado de realización satisfactorio del bien extra-jurídico asumido como fin y de la ponderación de éste con los medios penales justificados. Y serán por otra parte perfectamente compatibles con no justificaciones e hipótesis de reforma o de abolición igualmente *a posteriori*, parciales y contingentes del sistema penal valorado o de cada una de sus instituciones.

Se entiende, por otra parte, que la no justificación en concreto de un sistema penal o de una pena, si bien no es suficiente para refutar la doctrina de justificación sobre la base de la cual se formula, tampoco lo es para respaldar una doctrina abolicionista, equivaliendo solamente a un proyecto de abolición o de reforma del sistema o de la institución penal no justificados. Para que una doctrina abolicionista sea a su vez consistente y no se convierta ella misma en ideología, hace falta en efecto que se considere que los requisitos antes indicados como necesarios para un modelo de justificación no sólo no quedan satisfechos, sino que son además imposibles de satisfacer: con otras palabras, que no comparta moralmente ningún fin extra-penal o entienda que ninguno es empíricamente realizable, o que ningún medio penal es moralmente aceptable o empíricamente congruente y proporcionado al fin.

4. *Abolicionismo ideológico y justificacionismo ideológico*. Si analizamos ahora —siguiendo nuestro esquema metaético de justificación y prescindiendo de las críticas directamente éticas desarrolladas en el capítulo precedente— las doctrinas abolicionistas y las justificacionistas elaboradas en la historia del pensamiento penal, podemos darnos cuenta de que, por defecto de alguno de los requisitos epistemológicos ya indicados, o son doctrinas intrínsecamente ideológicas o se prestan a ser utilizadas para dar crédito a propuestas abolicionistas o justificacionistas a su vez ideológicas.

Se prestan con seguridad a fundamentar ideologías naturalistas o normativistas igualmente utópicas y regresivas tanto el abolicionismo radical de Stirner como el abolicionismo holista de tipo anarquista y moralista. En ambos casos, como se dijo en el apartado 18.3, el modelo normativo abolicionista se encuentra ligado a hipótesis iusnaturalistas. Con una diferencia: la ley del más fuerte que caracteriza a la sociedad del *bellum omnium* auspiciada por Stirner es más una ley na-

tural *descriptiva* (el más fuerte se hace valer —en el sentido de que se impone— frente al más débil) que un principio normativo, de manera que su valorización axiológica resulta el fruto de una falacia naturalista ⁶. Lo confirman las aporías lógicas en las que se ve envuelto el amoralismo stirneriano: el principio amoral del egoísmo absoluto y aquel otro ligado a él del valor de la fuerza que se asumen como principios axiológicos no pueden funcionar como tales, dado que los mismos, al no justificar constricción alguna y justificar al mismo tiempo cualquier constricción, son deónticamente inconsistentes e implican lógicamente la negación de cualquier axiología. A la inversa, el modelo de la autorregulación social espontánea, que distingue a la sociedad perfecta anhelada por las diferentes versiones del abolicionismo holista, es un modelo *normativo* irremediamente utópico y no una previsión científica, resultando idóneo para acreditar sistemas sociales represivos y totalizantes que sólo gracias a una falacia normativista pueden ser descritos como libres de constricciones y coacciones.

Una crítica más articulada, al menos por la mayor variedad de sus orientaciones filosóficas, merecen las doctrinas justificacionistas. Ya se ha hablado de la frecuente confusión entre punto de vista externo de la justificación y punto de vista externo de la explicación, así como entre doctrinas de justificación y justificaciones, y de las falacias de signo opuesto que resultan de ello: por un lado la falacia naturalista, consistente en adoptar como justificación una explicación y por consiguiente en atribuir valor a un sistema penal por las funciones que de hecho persigue o satisface; por otro, la falacia normativista consistente en adoptar como justificación una doctrina de justificación, y por consiguiente en asumir como funciones perseguidas o satisfechas de hecho por el derecho penal los fines que deónticamente se le asignan. Se puede precisar ahora que las doctrinas penales justificacionistas no reúnen, a causa de tales confusiones, uno u otro de los dos órdenes de condiciones epistemológicas exigidas por nuestro modelo metaético de justificación.

Incumplen el primero de nuestros dos órdenes de requisitos tanto las doctrinas llamadas «absolutas» o «retribucionistas» como las doctrinas de la llamada «prevención positiva». En ambos casos, en efecto, la pena (al igual que la prohibición) no queda justificada por fines extra-punitivos, sino por el valor intrínseco asociado a su imposición, configurada como un bien en sí y como fin en sí misma por el valor intrínseco y no extra-penal que se asocia del mismo modo a la prohibición. En la base de estas concepciones de la pena se encuentra siempre, como se ha mostrado, una confusión entre derecho y moral, ya sea en las doctrinas de ascendencia kantiana de la pena como «retribución ética» justificada por la necesidad de reintegrar con una violencia opuesta al delito el derecho violado, concebido a su vez como valor moral o sustancia ética; ya en las doctrinas pedagógicas y fun-

cionalistas de la «prevención-integración», que justifican la pena con el valor intrínseco de las exigencias de conservación y reforzamiento de los sentimientos de fidelidad al derecho; ya, finalmente, en las doctrinas correccionales de inspiración católica o positivista que conciben el delito como enfermedad moral o natural y la pena como «medicina» del alma o «tratamiento» terapéutico. En todos los casos el medio punitivo se identifica con el fin, es decir, se concibe como un bien que es fin en sí mismo; y la justificación de la pena, al resolverse en una justificación apriorística e incondicionada, se reduce a una petición de principio. Estas diversas clases de doctrinas eticistas son por consiguiente ideológicas en los dos sentidos ya ilustrados. Más exactamente, las doctrinas retribucionistas y las integracionistas son ideologías naturalistas, dado que valoran como fin el carácter retributivo o funcional de la pena, que es un hecho, tomando como justificación la motivación jurídica o incluso la explicación de la función y deduciendo así el deber ser del ser. A la inversa, las doctrinas correccionales de la prevención especial son ideologías normativistas, dado que acreditan como función el fin correccional de la pena, asumiendo que queda satisfecho de un modo apriorístico aunque de hecho no esté realizado o incluso sea irrealizable, deduciendo así el ser del deber ser.

Más compleja resulta la crítica metaética de las doctrinas utilitaristas de la prevención negativa, tanto general como especial. A diferencia de las retribucionistas y de las de la prevención positiva, estas doctrinas tienen el mérito de disociar los medios penales, concebidos como males, de los fines extra-penales idóneos para justificarlos. Y esta disociación, como se dijo en el apartado 20.1, es una condición necesaria *a)* para valorar los costes que representan las penas frente a los daños que éstas tienen como fin prevenir, *b)* para impedir la autojustificación de los primeros en virtud de la confusión entre derecho y moral, *c)* para hacer posible la justificación, antes que de las penas, de las prohibiciones penales, sobre la base de finalidades externas a las penas y al derecho penal. Aun siendo necesaria, esta condición no es sin embargo suficiente para fundamentar en el plano metaético criterios de justificación que sean idóneos no sólo para legitimar, sino también para deslegitimar las penas. Y ello depende del hecho de que el fin justificador propuesto también por estas doctrinas utilitaristas, como se ha dicho en el apartado 20.2, es *sólo* la máxima utilidad posible de los no desviados y *no además* el mínimo sufrimiento necesario de los desviados, de manera que en línea de principio ninguna pena resulta injustificada, al no problematizarse ni discutirse el coste de las penas sufrido por quienes, con o sin razón, son sometidos a ellas. Por eso estas doctrinas se prestan a ser utilizadas directamente también como justificaciones de sistemas de derecho penal máximo, viciadas ideológicamente por la falta del segundo tipo de requisitos metaéticos anteriormente establecidos.

La asimetría entre fines justificadores que interesan a los no desviados y medios justificados que lesionan el interés de los desviados hace por otra parte que en las doctrinas de la prevención negativa sean inconmensurables los medios dispuestos y los fines perseguidos y completamente arbitraria la justificación del coste representado por los primeros con las utilidades representadas por los segundos. Se sigue de ello que las justificaciones apriorísticas que nos ofrecen se exponen a dos tipos de críticas, ambas tanto éticas como metaéticas por el carácter a la vez ético y metaético de los principios en los que se basan. Ante todo estas justificaciones, al no ser asumibles por cuantos sufren las penas, pueden ser calificadas, en contraste con el principio de la universalizabilidad de los juicios morales expresado por la primera ley kantiana de la moral, como justificaciones *amorales*. Por otra parte, al contravenir la segunda ley kantiana de la moral según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean, pueden ser calificadas además como justificaciones *inmorales*⁷.

24. *El derecho penal mínimo. Los dos fines del derecho penal*

1. *La prevención de los delitos y la prevención de las penas informales.* El análisis desarrollado en el capítulo quinto de las diferentes doctrinas de la prevención que se han elaborado históricamente ha confirmado el límite ya señalado del tipo de utilitarismo que es común a todas ellas: el ajuste del fin utilitario de la pena al exclusivo parámetro beccariano y benthamiano de la «máxima felicidad dividida entre el mayor número». En razón de este límite, que depende a su vez de la atribución a la pena del fin único de prevenir los delitos, he caracterizado al moderno utilitarismo penal como un *utilitarismo a medias*, referido sólo a la máxima utilidad de la mayoría, expuesto a tentaciones de autolegitimación autoritaria e incapaz de proporcionar —además de criterios de justificación— criterios de deslegitimación de los sistemas penales concretos y de cada una de sus instituciones. Se entiende que un utilitarismo semejante, al orientar el derecho penal únicamente hacia el fin *ne peccetur*, encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos. Por otra parte lo más importante, en el plano metaético, es que medios penales y fines extrapenales, al referirse a sujetos distintos, resultan heterogéneos entre sí e inconmensurables, de manera que los males que representan los primeros no son empíricamente comparables ni éticamente justificables con los bienes representados por los segundos.

Para obviar estos defectos y fundamentar una doctrina adecuada de la justificación externa y al mismo tiempo de los límites del derecho penal es necesario por tanto recurrir a un segundo parámetro de uti-

lidad: además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro, para cumplir el papel de fin justificador o, según los casos, deslegitimador, no puede referirse sin embargo al fin de la prevención de los delitos. Referido a ese fin, como lo está en el principio ilustrado de la «pena mínima necesaria» recordado en el apartado 20.2, se resuelve en un criterio genérico de buen sentido humanitario carente por completo de función limitadora: «sería» en razón del mismo «*injusta*, en tanto que agravada más allá de lo necesario para quienes deben sufrirla», toda pena «*excesiva*, es decir, mayor que la *necesaria* para dejar sin efecto los motivos del delito»⁸. Esta claro que, entendido de este modo, el principio resulta relativamente estéril. Como ha observado Francesco Carrara, «pretender que la pena impida el delito en todos los facinerosos» es «imposible», y el intentar lograrlo, en todo caso, «fue causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios»⁹. En rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor. Está claro que éste es un «necio argumento» para exacerbar las penas¹⁰. Pero sirve para demostrar que el fin de la prevención o incluso sólo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el *límite mínimo* por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo Hobbes, no es ya una «pena» sino una «tasa»¹¹ totalmente carente de capacidad disuasoria.

Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción —informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal*— que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo *ne peccetur*, sino también *ne punietur*; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la pena «mínima necesaria» de la que hablaban los ilustrados —entendida la «pena» en el sentido genérico de reacción aflictiva a la ofensa— no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el *límite máximo* de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales.

Una concepción semejante de la pena no es extraña a la tradición ilustrada, en la que sin embargo fue adelantada como teoría explicativa de la función más que como doctrina normativa del fin, confundiendo en gran parte con la interpretación del origen histórico de la pena. Según una idea ampliamente difundida y de clara derivación ius-naturalista y contractualista, la pena es el producto en primer lugar de la socialización y luego de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural «de defensa» que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su conservación. «Natura igitur homini competit ius puniendi eum qui ipsum laesit», escribía Christian Wolff¹². Y Locke, antes aún, concretaba en el *ius punitonis* el «derecho de defensa» que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su propia conservación¹³. Lo que ocurre es que por lo general se ha basado en esta idea la tesis de la continuidad histórica y teórica entre pena y venganza. Esto es claramente un paralogismo, en el que han caído no sólo muchos retribucionistas, sino también muchos utilitaristas de Grocio a Feuerbach, de Filangieri, Romagnosi y Carrara a la Escuela Positiva¹⁴, todos los cuales han concebido y justificado el derecho penal como derecho (no ya natural, sino positivo) de *defensa social* con el que habría llegado a su perfeccionamiento el derecho natural de *defensa individual*.

Esta tesis ha de ser vuelta del revés. No se trata de una tesis explicativa, sino más bien de una doctrina normativa. Históricamente, en efecto, el derecho penal nace no como desarrollo, sino como *negación de la venganza*; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una «culpable y feroz pasión»¹⁵, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión¹⁶. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada —las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas— no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial¹⁷. Por eso, cada vez que

animan a un juez sentimientos de venganza, de parte o de defensa social, o que el estado deja sitio a la justicia sumaria de los particulares, el derecho penal retrocede a un estado salvaje, anterior a la formación de la civilización.

Esto no significa, naturalmente, que el fin de la prevención general de los delitos sea una finalidad menos esencial del derecho penal. Este fin es por el contrario la razón de ser primordial, si no directamente de las penas, sí de las prohibiciones penales, que están dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones por parte de otros asociados. Significa más bien que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. Los dos fines y los dos intereses entran en conflicto, y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias.

De los dos fines, el segundo —por lo general olvidado— es sin embargo el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado. En primer lugar porque, mientras que es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente el primero —no pudiéndose ignorar las complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas (en vez de a las venganzas)¹⁸—, es por el contrario bastante más segura su idoneidad para satisfacer el segundo, aun sólo con penas modestas y poco más que simbólicas. En segundo lugar porque, mientras la prevención de los delitos y las exigencias de seguridad y de defensa social siempre han ocupado el lugar más alto en el pensamiento de los legisladores y de las demás autoridades públicas, no puede decirse lo mismo de la prevención de las penas arbitrarias y de las garantías del acusado. En tercer lugar, y sobre todo, porque sólo el segundo fin y no el primero es a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista como el formalizado en nuestro sistema SG. Más aún: sólo el segundo fin, esto es, la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social —de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista— que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social respecto al que el derecho penal, más que un medio, es por consiguiente un coste, o si se quiere un lujo propio de sociedades evolucionadas.

2. *El derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales. La ley del más débil.* El fin general del derecho penal, tal y como resulta de la doble finalidad preventiva que se acaba de mostrar, puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfadada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.

Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente —al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados—, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que *ley del más débil*, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. Las dos finalidades preventivas —la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias— están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.

Esta legitimidad, como mostraré en los apartados 37 y 57, no es «democrática», en el sentido de que no proviene del consentimiento de la mayoría. Es por el contrario «garantista», residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. «Garantismo», en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya sa-

tisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario.

Creo que sólo concibiendo de este modo el fin del derecho penal es posible obtener una adecuada doctrina de justificación y al mismo tiempo una teoría garantista de los vínculos y límites —y por consiguiente de los criterios de deslegitimación— de la potestad punitiva del estado. Un sistema penal, diremos en efecto, está justificado sólo si la suma de las violencias —delitos, venganzas y castigos arbitrarios— que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Naturalmente, un cálculo de este tipo es imposible. Puede decirse sin embargo que la pena está justificada como *mal menor* —lo que es tanto como decir *sólo si es menor*, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario— respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva*.

3. *Un nuevo modelo de justificación.* El modelo normativo de justificación que he dibujado satisface todas las condiciones de adecuación ética y de consistencia lógica exigidas para el plano metaético en el apartado precedente. En primer lugar, al orientar el derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa —de las penas (informales) así como de los delitos— excluye la confusión del derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas y a las de la prevención positiva, y por consiguiente excluye su autolegitimación moralista, naturalista o sistémicamente autorreferente.

En segundo lugar, responde tanto a la pregunta «¿por qué prohibir?» como a la pregunta «¿por qué castigar?», imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes, que son respectivamente el máximo bienestar posible de los no desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y otros, de la limitación de la arbitrariedad y de la minimización de la violencia en la sociedad. Esto no quiere decir, nótese bien, justificar el contenido de cada una de las prohibiciones o la cantidad y calidad de las penas previstas e impuestas, sino sólo ofrecer criterios de justificación y a la vez de orientación de la potestad prohibitiva y punitiva como instrumen-

to de selección de los intereses a proteger y de disciplina de las reacciones a su lesión. Serán estos criterios los que en los próximos capítulos permitirán plantear las preguntas del «cuándo» y del «cómo» prohibir y castigar sobre la base de un balance, respecto al problema empírico de la eficacia preventiva y al axiológico de la justificación, de los daños prevenidos y los provocados por las penas.

En tercer lugar, al asignar al derecho penal el fin de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) de los derechos de los desviados además del de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) de los derechos de los no desviados, nuestro esquema excluye autojustificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y permite solamente justificaciones *a posteriori* de modelos de derecho penal mínimo. En particular reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo. Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y sólo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados.

En cuarto lugar, el mal de los castigos excesivos o arbitrarios es homogéneo con el que representan las penas, de manera que en línea de principio es posible comparar éste con aquél y valorar sobre esta base su justificación o no justificación. Y ello basta para que la eventual justificación no entre en conflicto con el principio ético kantiano que es además un criterio metaético de homogeneidad y comparabilidad entre medios y fines según el cual ninguna persona puede ser tratada como una cosa, es decir, como un medio para un fin ajeno. La pena, como se ha dicho, está justificada no sólo *ne peccetur*, esto es, en el interés de los demás, sino también *ne punietur*, es decir, en el interés del reo en no sufrir vejaciones mayores.

Finalmente, nuestro modelo de justificación permite una réplica persuasiva, aunque siempre condicionada, contingente, sectorial y problemática, a las doctrinas normativas abolicionistas. En efecto, si estas doctrinas ponen de manifiesto los costes del derecho penal, el modelo de justificación aquí presentado subraya los costes, del mismo tipo pero potencialmente más elevados, que no sólo para la generalidad sino también para los reos pueden provenir de la anarquía punitiva subsiguiente a la ausencia de derecho penal. Estos costes, como se dijo en el apartado 18.3, son de dos tipos y no se excluyen entre sí necesariamente: el del abandono del sistema social al *bellum omnium* y a las reacciones salvajes y desenfrenadas a las ofensas, con predominio inevitable del más fuerte en detrimento de la seguridad general; y el de la regulación disciplinaria de la sociedad, capaz de prevenir las ofensas y las reacciones a las ofensas con medios diferentes e incluso más eficaces que las penas, pero ciertamente más costosos para la libertad

de todos. Son estas alternativas abolicionistas las que ahora tenemos que analizar a fin de asumir, con arreglo al esquema utilitarista aquí formulado, la carga de la justificación de lo que he llamado «derecho penal mínimo» y de precisar con mayor exactitud el sistema de garantías que lo define.

25. *Justificación y garantismo*

1. *El derecho penal y sus alternativas: sociedad salvaje, estado salvaje, sociedad disciplinaria y estado disciplinario.* El análisis de las dos hipótesis abolicionistas que se acaban de recordar representa el mejor banco de pruebas de nuestros criterios de justificación de un sistema penal. En cada una de estas hipótesis podemos distinguir dos tipos de alternativas, dependiendo de que queden encomendadas a mecanismos de control espontáneo o institucional. Por consiguiente, como alternativa al derecho penal hay en hipótesis cuatro sistemas posibles de control social, no todos necesariamente incompatibles entre sí y todos igualmente carentes de cualquier garantía contra el abuso y la arbitrariedad: *a)* los sistemas de control *social-salvaje*, tal y como se han expresado históricamente en todos los ordenamientos arcaicos en los que la reacción a la ofensa se encomienda no a la pena, sino a la venganza individual o parental, como la venganza de la sangre, la represalia, el duelo, etc., con el campo libre para la ley del más fuerte; *b)* los sistemas de control *estatal-salvaje*, tal y como se han realizado históricamente bien en ordenamientos primitivos de carácter despótico, bien en muchos ordenamientos modernos autoritarios, en los que la pena se impone mediante procedimientos potestativos presididos por la arbitrariedad o por los intereses contingentes del que amenaza con ella, sin garantías que tutelen al condenado; *c)* los sistemas de control *social-disciplinario*, o autorregulados, característicos también de comunidades primitivas, pero más en general de todas las comunidades fuertemente moralizantes e ideologizadas, sujetas a la acción de rígidos conformismos que operan en forma de autocensura así como a las presiones de ojos colectivos, policías morales, panoptismos sociales difusos, linchamientos de opinión, ostracismos y demonizaciones públicas; *d)* los sistemas de control *estatal-disciplinario*, que son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro del futuro, que se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de seguridad pública mediante técnicas de vigilancia total, como las que hace posible el espionaje de los ciudadanos por parte de poderosas policías secretas, así como a través de los actuales sistemas informáticos de fichado generalizado y de control audiovisual.

Estos cuatro sistemas —sociedad salvaje, estado salvaje, sociedad disciplinaria y estado disciplinario— corresponden a otras tantas alternativas abolicionistas potencialmente amenazadoras cada vez

que entra en crisis el derecho penal, cuyo fin justificador, para todos los que no se sienten atraídos por semejantes sistemas, puede identificarse precisamente con su prevención. El último de estos sistemas es el más alarmante, por su capacidad de convivir insidiosamente incluso con las modernas democracias. Es desde luego posible eliminar o reducir al máximo los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad de todos: con los tanques en las calles y con policías a la espalda de los ciudadanos, pero también —más moderna y discretamente— con micrófonos, cámaras de televisión en viviendas y lugares de trabajo, interceptaciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que hacen posible un *Panopticon* social mucho más capilar y penetrante que el carcelario que concibió Bentham e idóneo para desempeñar funciones no sólo de prevención de los delitos sino también de gobierno político de la sociedad. En comparación con un sistema tan invasivo, que bien puede combinarse con medidas de prevención especial respecto a quien se considere peligroso, la defensa del derecho penal equivale a la defensa de la *libertad física* de la transgresión en tanto que prohibida deónticamente pero no imposibilitada materialmente. Y el derecho penal, en aparente paradoja, se configura como una técnica de control que, con la libertad física de infringir la ley al precio de la pena, garantiza la libertad de todos. Es evidente en efecto que la prohibición y la represión penales producen restricciones de la libertad incomparablemente menores que las que, para el mismo fin, serían necesarias con la sola prevención policial, completada acaso con la prevención especial, ya sea porque la represión de los comportamientos prohibidos golpea sólo la libertad de los posibles transgresores, mientras que la prevención policial golpea la libertad de todos, ya porque la una interviene sólo *ex post*, en presencia de hechos predeterminados, mientras que la otra interviene *ex ante*, en presencia del mero peligro de delitos futuros tal y como quepa inducirlo a partir de indicios indeterminados e indeterminables normativamente.

Pero el derecho penal no garantiza solamente la libertad física u objetiva de delinquir y de no delinquir. Garantiza también la *libertad moral* o subjetiva de la transgresión, que por el contrario queda impedida por la tercera alternativa abolicionista, la del control social-disciplinario basado en la interiorización de la represión y en el temor, más que de las penas, de los reproches colectivos informales que pueden ser bastante más impeditivos que las sanciones formales. «La sanción penal», escribe Filangieri, «es aquella parte de la ley con la que se ofrece al ciudadano la elección entre el cumplimiento de un deber social o la pérdida de un derecho social»¹⁹, y por tanto «un freno desagradable» que se opone a la «pasión innata» que «la sociedad no puede destruir»²⁰, y no un medio de homologación de las conciencias y de destrucción o normalización disciplinaria de las pasiones y los deseos. Al mismo tiempo, comparada con la intromisión

de los controles sociales informales, la pena formalizada garantiza el respeto de la persona, poniéndola a salvo de pretensiones de socialización coactiva y de estigmas y censuras morales. En cuanto tal, es una alternativa a las penas infamantes premodernas —la picota, la exposición en público con un cartel colgado al pecho o a la espalda, etc.—, dirigidas esencialmente a humillar al culpable reclamando su reprobación social. Y corresponde, también por esta circunstancia, a una exigencia ilustrada que se inscribe en el proceso de secularización del derecho penal moderno. «Hay una categoría de penas», escribía Humboldt, «que debería ser absolutamente abolida: me refiero a la marca de infamia. El honor de un hombre, la estima que puedan tenerle sus conciudadanos, no caen bajo la autoridad del estado»²¹. «Concluida la pena», afirmó aún más radicalmente Morelly en su *Code de la Nature*, «estará prohibido a cualquier ciudadano hacer el más mínimo reproche a la persona que la ha cumplido o a sus parientes, informar de ella a las personas que la ignoran e incluso mostrar el más mínimo desprecio hacia los culpables, en su presencia o ausencia, bajo pena de sufrir el mismo castigo»²².

Si en comparación con las dos alternativas abolicionistas representadas por los sistemas disciplinarios las formas jurídicas de la prohibición y de la pena se justifican como técnicas de control que maximizan la *libertad* de todos, comparadas con las dos alternativas representadas por los sistemas salvajes se justifican como técnicas que, de un modo compatible con la libertad, maximizan la *seguridad* general, incluida la de los reos. El doble fin del derecho penal, se ha dicho, es la prevención de los delitos y de las reacciones informales a los delitos. Este segundo fin se articula a su vez en dos finalidades: la prevención general de la venganza privada, individual y colectiva, tal y como se expresa en la venganza de la sangre, en el tomarse la justicia por su mano, en el linchamiento, en la represalia, etc.; y la prevención general de la venganza pública que, en ausencia de derecho penal, llevarían a cabo poderes soberanos de tipo absoluto y despótico no regulados ni limitados por normas y garantías. De estos dos sistemas punitivos, que he llamado «salvajes», el primero pertenece a una fase primigenia de nuestra historia, si bien no hay que olvidar su resurgimiento en fenómenos modernos como las policías privadas, las cuadrillas de *vigilantes*, las justicias penales domésticas y en general la relativa anarquía y autonomía punitiva presentes en las zonas sociales marginadas y periféricas aun de los países desarrollados. El segundo, aun correspondiendo también a ordenamientos arcaicos de tipo prepenal, está potencialmente presente en todos los momentos de crisis del derecho penal, que retrocede hacia él cuando se aflojan los vínculos garantistas del poder punitivo y se ensanchan sus espacios de arbitrio.

Si se consideran las alternativas constituidas por estas cuatro formas de represión incontrolada y oculta, resulta evidente el fin justifi-

gador del derecho penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad y la seguridad de los ciudadanos. La idea de que un sistema racional de penas ciertamente aflictivas tiene el fin de minimizar las penas informales y más aflictivas que se producirían de otro modo puede parecer una paradoja sólo a quienes hayan olvidado el carácter «artificial» del derecho penal hasta un punto tal como para considerarlo poco menos que un fenómeno natural. La paradoja, en realidad, está más bien en las doctrinas abolicionistas de inspiración progresista, habida cuenta de que el derecho penal representa el máximo esfuerzo llevado a cabo para minimizar y disciplinar el arbitrio y el abuso punitivo. El abolicionismo penal más allá de sus intenciones libertarias y humanitarias se configura por todo ello como una utopía regresiva que, bajo presupuestos ilusorios de una sociedad buena o de un estado bueno, presenta modelos en realidad desregulados o autorregulados de vigilancia y/o castigo respecto a los cuales es el derecho penal —con su complejo, difícil y precario sistema de garantías— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista.

2. *Prácticas abolicionistas y utopía garantista.* Desgraciadamente las cuatro perspectivas abolicionistas que han sido mostradas son utopías sólo en parte; y el planteárselas como hipótesis no es sólo un ejercicio intelectual propuesto como argumento *a contrario* a fin de satisfacer la carga de la justificación del derecho penal. Estos cuatro sistemas, aun alternativos, conviven siempre en alguna medida con todo derecho penal positivo, precisamente en la medida en que esté ausente en el plano normativo y/o se viole en el plano operativo el conjunto de garantías que definen y justifican sus formas mínimas para la tutela de los derechos fundamentales. Veremos así, en la cuarta parte, que la divergencia enunciada en la introducción entre principios normativos y prácticas efectivas de un sistema penal concreto como es el italiano se manifiesta en desmentidos totales o parciales de los primeros por obra de instituciones y prácticas antigarantistas que de diferentes modos reflejan los sistemas de control salvaje o los disciplinarios. Abolicionismo y justificacionismo apriorístico se revelan en suma, por las hipotecas ideológicas que pesan sobre ambos, paradójicamente convergentes en la legitimación de esa obsolescencia del derecho penal en la que la realidad parece competir con la utopía.

De hecho, si contemplamos el funcionamiento efectivo de los ordenamientos penales, y de un modo ejemplar el del italiano, son más bien la «abolución» de la pena y la justificación en su lugar de instrumentos de control extra-penales los que hoy se manifiestan como fenómenos más inquietantes. La pena propiamente dicha —como sanción legal *post delictum* y *post iudicium*— es cada vez más en Italia una técnica punitiva secundaria. La prisión preventiva, y por otro lado el proceso como instrumento espectacular de estigmatización pública

antes de la condena, han ocupado ya el lugar de la pena como sanciones primarias del delito o más exactamente de la sospecha de delito. Y la cárcel ha vuelto a ser bastante más un lugar de tránsito y de custodia cautelar, como era en la época premoderna, que un lugar de pena. Por otra parte, junto al sistema penal ordinario y a su descomuesto sistema de garantías, una ininterrumpida tradición policial que se remonta a la época inmediatamente posterior a la unificación, desarrollada por el fascismo y más tarde por la reciente legislación de emergencia, ha erigido progresivamente un sistema punitivo especial, de carácter no penal, sino sustancialmente administrativo: piénsese en el amplio abanico de sanciones *extra*, *ante* o *ultra delictum* y *extra*, *ante* o *ultra iudicium* representado por las medidas de seguridad, las medidas de prevención y de orden público y las medidas cautelares de policía, mediante las cuales funciones sustancialmente judiciales y punitivas son encomendadas a órganos policiales o en cualquier caso ejercidas en formas discrecionales y administrativas.

En estas condiciones, hablar de función de la pena —retributiva, reeducadora o preventiva— corre el riesgo de resultar poco realista, no por defecto de las funciones, sino antes aun del medio que habría de asegurar tales funciones. Los sistemas punitivos modernos van encaminándose —gracias a sus contaminaciones policiales y a las rupturas más o menos excepcionales de sus formas garantistas— a transformarse en sistemas cada vez más informales y cada vez menos penales. De manera que la crisis del derecho penal, es decir, de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otras formas de control social más o menos salvajes o disciplinarias, es el verdadero problema penal de nuestro tiempo. Quizá la verdadera utopía no es hoy la alternativa al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; no el abolicionismo, sino el garantismo, de hecho inevitablemente parcial e imperfecto.

El problema axiológico de la justificación vuelve por consiguiente a identificarse, como en la época de la Ilustración, con el problema de las garantías penales y procesales, es decir, de las técnicas normativas más idóneas en atención al fin de minimizar la violencia punitiva y al de maximizar la tutela de los derechos, que son precisamente los únicos fines —nunca perfectamente realizables, de hecho ampliamente no realizados y sin embargo no del todo irrealizables— que justifican el derecho penal. Existe por consiguiente una correspondencia biunívoca entre justificación externa o ético-política y garantismo penal. Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas *garantías* se configuran por consiguiente como otras tantas *condiciones de justificación* del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores.

Obviamente esto quiere decir que para tales fines no se justifican

medios violentos alternativos al derecho penal y a sus garantías, y desde luego no que el derecho penal sea el único medio, ni tampoco el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado de prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causas materiales²³. En una perspectiva semejante desde luego es posible la abolición de esa pena específica —inútilmente aflictiva e incluso criminógena— que es la reclusión carcelaria. Y, más en general, es deseable la reducción cuantitativa de la intervención penal paralelamente a la superación de los que Marx llamaba «los focos antisociales donde nacen los crímenes»²⁴: con la instauración de garantías jurídico-sociales de vida y supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia; con la eliminación de los fenómenos de disgregación y de marginación social de los que se nutren las subculturas criminales; con el desarrollo de la democracia y de la transparencia de los poderes públicos y privados, cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa. Pero esta reducción del derecho penal está justificada sólo si se refiere a la intervención punitiva como tal, y no a su forma jurídica. Mientras existan tratamientos punitivos y técnicas institucionales de prevención que incidan en los derechos y libertades de los ciudadanos, su justificación residirá únicamente en el sistema de garantías penales y procesales del que estén asistidos. Incluso en una improbable sociedad perfecta del futuro, en la que la delincuencia no existiese o en cualquier caso no se advirtiera la necesidad de reprimirla, el derecho penal, con todos sus códigos de garantías, debería a pesar de todo seguir existiendo para aquel único caso que pudiera producirse de reacción institucional coactiva a un hecho delictivo.

3. *Justificaciones condicionadas, condiciones de justificación y garantías. Garantismo y deslegitimación.* A diferencia de las justificaciones utilitaristas examinadas en el capítulo anterior, todas las cuales sostienen modelos de derecho penal máximo, el esquema justificativo aquí elaborado sirve para fundamentar solamente modelos de derecho penal mínimo, en el triple sentido de la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva y punitiva, empezando por todo el sistema de medidas *extra delictum* y/o *extra iudicium*. Ello se debe a su atención a una cara del problema penal por lo general olvidada: el coste social de las penas y más en general de los medios de prevención de los delitos, que puede ser superior al coste mismo de las violencias que tienen la misión de prevenir. La seguridad y la libertad de cada uno

están en efecto amenazadas no sólo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se conoce por el nombre de «justicia penal» y que en la historia de la humanidad quizá ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos²⁵.

La primera consecuencia de la adopción de un esquema justificativo semejante es que éste no proporciona una justificación en abstracto *del* derecho penal, sino que permite sólo justificaciones de sistemas penales concretos, en diferentes grados según su mayor o menor adhesión al modelo de derecho penal mínimo y garantista proyectado. Se propone por consiguiente como parámetro no sólo de justificación, sino también —y sobre todo— de deslegitimación. Ningún sistema penal queda justificado por él de un modo apriorístico: no son justificables, por ejemplo, los sistemas despóticos de los que abunda la historia antigua y reciente del derecho penal, concediendo que se quiera denominarlos «penales» y no más bien «pre-penales»; y tienen escasa justificación muchos ordenamientos desarrollados que dejan amplio espacio, aunque sea excepcional y sectorialmente, al arbitrio punitivo. El papel insustituible de una criminología crítica, en esta perspectiva, no es tanto (o no sólo) el de la crítica de las doctrinas y de las ideologías de justificación como el del análisis empírico de los concretos ordenamientos penales —de sus leyes y sobre todo de su praxis— como base de su justificación o de su deslegitimación, una y otra *a posteriori*.

La segunda consecuencia es que cualquier justificación es histórica y sociológicamente relativa, al estar condicionada por el nivel de civilización de los ordenamientos de los que se habla: en una sociedad bárbara, en la que la tasa de violencia es alta tanto en lo que se refiere a las ofensas como en la propensión a las venganzas, será también relativamente alta la violencia institucional necesaria para la prevención; mientras que en una sociedad evolucionada y tolerante, en la que la tasa de violencia sea baja, no se justifica un derecho penal particularmente severo. La benignidad de las penas, decía Montesquieu, es propia de las sociedades civilizadas²⁶. Y Beccaria añadía: «más fuertes y sensibles deben ser las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo recién salido del estado de barbarie»²⁷. La gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social. Y bajo este aspecto es indudable que la sociedad contemporánea es incomparablemente menos violenta que la sociedad no digamos ya medieval, sino tan sólo de los siglos XVIII o XIX²⁸.

La tercera consecuencia es que este modelo permite no sólo y no tanto justificaciones globales, sino justificaciones y deslegitimaciones parciales y diferenciadas para normas, instituciones y prácticas de

cada uno de los ordenamientos. Su interés reside no en el criterio de justificación global, sino en los criterios de justificación y de deslegitimación parciales que sugiere en lo relativo al «cuándo» y al «cómo» prohibir, castigar y juzgar. Estos criterios consisten, como se ha dicho, en las diferentes garantías penales contra la arbitrariedad, los excesos y los errores, cuya elaboración teórica queda como tarea fundamental de una teoría garantista del derecho penal como doctrina axiológica de justificación y al mismo tiempo de deslegitimación de sistemas penales concretos.

NOTAS

1. Prueba de ello es que el fin señalado por las primeras y la función descrita por las segundas pueden ser idénticas, sin que ello suponga ninguna implicación entre las mismas: es el caso ya recordado de las doctrinas expresivas de la prevención general positiva y de la teoría funcionalista de la anomia y de la pena de Émile Durkheim (*supra*, notas 175 y 176 del cap. 5), que justamente ha sido interpretada como la primera crítica criminológica del derecho penal (A. Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, cit., pp. 19 y 56 ss.). Más en general Baratta, en el libro que se acaba de citar, ha contrapuesto a cada una de las diferentes doctrinas axiológicas de la justificación o el fin de la pena, calificadas por él de «ideológicas», otras tantas teorías criminológicas críticas. La contraposición es interesante, pero a condición de que no se pretenda concebir las teorías criminológicas como refutaciones de las doctrinas axiológicas. También éste, como mostraré, es un argumento falaz: una doctrina normativa, en efecto, no sólo no puede ser respaldada, sino tampoco refutada, con argumentos (solamente) descriptivos, excepción hecha del caso en el que presente fines irrealizables.

2. La palabra «doctrina» se usa aquí, en contraposición a «teoría», para designar cualquier conjunto de aserciones, valoraciones y argumentaciones dirigidas pragmáticamente a sustentar valoraciones o preceptos. En este sentido, que equivale al que suele asociarse a «ideología» en la literatura filosófico-jurídica (*supra*, nota 16 del cap. 4), el uso de la palabra es totalmente avalorativo. Es por el contrario peyorativo, en el sentido de que expresa un desvalor —lógico, antes que práctico—, el uso de la palabra «ideología», redefinida aquí como doctrina o teoría falaz en la medida en que deduce prescripciones de aserciones o aserciones de prescripciones, violando de un modo u otro la ley de Hume. Son por consiguiente doctrinas, aunque en su mayor parte ideológicas, las respuestas ético-normativas a la pregunta «¿por qué castigar?» examinadas en el capítulo precedente; y es igualmente una doctrina, en la medida en que también es normativo, el esquema de justificación del derecho penal que propondré en este capítulo. Por el contrario, es un discurso teórico de metaética el desarrollado en este apartado acerca de las doctrinas de justificación del derecho penal y de la pena.

3. *Disiento por consiguiente de Alessandro Baratta, que critica como «ideológicas» todas las doctrinas cuyo fin, de hecho, resulta simplemente no realizado y no además irrealizable (Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale, en «Dei delitti e delle pene», 1985, 2).* Ese tipo de doctrinas normativas, en realidad, no son de por sí ideológicas; y ello a pesar de que —como veremos— se hace un uso ideológico de las mismas cada vez que se las presenta, más que como criterios de justificación (y de deslegitimación), directamente como justificaciones.

4. La irrealizabilidad del fin de la reparación ya fue señalada por Platón, con el argumento obvio de que «no se lograría hacer que lo hecho no haya acaecido» (*Protágoras*,

cit., 324b, p. 529). La irrealizabilidad del fin de prevención de todos los delitos es subrayada, entre otros, por G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XXVII, tomo III, p. 315; F. Carrara, *Programa. Parte especial*, vol. I, pp. 14 ss.; y F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., V, p. 27. Entre las doctrinas intrínsecamente ideológicas podríamos incluir también las correccionalistas en las que se considere que los fines correccionales de la pena —al margen de su inaceptabilidad moral— no sólo no son realizados por los actuales tratamientos carcelarios, sino que, a causa de la incompatibilidad mostrada entre educación y represión, son además irrealizables.

5. He desarrollado esta tesis en *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., pp. 522 ss.

6. Baste con pensar en que de una representación idéntica del estado de naturaleza como *bellum omnium* y de la misma concepción del hombre como individuo egoísta y violento, Hobbes y Stirner extraen consecuencias normativas opuestas: el deber natural de buscar la paz y de garantizarla mediante el artificio del Leviatán y el valor de la anomia y de la anarquía.

7. La primera ley kantiana —«obra de tal modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en una ley universal» (I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* [1797] trad. cast. de A. Cortina y J. Conill, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 241 y 249)— ha sido reformulada como tesis meta-ética o «lógica» de la «universalizabilidad de los juicios morales» por R. M. Hare, *Freedom and Reason* (1963), trad. it. de M. Borioni, *Libertà e ragione*, Il Saggiatore, Milán, 1971, pp. 61 ss. La segunda ley, recordada en el apartado 22.4— «el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real» (I. Kant, o. c., pp. 166 y 335)— también puede ser considerada como un principio metaético de congruencia y conmensurabilidad entre medios y fines.

8. G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 466, p. 184. La pena «mínima necesaria» se resuelve de este modo, como se ha visto en el apartado 22.4, en la pena «eficaz», *ibid.*, 408, p. 161: «Cuando se dice que la pena es *necesaria* para reprimir el delito, ¿qué se supone? ¿No parece que se quiere decir que es medio *eficaz* para obtener ese fin?»; *ibid.*, 414, p. 162: «Así pues, cuando se dice que la pena es *necesaria* para prevenir el delito, se afirma esencialmente que debe ser un medio *eficaz* para poner a buen recaudo sus causas, y el *único* medio eficaz para ello».

9. *Sobre la crisis legislativa en Italia*, en *Opúsculos de derecho criminal*, cit., vol. II, p. 131. Cf. también Id., *Programa. Parte especial*, cit., vol. I, pp. 14-15.

10. «Era el estulto argumento de Vouglans» (*Programa. Parte general*, cit., vol. II, 619, nota, p. 70).

11. *Leviatán*, cit., XXVIII, pp. 250 y 252.

12. *Institutiones juris naturae et gentium* (1750), Georg Olms, Hildesheim, 1969, 93, pp. 48-49.

13. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., cap. II, 7-11, pp. 38-42.

14. H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 3; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., VII, pp. 114 ss.; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XXVI, tomo III, pp. 309-312; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 56-58, pp. 31-32; 221-337, pp. 96-126; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 598-612, vol. II, pp. 43 ss.; E. Ferri, *Sociologia criminale*, cit., pp. 501 ss.

15. F. Carrara, o. c., 588, vol. II, p. 39.

16. Sobre el tupido sistema de reglas que en los diferentes ordenamientos primitivos establece la titularidad del derecho-deber de la venganza de la sangre, los sujetos contra los que puede dirigirse, las violaciones que constituyen sus presupuestos, las condiciones que determinan su extinción, los modos alternativos de composición, véase, por todos, A. H. Post, *Giurisprudenza etnologica*, cit., I, pp. 199-228.

17. Es el momento, solemnizado en las *Euménides* de Esquilo, del paso de la justicia doméstica a la justicia de la ciudad mediante la institución por parte de Atenea del Areópago, cuyo veredicto sobre Orestes pone fin a la espiral de la venganza de la sangre. El primer documento histórico de este paso en la Grecia antigua es la ley de Dracón, promulgada según Aristóteles durante el arcontado de Aristecmo de 620-621 a.C. (*La constitución de los atenienses*, trad. cast. de M. García Valdés, Gredos, Madrid, 1984, IV, 1, p. 60), la cual, además de establecer para el homicidio la pena de exilio (salvo en caso de perdón de los parientes del ofendido), prohibió la venganza privada calificando como «homicidio» el dar muerte al exiliado fuera de los confines de la ciudad.

18. Sobre el problema de la cuantificabilidad y sobre la inevitable incertidumbre en cuanto al grado de eficacia disuasoria de la pena, véanse los estudios sociológicos de I. Ehrlich, *The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*, en «Journal of Legal Studies», 1972, pp. 258-274; Id., *Deterrence: Evidence and Inference*, en «Yale Law Journal», n. 85, 1975-76, pp. 209-227; J. Gibbs, *Crime, Punishment and Deterrence Question: Some Alternative Methods of Analysis*, en «Social Science Quarterly», n. 54, 1973, pp. 534-551; F. Zimring y G. Hawkins, *Deterrence. The Legal Treat in Crime Control*, University Press, Chicago, 1983.

19. Ciencia de la legislación, cit., lib. III, cap. XXVI, tomo III, p. 310.

20. *Ibid.*

21. W. Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., XIII, p. 152.

22. Morelly, *Code de la nature* (1755), trad. cast. de R. Garzaro, *Código de la Naturaleza o El verdadero espíritu de sus leyes*, Cervantes, Salamanca, 1985, p. 165.

23. El proyecto de la prevención de los delitos a través de medios no punitivos dirigidos a atacar las causas sociales de la criminalidad es un motivo recurrente en la literatura penal de la ilustración: cf. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., VI, 9, p. 104; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., XXXI, pp. 87-89; P. H. D. d'Holbach, *Système de la nature* (1770), trad. cast. de N. Bacín, J. M. Bermudo, M. Estapé y A. Salom, *Sistema de la naturaleza*, Ed. Nacional, Madrid, 1982, pp. 252 ss.; Id., *Système social, ou Principes naturels de la morale et de la politique, avec un examen de l'influence du gouvernement sur les moeurs* (1773), reimp. Georg Olms, Hildesheim, 1969, vol. III, cap. IV, pp. 32-44; Voltaire, *Prix de la justice*, cit., arts. I y II, p. 535; G. Mably, *De la législation, ou Principes des loix*, lib. III, cap. IV, en *Oeuvres complètes*, Londres, 1789, vol. IX, p. 271; G. D. Romagnosi, *Génesis*, cit., 421-423, pp. 165-166 y 644, p. 113; J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, cit., Principios del Código Penal, parte IV, pp. 325-420. Sobre el delito como «último efecto de una tenebrosa serie de causas de las que no hay quien no comparta una responsabilidad remota», véase también C. Cattaneo, *Prolusione a un corso di filosofia civile* (1852), en *Opere scelte*, a cargo de D. Castelnovo Frigessi, Einaudi, Turín, 1972, vol. IV, pp. 11-12. Véanse además, sobre el nexo entre delincuencia, pobreza y marginación, los estudios histórico-sociológicos de L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle* (1958), trad. it. de S. Brilli Cattarini, *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella rivoluzione industriale*, Laterza, Roma-Bari, 1976; y de B. Geremek, *Inutiles au monde. Truands et misérables dans l'Europe moderne* (1980), trad. it. de P. Procaccioli, *Mendicanti e miserabili nell'Europa moderna (1350-1600)*, Laterza, Roma-Bari, 1985.

24. K. Marx, *La Sagrada Familia*, cit., pp. 148-149.

25. Véase el terrible panorama de las atrocidades —torturas, suplicios, expoliaciones, masacres— ofrecido por la historia de los sistemas penales premodernos y trazado por M. A. Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, F.lli Bocca, Milán, 1908 y por V. Manzini, *Diritto penale*, cit., pp. 78 ss., para discutir, en polémica con la

Escuela Positiva, las llamadas funciones de «defensa social» del derecho penal. La misma protesta, a propósito en particular de la pretendida función de defensa social de la pena de muerte, había sido formulada por C. Cattaneo, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, en *Opere scelte*, cit., IV, p. 200: «Decís defendernos con la mano del verdugo de la mano del asesino. ¡Demasiada generosidad! No es muy probable que a uno de nosotros le toque en suerte sucumbir a manos de un asesino. Pero si, con esta inoportuna solicitud vuestra por nuestra vida, patrocináis el mal uso de los suplicios por razones políticas, ponéis nuestra vida ante un peligro mil veces más próximo. Cada uno de nosotros, a la larga, tiene bastante más que temer del verdugo que del asesino. No exageremos los peligros privados... Frente al asesino podemos ser iguales en fuerzas. Pero frente a una feroz reacción política nadie, nadie, está seguro. La guillotina no distinguió entre amigos o enemigos; no distinguió ni súbditos ni reyes».

26. *Cartas persas*, cit., LXXX, pp. 119-120.

27. *De los delitos y de las penas*, cit., XLVII, p. 112.

28. Los homicidios voluntarios han pasado en Italia de una media anual de 4.100 en las dos últimas décadas del siglo pasado y de 3.819 en los años veinte de este siglo, a una media de 1.867 en los años cincuenta, de 1.372 en los años sesenta, de 1.863 en los años setenta y de 2.317 en el primer quinquenio de los años ochenta (ISTAT, *Sommario di statistiche storiche dell'Italia. 1861-1975*, Roma, 1976, p. 68; Id., *Sommario di statistiche storiche. 1926-1985*, Roma, 1986, p. 122): descendiendo, respecto a la población, de 13 por cada 100.000 habitantes en el siglo pasado a 3 por cada 100.000 en los años sesenta, para subir después a 4 por cada 100.000 habitantes en los ochenta. La misma disminución han experimentado el resto de los delitos violentos: las agresiones y las lesiones dolosas, que han pasado de 113.558 en 1952 a 67.460 en 1955, 54.122 en 1965, 36.210 en 1973 y 29.143 en 1986; las violaciones y abusos deshonestos con violencia, disminuidos de 4.147 en 1961 a 3.428 en 1965, 2.526 en 1973 y 1.983 en 1986: cf. los *Annuari di statistiche giudiziarie* relativos a los años 1955 (Roma, 1957, p. 11), 1961 (Roma, 1964, p. 326), 1965 (Roma, 1968, p. 225), 1973 (Roma, 1975, p. 184) y 1986 (Roma, 1988, p. 217); y, para los datos relativos al siglo pasado, el amplio estudio de E. Fornasari di Verce, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890 e osservazioni sommarie per il Regno Unito della Gran Bretagna (1840-1890) e per la Nuova Galles del Sud (1882-1891)*, con prefacio de C. Lombroso, F.lli Bocca, Turín, 1892. En general, por lo que se refiere a los delitos de sangre, puede hablarse de una progresiva disminución hasta los años cuarenta y cincuenta de nuestro siglo y, a partir de ahí, de una inversión de la tendencia. Es significativo, en este sentido, el incremento del número de los homicidios registrado en los últimos cuarenta años tanto en Inglaterra como en Estados Unidos: en Inglaterra descendió en primer lugar de 371 en 1947 a 282 en 1960; ha subido después a 420 en 1968, igual a 7,4 por cada millón de habitantes; a 508 en 1975, igual a 9 por cada millón de habitantes; a 621 en 1980, igual a 11,2 por cada millón de habitantes; y a 685 en 1987, igual a 12,6 por cada millón de habitantes (*Criminal Statistics. England and Wales. 1987*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1988); el mismo incremento se ha verificado en los Estados Unidos, donde por otra parte la tasa de homicidios ha sido casi diez veces superior: 9.110 en 1960, igual a 51 por cada millón de habitantes; 13.800 en 1968, igual a 69 por cada millón de habitantes; 20.510 en 1975, igual a 96 por cada millón de habitantes; 23.040 (la cota máxima) en 1980, igual a 102 por cada millón de habitantes; 20.610 en 1986, igual a 86 por cada millón de habitantes (*Sourcebook of Criminal Justice Statistics. 1987*, U.S. Department of Justice, Washington, 1988, tab. 3.97, p. 319). Se ofrecen datos estadísticos acerca de la constante disminución de los homicidios en Europa desde el siglo pasado hasta hoy en día y acerca de su incremento en los Estados Unidos en los últimos cincuenta años en J. C.

Chesnais, *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, Laffont, París, 1981, cap. 2. Sobre la disminución tendencial de la criminalidad desde el siglo pasado en adelante en los países que han abolido la pena de muerte, véase además la nota 105 del cap. 7. Si se retrocede más en el tiempo, parece pacífico que la cantidad de delitos contra la integridad de las personas —homicidios, lesiones, atentados, riñas y actos violentos de cualquier tipo— fue enormemente superior en la Edad Media que en el comienzo de la Edad Moderna, en el siglo xvii que en el xviii y en el xviii que en el xix: cf. E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act*, Nueva York, 1975; J. S. Cockburn (ed.), *Crime in England. 1550-1800*, Londres, 1977; L. Stone, *The Past and the Present* (1981), trad. it. de E. Basaglia, Laterza, Roma-Bari, 1987, pp. 192-198; M. Rouche, *Alta Edad Media occidental*, en Ph. Ariés y G. Duby, *Historia de la vida privada. I: Del imperio romano al año mil*, trad. cast. de F. Pérez Gutiérrez, Taurus, Madrid, 1987, pp. 471-505. Naturalmente, otros tipos de delito han registrado un incremento: en particular los hurtos, más que decuplicados en los últimos cien años (82.798 en los años ochenta del siglo pasado, 202.395 en los años veinte de este siglo, 1.281.032 en los años setenta y 1.172.142 en 1985), y los robos, las extorsiones y los secuestros de personas (2.223 en el decenio 1881-1890, 5.294 en los años 1921-1930, 13.954 en los años setenta —tras haber descendido a 3.007 en el período 1951-1970— y hasta 42.524, en gran parte «tirones» ligados a la drogodependencia, en 1985) (ISTAT, *Sommario 1975, loc. cit.* y *Sommario 1986, loc. cit.*); por no hablar de los delitos mercantiles, financieros, contra la administración pública, etc.

Parte III

TEORIA.
LAS RAZONES DE DERECHO PENAL

Capítulo 7

LA PENA. CUANDO Y COMO CASTIGAR

26. *La estructura normativa del estado de derecho*

1. *Justificación externa (o política) y legitimación interna (o jurídica) en el estado de derecho.* Las dos series de cuestiones examinadas en los dos capítulos precedentes —*si* y *por qué* «castigar, prohibir y juzgar»— son ambas enteramente de legitimación externa o de justificación meta-jurídica del derecho penal. De las doce cuestiones en las que he descompuesto en el apartado 13 el problema de la legitimación penal, quedan ahora por abordar las otras seis: *cuándo* y *cómo* «castigar, prohibir y juzgar». Por comodidad en el análisis, en esta tercera parte las dividiré en tres pares de problemas, relativos respectivamente a la *pena*, al *delito* y al *proceso penal*: «cuándo y cómo *castigar*», «cuándo y cómo *prohibir*» y «cuándo y cómo *juzgar*».

A diferencia de las primeras seis cuestiones, estas otras seis no son sólo de legitimación externa sino también de legitimación interna, en el sentido de que se puede responder a ellas ya sea por referencia a principios o valores metajurídicos externos al ordenamiento del que se habla, ya por referencia a principios o normas jurídicas internas al ordenamiento mismo. En lo que se refiere al punto de vista externo, el análisis que desarrollaré en esta tercera parte servirá para identificar modelos diversos de justicia referidos no ya —como en la parte precedente— al problema del fin general del derecho penal y de la pena, sino a cuestiones más particulares: *a)* las condiciones de justificación de la imposición en concreto de las penas, así como de la naturaleza y medida de las penas impuestas; *b)* los intereses que justifican o no justifican la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros; *c)* las razones que justifican o no justifican la procedibilidad judicial y, por otro lado, los diferentes modelos de juez y de juicio. Este análisis será de tipo teórico, pero inevi-

tablemente traerá consigo la discusión, aunque sea sumaria, de las más importantes doctrinas de justificación elaboradas históricamente, sobre todo en la época moderna, en relación con cada uno de los seis problemas. La reflexión acerca de los diferentes *modelos de justicia* determinados por las distintas respuestas políticas o externas a las cuestiones del «cuándo» y el «cómo» de la intervención penal se desarrollará paralelamente a aquella otra acerca de los distintos *modelos de legalidad*, es decir, acerca de los sistemas de garantías SG-S10 que equivalen a otros tantos sistemas normativos de respuestas jurídicas o internas a las mismas cuestiones.

Antes de abordar estas seis cuestiones es necesario analizar con mayor profundidad la relación entre legitimación interna y legitimación externa, que en los ordenamientos estructurados de acuerdo con las formas modernas del «estado de derecho» resulta particularmente compleja y articulada. La novedad histórica del *estado de derecho* respecto a los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al «cuándo» y al «cómo» del ejercicio de los poderes públicos. Ello da lugar a complicados problemas de filosofía política y de teoría general del derecho que es necesario plantear con carácter preliminar, si bien habrá de volverse sobre ellos de un modo más extenso en la última parte de este trabajo. Sólo tras haber clarificado la estructura normativa del estado de derecho y, en relación con ella, de los diversos planos en los que se sitúan los discursos acerca de la legitimación externa y acerca de la legitimación interna, se podrá dar respuesta a nuestras seis preguntas y desarrollar por consiguiente, en la parte cuarta, el análisis de las condiciones de legitimidad y de los perfiles de ilegitimidad, externa e interna, del ordenamiento penal italiano.

2. *La positivación constitucional de los «derechos naturales». Ser y deber ser del y en el derecho moderno.* Como se ha dicho en el apartado 15, la separación entre legitimación interna y legitimación externa —es decir, entre el derecho y la moral, o entre la validez y la justicia— constituye una conquista fundamental del pensamiento jurídico y político moderno. Además de favorecer (en tanto que principio axiológico) modelos de derecho penal mínimo y garantista, sirve para fundamentar (como principio teórico) por un lado la posibilidad de un enfoque científico de tipo descriptivo y por otro la de un enfoque crítico de tipo valorativo en relación con el derecho positivo.

Sin embargo, esta tesis puede dar lugar, como de hecho ha sucedido, a un equívoco. En ocasiones ha sido confundida con la tesis, no menos importante pero diferente, de la separación entre el derecho positivo como *hecho* y el derecho natural o ideal como *valor*, o si se quiere entre *ser* y *deber ser* del derecho. Y de ello se ha inferido la in-

debida consecuencia de que mientras los juicios relativos a la legitimidad o a la ilegitimidad externa son juicios de valor o de deber ser, los juicios relativos a la legitimidad y a la ilegitimidad interna son juicios de hecho que se refieren *solamente* a la existencia de las normas, es decir, a su pertenencia al derecho positivo¹. La distinción entre los dos tipos de legitimidad, esto es, entre validez y justicia, se ha hecho desembocar de ese modo en la contraposición entre el derecho «como es» (o derecho positivo) y el derecho «como debe ser» (o derecho natural, o ideal).

El equívoco que se esconde tras estas tesis reside en la identificación entre «derecho válido» y «derecho como es», o si se quiere entre validez y positividad del derecho. Y está ligado a una concepción simplificada de la validez, que aplicada a los modernos estados de derecho resulta en mi opinión inadecuada. Según esta concepción —que comparte toda la tradición positivista, desde Hobbes y Bentham hasta Kelsen, Hart y Bobbio—, la *validez* de una norma se identificaría con su *existencia jurídica*², como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción. Su identificación tendría lugar consiguientemente mediante reconocimientos empíricos atentos tan sólo a las formas del acto normativo de producción, y no también mediante valoraciones del significado o contenido normativo de las normas producidas.

Ahora bien, esta concepción exclusivamente formal de la validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es *legibus solutus*, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridos por él es una norma válida. Por el contrario, resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas —así de las leyes como de los reglamentos, sentencias y actos administrativos— reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo. En estos ordenamientos la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el «ser» o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el «deber ser» jurídico establecido por normas superiores.

De hecho ha sucedido, con la formación de los modernos estados constitucionales, que el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y de certeza enumeradas en nuestro sistema SG. Todos estos principios, afirmados por las doctri-

nas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII en forma de derecho o derechos *naturales*, han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos *fundamentales* que contienen limitaciones o imperativos negativos —o también positivos, como los expresados por los llamados «derechos sociales» o «materiales» (al trabajo, a la salud, a la subsistencia, a la educación, etc.) añadidos en las constituciones de este siglo— cuyos destinatarios son los legisladores y el resto de los poderes públicos. En particular, los llamados derechos «inviolables» de la persona, derechos «personalísimos» o «indisponibles» no son sino la forma jurídica *positiva* que los derechos *naturales*, teorizados como pre o meta o supra-jurídicos en los orígenes del estado moderno, han asumido con su garantía en tanto que «derechos subjetivos» en las Constituciones modernas. En este sentido bien puede decirse que las doctrinas contractualistas y utilitaristas de los derechos naturales representan la base filosófica del derecho penal moderno y más en general del moderno derecho público. El fundamento político o externo del moderno estado de derecho está en efecto en su función de garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas.

El resultado de este proceso de positivación del derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico, es decir, una juridificación de éste mediante la interiorización en el derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa que habían sido expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural. Si hubiera que valorar los ordenamientos jurídicos de los estados modernos por los principios generales enunciados en sus constituciones, serían bien pocas las críticas que cabría formular contra ellos desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista ético-político o de la justicia. De la Declaración de derechos de 1789 en adelante, todos los textos constitucionales —de la Constitución italiana a las del resto de los países europeos, de la de los Estados Unidos a las de la Unión Soviética y el resto de los países socialistas, y hasta las Constituciones de los países del tercer mundo— han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural.

En estas condiciones el antiguo conflicto entre derecho positivo y derecho natural y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo ha perdido gran parte de su significado filosófico-político, al haberse cambiado los términos de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre derecho como es y derecho como debe ser. La diferencia entre ser y deber ser *del* derecho expresado por la vieja di-

cotomía ley positiva/ley natural se ha transformado en gran medida en una diferencia entre ser y deber ser *en el* derecho, trasladándose al tejido mismo de los ordenamientos jurídicos positivos y configurándose como *incoherencia* o *antinomía* entre sus diferentes niveles normativos: entre la constitución y la ley, entre la ley y la jurisdicción, entre la ley y las actividades administrativas, ejecutivas y de policía. Tan pronto como el derecho natural ha sido puesto como fundamento del moderno estado de derecho y sus principios han pasado de ser vínculos sólo políticos o externos a serlo también jurídicos o internos, ha perdido su función de parámetro exclusivo de valoración del derecho positivo. Dicha función, tras la inclusión de aquellos principios entre las normas constitucionales, ha sido en gran medida heredada por éstas, de manera que todo «estado de derecho», en especial si está dotado de una Constitución rígida, es susceptible de valoración no sólo externa, referida a principios naturales de justicia, sino también interna, es decir, referida a *sus* propios principios tal y como quedan garantizados por esas tablas positivas de derecho natural que son los textos constitucionales. Y esta valoración no se refiere sólo a la justicia, sino directamente a la validez de las normas jurídicas. Más exactamente, la diferencia entre deber ser y ser *en el* derecho ha llegado a coincidir con la existente entre validez y eficacia, o si se prefiere entre derecho y hecho, exactamente del mismo modo en que la diferencia entre deber ser y ser *del* derecho se configura como diferencia entre justicia y derecho positivo en su conjunto. Toda norma jurídica, diremos entonces, puede ser contemplada como *hecho* respecto a las normas que regulan su producción y como *derecho* respecto a las normas y prácticas cuya producción regula. En el primer caso (que es el único caso posible si se trata de actividades ejecutivas no normativas a su vez) se valorará su validez o invalidez respecto a las normas de rango superior a ella; en el segundo caso (que es el único caso posible si se trata de normas de máximo rango como las constitucionales) se valorará su eficacia o ineficacia respecto a las normas de rango inferior al suyo.

3. *Legitimidad, validez, vigencia y efectividad en el estado constitucional de derecho. Redefiniciones.* Todo ello no priva en absoluto de su valor político y científico a la doctrina iuspositivista de la separación entre derecho y moral —o entre validez y justicia, entre legitimación interna y legitimación externa, entre derecho «como es» y derecho «como debe ser»—, en los distintos significados en los que fue articulada en el apartado 15.2. La novedad representada por la constitucionalización de los principios de derecho natural en el derecho positivo —que respecto al derecho natural, «que no es», es obviamente el único derecho «que es»— consiste sólo en que éste se ha convertido en una estructura compleja, que comparte tanto la dimensión del ser como la del deber ser. La primera dimensión es aquella a la

que se refieren los juicios de hecho acerca de la eficacia o ineficacia de las normas respecto a las actividades de rango inferior a ellas; la segunda es aquella a la que se refieren los juicios jurídicos acerca de su validez o invalidez respecto a las normas superiores a ellas.

La definición teórica de «derecho válido» —con arreglo al principio metacientífico del positivismo jurídico expresado por nuestra tercera tesis acerca de la separación entre derecho y moral— sigue siendo por tanto ideológicamente neutral: es válida, aunque sea injusta, cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción. Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas. En los viejos estados absolutos y en muchos de los modernos estados totalitarios las normas acerca de la producción de normas que están en el vértice del ordenamiento se limitan de hecho a conferir al poder soberano la potestad de legislar: en estos ordenamientos sería válida, por ejemplo, aun siendo injusta, una ley que confiriera al soberano poder arbitrario sobre la vida y la muerte, del mismo modo que fueron válidas, aun siendo manifiestamente injustas, las normas acerca de los tribunales especiales para la defensa del estado emanadas en Italia durante el fascismo. Normas de este tipo son por el contrario, en cualquier estado de derecho con Constitución rígida mínimamente garantista, no sólo injustas sino también inválidas por contravenir principios constitucionales relativos a los derechos humanos, la igualdad y la estricta legalidad penal. La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial. Estos rasgos sustanciales de la validez, inexplicablemente ignorados por la mayor parte de las definiciones iuspositivistas de «derecho válido», ya sean normativistas o realistas³, tienen una relevancia bastante mayor que la de los meramente formales. La mayor parte de las objeciones o de las declaraciones de ilegitimidad o de invalidez de una ley, una sentencia o un acto administrativo no tienen de hecho que ver con defectos formales, sino con defectos sustanciales. Y se cuentan con los dedos de una mano las objeciones y declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que censuran vicios de forma, como la incompetencia del órgano que legisla o las violaciones de procedimiento. Lo mismo puede decirse, si bien en menor medida, de las decisiones judiciales y administrativas, casi siempre impugnadas o reformadas por motivos que tienen que ver con el contenido de la decisión y sólo raramente con simples defectos de forma.

Por otra parte las connotaciones sustancialistas y valorativas de la validez no comprometen en modo alguno el principio teórico iuspositivista —expresado por nuestra segunda tesis acerca de la separación entre derecho y moral— del carácter formal, nominalista o voluntarista de los presupuestos de las penas. La máxima de Ulpiano *quod principi placuit legis habet vigorem*⁴ sigue siendo en cualquier caso el primer postulado del positivismo jurídico y el principio constitutivo del derecho positivo. A condición, no obstante, de que por «vigencia» o «existencia» de las normas se entienda algo netamente diferenciado tanto de la «validez» como de la «eficacia». Para eliminar cualquier equívoco, el vocabulario de la teoría del derecho debe en suma ser enriquecido.

Lamaré «vigencia» a la validez sólo *formal* de las normas tal cual resulta de la regularidad del *acto normativo*; y limitaré el uso de la palabra «validez» a la validez también *sustancial* de las normas producidas, es decir, de sus significados o contenidos normativos. Por consiguiente será posible dividir la legitimidad jurídica o interna —separada siempre de la política o externa, en cualquier caso de tipo sustancial— en *legitimidad jurídica formal*, que se refiere sólo a las formas prescritas para los actos normativos y por consiguiente a la vigencia de las normas producidas, y *legitimidad jurídica sustancial*, que se refiere por el contrario a los contenidos de esas mismas normas allí donde también éstos estén prescritos o prohibidos por normas acerca de su producción. Por lo tanto, cuando la ineficacia de un sistema de normas acerca de la producción llegue al punto de que ni siquiera se respetan las condiciones formales de validez del acto de producción normativa, diremos que la norma no ha sido producida y por consiguiente no está vigente, no existe o no pertenece ni tan siquiera formalmente al ordenamiento del que se habla. Por el contrario, cuando se manifieste sólo en el incumplimiento de las condiciones sustanciales de validez de la norma producida, diremos que ésta no es válida aunque esté vigente, o exista, o pertenezca al ordenamiento examinado. Las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir, jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial⁵. De acuerdo con la ley de Hume de la inderivabilidad entre juicios de hecho y juicios de valor —que es el primer significado, meta-lógico, que habíamos asociado a la tesis de la separación entre derecho y moral—, ni la validez ni la eficacia de una norma pueden ser deducidas de su vigencia, que comparada con el deber ser de la validez pertenece a la dimensión del ser, mientras que comparada con el ser de la efectividad pertenece a la dimensión del deber ser.

Con ello hemos llegado al nudo crucial del problema de la legitimación interna (o, como diremos de ahora en adelante, de la *validez*), que es una cuestión de teoría del derecho, a diferencia del de la justificación externa (o de la *justicia*), que es una cuestión de filosofía de la justicia. Validez y vigencia coinciden en los estados absolutos, que tie-

nen como única norma acerca de la producción el principio de mera legalidad *quod principi placuit legis habet vigorem*; no coinciden por el contrario en los modernos estados de derecho, que están dotados de normas acerca de la producción que vinculan la validez de las leyes al respeto de condiciones también sustanciales o de contenido, en primer lugar los derechos fundamentales. Diría incluso que el estado de derecho se caracteriza precisamente por esta posible divergencia, consecuencia de la complejidad estructural de sus normas acerca de la producción normativa. En él, por consiguiente, una norma existe, está vigente o pertenece al derecho positivo no sólo si es válida e ineficaz, es decir, no aplicada, sino también si es inválida y eficaz, al menos hasta que se declare su invalidez. El concepto de «vigencia» tiene en suma un significado extensional más amplio que el de «validez» y que el de «eficacia», y es predicable con independencia del uno y del otro, aunque quizá no con independencia de los dos a la vez. Por decirlo mejor, no corresponde siquiera, como la validez y la eficacia, a una categoría de calificación teórica, sino que es más bien una categoría meta-teórica de la semántica de la teoría del derecho que designa la existencia de lo que es denotado por «norma jurídica», es decir, la referencia empírica de la noción teórica de «norma».

Esta complejidad estructural del estado de derecho, sobre la que volveré en varias ocasiones a lo largo de este libro y particularmente en el capítulo 13, ha sido extrañamente pasada por alto por las teorías del derecho iuspositivistas contemporáneas, tanto normativistas como realistas, que confunden respectivamente la existencia de las normas jurídicas con su validez y con su eficacia, acreditando como válidas normas sólo vigentes o sólo eficaces o desacreditando como no vigentes normas sólo inválidas o ineficaces. La pobreza del lenguaje teórico, que ignora la categoría de la «vigencia» como concepto diferente tanto de la «validez» como de la «eficacia», revela una incomprensión de la especificidad del «estado de derecho» que no por casualidad se confunde con el «estado jurídico», de manera que, como dice Kelsen, «todo estado es un estado de derecho»⁶, estado y derecho se identifican y se priva de sentido a la idea misma de una auto-obligación del estado⁷. Es sorprendente la tenacidad con la que, al precio de complicados sofismas, se ha defendido la idea benthamiana de la ilimitabilidad jurídica del poder soberano. Las normas, sostiene por ejemplo Kelsen, «siguen siendo válidas hasta que sean invalidadas del modo determinado por el propio ordenamiento jurídico»⁸, donde no queda claro por qué una norma válida se hace inválida ni cuál es la diferencia entre invalidación y abrogación. Hart intenta salvar la identificación paleopositivista entre existencia (o vigencia) y validez interpretando los límites legales impuestos a la función legislativa no como deberes o prohibiciones sino como «incompetencias»⁹, de manera que una norma que no se ajusta a ellos no existe, cuando en realidad una norma semejante no es nula sino anulable y por consi-

guiente vigente hasta que sea anulada. Y Bobbio, aunque distingue entre «validez formal» y «validez material» y admite que «dos normas incompatibles no pueden ser ambas válidas», se ve constreñido por esa misma identificación a hablar de «abrogación implícita» de la ley «incompatible con una norma jerárquicamente superior», en vez de hablar de anulación jurisdiccional, y por consiguiente a no tener en cuenta la «existencia» de normas inválidas que cesa sólo con su anulación¹⁰.

El resultado más grave de esta incomprensión es el de clausurar la divergencia —fisiológica, pero a veces de dimensiones patológicas— entre ser y deber ser *en el* derecho, que en los modernos ordenamientos complejos corresponde a la diferenciación entre los diversos niveles normativos: los superiores, respecto a los cuales es predicable la validez o invalidez, y los inferiores, respecto a los cuales es predicable la eficacia o ineficacia de las normas, en todos los casos existentes o vigentes. De todo ello resultan falacias análogas a las expresadas por las doctrinas iusnaturalistas o ético-legalistas, que confunden derecho y moral o ser y deber ser *del* derecho positivo respecto a valores externos a él. Más exactamente, la falacia normativista es análoga a la iusnaturalista, desembocando una y otra en la confusión del deber ser con el ser jurídico y en la asunción como vigentes en el primer caso sólo de las normas válidas y en el segundo sólo de las normas justas. La falacia realista es por el contrario análoga a la ético-legalista, desembocando ambas en la confusión del ser con el deber ser jurídico y en la asunción en el primer caso como válidas y en el segundo como justas de todas las normas positivamente vigentes. En todos los casos la cancelación de la divergencia entre deber ser y ser *en el* derecho sirve para ocultar la ilegitimidad jurídica latente de los ordenamientos positivos. En efecto, mientras los enfoques normativistas se limitan a la contemplación acrítica del deber ser jurídico confundiéndolo con el ser efectivo del derecho, los enfoques realistas se contentan con una aceptación igualmente acrítica del ser jurídico sin percibir su distancia respecto al deber ser en el derecho.

Las falacias en las que incurren las teorías del derecho contemporáneas son sin embargo no sólo más sutilmente mistificadoras sino también más injustificadas en el plano teórico de lo que lo fueron las iusnaturalistas o ético-legalistas. En particular, la confusión entre validez y vigencia podía consentirsele a Hobbes o a Bentham, que tenían que vérselas con el estado absoluto del antiguo régimen¹¹; no puede ser consentida en cambio en el estado constitucional de derecho, que es un sistema normativo complejo que incorpora el «deber ser» en forma de garantías jurídicas. Este deber ser incorporado al derecho positivo, como se ha dicho, no coincide ni con la *vigencia* o la existencia jurídica de las normas, ni menos aún con el deber ser extra-jurídico expresado por principios de derecho natural o de *justicia*, sino con la *validez*, que resulta de la conformidad de las normas con los

valores establecidos por otras normas positivas superiores a ellas. Por eso el juicio de validez acerca de una norma no es sólo un juicio de hecho sobre los requisitos formales que la hacen reconocible como *quod principi placuit* y que por ello *legis habet vigorem*; es también un juicio de valor acerca de contenidos sustanciales que hacen jurídicamente legítimo *quod principi placuit*. Lo que no impide, naturalmente, que siendo la legitimación interna una cuestión de *teoría* del derecho y la legitimación externa una cuestión de *filosofía* del derecho, la enunciación de las condiciones de la primera tenga lugar a través de proposiciones teóricas que hacen referencia empírica a normas jurídicas positivas, mientras que la indicación de las condiciones de la segunda se produce mediante opciones políticas de forma puramente prescriptiva.

4. *Los niveles normativos. Incorporación limitativa e incorporación potestativa.* En el capítulo 13 mostraré las implicaciones jurídicas, políticas y científicas del análisis que acaba de desarrollarse acerca de la estructura normativa del estado de derecho: en particular, la incertidumbre estructural de los juicios de validez jurídica, los márgenes ineliminables de ilegitimidad de los poderes y de las normas que producen, la naturaleza problemática del deber de los jueces de aplicar la ley, el papel crítico más que dogmático de la ciencia jurídica respecto a los textos normativos y la ausencia para los ciudadanos de una obligación política además de jurídica de obedecer las leyes. Lo dicho hasta ahora basta sin embargo para plantear los problemas del *cuándo* y el *cómo* castigar, prohibir y juzgar, permitiendo no sólo distinguir el plano jurídico en el que se sitúan las respuestas a estas preguntas en términos de validez o legitimación interna del plano ético-político en el que se sitúan las respuestas en términos de justicia o legitimación externa, sino también aclarar las relaciones entre esos dos planos de los discursos justificativos.

En un estado absoluto en el que *quod principi placuit* no sólo tiene vigencia sino también validez, el derecho positivo no está en condiciones de dar respuesta alguna que no sea meramente formal —«cuando y como» lo quiera el soberano— a los problemas de la legitimación. Fuera de ello, remite a criterios que son íntegramente de justificación externa o de justicia sustancial. En un estado de derecho, por el contrario, el derecho penal hace explícitas él mismo sus condiciones sustanciales de justificación, suministrando muchas respuestas desde dentro —por lo general mediante normas constitucionales— a las preguntas acerca del «cuándo» y el «cómo» de las prohibiciones, las penas y los juicios. Dependiendo del número y del carácter más o menos complejo y vinculante de estas respuestas, un sistema penal será más o menos garantista, más o menos limitado, más o menos justificado, más o menos «de derecho».

La relación entre el plano de la legitimación interna y el de la le-

gitimación externa es por consiguiente de complementariedad, en el sentido de que el uno se extiende tanto como el otro se restringe. Más exactamente, la técnica de legitimación interna propia del derecho penal consiste en vinculaciones o imperativos negativos que prescriben al legislador y/o al juez cuándo y cómo *no* castigar, *no* prohibir, *no* juzgar, tales como los principios relativos a la inviolabilidad de algunos derechos y libertades fundamentales, la igualdad de los ciudadanos y el respeto a la persona, y por otro lado todos los formulados en nuestro sistema garantista SG que excluyen la pena en ausencia de las condiciones requeridas por él. Cada uno de estos límites constituye una *garantía*, establecida para la tutela de un valor —la igualdad, la libertad personal contra la arbitrariedad, los derechos y las libertades políticas, la certeza jurídica, la controlabilidad pública de las intervenciones punitivas, etc.— que de ese modo resulta incorporado por las normas del ordenamiento jurídico positivo como vinculante respecto a todas las normas de nivel inferior. De esta manera se clarifica en el plano de la teoría del derecho la diferencia estructural entre la epistemología garantista y la sustancialista. Cuantos más valores se incorporen a los niveles normativos superiores en forma de vinculaciones o imperativos negativos, tanto menos quedan expuestos los niveles inferiores —el legislativo respecto al constitucional, el jurisdiccional respecto al legislativo— a elecciones contingentes de justicia sustancial guiadas de hecho por el arbitrio potestativo: las leyes, en pocas palabras, son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén.

A la inversa, cuantos menos valores vinculantes incluyan los niveles superiores en forma de prohibiciones y garantías de inmunidad, tanto más amplias son las opciones valorativas dejadas a la discrecionalidad de los órganos normativos de nivel inferior: las leyes, diremos en ese caso, son tanto menos vinculantes cuanto menos vinculadas estén. Y ello puede suceder también en virtud de normas superiores que incorporan valores mediante imperativos penales positivos, es decir, que no excluyen, sino que prescriben o permiten, la punibilidad sobre la base de valoraciones discrecionales remitidas a los órganos de nivel normativo inferior. Piénsese, como hipótesis, en una norma constitucional que impusiera la fidelidad a las autoridades del estado o a la nación, o que permitiera normas penales en blanco contra los sujetos desleales, los enemigos del pueblo, etc.; o, más concretamente, en las cláusulas de vaciamiento de los derechos fundamentales contenidas en muchas constituciones y expresadas por lo general en términos genéricos y valorativos¹²; o también en las leyes ordinarias que en nuestro ordenamiento prevén como presupuestos de la pena situaciones expresadas en términos valorativos, como el carácter peligroso, inmoral, anormal, hostil, obsceno, subversivo u otros similares de la acción o de su autor. Normas semejantes dan lugar a la apertura de fallas en el ordenamiento destinadas a ser váli-

damente rellenas, del mismo modo que sucede con las que deja abiertas la falta de normas superiores vinculantes, por valoraciones de justicia sustancial o extra-legal remitidas al arbitrio potestativo.

Llamo *incorporación limitativa* a la incorporación de vinculaciones o imperativos negativos que en materia penal caracterizan al *estado de derecho* y al modelo garantista de *derecho penal mínimo expresado*, en su forma ideal, por nuestro sistema *SG*; e *incorporación potestativa* a la inclusión de imperativos positivos o a la ausencia de vinculaciones que en materia penal caracterizan al *estado autoritario* y al modelo sustancialista de *derecho penal máximo expresado*, en sus formas más extremas, por los sistemas *S10* y *S11*. En el primer caso se incorporan en efecto límites en forma de prohibiciones o condiciones impuestas al «cuándo» y al «cómo» del ejercicio del poder de castigar, para la tutela de valores —como los derechos inalienables, la igualdad de tratamiento y la certeza del derecho— puestos a resguardo del arbitrio punitivo. En el segundo caso, por el contrario, quedan incorporadas *potestades* discrecionales en la predeterminación y/o directamente en la determinación de los presupuestos de la pena, para la tutela de valores —como la defensa del orden, de la moral, o incluso meramente de los intereses del soberano— que se ponen incondicionadamente bajo la protección penal. Más exactamente, la incorporación legal de valores o criterios valorativos de punibilidad es limitativa cuando la ley los señala como condiciones necesarias para integrar el hecho previsto como delito; mientras que es potestativa cuando los señala como condiciones suficientes, más allá del hecho previsto como delito. Puesto que la *incorporación limitativa* reduce o condiciona el poder de castigar mientras que la *incorporación potestativa* lo incrementa, la una varía en proporción inversa a la otra. De ello se sigue, en lo que se refiere a los juicios de validez, que cuanto más avalorativos sean sus criterios —como en el caso límite en el que es válido cualquier mandato del soberano—, tanto más valorativos, es decir, impregnados de juicios de valor extra-jurídicos, pueden ser tanto la legislación como la jurisdicción; y viceversa. Al mismo tiempo, cuanto más vinculantes y complejos sean los criterios y valores de legitimación y deslegitimación internas, tanto menores serán las exigencias y las razones de legitimación y deslegitimación meramente externas; y viceversa.

Tomemos el caso límite de un ordenamiento que no incorpora ninguna vinculación o prohibición al poder punitivo del estado. Su principio de legalidad —pero también de legitimidad— podría ser formulado, parafraseando la máxima de Ulpiano, de este modo: «es delito lo que (o es reo el que) desagrada al soberano». Un ordenamiento semejante, que corresponde más o menos a nuestros modelos *S10* y *S11* del estado absoluto de policía y de la justicia del cadí, no incorpora en sus normas acerca de la producción ningún valor vinculante ni ninguna condición limitativa de legitimación interna que no

sea la formal de la fuente de las normas producidas; y por lo tanto permite juicios de validez acerca de éstas totalmente avalorativos y no problemáticos en tanto que independientes de sus contenidos y enteramente coincidentes con los juicios acerca de la vigencia. Pero incorpora un poder de valoración inmenso, en la medida en que es ilimitado e incontestable, en la producción de las normas que determinan lo que es delito y que no son susceptibles de deslegitimación interna, sino sólo de *deslegitimación externa*.

Tómense por ejemplo los arts. 290, 290 bis, 291, 292 y 402 del código penal italiano, que castigan a todo el que públicamente «cometa desacato» contra las instituciones constitucionales, las fuerzas armadas, la nación italiana, la bandera o la religión del estado. Mientras no existía en el ordenamiento italiano una constitución rígida que incorporara valores con la función de límites a la validez de las leyes, el juicio acerca de la validez de estas normas era un juicio avalorativo coincidente con el relativo a la vigencia, mientras que en cualquier caso resultaba materia de valoración y decisión potestativa, a causa de la incertidumbre en cuanto al significado de la expresión «cometer desacato», la frontera entre «desacato» y crítica lícita. Por el contrario, tras la entrada en vigor de la Constitución, el ordenamiento italiano contiene también dos normas acerca de la validez de las leyes que estatuyen valores antitéticos a los expresados por las normas relativas al desacato, garantizando una de ellas la libertad de expresión y la otra la taxatividad de las normas penales y por consiguiente la verificabilidad y la avaloratividad de los juicios que las aplican. Aunque vigentes, los artículos que hacen referencia al desacato son por consiguiente susceptibles de deslegitimación no sólo externa, sino también interna, es decir, de juicios de validez o invalidez sustancial que no son en absoluto una mera cuestión de reconocimiento, sino problemáticos y valorativos.

5. *La deslegitimación jurídica: invalidez e ineffectividad. Las garantías.* Por lo tanto, recapitulando, podemos formular dos principios teóricos que reflejan dos relaciones conectadas entre sí: un principio de proporción inversa entre incorporación limitativa e incorporación potestativa, en virtud del cual cuantos más valores incorpore un sistema punitivo en forma de límites o prohibiciones en los niveles normativos superiores, tantos menos incorpora en forma de potestades en los niveles inferiores; y un principio de proporción inversa entre legitimación externa y legitimación interna, en virtud del cual cuanto mayor es la legitimación política o externa que le viene dada a un ordenamiento por valores ético-políticos incorporados en sus niveles normativos superiores, tanto mayor es la capacidad de deslegitimación jurídica o interna que ellos ejercen sobre sus niveles normativos inferiores.

Estos dos principios permiten explicar la estructura lógica de los

juicios de legitimación y de deslegitimación en los ordenamientos complejos, articulados en diversos rangos o niveles de normas. En estos ordenamientos, como se ha dicho, cada nivel puede ser contemplado al mismo tiempo como normativo respecto al nivel inferior y como fáctico respecto al nivel superior, de manera que los juicios jurídicos de validez e invalidez acerca de normas inferiores o producidas coinciden con los juicios fácticos de eficacia e ineficacia acerca de las normas superiores a las primeras y relativas a su producción. De ello se sigue que en los estados de derecho la incorporación limitativa, al vincular la producción de normas a condiciones sustanciales de validez, es siempre un factor de potenciales antinomias —es decir, de conflictos o de divergencia entre modelos normativos acerca de la producción y prácticas efectivas de la producción de normas— generadas por la posible violación de los modelos por parte de las prácticas y por consiguiente por la posible ineficacia de los primeros y la correlativa invalidez de las segundas.

Esta endémica posibilidad de contradicción entre normas puede parecer un defecto del estado de derecho. Pero es por el contrario el presupuesto de su función garantista. En un estado absoluto, es decir, carente de incorporación limitativa, no existen antinomias debidas a la divergencia entre niveles normativos, dado que en él la validez de las normas se identifica con su vigencia: la intervención penal (como cualquier otra intervención de la autoridad) es en tal caso eminentemente valorativa y potestativa, es decir, está presidida por criterios sustancialistas y discrecionales de tipo extra-jurídico, pero no por ello es susceptible de juicios de invalidez sustancial además de los de injusticia. A la inversa, en un estado de derecho, caracterizado por la separación entre validez y vigencia, la invalidez de las normas inferiores y la ineficacia de las superiores están conectadas estructuralmente a las posibles derogaciones de las segundas por parte de las primeras, que dependen no sólo de la inclinación a la ilegalidad y de la inmunidad de los aparatos inferiores frente al control, sino también de la extensión de la incorporación limitativa de garantías en las normas superiores y de la objetiva dificultad para las normas inferiores de satisfacerlas perfectamente.

Se puede decir incluso que cuanto más altos y ambiciosos son los valores de justicia profesados y perseguidos por un ordenamiento, y cuanto más complejas y vinculantes son las garantías incorporadas a tal efecto en sus niveles normativos superiores, tanto más amplia es la posible divergencia entre modelos normativos y prácticas efectivas y por consiguiente la tasa de ineficacia de las primeras y de invalidez de las segundas: por ejemplo, un ordenamiento que incorporara íntegramente nuestro modelo garantista *SG*, que como sabemos encierra algunos elementos de utopía, resultaría marcado por una tasa ineliminable de ilegitimidad interna. Por otra parte el carácter estructural de la divergencia entre modelos normativos superiores y prácticas

efectivas inferiores, que puede darse en distintos grados pero muy difícilmente anularse, determina que en el estado de derecho pueda aspirarse como máximo a un alto grado de legitimación interna o jurídica, pero nunca a una legitimación jurídica total. Por esta razón el «estado de derecho» puede ser definido, con una fórmula que será precisada en el capítulo 13, como un ordenamiento cuya legitimación externa reside esencialmente en el hecho de que hace posible la deslegitimación interna del poder.

La divergencia estructural entre validez y vigencia, o entre niveles normativos superiores y niveles normativos inferiores, o entre deber ser y ser *en el* derecho, constituye el principal objeto de investigación de una teoría garantista y analítica del derecho penal, del mismo modo que la divergencia entre justicia y validez, o entre punto de vista político externo y punto de vista jurídico interno, o entre deber ser y ser *del* derecho, constituye el objeto privilegiado de una filosofía analítica de la justicia penal. Bien podemos llamar *justicia interna* (o *legal*) a la correspondencia entre vigencia y validez en el seno de cada ordenamiento: de las leyes respecto a la constitución y de las sentencias respecto a las leyes; y *justicia externa* a la correspondencia entre validez y justicia, es decir, a la adhesión del ordenamiento en su conjunto a valores políticos externos. Dado el carácter estructural de ambas divergencias, podrá hablarse obviamente sólo de *grados* de justicia tanto externa como interna. El grado de justicia externa vendrá dado por la cantidad y calidad de los principios de justicia incorporados limitativamente en los niveles normativos más altos del ordenamiento; el grado de justicia interna dependerá de la cantidad y calidad de las garantías de las que esté dotado el ordenamiento, es decir, de las técnicas institucionales capaces de asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad de los principios incorporados.

A las dos divergencias entre deber ser y ser *del* y *en el* derecho penal y a los dos problemas de los consiguientes grados de justicia e injusticia de los sistemas penales en general y de validez e invalidez del sistema italiano en particular, están dedicadas las partes tercera y cuarta de este libro. En ellas analizaré los criterios de legitimación y deslegitimación del «cuándo» y el «cómo» castigar, prohibir y juzgar, representados por los axiomas garantistas de nuestro sistema SG en gran medida incorporados a la Constitución italiana. Estas garantías equivalen en efecto a otras tantas respuestas —externas y, si están incorporadas, también internas— a las seis preguntas acerca del «cuándo» y el «cómo» de la legitimación del derecho penal; y están dispuestas en SG según un orden lógico que corresponde al de los problemas de la legitimación respecto a los cuales se configuran como respuestas.

27. ¿Cuándo castigar? *El principio de la retribución penal*

1. *La pena como sanción post delictum*. El problema del *cuándo* (o del *qué*) *castigar* es aparentemente el más sencillo de todos los problemas de la legitimación del derecho penal. La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico-filosófico es la expresada por la máxima *nulla poena sine crimine*, que constituye el axioma A1 de nuestro sistema SG. La pena, según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una sanción infligida *ob malum actionis*, o *antegressi delicti*, o *propter delictum*¹³, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del *principio de retribución* o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe Hart, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas¹⁴. Gracias a él la pena no es un *prius*, sino un *posterius*, no una medida preventiva o *ante delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*.

Hans Kelsen ha simbolizado este nexo consecuencial entre ilícito y sanción con la conocida fórmula «si A, entonces (debe ser) B», en la que «A» representa el «ilícito» (o más específicamente el «delito»), «B» la sanción (o más específicamente la «pena») y «si... entonces» la relación de imputación o causalidad jurídica entre el acto y su efecto jurídico¹⁵. Para expresar el valor garantista de esta relación la fórmula kelseniana ha de transformarse sin embargo en la implicación inversa «si B, entonces (debe ser) A», o en la equivalente «si no A, entonces no (debe ser) B», que es precisamente el principio *nulla poena sine crimine* expresado por nuestro axioma A1 y que se remonta, mucho antes que a Feuerbach, a Ulpiano, que lo enunció en la forma, más completa e inequívoca, «aliud 'fraus' est, aliud 'poena'; fraus enim sine poena esse potest, *poena sine fraude esse non potest*»¹⁶. El ilícito, de acuerdo con la estructura lógica de las garantías, es en efecto una condición normativa sólo necesaria y no también suficiente para la aplicación de la pena, que puede exigir condiciones ulteriores, tales como la ausencia de eximentes, las condiciones de punibilidad y de procedibilidad, además de todo el resto de garantías penales y procesales que condicionan la validez de la definición legal y la comprobación judicial del delito.

Hay una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos: la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de *status* como son la peligrosidad o la capacidad de delinquir u otras similares; y por otra parte la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria

sobre todo si se inflige al que la ha «merecido»¹⁷. «Retribución», escribe incisivamente Alf Ross, «es, por definición, prevención»¹⁸. Pero no es necesariamente cierto lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez, pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente. La garantía del carácter retributivo de la pena —en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)— sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc. «Todos los castigos de súbditos inocentes», afirma Hobbes, «sean grandes o pequeños, se oponen a la ley natural; porque el castigo se hace sólo debido a transgresión de la ley y, por tanto, no puede haber pena para un inocente»¹⁹.

Esta primera y fundamental garantía del derecho penal queda eludida, como veremos en el capítulo 11, por todo el amplio sistema de las medidas punitivas *ante o extra delictum* —de las medidas de prevención a la prisión preventiva— desarrollado con posterioridad al siglo XIX en casi todos los ordenamientos con el aval de las culturas penales de la defensa social y de la prevención especial. A esta crisis del principio retributivo ha contribuido ciertamente la carga persuasiva asociada al fin de la prevención²⁰, que ha sido tomado por muchos utilitaristas como criterio de distribución de las penas, de manera exactamente opuesta y simétrica a aquella en la que muchos retribucionistas, como se ha visto en el apartado 19.3, han tomado como fin de la pena el criterio distributivo de la retribución. En efecto, si la prevención se concibe no sólo como el fin de la pena (el «por qué» castigar), sino también como su criterio de aplicación (el «cuándo» castigar), desaparece cualquier clase de razón para que se castigue sólo por lo que se ha hecho y no también por lo que uno es, o incluso parece o es posible que uno sea, o por lo que parece que se ha hecho o que uno es según la opinión de la generalidad a la que va destinada la función disuasoria y disciplinaria de la pena.

De este modo la idea utilitarista de la prevención, disociada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal, asociándose a las doctrinas correccionales de la defensa social y de la prevención especial y legitimando las tentaciones subjetivistas de las que, como veremos, se nutren las actuales tendencias al derecho penal máximo. También quedó sugestionado por ella el principal teórico marxista del derecho, Evgenii Pasukanis, que partiendo de la tesis del nexo entre «forma de mercancía» y «forma jurídica» y de una impropia configuración contractualista de la relación entre pena y delito, llegó a rechazar —en favor de «medidas de defensa social» no controladas por reglas jurídicas, sino sólo por «reglas técnicas» directamente orientadas a la de-

fensa de la sociedad— la forma jurídica del principio retributivo, interpretada por él como la versión penal del «intercambio de equivalentes» que se habría implantado con la lógica mercantilista y sinagmática propia del capitalismo²¹.

2. *Concepciones formalistas y concepciones sustancialistas del principio retributivo: pena quia prohibitum y pena quia peccatum.* Aun puesta en discusión desde varios ángulos y ampliamente violada en el nuestro como en otros ordenamientos, la garantía del carácter retributivo está incorporada en línea de principio, como criterio primario de legitimación interna, a todos los sistemas penales menos elementales que los irracionales de la mera prevención (S8), del estado de policía (S9) y de la justicia del cadí (S10). La cuestión tanto externa como interna del «cuándo castigar» desemboca consiguientemente en la de la definición de «delito», o de las condiciones de uso y aplicación del concepto de «delito». De estas condiciones depende la subsistencia de garantías más específicas para la aplicabilidad de la pena. Y a propósito de ellas se ha dividido el pensamiento penal, según los dos grandes filones mostrados al comienzo de este libro: por un lado las concepciones formalistas, por otro las concepciones sustancialistas. Son doctrinas formalistas aquellas que consideran «delitos» todos —y solamente— los previstos por una ley válida como presupuestos de una pena según el principio *nullum crimen sine lege* expresado por nuestro axioma A2. Son por el contrario sustancialistas las que en la definición del concepto de «delito» hacen referencia también a elementos extra-jurídicos de tipo moral, social, natural y en cualquier caso ontológico. Con arreglo a las primeras, los delitos son tales *quia prohibita*; de acuerdo con las segundas, lo son *quia peccata*.

El contraste entre concepciones formalistas y concepciones sustancialistas del delito se encuentra expresado de la manera más incisiva en el *Dialogue between a Philosopher and a Student* de Hobbes. Hobbes define el delito como «cualquier ofensa para la que la ley del país establece una pena»²². Y se opone firmemente a las connotaciones moralistas que imprimen a la noción de delito en general y a las de los diferentes y específicos delitos las definiciones sustancialistas propuestas por Sir Edward Coke: «le basta», dice, «imponer un apelativo odioso a un acto cualquiera para hacer de él un delito»²³. Entendida en estos términos, la oposición entre formalismo y sustancialismo equivale a la existente entre concepción iuspositivista del delito, basada en el principio de legalidad y en la correspondiente predeterminación y certeza legal de los supuestos punibles (*ius quia iussum*), y concepción iusnaturalista, basada en principios o valores extra-legales o de derecho natural (*ius quia iustum*). Está claro, por consiguiente, que tras el proceso de codificación del derecho penal y la incorporación del principio de legalidad a los ordenamientos evolucionados como criterio fundamental de legitimación (o deslegitimación) jurídi-

ca o interna del poder punitivo, las condiciones formales indicadas por Hobbes se consideran por lo tanto necesarias y las sustanciales indicadas por Coke insuficientes para integrar la definición de «delito»²⁴. Para la existencia de un delito y para la aplicabilidad de una pena es ciertamente necesaria la previsión de uno y otra por parte de la ley penal, y más exactamente la prohibición del primero y la prescripción de la segunda, de acuerdo con los tres principios clásicos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* expresados por nuestras tesis A1, A2 y T1.

Aunque haya perdido gran parte de su relevancia política, el conflicto entre formalismo y sustancialismo se ha prolongado sin embargo hasta nuestros días, desplazándose hacia una cuestión en parte diferente: si las condiciones formales o legales son suficientes además de necesarias, o si por el contrario las connotaciones sustanciales o extra-legales son necesarias aunque sean insuficientes para definir el concepto de delito. Sostienen la primera tesis, de tipo formalista, los juristas de formación positivista que asumen el principio de legalidad penal como criterio exhaustivo y exclusivo de la noción teórica de «delito», y por lo tanto consideran delitos todos (y sólo) los previstos como tales por una ley válida y solamente ellos. Recordaré a título de ejemplo —además de a Hobbes— a Spinoza²⁵, Bentham²⁶, Carmignani²⁷, Carrara²⁸, Kelsen²⁹, Manzini³⁰, Carnelutti³¹, Antolisei³² y, con resultados prácticamente idénticos, las teorías criminológicas del *labelling approach*³³. En coherencia con tales presupuestos, las orientaciones formalistas distinguen los *ilícitos penales* de los *demás ilícitos jurídicos* —civiles y administrativos— sobre la base de la única circunstancia extrínseca de que para ellos dispone la ley una pena en vez de la sanción del resarcimiento del daño o una sanción administrativa³⁴; y los clasifican en *delitos* y *faltas* u otros tipos de ilícitos penales únicamente en razón del tipo de pena (reclusión o arresto, multa de cuantía mayor o menor) establecida para ellos por la ley³⁵.

Se sitúan por el contrario en el filón sustancialista todas las orientaciones teóricas que atribuyen a la «juridicidad», y correlativamente a la «antijuridicidad», algún fundamento ontológico de tipo meta o pre-jurídico sobre el que basan una definición real de «delito» dirigida a completar o a acompañar su definición nominal o legal. Dentro de este filón se distinguen múltiples variantes, según el carácter ético, sociológico, político o antropológico del fundamento meta-jurídico elegido: de las teorías moralistas de autores como Pellegrino Rossi, Maggiore, Bettiol, Stephen y Denning, que definen el delito como ofensa al «orden ético-jurídico»³⁶, o al «mínimo ético»³⁷, o al «equilibrio moral»³⁸, o directamente como «vicio»³⁹ o «pecado»⁴⁰, a las concepciones teleológicas de Jhering, Liszt, Jellinek, Florian y Arturo Rocco, que basan la noción de delito en la de «peligro» para la sociedad⁴¹; de las doctrinas criminológicas positivistas del «delito natural» como «acción antisocial» o contraria a la «moralidad media», soste-

nidas por Garofalo⁴², Ferri, Berenini⁴³ y Grispigni⁴⁴, a la teoría de las *Kulturnormen* de Max Ernst Mayer⁴⁵ y a las de la «antijuridicidad material» junto a y por encima de la «antijuridicidad formal» elaboradas por Liszt, Zu Dohna, De Marsico y Messina⁴⁶. En este orden de ideas, también la diferenciación del delito respecto a los ilícitos civiles se hace depender de criterios sustanciales, como la irreparabilidad frente a la reparabilidad del daño causado⁴⁷, o la alarma o el daño social producido por los delitos respecto al simple daño o perturbación individual provocado por los ilícitos civiles⁴⁸, o la peligrosidad social expresada por los primeros comparada con la simple lesividad de los segundos⁴⁹; del mismo modo que se fundamenta sobre bases sustanciales la distinción entre delitos y faltas, que muchos llevan a cabo asignando sólo a los primeros la calificación de *mala in se* o *quia peccata* y reservando para las segundas la de *mala* sólo *quia prohibita*⁵⁰.

3. *Criterios de validez y criterios de justicia.* Me parece evidente que mientras las definiciones formalistas del delito (y las correlativas clasificaciones de los ilícitos) hacen referencia a la legitimación interna, las definiciones sustancialistas (y los consiguientes criterios tipológicos) hacen referencia a la legitimación externa. Más exactamente, las primeras describen un criterio de *validez*; las segundas prescriben criterios de *justicia*. Entendidas en este sentido —las unas como asertivas o descriptivas, las otras como axiológicas o prescriptivas—, las dos clases de definiciones son perfectamente compatibles entre sí. Las definiciones formalistas enuncian en efecto un criterio de identificación jurídica de los delitos que es al mismo tiempo la principal garantía normativa de certeza. Las definiciones sustancialistas recomiendan por el contrario finalidades genéricas o criterios de justificación externa por los que habría de guiarse la legislación penal. Jeremy Bentham ha expresado la compatibilidad entre las dos clases de definiciones, distinguiendo los dos tipos de discurso a los que pertenecen: «si se trata de la descripción de un sistema de leyes positivas, *delito* es todo aquello que el legislador ha prohibido, ya sea por buenas o por malas razones; si por el contrario se trata de una teoría dirigida a descubrir las mejores leyes posibles según el principio de utilidad, llamaremos *delito* a todo acto que se considere que se debe prohibir en razón de un mal cualquiera que hace surgir o tiene tendencia a hacer surgir»⁵¹.

Está claro que sólo las definiciones formalistas pueden servir como definiciones jurídicas del delito y como respuestas pertinentes, aunque sea sólo desde el punto de vista interno, a la pregunta «¿cuándo castigar?». Las segundas, por el contrario, además de ser inservibles como definiciones jurídicas del delito, son respuestas bastante débiles —y en muchos casos, como veremos, bastante discutibles— al único problema de la legitimación externa del «¿cuándo prohibir?». Por otra parte, una vez reconocido que el principio de legalidad penal

incorporado al derecho positivo moderno como criterio de legitimación interna es en todo caso una garantía irrenunciable contra el arbitrio punitivo y tiene como tal también el valor de un fundamental principio de justicia⁵², el problema de la legitimación del «¿cuándo castigar?» se traslada enteramente a aquel otro, del que trataré en el capítulo 8, del «¿cuándo prohibir?», o de los elementos constitutivos o razones sustanciales que justifican la prohibición legal de un hecho como delito.

28. *El principio de legalidad penal*

1. *La definición teórica de «delito».* *El principio de mera legalidad y el primer postulado del positivismo jurídico.* Si las definiciones formalistas y las definiciones sustancialistas del delito estuvieran concebidas en los términos indicados, no valdría la pena malgastar más palabras acerca de ellas y el discurso sobre la legitimación del «¿cuándo castigar?» podría considerarse cerrado. No siempre, sin embargo, se han mantenido diferenciados el punto de vista de la legitimación interna que es propio de las primeras y el de la legitimación externa que es propio de las segundas. El persistente conflicto entre los dos enfoques, en virtud del cual la definición teórica de «delito» continúa siendo todavía hoy una operación que permite discriminar entre culturas penales y modelos antitéticos de derecho penal, se explica por el contrario en razón del hecho de que la legitimación interna y la legitimación externa, en contraposición con las tres tesis teóricas de la separación entre derecho y moral formuladas en el apartado 15.2, se confunden bastante a menudo. Ello sucede sobre todo con las definiciones sustancialistas, que como se ha dicho casi siempre son presentadas, aunque sea como integración de las formalistas, como definiciones teórico-descriptivas que no se limitan a decir que los delitos «deben ser» (seleccionados entre los) *peccata* en algún sentido de esta palabra, sino que afirman también que lo «son» y que precisamente por ello están *prohibita*⁵³. A la inversa, aunque más raramente, sucede que las definiciones formalistas llevan a cabo la operación contraria, proponiéndose como definiciones filosófico-prescriptivas que no se limitan a decir que los delitos «están» *prohibita*, sino que afirman también que precisamente por ello «deben ser» considerados *peccata*⁵⁴. Para las concepciones del primer tipo, en suma, los delitos están *prohibita quia peccata*; para las del segundo deben considerarse *peccata quia prohibita*. En ambos casos tenemos una confusión entre derecho y moral, o entre legitimación interna y legitimación externa. Las doctrinas sustancialistas, en la medida en que reducen la legitimación interna a la externa, caen en una forma de *moralismo* o *naturalismo jurídico* viciado por la falacia normativista; las doctrinas formalistas, en la medida en que reducen la legitimación externa a la

interna, caen en una forma de *legalismo ético* o *natural* viciado por la falacia naturalista.

El resultado político de estas dos confusiones opuestas es el mismo: la legitimación externa conferida acríticamente a los contenidos sustanciales del derecho positivo, bien considerándolos válidos también porque sean sustancialmente justos, bien considerándolos justos sólo porque sean formalmente válidos. En cualquier caso la asociación entre delito y pecado o entre antijuridicidad y antisocialidad equivale en efecto a atribuir valor externo a las leyes penales vigentes y, de hecho, a la negación del problema autónomo de su justificación ético-política. Más exactamente, las tesis jurídico-sustancialistas (o moralistas) que afirman que los delitos son tales (también) por sus características intrínsecas sirven para mistificar el derecho penal vigente acreditándolo de un modo apriorístico, según las diferentes referencias ontológicas, como reflejo o producto de la moralidad media, del sentimiento del pueblo, de la natural anomalía de la desviación castigada, de exigencias objetivas de defensa social, etc. Mientras que las tesis ético-formalistas (o legalistas) que afirman que los comportamientos inmorales, naturalmente anormales o socialmente dañinos son tales (sólo) porque están castigados por la ley como delitos, sirven para neutralizar el juicio moral y político subordinándolo a las opciones potestativas del sistema penal.

Estas mistificaciones, como se dijo en el apartado 15.2, contradicen el *principio de mera legalidad* expresado aquí mediante el axioma A2 y comprometen la objetividad o positividad del derecho penal como universo del discurso de la ciencia jurídica. El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamaré *primer postulado del positivismo jurídico*: se trata, más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen qué es delito (y no también qué es pecado). Al mismo tiempo las dos confusiones mencionadas van en detrimento de la autonomía de la crítica política, del análisis histórico y de la investigación sociológica y criminológica acerca del derecho penal vigente respecto a las opciones legislativas objeto de estudio. En efecto, sólo si se adopta una noción exclusivamente formal del delito y se abandona todo moralismo o naturalismo jurídico es posible interpretar y criticar el sistema sustancial de los delitos previstos en un determinado ordenamiento por lo que efectivamente es: el catálogo —establecido con carácter autoritativo y jerárquicamente ordenado sobre la base de las diferentes medidas de pena— de los intereses y los bienes jurídicos

protegidos por ese ordenamiento⁵⁵. Y sólo si se separa el derecho de la moral y se reconoce el carácter enteramente artificial, convencional y contingente de las figuras legales de calificación penal puede evitarse la trampa ideológica de superponer al desvalor jurídico un apriorístico desvalor moral, natural o en cualquier caso sustancial, y por consiguiente de subordinar las investigaciones criminológicas y por otro lado los juicios ético-políticos al punto de vista interno de los juicios de desvalor jurídico que constituyen el objeto de unas y otros⁵⁶.

2. *La definición legal de «delito». El principio de estricta legalidad y el segundo postulado del positivismo jurídico.* Si el sustancialismo jurídico y el formalismo ético convergen desde el punto de vista externo en la deformación científica y en la atribución ideológica de valor al derecho penal vigente, las orientaciones sustancialistas presentan, desde el punto de vista jurídico o interno, el defecto ulterior de entrar en conflicto con el principio de estricta legalidad y de ser por ello acordes con sistemas autoritarios de derecho penal máximo. «Cuando se produzca un hecho nuevo», escribía en 1939 el jurista moralista Giuseppe Maggiore, «que sea *sustancialmente*, pero no *formalmente* delito, en tanto en cuanto no esté inculcado por ninguna disposición legal, ¿qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante, permanecerá inerte, paralizado por el ordenamiento jurídico que le ordena *nec plus ultra*, y, aun deplorando la fechoría, tolerará que tenga lugar con completa impunidad para los culpables; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta»⁵⁷. Y Francesco Carnelutti añadía: «No hay ninguna verdadera razón por la que un acto socialmente dañino no expresamente previsto por la ley penal no pueda ser castigado»⁵⁸.

Tesis tan extremas, que llegan a la negación pura y simple del principio de legalidad penal, ciertamente no serían compartidas por la mayor parte de las doctrinas sustancialistas, que como se ha dicho proponen definiciones reales del delito como integración, y no como sustitución, de las nominales o legales. Sin embargo, la alternativa entre formalismo y sustancialismo se ha reproducido también en la ciencia y en la práctica de la legislación penal, poniéndose de manifiesto en las diferentes respuestas a la cuestión, distinta de la examinada hasta ahora, de la estructura de la definición no ya teórica o dogmática sino legislativa de las figuras de delito: es decir, de si está vedado o permitido a las leyes penales el prever elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para configurar los delitos, o, en cambio, si ha de aceptarse o rechazarse nuestra primera tesis axiológica, enunciada en el apartado 1.5.3, acerca de la separación entre derecho y moral.

No cabe duda de que las orientaciones sustancialistas, preocupadas sobre todo por dar a la noción de delito fundamentos ontológicos

—como la inmoralidad, la peligrosidad, la anormalidad psicofísica, etc.— han favorecido el desarrollo de sistemas penales caracterizados por la incorporación potestativa de esa clase de juicios de valor como condiciones suficientes y no sólo necesarias de identificación de los delitos. Una incorporación semejante, como se ha visto, si bien es conforme al principio de mera legalidad, contradice el principio de legalidad estricta, cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extra-legales, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos. Naturalmente la relación entre culturas penales y sistemas de derecho penal es como siempre una relación circular, en la que las primeras influyen en los segundos y éstos condicionan a las primeras. Así, sistemas penales caracterizados por la incorporación potestativa de elementos abiertamente sustancialistas a las definiciones legales del concepto de delito y/o de cada uno de los tipos penales⁵⁹ imponen inevitablemente referencias extra-legales en la definición teórica de aquél y/o en las configuraciones dogmáticas y judiciales de éstos. Pero es igualmente cierto que este tipo de modelos tienen siempre tras de sí doctrinas sustancialistas, basadas en la idea de que el delito sea captado, más allá de lo que dice la ley, en su identidad ontológica de *malum in se*.

Ha ocurrido así, como veremos analíticamente en el capítulo 8 y en la parte cuarta, que las doctrinas sustancialistas, que proliferaron con la reacción antiilustrada del siglo pasado en las múltiples versiones anteriormente recordadas, han inspirado —en el mejor de los casos— modelos penales de legalidad atenuada, es decir, caracterizados por figuras delictivas elásticas e indeterminadas, por espacios de hecho, cuando no de derecho, abiertos a la analogía *in malam partem*, por el carácter central atribuido a las investigaciones acerca de la persona del reo así como al juicio sobre su «peligrosidad» y a las correspondientes medidas preventivas. Y han abierto el camino —en los peores casos— a las mucho más nefastas doctrinas abiertamente antiformalistas que han constituido la base teórica de los ordenamientos penales totalitarios. Me refiero ante todo a la doctrina penal nazi del «tipo de autor» (*Tätertyp*) que identifica la desviación punible antes que (o más que) a través de las figuras normativas de los delitos (el homicidio, el hurto, el acto de subversión), a través de las figuras normativas de los reos (el tipo subjetivo del homicida, el ladrón o el subversivo), dando relevancia a los delitos sólo en tanto que «síntomas» de personalidades antisociales, desleales o criminales a interpretar o «intuir», como dice el art. 2 del código penal nazi, sobre la base del «sano sentimiento del pueblo». Me refiero, en segundo lugar, a las doctrinas soviético-estalinistas, ya sea a las del «enemigo del pueblo», análogas a las del *Tätertyp* en la medida en que se basan también en la relevancia exclusiva del elemento subjetivo de la personali-

dad desleal, ya a las que por el contrario apuntan hacia el sustancialismo del elemento objetivo, configurando el delito como acción en sí «socialmente dañina o peligrosa» a valorar por referencia a la materialidad del hecho concreto y a la que hacer frente, como manifestación patológica no diferente de las enfermedades mentales, mediante «medidas de defensa social» de carácter técnico y/o terapéutico en vez de mediante penas exactamente predeterminadas y cuantificadas. Por último, me refiero a las doctrinas antropológicas y positivistas del «delito» y el «delincuente naturales» que hay que curar o neutralizar más que castigar, basadas en el elemento de la «peligrosidad social» al que tanto espacio se ha dado en el nuestro y en muchos otros ordenamientos contemporáneos, y que ha informado toda la vasta legislación lanzada desde el siglo XIX en adelante contra las «clases peligrosas», los que tuviesen antecedentes y todos los sujetos etiquetados de un modo u otro como «antisociales» (vagos, vagabundos, proclives al delito, dados al vicio o a tráficlos ilegales, etc.).

Es fácil comprender que todas estas doctrinas, que comparten la confusión sustancialista entre delito y pecado, casan de un modo u otro con las doctrinas correccionalistas de la pena como técnica de prevención especial, caracterizadas también, como se ha visto, por la misma confusión entre derecho y moral o entre derecho y naturaleza. Más exactamente, las doctrinas que valoran el sustancialismo del elemento subjetivo del delito suelen estar asociadas a las doctrinas pedagógicas de la enmienda o a las terapéuticas del tratamiento curativo que apuntan sobre todo hacia la prevención especial positiva; mientras que las basadas en la relevancia atribuida a la materialidad del elemento objetivo, y particularmente en la peligrosidad, suelen estarlo a las de la defensa social, que se orientan sobre todo hacia la prevención especial negativa. En cualquier caso todas dan pie, junto a las correspondientes doctrinas acerca del fin de la pena, a modelos de derecho penal máximo y antigarantista en los que de hecho se remite a la libre valoración del juez la decisión no sólo del «cuándo» sino también, como se verá, del «cómo» castigar.

Entre culturas penales y estructuras formales de los ordenamientos penales existe por consiguiente una interacción recíproca, que depende del nexo que liga la definición teórica del delito y de cada una de las figuras delictivas, las definiciones legislativas de esos mismos conceptos y el carácter (sólo) lato o (también) estricto del principio de legalidad penal. Al igual que el principio de mera legalidad, también el *principio de estricta legalidad*, que opera con arreglo a la fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, etc., como norma de reconocimiento de todas las leyes penales formuladas válidamente y sólo de ellas, tiene para el jurista el valor de una regla metacientífica a la que podríamos llamar *segundo postulado del positivismo jurídico*: más exactamente, en la medida en que condiciona la validez de las normas penales a la denotación taxativa de las figuras de delito que

ellas definen, equivale a una regla semántica acerca de las condiciones de uso de la palabra «verdadero» no sólo en la práctica penal sino también en la ciencia jurídica. También en el plano científico son en efecto posibles definiciones asertivas y jurídicamente verificables de lo que es delito sólo si las correspondientes definiciones legislativas satisfacen el principio de estricta legalidad, es decir, están dotadas de una extensión tan determinada como sea posible. A la inversa, sólo el análisis y la redefinición teórica rigurosa de los elementos constitutivos del delito y de sus modos de comprobación están en condiciones de ofrecer al legislador una técnica de formulación de las leyes penales que se atenga lo más posible al principio de estricta legalidad, es decir, a las condiciones semánticas establecidas por éste para el uso de la palabra «verdadero» en el lenguaje penal.

3. *Legalidad lata y legalidad estricta. Legitimación formal y legitimación sustancial.* De la distinción entre principio de mera legalidad y principio de estricta legalidad penal he hablado ya ampliamente en el curso de este libro, en particular en los apartados 1, 5, 6.3, 7.2, 9, 14.3, 15, 25 y 26. En relación con el estatuto semántico de las leyes he distinguido en primer lugar entre estricta legalidad y mera legalidad, según que las previsiones legales de las figuras delictivas estén más o menos dotadas de denotación empírica taxativa. He definido después el principio de mera legalidad como una regla de distribución del poder penal que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador predeterminar como tal; y el principio de estricta legalidad como una regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados «verdaderos de los» hechos procesalmente comprobados.

Sobre esta base he configurado los dos principios como otras tantas normas acerca de la producción de normas (la primera sujeta por la segunda) que dictan dos técnicas diferentes de formación de las leyes, idóneas para configurar otros tantos modelos de legalidad penal: uno expuesto a integraciones sustancialistas por parte del juez, otro tendencialmente cognoscitivo en tanto que vinculado a la verificación procesal. He conectado por consiguiente a los dos principios de legalidad otros tantos principios de jurisdiccionalidad, que fundamentan dos modelos distintos de juicio penal: mientras el principio de mera legalidad, al equivaler a la simple reserva de ley cualquiera que sea el modo en que estén formuladas las leyes, prescribe solamente la sujeción del juez a la ley, el principio de estricta legalidad, en la medida en que hace de la reserva de ley una reserva absoluta, permite además configurar la sujeción del juez a la ley como sujeción sólo a la ley. He distinguido después, en relación a la estructura lógica de las diferencias de rango entre normas en los ordenamientos complejos de

los modernos estados constitucionales de derecho, entre vigencia y validez de las normas penales: la primera asegurada (sólo) por la mera legalidad o conformidad formal a las leyes de los actos de producción normativa, la segunda (también) por la estricta legalidad o conformidad sustancial a las leyes de los significados o contenidos de las normas producidas. Finalmente, ascendiendo del plano de la epistemología del juicio al de la epistemología de la ciencia jurídica, he reconocido a los dos principios el valor de otros tantos postulados metacientíficos del positivismo jurídico, que desempeñan respectivamente el papel constitutivo del carácter positivo u objetivo del derecho vigente como universo del discurso de la ciencia jurídica y el papel, igualmente constitutivo, del carácter asertivo y empíricamente verificable de los discursos científicos, además de judiciales, formulados sobre la base del derecho válido. Estricta legalidad y mera legalidad penal han sido consiguientemente reconducidas en este apartado la una a la naturaleza empírico-formalista y la otra a la valorativo-sustancialista de las definiciones legislativas del concepto de delito y de cada una de las figuras delictivas, y por tanto a la posibilidad de reformular con respecto a las mismas en sede teórica y dogmática definiciones asertivas empíricamente controlables o definiciones valorativas encomendadas fundamentalmente a las opciones del jurista.

Añado ahora que mientras el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general del derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal. En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Ésta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado «de derecho» del derecho penal de los estados simplemente «legales», en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley. Y es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo y autoritarismo penal, entre formalismo y sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo. Ya históricamente en declive cualquier perspectiva iusnaturalista, las vías del sustancialismo jurídico, como se dijo en el apartado 14.3, pasan hoy —con paradoja sólo aparente— por el positivismo jurídico o el legalismo ético, es decir, por la valoración política del principio de mera legalidad como norma exclusiva y exhaustiva sobre la producción de normas y la consiguiente legitimación jurídica de cualquier ley vigente aunque sea incapaz por su in-

determinación de vincular su aplicación o, lo que es peor, esté abiertamente encaminada a permitir aplicaciones de tipo sustancialista o decisionista.

Se explica así la diferente estructura lógica de las implicaciones con las que habíamos expresado los dos principios de legalidad en nuestro sistema SG. El principio de mera legalidad (T67), que se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo, constituye el presupuesto elemental sólo del principio de retribución, que no puede quedar satisfecho a falta de aquél; el principio de estricta legalidad (T58), que exige además que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables, presupone por el contrario todas las demás garantías —las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad, y las procesales (o instrumentales) de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa—, a falta de las cuales no puede quedar satisfecho. Y a través de la distinta forma lógica de uno y otro principio se comprende la diferente función que atribuyen a la ley: *condicionante* en razón del principio de mera legalidad (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), que es en efecto una norma dirigida a los jueces acerca de las leyes vigentes a las que están sujetos; *condicionada* en razón del principio de estricta legalidad (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione..., sine defensione*), que es por el contrario una norma dirigida al legislador acerca de la formación válida de leyes penales. La ley, en otras palabras, si bien es *exigida* en cualquier caso para la configuración del delito en virtud del primer principio, *exige* a su vez, en virtud del segundo, una técnica legislativa específica para la válida configuración legal de los elementos constitutivos del delito. Diremos por tanto, para expresar conjuntamente los dos principios: *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Estas dos versiones del principio de legalidad, en la primera de las cuales la ley figura como condicionante y en la segunda como condicionada, no se refieren a mi entender sólo al derecho penal. Como veremos en el apartado 57.1, definen conjuntamente la compleja estructura de la legalidad en el estado de derecho. Y por lo tanto también son aplicables a los demás sectores del ordenamiento, en los que igualmente podemos distinguir entre mera legalidad y estricta legalidad, poniendo en relación la primera de ellas con la *legitimación jurídica formal* subsiguiente a la vigencia de las normas producidas, y la segunda con la *legitimación jurídica sustancial* que deriva de los vínculos que condicionan la validez de las normas vigentes a la tutela del resto de los derechos fundamentales incorporados también a las constituciones: no a la garantía de la libertad, que en materia penal supone la taxatividad y por tanto la verificabilidad y refutabilidad empíricas de las hipótesis de delito, sino a las garantías de otros bienes o derechos fundamentales, ya sean de libertad o sociales, que pueden no

tener nada que ver con el principio de taxatividad. En efecto, en el estado de derecho tiene un valor teórico general el principio de sujeción no sólo formal sino también sustancial de la ley (ordinaria) a la ley (constitucional), del que resulta la diferente estructura lógica de las implicaciones mediante las cuales hemos formulado el principio de mera y el de estricta legalidad. Esta sujeción sustancial se concreta en las diferentes técnicas garantistas a través de las cuales el legislador y el resto de los poderes públicos son puestos al servicio, mediante prohibiciones u obligaciones impuestas bajo pena de invalidez, de la tutela o satisfacción de los diferentes derechos de la persona. Sobre dicha base será posible, en la última parte de este libro, configurar la teoría general del «estado de derecho» como teoría del garantismo y delinear sus principios a través del análisis de las distintas formas de garantías idóneas para asegurar su efectividad a los diferentes tipos de derechos «fundamentales», que son tales en el sentido de que los valores que expresan «fundamentan» y justifican la existencia misma de esos «artificios», como los llamó Hobbes, que son el derecho y el estado y que son dispuestos por los hombres para su satisfacción.

4. *La irretroactividad de las leyes penales y la prohibición de la analogía.* Podemos relacionar ahora con el principio de legalidad lata y el principio de legalidad estricta, en razón de su diferente estructura lógica, respectivamente otras dos garantías más específicas: el principio de irretroactividad de las leyes penales y la prohibición de analogía penal *in malam partem*, esenciales ambos para asegurar lo que en el apartado 8 llamábamos «certeza del derecho penal mínimo».

La *irretroactividad de las leyes penales* es un corolario del principio de mera legalidad, cuya formulación completa es *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. Si «la pena», afirma Hobbes, «supone un hecho considerado como una transgresión por la ley», «el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley»⁶⁰; por eso «ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito»⁶¹. Por otra parte el principio de irretroactividad suele estar sancionado en los textos constitucionales en unión con el principio de legalidad: «nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito», dice el art. 5 de la Declaración de 1789⁶²; y el art. 25 de la Constitución italiana repite: «nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor con anterioridad al hecho cometido». Está claro que la «ley previa» exigida por dichos principios es solamente la ley propiamente *penal*, es decir, desfavorable al reo. Por los mismos motivos por los que ésta debe ser irretroactiva —la injustificabilidad de agravamientos no predeterminados legalmente o que ya no se consideran necesarios—, la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más

desfavorable si es más antigua que ésta⁶³, y retroactiva si es más nueva⁶⁴. Desde el punto de vista externo, además, no hay ninguna razón para que la irretroactividad y la no ultractividad de las leyes penales más desfavorables para el reo y la retroactividad y ultractividad de las más favorables deban encontrar el límite de la cosa juzgada⁶⁵.

La *prohibición de la analogía* es por el contrario un corolario del principio de estricta legalidad. En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de estricta legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, en contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado «analogía anticipada»⁶⁶. También en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*⁶⁷, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad. De ello se sigue en términos más generales el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales. «No está permitido extender las leyes penales», escribió Francis Bacon, «a delitos no contemplados expresamente»; y «es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos»⁶⁸.

5. *Las vicisitudes del principio de legalidad. Codificaciones y descodificaciones.* La distinción entre sentido lato y sentido estricto del principio de legalidad penal y la asociación a estas dos diferentes acepciones respectivamente de la irretroactividad y de la prohibición de analogía permiten resolver, en el plano historiográfico, las divergencias entre quienes sitúan la afirmación del principio en la época antigua y quienes por el contrario lo consideran un producto moderno⁶⁹. Sin adentrarme en una reconstrucción histórica, creo que se puede afirmar que mientras el principio de mera legalidad puede hacerse remontar al derecho romano, el principio de estricta legalidad sólo queda elaborado por el pensamiento ilustrado; y que la crisis post-ilustrada de la legalidad penal sólo acomete contra el principio en sentido estricto, y no al mismo tiempo contra el principio en sentido lato, al que por el contrario se valora como fuente exclusiva y exhaustiva de legitimación política.

Es dudoso que pueda hablarse de un principio de legalidad propiamente dicho en el derecho griego, en el que la costumbre ocupaba un amplísimo espacio, la ley escrita tenía sólo el valor de un argumento probatorio y la predeterminación del objeto de la acusación,

como se ha visto en el apartado 10.4, quedaba confiada, más que a la ley, al mecanismo de los *status*⁷⁰. Aunque sea limitado al procedimiento ordinario *per quaestiones*, el principio de legalidad, juntamente al de irretroactividad, se encuentra por el contrario enunciado en las fuentes romanas: «poena», afirma Ulpiano, «non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est»⁷¹. El procedimiento *per quaestiones*, introducido en el siglo II a.C., no subsiste sin embargo más allá de la época de Augusto. E incluso en relación con él, en cualquier caso, no puede en absoluto hablarse de un vínculo de estricta legalidad o taxatividad, dado que siempre se admitió el recurso a la analogía, tanto en el campo de los *crimina publica* como en el de los *delicta privata*⁷².

Tampoco en el medioevo se va más allá de la afirmación del principio de mera legalidad penal. Totalmente ignorado en el derecho germánico y en el de la Alta Edad Media, dominados por la costumbre, el principio de legalidad se afirma en efecto en sentido amplio sólo en la *Magna Charta* inglesa⁷³ y por otro lado en la Italia de las municipalidades, donde sin embargo se sigue admitiendo la analogía mediante la *interpretatio ad supplendum* y el *argumentum a simile*⁷⁴. E incluso en sentido lato parece que se disuelve en los siglos XV-XVII, con ese conjunto de arbitrios antilegales y de prácticas presididas por la analogía y la costumbre que caracterizó a la práctica penal pre-ilustrada. Contra semejantes abusos intentaron oponerse muchos juristas italianos —de Pietro Advenate a Farinaccio, de Giovanni Zuffi a Tiberio Deciani— y algunos textos legales del siglo XVII, como el código penal de Bamberg, la *Constitutio criminalis* de Carlos V y la *Petition of Rights* inglesa de 7 de junio de 1628. Pero no faltaron famosos jurisconsultos, como Benedikt Carpzov, que los avalaron, propugnando la libertad del juez para determinar no sólo las penas sino también los tipos delictivos, incluso al margen de cualquier analogía con otras figuras previstas por la ley⁷⁵.

Sólo en la época ilustrada se alcanzó una afirmación nítida y radical del principio de estricta legalidad penal y de la prohibición de analogía⁷⁶. El principio, como se ha visto ampliamente en la parte primera, incluso fue teorizado entonces en términos tan ingenuos y extremistas como para resultar irrealizable: baste pensar en la prohibición no sólo de analogía sino incluso de interpretación y en la ilusión de una aplicación mecánica y literal de la ley. Sin embargo, gracias a estas teorizaciones se introdujo el principio en las primeras constituciones y en los primeros códigos penales: en la *Petition of Rights* americana de 1774; en el código austriaco de José II de 1787; en los arts. 5, 7 y 8 de la Declaración francesa de derechos de 1789; en los arts. 8, 10, 14 y 15 de la Constitución de 1793; en los arts. 7, 8 y 14 de la de 1795; en los párrafos 9, 11 y 20 del código prusiano de 1794, y después, más o menos rigurosamente, en todos los textos constitucionales y en todos los códigos sucesivos. Por otra parte, fue-

ron las ideas de los *philosophes* las que más contaron para inspirar ese imponente movimiento en pos de las codificaciones penales que se expresó en la reforma de Pedro Leopoldo de 1786, en los ya mencionados códigos austriaco y prusiano de 1787 y 1794, en el proyecto lombardo de 1791-92, en el código penal francés de 1791 y en el napoleónico de 1810, extendidos ambos a diversas regiones de Italia⁷⁷. Con los códigos quedaban, si no superadas, sí ciertamente reducidas la falta de certeza, la incoherencia y la confusión de las fuentes, y se daba cuerpo al ideal ilustrado de la predeterminación legal tan clara y precisa como fuera posible de los delitos y de las penas.

En la época contemporánea asistimos a una crisis profunda del principio de estricta legalidad, favorecida por la fragilidad teórica de su formulación ilustrada y alimentada por diversos impulsos irracionales y autoritarios. Examinaré analíticamente en el próximo capítulo, dedicado a la teoría del delito, los momentos y las formas de esta crisis en la cultura y en las instituciones penales europeas de los últimos cien años. Sólo deseo recordar aquí de qué modo las negaciones del principio y la admisión de la analogía *in malam partem* han formado los rasgos comunes y distintivos de las experiencias penales totalitarias de nuestro siglo. En la Alemania nazi una ley de 28 de junio de 1935 reemplazó el viejo art. 2 del código penal de 1871, que enunciaba el principio de legalidad penal, por la siguiente norma: «Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si contra el hecho no encuentra inmediata aplicación ninguna ley penal, el hecho se castigará sobre la base de aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se le adapte»⁷⁸. Y también fue negado explícitamente el principio de legalidad en el derecho soviético de los años siguientes a la Revolución. El código de la república rusa de 1922 —innovando respecto a la instrucción penal de 1918, según la cual era «considerada delito la acción que en el momento de su realización esté prohibida por la ley bajo amenaza de pena»— enunció en el art. 6 una noción de delito puramente sustancial: es delito toda «acción u omisión socialmente peligrosa, que amenace las bases del ordenamiento soviético y el orden jurídico establecido por el régimen de los obreros y campesinos para el período de transición hacia la realización del comunismo»; e introdujo, con el art. 10, la analogía *in malam partem*: «en caso de ausencia en el código penal de normas específicas para cada uno de los delitos, las penas o las medidas de defensa social se ajustarán a los artículos del código penal que contemplen delitos análogos por su importancia y calidad»⁷⁹.

Normas semejantes reflejaban por lo demás orientaciones teóricas ampliamente compartidas por la cultura jurídica europea de comienzos del siglo XX, oscilante entre positivismo antropológico y legalismo ético. «Queremos la retroactividad sobre los hechos para los que la ley

nueva haya modificado de un modo u otro su represión», proclamó Eugenio Florian reivindicando el «principio opuesto al hoy predominante: esto es, la justificación de la absoluta retroactividad de la ley penal en la esfera de los delitos»⁸⁰. Y la «creación de la norma que falta», en presencia de un «acto socialmente lesivo no expresamente previsto por la ley penal», fue recomendada, como se ha visto, por Giuseppe Maggiore y Francesco Carnelutti, que señalaron como modelo precisamente la experiencia soviética⁸¹. Ni siquiera la cultura ius-positivista resultó inmune a estas orientaciones, llegando a poner en discusión, y en algún caso a negar, la prohibición de analogía penal *in malam partem*⁸².

Tras la segunda guerra mundial el principio de estricta legalidad ha sido reafirmado solemnemente. Al menos en nuestro país, sin embargo, la descalificación teórica de sus bases epistemológicas y la crisis de funcionalidad de las instituciones penales han favorecido un proceso creciente de *descodificación*, que se ha expresado en la inflación del derecho y del proceso penal como instrumentos de sustitución respecto a otras funciones de control, en la acumulación aluvial de una desmesurada legislación fragmentaria, en la disfunción en fin del lenguaje legal ya dirigido programáticamente a privilegiar formulaciones equívocas, oscuras y de compromiso. Por lo demás, como veremos en el apartado 42.1, el mismo principio de estricta legalidad está formulado en nuestro ordenamiento de manera sumaria y ambigua; y nuestra doctrina y jurisprudencia se muestran inciertas respecto a su rango constitucional y su alcance normativo. Su rehabilitación epistemológica, tal y como ha sido intentada en la primera parte de este libro, se basa en cualquier caso en el reconocimiento de su carácter de criterio regulativo, o límite ideal, que no es posible satisfacer perfectamente, sino sólo en un *grado* mayor o menor según las técnicas garantistas adoptadas. Por consiguiente, mientras que sobre el principio de mera legalidad no queda nada más que añadir, una completa caracterización del principio de estricta legalidad nos remite a la teoría general del delito y del proceso y al análisis de cada una de las garantías —penales y procesales— en las que se sustancia e implicadas por él como condiciones específicas de validez de las leyes y de los juicios penales.

29. *¿Cómo castigar? Los principios de necesidad y de humanidad de las penas*

1. *¿Qué penas? Las penas feroces: pena de muerte y penas corporales.* La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva

y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.

Sería imposible suministrar un inventario siquiera sólo sumario de las atrocidades del pasado concebidas y practicadas bajo el nombre de «penas». Se puede decir que no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia⁸³. Sin volver a la crueldad de los antiguos ordenamientos, de Egipto a Asiria, de la India a China, bastará recordar la larga lista de las penas capitales —*gladius, securis, crux, furca, culleum (cum cane et gallo et vipera et simia), saxum tarpeium, crematio, bestiis obiectio, fames, decollatio, fustuarium*— previstas y practicadas en Roma⁸⁴; el incremento incontrolado del número de las ejecuciones capitales y de sus técnicas de ejecución —el ahogamiento, la asfixia en el fango, la lapidación, la rueda, el desmembramiento, la quema en vivo, la caldera, la parrilla, el empalamiento, el emparedamiento, la muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido y otras— en los ordenamientos tardo-medievales⁸⁵; las hogueras levantadas contra los herejes y las brujas por la intolerancia y la superstición religiosa⁸⁶; las torturas, las horcas y los suplicios que han martirizado a Europa todavía en la Edad Moderna, hasta el siglo XVIII completo⁸⁷. Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares⁸⁸.

Pero la ferocidad de las penas no pertenece, desgraciadamente, sólo al pasado. La pena de muerte está todavía presente en casi todo el mundo: sólo 28 estados la han abolido por completo; en 129 países —entre los cuales gran parte de los Estados Unidos, la Unión Soviética y la casi totalidad de los países africanos y asiáticos— es aplicada incluso en tiempo de paz; y en otros 18 países, entre los cuales Italia, Gran Bretaña y España, está prevista sólo para tiempo de guerra⁸⁹. Por tanto, las víctimas de la pena de muerte se cuentan, todavía hoy, por millares cada año⁹⁰. Sólo en los Estados Unidos, en particular, han sido ajusticiadas 3.862 personas de 1930 a hoy, en su mayor parte negros⁹¹. Y todavía en muchas partes del mundo han sobrevivido hasta el siglo actual las penas corporales de los azotes y los bastonazos⁹². En fin, a las penas legales señaladas por las cifras oficiales, se debe añadir la cifra negra de las vejaciones y violencias, extra-legales y extra-judiciales, que acompañan en todo el mundo a la ejecución penal y más en general al ejercicio de las funciones policiales y judiciales⁹³.

Por otra parte, si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos: por omisión, por no haber levantado seriamente su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas; y por acción, por haber expresado casi siempre adhesión y apoyo a la pena de muerte. Más allá de las distintas doctrinas sostenidas en torno a los fines de la pena, este pensamiento patibulario entrelaza a filósofos antiguos como Platón, Aristóteles y Séneca⁹⁴, pensadores cristianos, católicos y protestantes, de san Agustín, santo Tomás y Belarmino⁹⁵ a Lutero y Calvino⁹⁶, y pensadores modernos como Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau y Kant⁹⁷; utopistas como Moro, Campanella y Winstanley⁹⁸, ilustrados reformadores como Montesquieu, Hommel, Filangieri, Mably y Condorcet⁹⁹, idealistas como Fichte, Hegel y Croce¹⁰⁰ y filósofos y juristas liberales como Feuerbach, Bentham, Romagnosi, Carmignani, Constant y Stuart Mill¹⁰¹; juristas moralistas como Pellegrino Rossi, Taparelli, Tolomei, Bettiol, Maggiore y Carnelutti¹⁰² y juristas laicos y positivistas como Garofalo, Tarde, Ferri, Rocco y Manzini¹⁰³. Los argumentos son monótonamente los mismos: la justa retribución, la intimidación, la defensa social, la idea de la sociedad como organismo del que está bien amputar el órgano infectado. Por otra parte, también las críticas a la pena de muerte han sido durante largo tiempo dependientes de este tipo de argumentos y, por ello, motivadas predominantemente por razones de utilidad en vez de por el simple principio moral de la inviolabilidad incondicional de la vida humana¹⁰⁴: así, la ausencia de beneficio en la pena capital, su escasa eficacia disuasoria, su carácter irreversible o el efecto deseducativo derivado de la desvalorización oficial de la vida humana¹⁰⁵. Y ésta es quizá una razón no secundaria de la lentitud con la que la institución tiende a desaparecer de los países civilizados¹⁰⁶.

2. *El talión y la idea de una correspondencia natural entre pena y delito.* Es obvio que las penas, si quieren desarrollar la función preventiva que tienen asignada, deben consistir en hechos desagradables, o, en cualquier caso, en «males» idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente se tome la justicia por su mano. Diré incluso que la de ser desagradable es una característica insuprimible y no mistificable de la calidad de la pena, aunque sólo sea porque ésta se impone coactivamente contra la voluntad del condenado¹⁰⁷. Pero ¿en qué deben consistir los males penales, y en qué forma y medida se justifica su irrogación? Me parece que este problema, aquí abordado bajo la pregunta *¿cómo castigar?*, debe ser articulado en dos subproblemas: el de la *calidad* y el de la *cantidad* de la pena. Y que estos dos subproblemas pueden a su vez descomponerse en dos pares de cuestiones: la expresada en la pregunta «qué» y «cuánta pena son legalmente admisibles cualquiera que sea la grave-

dad del delito»; y la expresada en la pregunta «qué» y «cuánta pena son admisibles para este o aquel delito». El primer orden de cuestiones, que afrontaré en este apartado, hace referencia al problema ético-político de los límites de la aflicción penal en general; el segundo, que será tratado en el apartado siguiente, versa sobre los criterios de la pre-determinación legal de la medida de las penas para cada tipo de delito y de su determinación judicial para cada delito concreto. Así será posible, sobre la base de las respuestas a estos dos órdenes de cuestiones, argumentar en el apartado 31 un modelo de «pena mínima» alternativo a las penas hoy admitidas.

La más antigua respuesta al primer orden de cuestiones, que comporta también la primera aunque débil limitación al desenfreno punitivo, es el fruto de una ilusión sustancialista: la idea iusnaturalista de que la pena deba igualar al delito y consistir por tanto en un mal de la misma naturaleza e intensidad.

Esta pretensión va estrechamente ligada a una concepción retributiva de la pena, configurada, por un lado, como contraprestación o contrapaso, y, por otro lado, como medida o *aestimatio delicti*. Y constituye la base de la primera doctrina de la calidad de la pena: el principio del talión —«ojo por ojo, diente por diente»— presente con connotaciones mágico-religiosas en todos los ordenamientos arcaicos, desde el código de Hammurabi¹⁰⁸ hasta la Biblia y las XII Tablas¹⁰⁹. Como la doctrina retributiva, esta idea representa una de las creencias más resistentes de la cultura penal: teorizada por Aristóteles y santo Tomás, para quien la pena es *contrapassum* y por lo mismo «importat aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem»¹¹⁰, perdura aún en la Edad Moderna hasta Kant y Hegel, que identifican expresamente en el talión el modelo ideal y normativo de la pena¹¹¹. Y ha sido sostenida incluso por autores ilustrados y utilitaristas que, en la búsqueda de criterios objetivos e igualitarios de determinación de la calidad de la pena, sucumben igualmente a la ilusión de una cierta correspondencia natural o sustancial de la misma con la calidad del delito: «la libertad triunfa», afirma Montesquieu, «cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito... de la naturaleza de las cosas»¹¹².

Los efectos deletéreos de esta concepción naturalista y primitiva de la relación entre pena y delito son dos. Ante todo, sirve para acreditar, con el principio del talión, las penas corporales y capitales correspondientes a la naturaleza del delito¹¹³: donde la correspondencia no es sólo directa como en el *talio* por la *membri ruptio*, sino también indirecta o simbólica, como la amputación de la mano si el reo es un falsario, la del pie si es un ladrón o un siervo fugitivo, la de la lengua si ha blasfemado, testificado en falso o ha sido perjurio y otras similares¹¹⁴. «Pero si ha cometido un asesinato», sentencia Kant, «tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia»¹¹⁵.

En segundo lugar, tal visión de la pena obstaculiza el proceso de formalización y de tipificación: si las penas deben tener la misma calidad que los delitos, de ello se sigue que tendencialmente deben ser de tantos tipos como lo sean los delitos. Aunque esto resulte imposible y de hecho no se haya dado nunca, es cierto que la pretensión de equiparar la calidad de las penas a la calidad del delito ha sido el principal factor de legitimación de la multiplicidad, variedad y atipicidad de las penas en la época premoderna: desde las penas infamantes, como la argolla y la marca, hasta las diversas penas corporales y capitales como las mutilaciones, los azotes y los suplicios. Todas estas penas consisten por lo demás en *aflicciones*, al mismo tiempo no taxativamente predeterminables por la ley, desiguales según la sensibilidad de quien las padece y de la ferocidad del que las inflige y no graduables según la gravedad del delito: ningún dolor o suplicio físico es en efecto igual a otro, y tampoco cabe preestablecer, medir y menos aún delimitar la afflictividad de ninguno.

Por lo demás, la misma aparente igualdad entre pena y delito perseguida por el talión, que al menos en abstracto debería garantizar la igualdad del tratamiento, ha sido siempre contradicha por el profundo sentimiento de desigualdad social que hasta el siglo pasado animó a la cultura no sólo política sino también filosófica. «Non autem semper esset aequalis si idem specie aliquis pateretur quod fecit», precisa santo Tomás: «nam primo quidem, cum quis iniuriöse laedat alterius personam maiorem, maior est actio quam passio eiusdem speciei quam ipse pateretur. Et ideo ille qui percutit principem non solum repercutitur, sed molto gravius punitur»¹¹⁶. Y Kant, después de haber dicho que la ley del talión debe ser bien comprendida, avanza reservas sobre su aplicación al pie de la letra en el caso de existir «diferencia entre las condiciones sociales»¹¹⁷. Hasta Beccaria, contradiciendo sus antiguas tesis igualitarias, llega a escribir en 1791, comentando las penas corporales del código josefino, que mientras en los «delitos criminales» no es «un gran inconveniente» que «los nobles estén sujetos a una pena igual que la de los plebeyos», «en los delitos políticos que no supongan malicia... se debe tener muchísima consideración con la condición de las personas, porque el bastón, que puede corregir a un mozo de cuerda, envilece y humilla a un noble, a un honesto comerciante y a cualquier persona de cultura, y sume a toda su familia en la más luctuosa ignominia»¹¹⁸.

3. *Las penas modernas como privaciones: penas privativas de libertad y penas pecuniarias.* La relación largamente investigada entre calidad de las penas y calidad del delito corresponde, se ha dicho, a una ilusión regresiva. Se debe a Diderot la primera negación argumentada de cualquier relación natural entre las dos cosas¹¹⁹. Y es precisamente tal negación la que permite la afirmación de la pena moderna como pena *abstracta e igual*, como tal cuantificable y mensu-

rable y por ello pre-determinable legalmente y determinable judicialmente tanto en la naturaleza como en la medida.

Esta tipificación y formalización legal de las penas modernas la ha hecho posible su configuración ya no como *aflicciones* sino como *privaciones*: «privaciones de derechos», según la fórmula de Filangieri y de Pagano¹²⁰, y precisamente de los tres específicos derechos para cuya tutela, como escribió Locke, se constituye y se justifica el estado moderno: la vida, la libertad y la propiedad¹²¹. Los tres tipos de penas consistentes en la privación de estos tres tipos de bienes o derechos —la *pena de muerte* que priva de la vida, las *penas privativas de libertad* que privan de la libertad personal y las *penas patrimoniales* que privan de bienes o potestades económicas— son todas configurables, en efecto, como formalmente *iguales*, golpeando en igual medida y con el mismo tipo de sufrimiento, al margen de las condiciones personales del reo y sobre la base solamente del tipo de delito. Desde este punto de vista, son un fruto de la revolución política burguesa, que marca el nacimiento de la figura del «ciudadano» y del correspondiente principio de abstracta igualdad ante la ley.

De los tres tipos de pena ahora indicados, la más antigua y preburguesa es la *pena de muerte*, que constituye un residuo de las penas corporales. En relación con la premoderna, la pena capital contemporánea acentúa sin embargo los caracteres de la igualdad y de la abstracción: por una parte, efectivamente, tiende a perder los caracteres aflictivos ligados a los antiguos suplicios para convertirse, gracias al uso de técnicas de ejecución lo más indoloras posible (es ejemplar la guillotina), en una pena «igual» y solamente «privativa»; por otra parte, se formaliza al abandonar las antiguas exhibiciones espectaculares y, por el contrario, al ocultarse a la vista del público (ejecuciones al alba y dentro del recinto carcelario, vendas sobre los ojos del condenado y similares)¹²².

La pena privativa de libertad es, en cambio, una pena característicamente burguesa. Es bien cierto que la prisión es una institución antiquísima. La cárcel Tuliana, llamada después Mamertina, y descrita por Salustio y por Livio, según la leyenda, fue construida en Roma por el rey Anco Marcio para infundir temor a la plebe, y más tarde ampliada por Servio Tulio¹²³. En Roma estaban previstas además, entre las diversas penas capitales, la *damnatio ad metalla*, es decir, de trabajos forzados, y la *deportatio in insulam*¹²⁴, y, entre las penas no capitales, la *relegatio*, que podía ser *ad tempus* o *in perpetuum*¹²⁵. El emperador Zenón, más tarde, estableció el carácter exclusivamente público de la reclusión carcelaria, prohibiendo cualquier forma de cárcel privada; y Justiniano reafirmó que nadie podía ser encarcelado sin una orden de los magistrados¹²⁶. Sin embargo, en la época romana la detención propiamente dicha no tuvo en general una función punitiva: «carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet», afirmó Ulpiano¹²⁷. Y aun durante toda la Edad Media su fun-

ción siguió siendo principalmente la cautelar de retener a los imputados durante el tiempo necesario para el proceso, a fin de asegurarlos a la justicia e impedir su fuga; también fue prevista su imposición a las mujeres y a los enfermos como pena alternativa a la de galeras¹²⁸. La cárcel como pena en sentido propio nació en el seno de las corporaciones monásticas de la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la Iglesia católica con las decretales de Inocencio III y de Bonifacio VIII, a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales¹²⁹. Y se afirmó como pena, perpetua o temporal, solamente en los siglos XVII y XVIII: con modalidades primero todavía más atrozmente aflictivas que la pena de muerte¹³⁰ y, después, gracias sobre todo a la experiencia americana de las casas de trabajo y del sistema celular¹³¹, en la moderna forma privativa. Pero sólo en el siglo pasado la pena carcelaria llegó a convertirse en la principal de las penas, desplazando progresivamente a todas las demás¹³².

Igualmente moderna es la forma específica asumida por las *penas patrimoniales*: tanto las *pecuniarias* consistentes en el pago de sumas de dinero, como las *privativas de derechos* consistentes en la pérdida temporal o permanente de alguna capacidad de obrar y de cambiar. Tampoco estas penas, obviamente, fueron desconocidas para la tradición clásica. Antes bien, la palabra *poena* (derivación de la griega *poíné*) indica en origen precisamente las multas enumeradas por el Digesto entre las principales penas no capitales¹³³; y las penas capitales, como he señalado, designan en el léxico romanista también a las varias formas de «muerte civil» y de *capitis diminutio* vinculadas a la *servitus poenae* y que comportaban privaciones de *status* o de derechos civiles singulares¹³⁴. Sin embargo, mientras las antiguas penas privativas de derechos tuvieron preferentemente una función *infamante*, las penas pecuniarias premodernas tuvieron sobre todo el carácter de sanciones *privadas* dirigidas a realizar, como alternativa a la venganza, una composición pacífica del conflicto entre reo y parte ofendida bajo formas de reparación o de precio de la paz: tanto si se trataba de las *mulctae* de derecho romano, inicialmente consistentes en ganado (hasta dos bueyes o treinta corderos) y sucesivamente en sumas de dinero¹³⁵; o del *guidrigildo* o del *fredo*, que en el derecho germánico sustituyen al ejercicio de la *faida* hasta llegar a ser los tipos de pena quizás más difundidos¹³⁶; o también de la confiscación de bienes, prevista en el derecho romano como pena accesoria (*bonorum publicatio*) y ampliamente aplicada en el derecho medieval y en el canónico¹³⁷. Será necesario esperar a las codificaciones modernas para que resulten abolidas las penas infamantes, las multas pierdan cualquier función reparatoria y las dos clases de penas patrimoniales —pecuniarias y privativas de derechos— sean formalizadas unas como penas principales y las otras como penas accesorias.

Tanto en su forma privativa de libertad como en la patrimonial, la pena moderna se configura por lo demás como técnica de *privación* de

bienes desde el presupuesto, específicamente moderno, de la valoración cualitativa y cuantitativa de éstos también a efectos penales: de la *libertad*, tomada en abstracto como «tiempo de libertad» y sustraída por las penas privativas de libertad; de la *propiedad*, tomada en abstracto como «dinero» y sustraída por las penas pecuniarias; de la *potestad de cambio*, tomada en abstracto como capacidad de obrar o derecho de ciudadanía y sustraída por las penas privativas de derechos. Estos tres bienes y las privaciones penales correspondientes son cuantificables y mensurables. Es esta circunstancia la que confiere a la pena moderna el carácter de sanción *abstracta* además de *igual*, legalmente predeterminable tanto en la naturaleza cuanto en la medida como privación de un *quantum* (de un mínimo a un máximo) de valor: un determinado tiempo de libertad en las penas privativas de libertad, una determinada suma de dinero en las penas pecuniarias, un determinado tiempo de capacidad de obrar en las penas privativas de derechos. Al mismo tiempo esta abstracción y mensurabilidad de la pena sirve para configurar su aplicación como *cálculo*, dirigido en el caso específico a la determinación cuantitativa de la pena sobre la base, además de los mínimos y de los máximos previstos para el tipo de delito, de criterios accesorios también predeterminados cuantitativamente en forma de aumentos o reducciones de fracciones de pena (por las circunstancias agravantes o atenuantes, por el delito continuado, por los distintos tipos y grados de reincidencia, etc.). Así resulta asegurado un ulterior carácter de la pena moderna: la *proporcionalidad* de las penas a la gravedad de los delitos, o, más exactamente, considerada la naturaleza convencional de los delitos y de las penas, el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela.

Es innegable que este planteamiento —la tipicidad, la igualdad, la abstracción, la cuantificabilidad, la calculabilidad, la proporcionalidad, la predeterminación legal y la determinación judicial de la pena— presenta un pronunciado carácter «burgués». Concurren efectivamente a hacer que así sea, además de los principios modernos de igualdad jurídica y formal de los ciudadanos, del primado de la ley general y abstracta y de la certeza del derecho, también la *forma de mercancía* y el *valor de cambio* adquiridos por la fuerza de trabajo y de manera mediata por el *tiempo* de trabajo (y de libertad) en la sociedad capitalista. Como la moneda en la determinación convencional del valor de cambio de los bienes, así también el *tiempo* asume en el derecho penal moderno el papel de «equivalente general» en la determinación convencional de la gravedad de los delitos según el «valor» por ellos lesionado. Puesto que «el valor», escribe Hegel, es «*interna igualdad* de las cosas, totalmente diversas en su existencia específica», es solamente por «la forma exterior» como «el robo, el hurto, la

multa y la pena de prisión son simplemente diferentes», mientras «en cuanto a su valor, en cuanto a su característica general de ser lesiones, son *comparables*. Es entonces [...] tarea del entendimiento buscar el acercamiento a la igualdad de su valor»¹³⁸.

Todo esto ha inducido a algún teórico marxista, como E. Pasukanis, a establecer una arbitraria aunque sugestiva homología entre el derecho penal y el derecho civil de las relaciones económicas de cambio y a representar la pena como «contraprestación» o «precio» del delito¹³⁹. Esta representación es del todo insensata. La relación entre pena y delito no es una relación de cambio como la que se da entre mercancía y moneda, sino una relación pública y determinada por la autoridad en la que no se cambia y mucho menos se contrata algo¹⁴⁰; y las penas privativas de libertad o pecuniarias, aun cuando concebibles como «equivalentes generales», no se imponen a causa de un «cambio de equivalentes» como imaginan Pasukanis y sus epígonos, sino contra la voluntad del condenado para prevenir los males mayores que provendrían de las represiones informales y de la repetición de delitos análogos. La idea de que la relación entre delito y pena como relación entre equivalentes sea un fruto del moderno capitalismo es sencillamente un absurdo, si se piensa en la codificación del talión desde el código de Hammurabi y sobre todo en la monetarización —en una lógica ésta sí mercantilista y privatista— de cada mínima parte del cuerpo humano, e incluso de la complexión física de los obispos¹⁴¹, en la legislación bárbara de la Alta Edad Media europea.

Lo grave es que esta impropia homología entre derecho penal y civil y su asociación a la estructura social capitalista han hecho considerar la «forma de equivalente» de la pena moderna, con sus caracteres de cuantificabilidad, determinabilidad y proporcionalidad, no ya como un rasgo progresista sino como un signo específico de su naturaleza de clase. Y, de este modo, en coherencia con la concepción antiformalista y materialista del delito antes recordada, han inducido a impugnar el carácter igual y abstracto de la ley penal y de la determinación judicial de la pena como medida cierta y definitiva (no agravable después de la condena), así como a recomendar su sustitución por técnicas indeterminadas de defensa social de carácter terapéutico o pedagógico: por ejemplo, en vez de la reclusión por tres años, tres meses y tres días, después de los cuales el condenado recupera en cualquier caso su libertad, un tratamiento pedagógico diferenciado y por tiempo indeterminado hasta conseguir la reeducación y la neutralización del reo, naturalmente a criterio de las autoridades¹⁴². Es claro que tales orientaciones no pueden tener —como en efecto han tenido— más que resultados regresivos hacia formas medievales de derecho penal máximo y de arbitrio absolutista y pre-burgués. Aquéllas se resuelven en efecto en el abandono de casi todos los principios penales garantistas —la retributividad, la estricta legalidad, la proporcionalidad de la pena a la lesividad del delito y a la culpabi-

lidad de su autor— a causa de la confusión entre la contingente naturaleza de clase de los contenidos del derecho penal y la forma jurídica que los mismos han asumido en los ordenamientos: como si el problema estuviera en suprimir esta forma jurídica, que es un sistema de límites y de garantías frente a las naturales vocaciones absolutistas de la potestad punitiva, y no en reformar, reducir y vincular las condiciones de su ejercicio, tanto formales como sustanciales.

4. *El principio de la pena mínima necesaria y el de respeto a la persona.* Pueden quizá distinguirse, en términos aproximados, tres fases en el desarrollo histórico de las penas: la de las penas *informales*, marcada por el carácter casual, relativamente espontáneo, no reglado y, sobre todo, privado de la intervención punitiva; la de las penas *naturales*, caracterizada por la búsqueda, aunque sea ilusoria, de un nexo natural o sustancial entre pena y delito; y la de las penas *convencionales*, basada en el reconocimiento del carácter exclusivamente jurídico de la relación entre el tipo y el grado de las penas y el tipo y el grado del delito. Cada una de estas fases corresponde, en líneas generales, al afirmarse de un principio penal garantista y de una consiguiente limitación del arbitrio punitivo. Así, las penas que he llamado «naturales» suponen, respecto a las «informales», la aceptación del principio de retributividad expresado en nuestro primer axioma *nulla poena sine crimine* e indudablemente satisfecho por el criterio del talión. Las penas «convencionales», a su vez, se afirman simultáneamente al principio de legalidad de las penas expresado en la tesis T11 *nulla poena sine lege*, indispensable para la estipulación y graduación normativa de la calidad y cantidad de las penas. En fin, la formalización legal de la pena constituye un presupuesto esencial también para su minimización conforme al criterio, utilitarista y humanitario, expresado por la tesis T12 *nulla poena sine necessitate*.

Si los dos primeros principios responden a la pregunta «¿cuándo castigar?», este tercer principio constituye la principal respuesta, elemental y quizá un poco sumaria, dada por el pensamiento ilustrado a la pregunta «¿cómo castigar?». La pena —según la tesis ya aludida que une a Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham y Carmignani— debe ser «necesaria» y «la mínima de las posibles» respecto al fin de la prevención de nuevos delitos¹⁴³. Se trata de una afirmación revolucionaria, aunque banal en apariencia, que fue recibida por las primeras cartas constitucionales como freno a las penas inútilmente excesivas. «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias», establecen el art. 8 de la Declaración de 1789, el art. 16 de la Constitución francesa de 1793 y el art. 12 de la de 1795. Y antes aún el art. 9 de la Declaración de Virginia de 1776 había sancionado la prohibición de infligir «castigos crueles o inusitados». Más todavía que las específicas técnicas garantistas de

las que hablaré en el próximo capítulo, este objetivo de la mitigación y minimización de las penas inspirado en una ética racional de tipo utilitarista es quizá el rasgo más característico del movimiento penal reformador desarrollado por la Ilustración¹⁴⁴.

Como he señalado en el apartado 24, los argumentos utilitaristas de la defensa social y de la prevención de los delitos, mientras sirven para sugerir el *límite mínimo*, son sin embargo escasamente aptos para fundar el límite máximo de las penas. Por lo demás, en la batalla ilustrada contra la ferocidad punitiva, tales argumentos a veces van acompañados por otros, más inmediatamente morales y humanitarios: «no hay libertad», escribe Beccaria anticipando a Kant, «cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte cosa»¹⁴⁵. Aunque la tradición iluminista haya insistido sobre todo en los argumentos del primer tipo, los del segundo son seguramente más fuertes, en el plano teórico y filosófico, en apoyo de la mitigación de las penas y sobre todo de la supresión de la pena de muerte y de la cadena perpetua. Es probable que la insistencia de los ilustrados en argumentaciones utilitaristas haya sido en parte una necesidad táctica, que da fe de las fuertes resistencias políticas y culturales con las que topaba su batalla humanitaria. Pero es cierto que argumentos de este tipo no están en condiciones de sostener de manera incondicionada ni siquiera la opción contra la pena capital, al ser siempre posible objetarles con otros argumentos utilitarios, de carácter opuesto y simétrico¹⁴⁶. Precisamente en base a éstos, por el contrario, puede estar siempre legitimada la necesidad de la pena de muerte, en algún caso extremo y excepcional: como lo es para Beccaria el del reo de subversión del estado que aun detenido podrá igualmente influir desde la cárcel sobre la acción subversiva¹⁴⁷, o para Bentham el de los delitos de alta traición, de asesinato atroz o de estragos¹⁴⁸. Estos argumentos, si bien fueron en un principio inevitables y sirvieron para deslegitimar las penas superfluas, con posterioridad han acabado obstaculizando precisamente el proceso de humanización y minimización de las penas.

Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es por el contrario el principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un «medio» o «cosa», sino siempre como «fin» o «persona». No es sólo, y sobre todo, no es tanto por razones económicas, sino por razones morales ligadas a aquel principio, cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, por lo que la pena no debe ser cruel e inhumana; y los principios son tales precisamente porque no se pliegan a lo que en cada caso convenga. Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda, irre-

ductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delinquentes.

Por otra parte, si se adopta la perspectiva de reforma del utilitarismo penal trazada en el capítulo 6, los argumentos utilitarios no sólo se corresponden con los morales, sino que contribuyen a precisarlos y reforzarlos. Al contrario que el simple parámetro utilitarista de la prevención general de los delitos, que no permite excluir que la supresión de un delincuente pueda en algún caso ser útil a las exigencias de la defensa social, la ulterior finalidad utilitarista de la prevención de las penas extra-legales y excesivas, al estar referida a la utilidad de la persona del reo, impone la consideración de esta última, de conformidad con el segundo principio kantiano de la moral, no como un medio sino como un fin. Y resulta por eso un argumento no sólo pertinente, sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona. Ya se ha dicho que esta medida es el *límite máximo* no superable sin que el reo sea reducido a la condición de cosa y sacrificado a finalidades ajenas.

Principio de necesidad y dignidad de la persona son así los dos criterios complementarios —correspondientes a los dos fines asignados a la pena en el apartado 24— sobre los que podemos basar, frente a las recurrentes sugerencias de las ideologías retribucionistas y de la defensa social, un nuevo programa de minimización de las penas. Es claro que no sólo la pena de muerte y las penas corporales e infamantes, sino también esa especie de muerte civil que es la cadena perpetua contradice estos elementales criterios de legitimación externa de la calidad de la pena. Pero lo mismo puede decirse de las penas privativas de libertad excesivamente largas, que asimismo, como se dirá en el apartado 31, tendrían que ser suprimidas mediante la fijación de un límite máximo más bajo.

Sobre todo, en fin, los dos criterios valen para vincular la calidad de la pena a los tres rasgos modernos antes señalados: el de la igualdad, el de la legalidad y el del carácter sólo privativo de la pena. De ello se sigue, en primer lugar, la ilegitimidad de cualquier forma de diferenciación en la ejecución penal; en segundo lugar, la inadmisibilidad de cualquier forma de flexibilidad o de incertidumbre en la du-

ración de la pena; y, en tercer lugar, lo intolerable de cualquier actividad pedagógica o correctiva en la expiación de la pena. Tanto la diferenciación como el tratamiento reeducativo y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la calidad y la duración de la privación de libertad contradicen efectivamente no sólo los principios de retributividad, legalidad y jurisdiccionalidad, sino también los de necesidad y humanidad de las penas, resolviéndose en tratamientos desiguales no justificados por la diversidad del delito y, por consiguiente, lesivos para la libertad interior y la dignidad personal del reo, por su pretensión de transformar a la persona. Por otra parte, tampoco la desigualdad y la atipicidad de la pena pueden justificarse —como en los regímenes y en las cárceles *especiales* instituidas en Italia durante el último decenio— por exigencias de seguridad frente al peligro de evasiones o de contactos ilícitos con el exterior. Estas exigencias, como diremos en su momento, justifican medidas de vigilancia externa, pero no medidas aflictivas o restrictivas de carácter selectivo y discriminatorio para clases especiales de presos.

Excluida cualquier finalidad de enmienda o disciplinaria, lo único que se puede y se debe pretender de la pena es que, como escribiera Francesco Carrara, «no pervierta al reo»¹⁴⁹: es decir, que no reeduce pero tampoco deseduque; que no tenga una función correctiva pero tampoco una función corruptora; que no pretenda hacer al reo mejor pero que tampoco lo haga peor. Mas para tal fin no se precisan actividades específicas diferenciadas y personalizadas. Es necesario sobre todo que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda; que en todas las instituciones penitenciarias esté previsto el trabajo —no obligatorio, sino facultativo— junto al mayor número posible de actividades colectivas, de tipo recreativo y cultural; que en la vida carcelaria se abran y desarrollen espacios de libertad y de sociabilidad mediante la más amplia garantía de todos los derechos fundamentales de la persona; que, en fin, se promueva la apertura de la cárcel —los coloquios, encuentros conyugales, permisos, licencias, etc.— no mediante la distribución de premios y privilegios sino con la previsión de derechos iguales para todos. Es probable que todo esto, aunque necesario, resulte insuficiente para impedir la función pervertidora y criminógena de la cárcel: y esto, como veremos en el apartado 31, es uno de los argumentos más consistentes en apoyo de la abolición de la pena privativa de libertad.

30. *Los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas*

1. *¿Cuánta pena? La medida de la pena y el principio de proporcionalidad.* El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna re-

lación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

Aunque se remonta a la antigüedad¹⁵⁰, el principio de proporcionalidad de la pena sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad y, sobre todo, la mensurabilidad y la calculabilidad de las penas. «Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas», pensaba Beccaria, «debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura»¹⁵¹. Es claro que semejante proyecto de cálculo no era en modo alguno realizable con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próximas al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad. Sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena. No es una casualidad que el principio llegara a afirmarse primero en el código leopoldino de 1786 y después en el napoleónico de 1810 y en todos los sucesivos códigos decimonónicos simultáneamente al progresivo declive de las penas corporales y a la introducción de las penas privativas de libertad como penas principales¹⁵².

Desgraciadamente, como observó Bentham, la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación¹⁵³. Una vez disociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro¹⁵⁴, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicables en cada caso, como por lo demás el apenas discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa. Este problema es a su vez susceptible de ser descompuesto en tres subproblemas: el de la *pre-determinación* por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito; el de la *determinación* por parte del juez de la naturaleza y medida de la

pena para cada delito concreto; el de la *post-determinación*, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida.

2. *La pre-determinación legal de la pena. La escala de penas y los límites máximos y mínimos.* En un libro reciente, titulado *La commisurazione della pena* pero dedicado exclusivamente al problema de la determinación de la pena por parte del juez, Emilio Dolcini lamenta la escasez de literatura penalista sobre el tema¹⁵⁵. Pero si es escasa la literatura en materia de determinación judicial, sobre la pre-determinación legislativa de la calidad y de la cantidad de la pena es casi inexistente. Después de haber comprometido y apasionado el debate ilustrado, este difícil problema de ciencia de la legislación parece haber desaparecido del horizonte teórico de la cultura penalista, confirmando el ya apuntado abandono del punto de vista externo por parte de ésta y su actitud acríticamente contemplativa en relación con el derecho vigente¹⁵⁶.

La primera dificultad originada por el problema de la elección por el legislador de la entidad de la pena en relación con la gravedad del delito corresponde a la noción de «gravedad» del delito. Existen al respecto, como se verá en el apartado 35, dos orientaciones diversas: una objetivista, que mide la gravedad del delito y por consiguiente la de la pena por la entidad del daño; otra subjetivista, que la mide por el grado de la culpabilidad. También la elección de uno de estos dos criterios, así como del criterio de su equilibramiento, requiere decisiones basadas en opciones de valor. Es claro que dentro de un sistema como SG, que incluye tanto el principio axiológico de la lesividad como el de la culpabilidad, deben acogerse ambos criterios, en el sentido de que los límites de la pena tienen que variar tanto en relación con el daño como en relación con la culpa. Pero el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro.

Todavía más difícil es el problema de las medidas máxima y mínima de la pena determinables conforme a los dos criterios aludidos. Si, en efecto, la pena es cuantificable, no es cuantificable el delito. Y han fracasado todos los esfuerzos realizados hasta la fecha para colmar esta heterogeneidad mediante técnicas para medir la gravedad de los delitos, tanto las referidas a los grados del daño como sobre todo los de la culpabilidad¹⁵⁷. Más allá de la ingenuidad calculadora en la que se ha afanado inútilmente, el utilitarismo penal puede ofrecer, sin embargo, algunas indicaciones que tienen el valor de parámetros de valoración tanto del límite mínimo como del límite máximo de la pena en relación con la gravedad del delito.

Por lo que se refiere al límite mínimo, la indicación de mayor relieve es aquella —avanzada por Hobbes y recogida por Pufendorf y Bentham— conforme a la cual la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena: si no fuera así, efectivamente, la pena sería más

bien una *tasa*, y no cumpliría ninguna función disuasoria ¹⁵⁸. Desde este punto de vista se puede decir que el elemento de la medida está comprendido en la definición de la pena, dado que por debajo de un límite mínimo la pena se convierte en tasa. Es bueno señalar que esta argumentación vale sobre todo para las penas pecuniarias: no sólo por su homogeneidad con las tasas, asimismo consistentes en sumas de dinero, sino también por la relativa facilidad de valorar su coste y por consiguiente la eventual insuficiencia en relación con el provecho obtenido con el delito; también porque, como haré ver en el próximo apartado, precisamente las penas pecuniarias salen abiertamente descalificadas de esta comparación. Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad: también una de estas penas breve puede en efecto procurar, aunque sólo sea por su carácter deshonroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo ¹⁵⁹.

El mismo criterio aquí ilustrado fue indicado por Beccaria también como límite máximo: «para que una pena obtenga su efecto», afirmó, «basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito... Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico» ¹⁶⁰. Por muy sugestiva que sea, esta fórmula es desgraciadamente un paralogsimo: por una parte requiere que el mal de las penas *exceda* al bien del delito, indicando así, como las tesis de Hobbes y de Bentham, un límite mínimo; pero por otra afirma que «*todo lo demás*» es tiránico. «Tiránico» sería así «todo lo demás» respecto a «lo que exceda», lo que es una contradicción en los términos. Debe añadirse que la fórmula es inconsistente no sólo desde el punto de vista lógico y semántico, sino también desde el punto de vista pragmático, al ser imposible comparar, por su absoluta heterogeneidad, el mal incierto con el que se amenaza mediante la pena privativa de libertad y los bienes ciertos obtenidos con el delito.

Menos heterogéneas —referidas ambas a males, aunque sufridos por sujetos diversos— son las magnitudes comparadas con objeto de determinar el límite máximo, en el criterio formulado por Bentham y recuperado recientemente por Hart. Forma parte de «un utilitarismo sensato», dice Hart, que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la «transgresión incontrolada» ¹⁶¹. Es evidente la validez de este criterio para deslegitimar las penas absolutamente desproporcionadas con las que, en la época premoderna, se castigaban las infracciones más leves: baste pensar en las mutilaciones o incluso en la pena capital para los hurtos, blasfemias, falsedades y otros semejantes, contra las que se dirigen los ataques de Montesquieu,

Voltaire, Beccaria, Federico II, Hommel, Filangieri¹⁶². Pero afortunadamente, en el derecho penal de los actuales ordenamientos evolucionados —en los que el coste global de las penas ha llegado a ser sin duda inferior al de los delitos— un criterio similar ya no está en condiciones de cumplir ninguna función de limitación de la violencia punitiva: sería en efecto bien poca cosa si esta función se limitase, en una lógica puramente retributiva, a exigir que la violencia criminal fuese a lo sumo duplicada, —en vez de, por hipótesis, triplicada— por la violencia de las penas. Por lo demás, para el propio Hart el criterio benthamiano parece reservado únicamente para las transgresiones leves¹⁶³. Debo añadir que éste, en particular, no puede en consecuencia valer para los delitos culposos —como las muertes en accidentes de tráfico, para las que legitimaría penas draconianas—, al menos si se considera que la culpabilidad, en él completamente descuidada, debe tener relevancia en la determinación de la pena.

Esto quiere decir que el criterio de Bentham, si puede servir en algún caso y es en este sentido necesario, no resulta por sí solo suficiente y únicamente puede contribuir a integrar otro criterio bastante más pertinente. Este criterio más pertinente es el ilustrado en el capítulo 6, según el cual la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. Esto tiene tres ventajas. Ante todo que la comparación que en base a él se establece se da entre dos magnitudes completamente homogéneas, no sólo porque ambas consisten en males sino también porque se refieren a la misma persona, el reo. En segundo lugar, y en consecuencia, este criterio, al tener como punto de referencia a la persona del reo, no la degrada a «cosa» o «medio» para finalidades ajenas, sino que la configura como fin en sí misma, conforme al segundo imperativo kantiano de la moral. En fin, permite una compensación entre males infligidos y males prevenidos y una correlación entre límite máximo y límite mínimo de las penas: precisamente, cuanto más alto es el coste de las penas tanto mayor es su capacidad de prevención, pero tanto menor es su justificación con respecto a los males prevenidos —delitos y castigos informales— y menos amplía la esfera de los bienes cuya tutela penal está justificada; por el contrario, cuanto más bajo es el coste de las penas, tanto menor es su eficacia preventiva pero tanto mayor es su justificación para la tutela de una mayor cantidad de bienes jurídicos. En consecuencia, es injustificado un límite mínimo que anule la eficacia preventiva de la pena en relación con los delitos; pero también lo es del mismo modo un límite máximo que anule la justificación en relación con los mayores castigos informales prevenidos por la misma.

Naturalmente, tampoco este criterio permite una comparación precisa. Se trata en efecto de una indicación que puede únicamente orientar las valoraciones del legislador. Por lo demás, al hacer referencia a todas las violencias posibles en ausencia de la pena, este pa-

rámetro alude a una multiplicidad de factores que no es fácil sopesar y que deben ser tenidos en cuenta por el legislador en sus opciones concretas. Consideradas desde el punto de vista histórico y sociológico, estas opciones sirven para conformar una especie de *escala* de penas, y por consiguiente de los bienes penalmente protegidos por un determinado ordenamiento. «La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales», escribió Rudolf Jhering¹⁶⁴, de suerte que el sistema de penas señala la escala de valores históricamente determinada de una sociedad dada, además de su grado de autoritarismo, tolerancia, humanidad¹⁶⁵. Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Existen por lo demás dos tipos de pena que parecen por su naturaleza contrarios al principio de proporcionalidad y de igualdad de las penas: la cadena perpetua y las penas pecuniarias. Como veremos más adelante, ambas formas de pena carecen de justificación externa por motivos bien distintos: una porque es inhumana y no graduable equitativamente por el juez, la otra porque resulta en todo caso desproporcionada por defecto a cualquier prohibición penal informada por el principio de economía o de necesidad. Pero ambas se sustraen además al principio igualitario de proporcionalidad: la cadena perpetua, porque tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos; las multas, porque su grado de afflictividad depende de la riqueza del reo.

3. *La determinación judicial de la pena. El cálculo penal y el principio de equidad.* El problema de la determinación de la pena por parte del juez se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial. La historia de sus soluciones se confunde, en consecuencia, con la del principio de legalidad de las penas expresado en la máxima *nulla poena sine lege*.

En el derecho penal premoderno —hasta la codificación del principio de estricta legalidad y de tipicidad de las penas— estos espacios fueron amplísimos. Ya en crisis en el derecho romano de la época imperial el viejo sistema de las *leges iudiciorum publicorum* y del pro-

ceso *per quaestiones*¹⁶⁶, la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena resulta desbordada en el sistema de las *cognitiones extraordinariae*, que permitió también el desarrollo de las *poenae extraordinariae* encomendadas a la valoración del juez¹⁶⁷. Este sistema —frenado primero por Justiniano y después, aún más rígidamente, por las minuciosas escalas penales de la Alta Edad Media bárbara¹⁶⁸— se impuso, de forma todavía más desordenada, después del siglo XI: desde entonces hasta las codificaciones, también por la ausencia de una legislación penal sistemática, todas las penas, incluida la de muerte, acabaron por quedar al arbitrio de los jueces¹⁶⁹. Todavía en el siglo XVIII las constituciones piemontesas autorizaban a los magistrados a aumentar a su arbitrio las penas dictadas por la ley y a convertir en corporales las penas pecuniarias; y otro tanto hacían las leyes de Módena, e incluso el código toscano de Pietro Leopoldo, que asimismo consentían a los jueces las *pene arbitrarie*¹⁷⁰.

Fue precisamente la polémica contra el despotismo de los jueces, como se ha dicho al comienzo de este libro, lo que constituyó el principal motivo inspirador de la batalla ilustrada por la reforma penal. «Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador», escribió Beccaria¹⁷¹. De esto se sigue que «ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad» y que es «oficio» de los jueces «sólo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes» establecidas por un «código fijo» que deben «observar a la letra»¹⁷². De otra parte, en el furor polémico contra el arbitrio judicial, la cultura penal ilustrada cultivó un equívoco: la idea, ligada al mito del juez como «boca de la ley», de la necesidad de una absoluta predeterminación legal de la pena y de la supresión de cualquier discrecionalidad judicial en la valoración de la gravedad del delito y, por consiguiente, en la medida de la pena correspondiente. Esta idea fue acogida por el código penal francés de 1791, el cual —a diferencia del código austriaco de José II de 1787 y después del napoleónico de 1810 y de todos los códigos sucesivos, que establecían máximos y mínimos de pena para cada delito— dispuso para cada tipo de delito penas fijas e invariables, sin permitir al juez ninguna posibilidad de graduarlas según la gravedad del concreto delito cometido¹⁷³.

Tras el análisis llevado a cabo en el apartado 11, es fácil entender que esta solución, informada por un abstracto principio de igualdad legal, es el fruto de una total incomprensión de la epistemología del juicio y en particular del específico, insuprimible momento de la actividad de juzgar que es la *comprensión equitativa* del hecho legalmente denotado; y que este equívoco se traduce de hecho en un sistema inicuo, que equipara injustamente situaciones iguales en cuanto a los elementos denotados por la ley pero diversas en cuanto a los rasgos específicos del hecho. Dos hechos, hicimos ver entonces, aun

cuando igualmente denotados como hurtos o como homicidios en proposiciones igualmente verdaderas, no son nunca del todo iguales: serán distintos, por singulares e irrepetibles, los móviles y las modalidades de la acción, la gravedad del daño, la intensidad de la culpa, las eventuales razones o justificaciones, etc. Estas especificidades —que hacen a cada hecho distinto de otro aun cuando esté denotado por la misma figura de calificación penal— constituyen en su conjunto la *connotación* del caso sometido a juicio, cuya individualización y comprensión compete al juez no menos que la verificación o prueba de la *denotación* del hecho como delito. Y justifican, precisamente conforme al principio de igualdad, la graduación equitativa de la medida de la pena para cada hecho singular connotado, dentro de los límites máximos y mínimos (en cualquier caso por debajo de los límites máximos) establecidos por la ley para la totalidad de los hechos denotados por ella.

En consecuencia, son dos los problemas que tenemos que afrontar. El primero hace referencia a la extensión del *poder judicial de connotación*. Este poder, me parece, será compatible con el principio de estricta legalidad de las penas y con la lógica de la división de poderes en la medida en que consista únicamente en la determinación de la *cantidad*, pero no también en la determinación de la *calidad* de las penas. Si, en efecto, dos hipótesis de delito tienen igual denotación legal y diversa connotación judicial, la única forma de que sean respetadas su igualdad y al mismo tiempo su diferencia es que tengan penas iguales en cuanto al tipo y diversas en la medida. Y puesto que la determinación en abstracto del tipo de pena está ligada al poder de denotación legal, mientras que la determinación en concreto de la medida de la pena concierne al poder de connotación judicial, la primera está reservada a la ley y la segunda al juicio. De ello se sigue que es contrario al principio de legalidad de las penas que para el mismo tipo de delito la ley prevea alternativamente penas privativas de libertad y penas pecuniarias, desplazando la opción al juez; así como sería contrario al principio de jurisdiccionalidad que, con independencia de los rasgos concretos del hecho comprobado por el juez, la ley predeterminase para él la pena en una medida fija. Es claro que el problema está destinado a perder mucha de su importancia, de aceptarse la perspectiva de la despenalización de todos los delitos castigados con penas pecuniarias y, por ende, la supresión de este género de penas, formulada aquí en los apartados 31.4, 33.3 y 43.5.

El segundo problema es de naturaleza epistemológica y se refiere a la naturaleza de las circunstancias o caracteres relevantes a los fines de la valoración de la gravedad del delito concreto y de la determinación de la pena adecuada a la misma. Una vez aceptada conforme a ciertas interpretaciones y pruebas la verdad jurídica y fáctica de una imputación dada, ¿cuáles son los criterios pragmáticos a los que el juez debe atenerse en la decisión sobre la calidad (si no obstante la reserva

antes formulada la ley prevé alternativamente varios tipos) y sobre la cantidad (si la ley establece un límite máximo y/o uno mínimo, o si incluso no precisa límite alguno) de la pena? En el apartado 11 he caracterizado el principio de equidad como una regla semántica que —correlativamente al principio de legalidad, definido como una regla semántica que preside la denotación del hecho permitiendo su verificación o prueba— preside la connotación del mismo hecho haciendo posible su comprensión. A diferencia de la denotación, que permite una comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o sobre la falsedad, la connotación requiere sin embargo, inevitablemente, juicios de valor: en cuanto basados en referencias empíricas, en efecto, los juicios de «gravedad» o «levedad» de un hecho suponen siempre, como se dijo, valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Es claro que los criterios de valoración que presiden la connotación y la comprensión son innumerables y variados. El art. 133 del código penal italiano, por ejemplo, indica una larga serie de éstos: la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro ocasionado, la intensidad del dolo o el grado de la culpa, los motivos para delinquir, el carácter del reo, sus antecedentes penales, sus modelos de vida, sus condiciones individuales, familiares y sociales. Se trata de indicaciones sin duda útiles para orientar al juez sobre los elementos a tener en consideración. Estos criterios, aunque numerosos y detallados, no son sin embargo exhaustivos: por su naturaleza, la connotación escapa en efecto a una completa predeterminación legal. Y sobre todo, a causa de su inevitable carácter genérico y valorativo, carecen de condiciones para vincular al juez, al que sin embargo se remiten siempre los juicios de valor sugeridos por aquéllos.

Son estos juicios de valor los que forman la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial. Sobre ellos sería vano pretender controles ciertos y objetivos. Sólo se pueden avanzar dos órdenes de indicaciones, en el método y en el contenido. En el plano del *método* se puede y se debe pretender que los juicios en que se apoya la connotación no sean sobreentendidos, sino explícitos y motivados con argumentaciones pertinentes que evidencien las inevitables premisas valorativas de los mismos. Entre éstas, en un ordenamiento como el italiano, informado constitucionalmente por el respeto de la persona y el reconocimiento de su dignidad, está la del *favor rei* y, más exactamente, la de la «indulgencia» y la «simpatía» que, como se ha visto en el apartado 11, se encuentran insitas en la epistemología de la *comprensión equitativa* de todas las circunstancias específicas del hecho y de su autor. Esta indulgencia debe entrar a formar parte de la motivación. De ello se sigue que el juicio debe ser tan avalorativo en la denotación como valorativo en la connotación; tan imparcial y exclusivamente vinculado a la ley y a las pruebas en la verificación,

como simpatético y abiertamente inspirado en los valores constitucionales en la comprensión. En cuanto al *contenido*, el objeto de la connotación judicial debe limitarse al hecho enjuiciado y no extenderse a consideraciones extrañas a él. En consecuencia, a los fines de la connotación están excluidas consideraciones o juicios en materia de prevención o de defensa social: puesto que dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto, el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. Por otro lado, la limitación de la connotación equitativa a la comprensión del hecho enjuiciado vale para excluir que conforme a ésta pueda tener relevancia penal la conducta personal del imputado: y esto también para evitar cualquier tentación del juez de sobornar al imputado y de condicionar la defensa con la perspectiva de favores penales por el contenido de sus deposiciones. Más problemática es la valoración del futuro referida a la persona del condenado. A este propósito, la única consideración admitida —convergente con el principio equitativo de la indulgencia— me parece la de que cuanto mayor sea la pena tanto más se consolidará la exclusión del condenado de la sociedad y se reforzará su identidad desviada. Pero ésta es una consideración general que debe presidir no sólo las opciones del juez sino antes aún las del legislador.

4. *La determinación de la pena en la fase ejecutiva y el principio de certeza.* Hay un tercer problema, que se añade a los de la pre-determinación legal y de la determinación judicial de la pena; es el que he llamado de la *post-determinación* de la medida de la pena en la fase de ejecución. ¿Es legítima la modificación de la duración de la pena en sede de ejecución? ¿Es lícito a la administración carcelaria, o incluso al juez de ejecución, reducir o aumentar la pena conforme a los resultados del tratamiento?

Las respuestas positivas a esta pregunta se justifican solamente con el presupuesto, estrictamente correccionalista, de que el fin exclusivo e inderogable de la pena sea la reeducación del reo. Dada esta premisa, si un preso resulta arrepentido antes del fin o, por el contrario, no arrepentido en el momento del fin de la ejecución, deberá ser liberado en el primer caso anticipadamente y en el segundo con posterioridad a la fecha de extinción de las penas infligidas.

Es del todo evidente que la segunda solución contrasta de forma llamativa con cada uno de los diez axiomas de nuestro sistema SG. Esto no quita, como se ha visto en el capítulo 5, para que la misma haya sido también recientemente recomendada por diversas corrientes correccionalistas, y en particular, con la propuesta de la *non fixed sentence*, por la *new penology* americana¹⁷⁴. Menos clara es la cuestión del acortamiento de la pena en sede de ejecución. Se trata del tipo de flexibilidad de la pena privativa de libertad que hacen posible en

sede de ejecución las llamadas «medidas alternativas», introducidas en este siglo en casi todos los países europeos y, en Italia, con la reforma penitenciaria de 1975 y con la ley n. 663 de 10 de octubre de 1986¹⁷⁵. En su apoyo hay un argumento consistente y sugestivo: ¿qué sentido tiene continuar manteniendo reclusa a una persona cuando, a muchos años de distancia de la imposición de la pena por parte del juez, es ya otra completamente distinta de la que fue condenada?

Esta pregunta supone evidentemente una concepción retributiva, además de pedagógica, del fin de la pena. Pero sobre todo elude una cuestión de fondo. La injusticia que advertimos en el hecho de que un hombre continúe sufriendo una pena después de que, por el largo tiempo transcurrido, se ha convertido en una persona completamente distinta de la condenada es un efecto perverso de la excesiva duración de las penas. Y es un defecto estructural, dado que el cambio de la persona con el transcurso de los años constituye una regla más que una excepción. Debemos entonces preguntarnos si antes que justificar un remedio para este defecto del sistema, con todos los costes que, como veremos, el remedio comporta para el orden de las garantías penales, no sería más justificado eliminar directamente el defecto: con otras palabras reducir en sede legal las penas destinadas a ser legalmente reducidas —en Italia, por ejemplo, hasta casi la mitad— en sede ejecutiva. ¿Cuál es en efecto la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución administrativa? Y ¿qué es lo que oculta esta separación programática y sistemática entre severidad de las penas previstas en la ley y moderación de las efectivamente cumplidas, entre severidad en la imposición e indulgencia en la ejecución de las penas, entre el *malum quod antea denunciatum* y el concretamente *impositum*, cuya coincidencia, desde Hobbes y Pufendorf hasta Beccaria y Feuerbach, ha constituido siempre la sustancia de los principios de legalidad, certeza e igualdad penal?

La única explicación de esta aparente esquizofrenia es a mi juicio una doblez más o menos consciente de la política penal, debida a la persecución de dos finalidades inconfesadas, ambas incompatibles con el modelo garantista del derecho penal. La primera finalidad consiste en la función *ejemplar* asignada a la pena irrogada, y precisamente a la parte de ella que excede de la pena a cumplir: una función, téngase en cuenta, atribuida no ya, como en las formulaciones de la prevención a través del ejemplo propias del siglo XVIII, a la ejecución de la pena, sino directamente a la condena, que viene así a asumir un carácter marcadamente simbólico. Se trata de una radical alteración del esquema general-preventivo concebido por Feuerbach: la prevención general se ejerce en efecto no mediante la amenaza legal, que está programáticamente desatendida, sino a través del ejemplo

ofrecido por la condena a una pena severa que no *debe* sino que simplemente *puede* ser cumplida.

La segunda finalidad asignada a la ejecución es la de la corrección del reo en un sentido francamente *disciplinario*. Los beneficios y las reducciones de pena concedidos con las medidas alternativas resultan de hecho condicionados, en el sistema de la pena flexible, a la buena conducta del reo, a su arrepentimiento o a otros juicios de valor semejantes en torno a su personalidad. Se comprende el carácter acentuadamente negocial que de este modo viene a asumir la vida carcelaria: en efecto, el preso que desee acogerse a los beneficios deberá ofrecer cotidianamente las pruebas de su sensibilidad y disponibilidad al tratamiento, hasta que su personalidad sea juzgada meritoria. El sinalagma permanente entre interioridad de la persona y perspectiva de liberación anticipada se convierte así en un instrumento de gobierno de la cárcel, gracias al control disciplinario y al sometimiento moral de los presos a las autoridades carcelarias que el mismo asegura. Debe añadirse que esta mutación de la pena viene a completar, en un ordenamiento como el italiano, el proceso de disolución de la legalidad que afecta también a los otros dos momentos del derecho penal: el delito y el proceso, uno y otro sometidos en estos años, como veremos, a una deformación subjetivista y sustancialista que ha comprometido la taxatividad del primero y el carácter cognoscitivo del segundo.

Esta doble función de la pena —ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución— confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante. De ello se sigue una suerte de duplicación del trabajo judicial: la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación.

Francesco Carrara, después de haber expresado su «repugnancia en admitir que un sanedrín de esbirros asalariados por un gobierno tuviera derecho de hacer ineficaces las sentencias de los jueces», habló del poder de éstos como de un «un poder secreto que actúa en la sombra»¹⁷⁶. La justicia de vigilancia penitenciaria instituida en el actual sistema italiano es obvio que no merece, ni formal ni sustancialmente, el apelativo de «sanedrín de esbirros». Pero esto no cambia la naturaleza arbitraria de su poder. Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que

niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas; no decide sobre la comisión de un delito, es decir, sobre una hipótesis empírica verificable y refutable, como exige el carácter cognoscitivo propio de la jurisdicción, sino inmediatamente sobre la «ausencia de peligrosidad» de un hombre, su «buena conducta», su «arrepentimiento sobrevenido» o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce la persona a cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir. La libertad, según sus definiciones clásicas, consiste en la certeza de las expectativas, en la inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, en la facultad de poder hacer o pensar y, antes aún, de ser lo que se quiere sin temor a infringir la ley. Aquí, por el contrario, todo el ser del detenido se encuentra comprometido por la pena: una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros.

La doblez de la pena es por otra parte una hipocresía institucional. Es claro que las medidas alternativas son percibidas por los presos como graciosos y providentes beneficios. Pero esto forma parte de la perversidad del mecanismo. Si, por hipótesis, cualquier delito fuese castigado por la ley con pena de muerte o con cadena perpetua, consideraríamos sacrosanta cualquier medida alternativa, incluso arbitraria e incierta. Sería absurdo, sin embargo, preferir el correctivo a la eliminación de la injusticia. «Haced buenas leyes», escribió Bentham, «y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse»¹⁷⁷. Desgraciadamente, las varitas mágicas —de las gracias a las amnistías, de los premios para los arrepentidos a los pactos y a los diversos descuentos y beneficios para cuantos se adaptan al tratamiento— son precisamente las medidas privilegiadas por todos los poderes del sistema penal italiano, no dispuestos a renunciar a la severidad de fachada y a la indulgencia caso por caso. En lo que respecta a la cultura jurídica dominante, un signo evidente de su pérdida del punto de vista externo está en el hecho de que no reclama «buenas leyes» que atenúen las penas legalmente previstas y, en cambio, presenta las medidas alternativas a éstas como una vía obligada para mitigar su excesiva severidad: como si las leyes y las penas fueran algo natural o provinieran de otro planeta, y a nosotros no nos quedase más alternativa que aliviar su dureza en sede de ejecución.

Un programa de minimización del derecho penal exige por el contrario la determinación de la pena *mínima necesaria* en sede legislativa y jurisdiccional: y por esto, como diremos en el próximo apartado, la supresión de la cadena perpetua, la reducción de las

demás penas privativas de libertad con vistas a su progresiva superación, la transformación en derechos de todos los beneficios del tratamiento concedidos hoy como premios (permisos, licencias, comunicaciones, etc.) y, sobre todo, la previsión de las actuales medidas alternativas como penas directamente irrogables por la condena: por ejemplo, la libertad vigilada, los arrestos domiciliarios o la semilibertad, que se podrían imponer como penas exclusivas para los delitos más leves, y como penas accesorias, tras un breve período de pena privativa de libertad, para los delitos más graves. Es parte integrante y esencial de este programa de minimización la garantía de la certeza de la duración de la pena, que es en sí misma un factor de mitigación de la ejecución penal. Sobre todo porque de ella depende la libertad interior del condenado frente al arbitrio, que es un elemento esencial del bienestar, además de la dignidad personal del condenado. En segundo lugar, porque una pena cierta e infalible tiene sin duda más eficacia disuasoria que una pena incierta y, por tanto, puede ser bastante más benigna: «Uno de los más grades frenos de los delitos», escribió Beccaria, «no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad»¹⁷⁸.

Es cierto que puede parecer un coste renunciar a la posibilidad de una mayor justicia sustancial como la permitida por la pena flexible, seguramente con más adherencia al caso concreto y específico. Pero se trata del mismo coste que va unido a la opción por un modelo de derecho penal mínimo, cognoscitivo y garantista aun con sus inevitables rigideces, en vez de por modelos de derecho penal de tipo decisionista e inquisitorial. «Flexibilidad de las penas» quiere decir, en efecto, flexibilidad también de los presupuestos de las penas; y esta flexibilidad, como la experiencia enseña, supone el vaciamiento de la ley y del juicio y, por tanto, la disolución de todas las garantías, tanto penales como procesales.

31. *Una alternativa a las penas privativas de libertad y pecuniarias*

1. *Crisis del actual sistema de penas y perspectivas de reforma.* En los últimos decenios el sistema de penas trazado en la época de las codificaciones ha entrado en una profunda crisis. A esta crisis han contribuido múltiples factores: la creciente ineficiencia de las técnicas procesales, que en todos los países evolucionados ha provocado un aumento progresivo de la prisión provisional respecto del encarcelamiento sufrido en expiación de la pena; la acción de los medios de comunicación, que ha conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia pública que

a veces tiene para el reo un carácter afflictivo y punitivo bastante más temible que las penas; la inflación del derecho penal, que parece haber perdido toda separación del derecho administrativo, de modo que los procesos y las penas se cuentan ya, en un país como Italia, por millones cada año; el cambio de las formas de la criminalidad, que se manifiesta en el desarrollo del crimen organizado y, por otra parte, de una microdelincuencia difusa, ambos ligados al mercado de la droga; la disminución, no obstante, de los delitos de sangre y el incremento sobre todo de los delitos contra el patrimonio; el progresivo desarrollo de la civilidad, en fin, que hace intolerables o menos tolerables que en el pasado, para la conciencia jurídica dominante, no sólo las penas feroces sino también las penas privativas de libertad demasiado largas, comenzando por la cadena perpetua.

Como veremos en el próximo capítulo, estos cambios hacen en parte anacrónico el sistema de delitos previsto por ejemplo en el código penal italiano. Pero hacen todavía más inadecuado el sistema de penas. Precisamente, ni las penas privativas de libertad, ni las penas pecuniarias, en las actuales circunstancias, parecen estar en condiciones de satisfacer los fines que justifican el derecho penal: unas por demasiado afflictivas, las otras por demasiado poco, y tanto unas como otras por ineficaces o, peor aún, contraproducentes. En cuanto a las penas privativas de derechos, su disciplina se va revelando cada vez más inicua e irracional. Y todavía es más inaceptable, por su inutilidad, además de por su oposición a casi todas las garantías penales y procesales, el conjunto de medidas no penales —las medidas de seguridad, las medidas de prevención y las diversas medidas de policía— con que como por aluvión se han enriquecido los sistemas penales modernos y que serán objeto de examen en el capítulo 11. Un síntoma de la crisis de las penas privativas de libertad es, sin duda, el desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas, que representan quizá las principales innovaciones de este siglo en materia de técnicas sancionadoras. Pero este desarrollo es también un signo de la resistencia tenaz del paradigma carcelario. Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel como penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva.

Una de las tareas más importantes que se impone a la actual reflexión filosófico-penal es por tanto la formulación, sobre la base de un repensamiento radical de la naturaleza de la pena, de un nuevo sistema de penas, alternativas a las vigentes: *penas alternativas*, téngase en cuenta —y no medidas alternativas—, aptas para satisfacer, como penas principales, el doble fin del derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador. Es lo que trataré de hacer en este apartado. Antes, sin embargo, es útil analizar los perfiles de ineficiencia y de injusticia de las penas actuales.

2. *Por la abolición de la pena carcelaria.* La pena privativa de libertad, que en la época moderna ha constituido la alternativa más importante a las penas feroces y el principal vehículo del proceso de mitigación y de racionalización de las penas, ya no parece a su vez idónea —en cuanto no pertinente o no necesaria— para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como a estas alturas es unánimemente reconocido, a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; ni la prevención de las venganzas privadas, satisfecha en la actual sociedad de los *mass-media* bastante más por la rapidez del proceso y por la publicidad de las condenas que por la explotación de la cárcel. Por tanto, si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua.

Es preciso reconocer, por otra parte, que la cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la «privación de un tiempo abstracto de libertad». Inevitablemente ha conservado muchos elementos de *aflicción física*, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales sólo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria añade la *aflicción psicológica*: la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y, por consiguiente, de identidad, además de la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a plegar y a transformar a la persona del preso¹⁷⁹.

Tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos sustraen además a la pena de cárcel sus caracteres de igualdad, legalidad y jurisdiccionalidad. «El gran principio que debe arreglar el uso de esta especie de pena es que la ley determine su duración y objeto», escribió Filangieri; «en el estado actual de las cosas el juez es el que ordinariamente fija la primera, y un cómitre el segundo»¹⁸⁰. Es obvio que, dos siglos después, la condición de las cárceles ha mejorado; pero la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de la privación de libertad no ha cambiado sino que, antes bien, se ha agravado. Estos contenidos, confiados a la discrecionalidad de las autoridades carcelarias, varían profundamente según los tipos de presos y, sobre todo, de establecimientos carcelarios; y confieren, así, a la pena privativa de libertad, en contraste con la proclamada certeza e igualdad, un carácter sustan-

cialmente *arbitrario* y *desigual*: Rebbibia y San Vittore, Poggioreale y Volterra, el Ucciardone y Regina Coeli —por hablar de las cárceles italianas más conocidas— equivalen cada una de ellas a un régimen penitenciario diverso. Sin contar la diferenciación de la pena introducida, en Italia como en todos los países avanzados, bajo la enseña de su transformación programática en «tratamiento» individualizado y personalizado. Hasta el carácter «típico» y «formal» de la pena moderna viene desmentido, en fin, por el funcionamiento concreto de la institución carcelaria, que se ha convertido en una sociedad mitad *salvaje* y mitad *disciplinar* a causa de la simultánea anomia de las relaciones entre los presos y de los poderes internos de vigilancia y de control¹⁸¹.

La cárcel es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extra-judicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso resulta tan justificada la superación o, al menos, una drástica reducción de la duración, tanto mínima como máxima, de la pena de privación de libertad, institución cada vez más carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie. Es quizá superfluo recordar, después de lo que se ha dicho en los apartados 18.1 y 25, que el proyecto de abolición de la cárcel no tiene nada que ver con el proyecto de abolición de la pena: éste, de hecho, cualesquiera que sean las ilusiones de sus defensores, corresponde a un programa de derecho penal máximo, salvaje y/o disciplinario; aquél, por el contrario, corresponde a un programa de derecho penal mínimo, orientado a la mitigación y a la humanización de la sanción punitiva. Incluso admitiendo que algún día, en una hipotética e improbable sociedad perfecta, dejen de tener sentido los delitos y las venganzas, la pena deberá conservarse, como medida sancionadora mínima y exclusiva, para el único caso de que un delito provoque alguna reacción de carácter aflictivo. Por eso cualquier estrategia de humanización de las penas supone, con la abolición de las que en cada momento se manifiesten intolerables para la conciencia cívica, la defensa de la forma legal de la pena. De aquí se sigue que cualquier campaña por la supresión de la cárcel no puede más que ser distorsionada, malentendida y obstaculizada si se la confunde con las orientaciones ideológicas que propugnan la abolición de la pena y del derecho penal en cuanto tales y se omite la indicación de los tipos de pena, menos aflictivos pero no menos eficaces, creíblemente aptos para sustituir a la privativa de libertad.

Hay además dos hechos que hacen que no resulte utópica una batalla por la abolición de la pena privativa de libertad, aunque sea a largo plazo. El primero de ellos es que la insatisfacción cada vez más difundida que produce este tipo de pena está extendiéndose en la cultura jurídica e incluso en la opinión de los operadores carcelarios¹⁸². El segundo es el carácter cada vez más obsoleto de la pena pri-

vativa de libertad: conforme lo ponen de relieve las estadísticas, tanto en Italia como en otros países evolucionados el número de presos va disminuyendo¹⁸³ y las penas privativas de libertad tienden a ser transmutadas en «medidas alternativas» o cambiadas por sanciones sustitutivas o, peor todavía, por otros medios de control tanto penales como extra-penales. En parte, tal fenómeno se inscribe en la crisis de la legalidad penal. Pero este aspecto regresivo ha de contrastarse con hipótesis progresivas de reforma que sería absurdo que se entretuvieran en la defensa de la pena de cárcel.

Mientras tanto, en el transcurso del largo período en que está destinada a madurar la abolición de la pena privativa de libertad, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria a corto plazo una drástica reducción de la misma, a través de la restricción de sus hipótesis de aplicación y el acortamiento de su duración. Esta reducción cuantitativa —no indirecta, a través de los actuales mecanismos discrecionales de indulgencia previstos en la fase de ejecución, sino directa, mediante su sustitución por tipos de penas más leves para los delitos menos graves y la reducción de la legalmente prevista para los más graves— puede representar por tanto, a corto y medio plazo, un objetivo creíble de reforma penal. Por lo demás, la misma superación de la cárcel no podrá ser sino el fruto de un proceso gradual, ligado al progreso cultural y a la reducción de las bases sociales de la violencia. La progresiva minimización de la duración de la pena carcelaria es una etapa indispensable de ese proceso.

3. *Por la reducción de las penas privativas de libertad. El límite máximo de diez años.* ¿Cuál podría ser, en una perspectiva de minimización de la pena, la duración máxima de la de cárcel? «Ninguna pena privativa de libertad», escribió Vittorio Foa en 1949, pocos años después de su larga permanencia en las prisiones fascistas, «debería superar los tres o, al máximo, los cinco años»¹⁸⁴; y poco antes, en la Asamblea Constituyente, Umberto Terracini, que también había pasado en prisión los veinte años de fascismo, había propuesto que la duración de la reclusión no superase el límite de los quince años.

Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión. Y sería posible por las mismas razones que están en la base de la crisis de la cárcel: la eficacia disuasoria y estigmatizante alcanzada, en la actual sociedad de los medios de comunicación, por el proceso y la condena pública, más que

por la ejecución de la pena privativa de libertad; el progreso cívico y cultural, que hace hoy intolerables los sufrimientos inútiles o en cualquier caso excesivos; el hecho de que, guste o no guste, en la actual sociedad informática las funciones de seguridad y de prevención general de los delitos tienden a ser satisfechas mucho más por las funciones de policía que por la amenaza de las penas.

El objetivo de la inmediata reducción del límite máximo de la pena a diez años de reclusión, por otra parte, no es en absoluto irrealista. Ya actualmente en Italia, tras la reciente ley de 1986, la pena de cadena perpetua ha desaparecido de hecho, al ser posible su conmutación después de quince años por la medida de semilibertad y poco después por la libertad condicional; y lo mismo puede decirse de la mayor parte de los países europeos, donde igualmente se han introducido, en los últimos decenios, diversos y articulados sistemas de medidas alternativas. La flexibilidad de la pena producida por las medidas alternativas ha sido antes criticada por la estrategia correccionalista que la informa, por los caracteres de falta de certeza y de arbitrio extra-legal que inevitablemente confiere a la ejecución y por la disolución de todas las principales garantías de la pena que comporta. Pero también es el signo más elocuente de la creciente intolerabilidad de las penas excesivamente largas. Y es claro que una vez admitido que, conforme a la ley, la cadena perpetua puede ser sistemática aunque discrecionalmente reducida a 15 años y las demás penas privativas de libertad reducidas a la mitad, no será difícil admitir —en nombre de los valores de certeza, igualdad y legalidad, aparte del de humanidad de las penas— la oportunidad de que la ley rebaje con carácter general los límites máximos de todas las penas privativas de libertad, en la misma medida en que son hoy reducibles caso por caso. A menos que el verdadero obstáculo sea no tanto el temor a una excesiva brevedad de la pena como sobre todo la voluntad de no renunciar precisamente a los fines de corrección del reo y de gobierno de la cárcel que el actual sistema persigue con los complicados mecanismos potestativos previstos para la concesión de las medidas alternativas, aun a costa de una alteración de los rasgos garantistas de la pena.

Por otra parte, una vez reducidas legalmente las penas privativas de libertad a los límites citados, pierden todo su sentido los argumentos humanitarios con los que hoy se defiende la flexibilidad de las penas y la incertidumbre de su duración máxima: es decir, que después de quince o veinte años el condenado es una persona distinta de la que era en el momento de la condena, de manera que deja de estar justificada la ulterior privación de libertad. Que una persona a distancia de decenios cambia radicalmente es un hecho que puede ser asumido como cierto con carácter general, sin necesidad de una decisión específica en cada caso; y justifica por consiguiente la reducción *para todos* de las penas legales más que su arbitraria flexibilidad. Además, una vez que la pena privativa de libertad resulte sustituida

para los delitos más leves por las actuales medidas alternativas, y reducida a 10 años o a un tiempo menor, para los más graves, dejarán de ser necesarias en sede de ejecución las revisiones de la duración de la pena en función de la buena conducta, el cese de la peligrosidad del interno o similares. La reducción de las penas legales en lugar de su sustitución discrecional durante la ejecución permitirá, en suma, salvaguardar todos los elementos garantistas de la pena: su predeterminación legal, su determinación judicial, su certeza, su igualdad, su proporcionalidad a la gravedad del delito, la inmunidad de las conciencias frente a los modos y los tiempos de su ejecución. Y quizá, algún día, contaremos los países que conserven las penas de cadena perpetua y de varios decenios de duración, inevitablemente asociadas a los tratamientos diferenciados y a las distintas formas de beneficios discrecionales, del mismo modo que hoy se cuentan y se deploran los que todavía conservan la pena de muerte.

4. *Por la abolición de las penas pecuniarias y la reforma de las penas privativas de derechos.* La pena pecuniaria es una pena aberrante desde varios puntos de vista. Sobre todo, porque es una pena *impersonal*, que puede pagar cualquiera. De modo que resulta doblemente injusta: en relación con el reo, que no paga y se sustrae así a la pena; en relación con el tercero, pariente o amigo, que paga y queda así sometido a una pena por un hecho ajeno. Además, la pena pecuniaria es una pena *desigual*, al ser su formal igualdad bastante más abstracta que la de la pena privativa de libertad. Golpea, en efecto, de manera diversamente afflictiva según el patrimonio y, por consiguiente, es fuente de intolerables discriminaciones en el plano sustancial. Para obviar estos defectos se han propuesto diversas correcciones, que, sin embargo, salvo esporádicas excepciones, no se han visto nunca concretamente realizadas por las enormes dificultades prácticas que comportarían: piénsese en la determinación de la pena pecuniaria por cuota de patrimonio propuesta por Filangieri y Bentham¹⁸⁶. La desigualdad intrínseca de la pena pecuniaria alcanza además formas perversas cuando se conjuga con aquellas instituciones —residuos del bárbaro principio *qui non habet in bonis luat in corpore*¹⁸⁷— que en algunos ordenamientos permiten la conversión recíproca de los dos tipos de pena: de la pena privativa de libertad en pena pecuniaria, como sucede en Estados Unidos mediante el pago de una caución como precio de la libertad provisional, y de la pena pecuniaria en pena privativa de libertad, como hasta hace poco sucedía en Italia con los insolventes¹⁸⁸.

Hay en fin un tercer argumento, que me parece el más importante. La pena pecuniaria es *desproporcionada* respecto de cualquier delito, al estar por debajo del límite mínimo que justifica la irrogación de la pena. De hecho, como en el criterio hobbesiano anteriormente indicado, se halla destinada a ser percibida la mayor parte de las veces

más como una tasa que como una pena. Por tanto, si queremos —por coherencia con nuestro modelo de derecho penal mínimo, y en particular con el principio de economía de las prohibiciones penales que ilustraré en el próximo capítulo— que solamente sean previstas y castigadas como delitos infracciones relativamente graves, ninguna sanción pecuniaria puede ser considerada suficiente para sancionarlas de manera adecuada. La consecuencia de esta desproporción es que la pena pecuniaria está hoy justamente limitada a las infracciones más leves. Pero esto contribuye de hecho a la inflación del derecho penal: basta pensar que en nuestro ordenamiento hasta hace algunos años eran delitos (contravencionales) incluso las infracciones automovilísticas de la prohibición de estacionamiento. Es claro que esta inflación no puede más que desacreditar al derecho penal en su conjunto, disminuyendo su importancia y estimulando esa transformación de la pena en tasa que tanto preocupaba a los escritores ilustrados. Añadiré un cuarto efecto deplorable, que es la transformación del proceso penal inducida por este tipo de castigos: la escasa relevancia de las infracciones y la ligereza de las penas ha favorecido efectivamente el desarrollo de formas de justicia sumaria, como el decreto penal, que a su vez descalifican, por su carácter burocrático, el proceso penal y la función judicial.

Frente a tan numerosos y diversos inconvenientes, la única reforma posible de esta clase de pena es su abolición. Las posibilidades, en realidad, son dos: o la pena pecuniaria se considera suficiente, y entonces da lo mismo transformarla en una sanción administrativa y despenalizar el delito para el que ha sido prevista; o bien se estima insuficiente, y entonces deberá ser sustituida por otro tipo de pena, más severa. La primera posibilidad es probablemente la más frecuente y también la más inquietante. La justicia penal, con el carácter inevitablemente deshonroso de sus intervenciones, no puede ser incomodada y sobre todo no puede incomodar a los ciudadanos por hechos de escaso relieve, como lo son la mayor parte de los actualmente castigados con simples multas. Es bien cierto que estos hechos son a veces castigados alternativamente bien con la pena pecuniaria o bien con la privativa de libertad, acaso degradables a sanciones sustitutivas de tipo administrativo; pero esto, como se ha hecho ver en el apartado 30.3, es un factor inadmisibles de incertidumbre, contrario al principio de legalidad de las penas y fruto de una delegación en el juez de opciones que competen al legislador. Es el legislador quien debe decidir si el hecho por él prohibido debe tener carácter administrativo o penal, o quizá ambos caracteres, y establecer sobre esta base la consiguiente sanción: una sanción pecuniaria más o menos elevada, cuando se entienda que el hecho no lesiona bienes o derechos fundamentales y, por consiguiente, puede ser calificado como ilícito administrativo de competencia de la autoridad administrativa; una pena restrictiva de la libertad personal, cuando por el contrario se le

considere lesivo de bienes de fundamental interés individual o colectivo y sea calificado como delito, de competencia de la autoridad judicial. Y nada impide que pueda considerarlo lesivo de varios bienes, fundamentales y no fundamentales, y, por consiguiente, merecedor tanto de una pena como de una sanción administrativa. Naturalmente una reforma de este tipo supone no sólo una simplificación, sino también una profunda revisión de la jerarquía de los bienes merecedores de tutela: en particular, como se dirá en los apartados 33.3 y 43.5, la despenalización de todas las faltas, así como de todos los delitos castigados con multa, incluso cuando sea como alternativa a la pena privativa de libertad. Esto sólo puede favorecer la certeza del derecho penal y, al mismo tiempo, poner freno a la excesiva inflación de las prohibiciones, los procesos y las penas.

Si las penas pecuniarias son desproporcionadas por defecto, las penas privativas de derechos, que también tienen un contenido patrimonial, son a veces desproporcionadas por exceso a la gravedad de los delitos para los que están previstas. Es completamente absurdo, además de inicuo, que mientras las multas se encuentran comprendidas en todos los ordenamientos entre las «penas principales» y se imponen después de una específica valoración y motivación del juez, las penas privativas de derechos se configuran como «penas accesorias» que siguen automáticamente a la condena. Sobre todo en la sociedad actual, la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial y hasta el uso del permiso de conducir son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia. Y, en consecuencia, su privación, sobre todo cuando es a perpetuidad, resulta en la mayor parte de los casos bastante más gravosa no ya que una pena pecuniaria, sino que la misma pena privativa de libertad. Es claro que en muchos casos (quiebras, fraudes, corrupciones, malversaciones, falsedades, infracciones muy graves de las normas de circulación vial y similares) estas penas son sin duda pertinentes y, por ello, mucho más adecuadas y eficaces que una genérica pena restrictiva de la libertad personal. Pero es esencial que sean elevadas a la categoría de penas principales, de modo que puedan ser impuestas también de manera exclusiva para aquellos tipos de delito que hagan necesaria la que Bentham llamaba «incapacitación». Y, sobre todo, es necesario que estén sujetas al principio de jurisdiccionalidad, de manera que sean infligidas por el juez no automáticamente, sino con conocimiento de causa, es decir, sobre la base de una exacta comprensión y connotación del hecho¹⁸⁹.

5. *Un sistema de penas alternativas.* En la perspectiva de la superación de la pena privativa de libertad, el problema más difícil, es, obviamente, el del tipo de pena con el que sustituirla. Son una ayuda al respecto, como ya he señalado, las indicaciones provenientes de la experiencia de las llamadas «medidas alternativas»: el arresto domici-

liario, la reclusión de fin de semana, la semilibertad, la libertad vigilada y otras semejantes. En la vigente experiencia, se ha dicho, estas medidas no son efectivamente «alternativas», dado que no excluyen sino que integran la pena privativa de libertad, en el curso de cuya ejecución pueden ser acordadas de manera inevitablemente arbitraria y discriminatoria. Pero pueden muy bien constituir, como el resto de algunas de las actuales medidas de prevención, una alternativa a la pena carcelaria, si se las eleva al rango de penas principales y como tales aplicadas por el juez en el momento de la condena: a largo plazo, para todos los delitos, pero inmediatamente, al menos para los menos graves. Por lo demás, dos de aquellas medidas —el confinamiento y el destierro— ya estaban previstas en el código Zanardelli de 1889, como penas principales junto a las privativas de libertad: se trataría de restablecerlas para sustituir a estas últimas incluso para los delitos más graves. Se perfila en suma una perspectiva histórica y estratégica: de la misma manera en que al comienzo de la época moderna el internamiento carcelario fue sobre todo una medida de prevención extra-penal y disciplinaria (para los ociosos, los vagabundos, etc.) y se convirtió en pena principal gracias al proyecto de humanización de las penas del siglo XVIII, también hoy, dentro de un nuevo proyecto de humanización y racionalización penal, algunas de las actuales medidas alternativas y de prevención —intolerables en cuanto tales— parecen destinadas a llegar a ser las futuras penas principales.

Cualquier transformación de los contenidos de la pena requiere además una redefinición teórica y normativa de las privaciones de bienes o derechos compatibles con la salvaguardia de la dignidad de la persona. Puede ser útil, a tal fin, partir del reconocimiento de la naturaleza antieducativa y criminógena de la pena carcelaria. Si exigimos de la pena una función, ya que no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será necesario reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos: no esperando —como se ha dicho en el apartado precedente— alterarla en la fase ejecutiva, sino modificando su duración y calidad en la fase legislativa y judicial. Si entendemos que diez o quince años es el tiempo máximo de reclusión humanamente tolerable (y ya hoy de hecho tolerado y practicado), habremos de sostener que este límite deberá establecerse por la ley mediante la supresión de la cadena perpetua y la reducción proporcional de todas las demás penas privativas de libertad. Si pensamos que la reclusión es de por sí una aflicción inhumana y excesiva y que en la mayor parte de los casos no es necesario hacerla cumplir, siendo suficiente, supongamos, el arresto domiciliario, la residencia obligada o la semilibertad, es justo que también esto se traduzca en la transformación de las penas legales: a través de la previsión legal de la reclusión sólo para pocos, gravísimos delitos y por un tiempo máximo determinado, por ejemplo, los pri-

meros tres años; y la previsión, tras estos tres años primeros, y desde el comienzo para los demás delitos, de penas legales correspondientes a las actuales medidas alternativas, como la semilibertad, el arresto de fin de semana, los arrestos domiciliarios y otras semejantes.

En todos los casos, la pena establecida por el juez en el momento de la condena deberá permanecer cierta y no modificable si no es por *hechos sobrevenidos* y taxativamente preestablecidos por la ley: como, por ejemplo, los relativos a la salud del condenado. En segundo lugar deberá consistir siempre en un *pati*, es decir, en la privación de un derecho sufrida pasivamente. En esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio. Podemos alterar el contenido de la pena cambiando los derechos clásicamente indicados como objeto de privación o la naturaleza de sus restricciones: nunca la total privación de la libertad personal, que entrega cuerpo y alma a una institución total y es, por consiguiente, un híbrido de pena corporal y de pena disciplinaria, sino sólo su parcial limitación o, mejor todavía, la privación o restricción de otros derechos. Lo que no podrá alterarse es el carácter privativo de la pena, que es condición de su certeza, legalidad y determinación.

Los tipos de penas privativas que pueden concebirse en hipótesis como alternativa a la privación de libertad son numerosos y variados, pudiendo tener por objeto singulares facultades incluidas en la libertad personal o bien derechos diversos y menos extensos: como la semilibertad, la libertad vigilada, el arresto domiciliario y de fin de semana, que privan parcialmente de la libertad personal; la residencia obligada y la prohibición de residencia, que privan de la libertad de circulación; en fin, las penas privativas de derechos, que deberán ser previstas como penas principales para determinados delitos propios, las cuales privan o restringen ciertas formas de capacidad de las que el reo ha abusado en concreto. Todas estas penas deberían estar previstas por la ley según una escala que permitiera su graduación proporcional y su ponderación equitativa conforme a la gravedad de los delitos. Y respecto a ellas la privación de libertad resultaría ser la sanción más severa, reservada a los casos más graves y destinada a ser abolida en perspectiva. La libertad —como la vida— es en realidad un derecho personalísimo, inalienable e indisponible y, por consiguiente, conforme al argumento de Beccaria, su privación total debería quedar prohibida; mientras, los demás derechos, que son disponibles, permiten formas bastante más variadas y tolerables de privación o delimitación.

NOTAS

1. Cf., por ejemplo, H. Kelsen, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, en H. Kelsen, *Contribuciones a la Teoría pura del derecho*, trad. cast. de E. Bulygin, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 121 ss.; N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 34-35; Id., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 196-201.

2. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 418; Id., *Leviatán*, cit., XXVI, pp. 216; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. I, cap. IV; J. Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno*, cit., pp. 48-49; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., Lect. I-VI; H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., pp. 34, 49 y 185; Id., *Teoría pura del derecho* [2.^a ed.], cit., pp. 23-24; Id., *Teoria generale delle norme*, cit., p. 54; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 87 ss. y 127-130; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 199; Id., *Teoria general del derecho*, cit., pp. 181-182. Este uso del término «validez» como sinónimo de «existencia» o de «pertenencia al ordenamiento» —extraño al léxico de las disciplinas jurídicas positivas, que por el contrario distinguen pacíficamente las normas existentes (o vigentes, o pertenecientes a un ordenamiento dado) en «válidas» e «inválidas»— se ha impuesto por otra parte, con los desorientadores resultados que veremos más adelante, en toda la literatura filosófico-jurídica de tendencia analítica: cf. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 68 ss.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Giappichelli, Turín, 1958, pp. 118 ss.; G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Inquiry* (1963), trad. cast. de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 200-207; A. G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, en «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1970, pp. 331 ss.; Id., *Validità*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XX, 1975, p. 422; M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 55; R. Guastini, *Problemi d'analisi dei discorsi dei giuristi*, en S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Ecig, 1981, pp. 190 ss.; Id., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, cit., p. 37; J. Wroblewski, *Tre concetti di validità*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1982, pp. 584-595. Yo mismo confundí hace veinte años la noción de «validez» con la de «existencia» o «vigencia» en *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., pp. 536 ss.

3. Cuanto se ha dicho en la nota 2 en relación con los enfoques normativistas vale igualmente para las teorías realistas, que identifican por el contrario la validez de las normas con su efectividad. Cf., por ejemplo, A. Ross, *On Law and Justice* (1958), trad. cast. de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 34-51. Recuérdese también la famosa definición del juez Holmes: «Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los Tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos» (*The Path of the Law* [1897], trad. cast. de E. Ángel Russo, *La senda del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 21).

4. D. 1.4.1.

5. Son por ejemplo existentes o vigentes tanto una norma constitucional válida pero ineficaz en la medida en que sea constantemente pasada por alto, como una ley ordinaria en contradicción con ella pero aplicada de hecho o en cualquier caso no declarada aún formalmente inválida. Por el contrario, resultaría difícil concebir como «vigente» una norma al mismo tiempo inválida, aún no declarada expresamente como tal, e ineficaz. Sobre las relaciones entre «vigencia», «validez» y «eficacia», remito a mi trabajo *La semantica della teoria del diritto*, cit., pp. 123 ss. Cf. también, *infra*, el apartado 58.

6. *La teoría pura del derecho* [2.^a ed.], cit., pp. 315 y 320. Sobre la distinción entre «estado legal», simplemente regido por leyes, y «estado de derecho», donde el

poder legislativo está sometido a su vez a leyes que prescriben o más a menudo prohíben legislar con determinados contenidos, volveré en el apartado 57.1.

7. *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 236; Id., *La teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., pp. 290 y 315 ss.

8. *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 140. Kelsen, recuérdese, admite el fenómeno de las «leyes inconstitucionales» por su sentido o contenido. Su identificación entre validez y existencia, podría decirse que «por definición», le impide no obstante extraer la consecuencia de que dichas leyes son también inválidas: «la afirmación corriente de que una 'ley inconstitucional' es inválida (nula) carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley» (*ibid.*, p. 185). Y le obliga a resolver la aporía mediante dos forzamientos manifiestos: el primero es «que la constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también —en cierto sentido— la validez de la ley 'inconstitucional'; de otra manera no podría hablarse de una 'validez' de la última», que por el contrario ha de considerarse, hasta su «derogación», «válida y por ende constitucional» (*Teoría pura del derecho* [1.ª ed.], cit., pp. 121-122); el otro es la confusión entre la derogación y la anulación, configurada no ya como la comprobación o la declaración de la invalidez, sino como un acto que «retira» la validez quizá también con «efecto retroactivo» (*La garantie juridictionnelle de la Constitution* [1928], trad. cast. de J. Ruiz Manero, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y prólogo de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 144-145). Véanse las mismas tesis en *Teoría general del derecho y del estado*, cit., pp. 185-186 y en *La teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., p. 277 ss.

9. *El concepto de derecho*, p. 87: «las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar».

10. *Teoría general del derecho*, cit., pp. 34-35. La distinción entre «validez formal» y «validez material» ya había sido trazada por Bobbio en el artículo *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), reimp. en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Turín, 1989, pp. 167-169, donde al mismo tiempo la validez se identifica sin embargo con la pertenencia de la norma al ordenamiento.

11. Recuérdese sin embargo la incompreensión teórica mostrada por Bentham hacia la Declaración de derechos de 1789 en el ensayo *Anarchical Fallacies*, en *Works*, cit., vol. II, pp. 491-534, escrito inmediatamente después de la Revolución francesa pero publicado sólo en 1816 por É. Dumont con el título *Sophismes anarchiques*, ahora en *Oeuvres*, vol. I, cit., cap. I, pp. 506-535. Bentham, en particular, consideró fruto de una «confusión de ideas tan grande que es imposible darle sentido» el artículo 2 de la Declaración, en el que se habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» que el estado no podría derogar, como si «existieran derechos anteriores a la instauración del Estado» (*ibid.*, pp. 512 ss.). De ese modo Bentham no se dio cuenta de que la Declaración de 1789, como el resto de las constituciones sucesivas, no es un texto de teoría política sino un texto legal, y que por consiguiente sus proposiciones, aunque hagan referencia al derecho o a los derechos naturales, no pertenecen al derecho «natural» o «que debe ser», sino al derecho «positivo», «vigente», «existente» o «que es»; que como tales bien podían prescribir al legislador, imponiéndose a éste no derogar o respetar lo que en ellas se reconoce como derechos inviolables o fundamentales, bajo pena de invalidez de las leyes vigentes que las violaran; y que precisamente en esta limitación de la soberanía del estado y en la transformación de todos sus poderes, incluidos los legislativos, en poderes sujetos a los derechos constitucionalmente declarados consiste la novedad histórica y revolucionaria del naciente «estado de derecho».

12. Para cláusulas similares de limitación y vaciamiento constitucional de los derechos fundamentales —la «seguridad nacional», la «moral pública», las «buenas costumbres», el «interés general», etc.— véase, *infra*, la nota 45 del cap. 13.

13. H. Grocio, *De jure belli ac pacis libri tres*, cit., lib. II, cap. XX, 1: «Est autem poena generali significatu *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*»; S. Pufendorf, *De jure*, cit., lib. VIII, cap. III, 4: «poena describi potest per malum passionis quod infligitur *ad malum actionis*; seu malum aliquod molestum, quod per modum coactionis et pro imperio alicui intuitu *antegressi delicti* imponitur»; Ch. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., lib. III, cap. VII, 28, p. 413: «Ex his jam formamus definitionem poenae, quod sit *positio mali seu dolor, quem propter delictum infert superior inferiori invito*, in emendationem communem civium»; *ibid.*, 61, p. 417: «poenam debere illi qui deliquit». Cf. también Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVIII, p. 248: «Un castigo es un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley».

14. H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., pp. 29-38.

15. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, cit., pp. 59-66.

16. En *De verborum significatione*, D. 50.16.131. La relación entre delito y pena fue entendida por Ulpiano de un modo ciertamente más riguroso que por Feuerbach: éste, además de la fórmula *nulla poena sine crimine*, acuñó también la más equívoca fórmula *nullum crimen sine poena legali* (cf., *infra*, nota 76), que es lógicamente contraria a la tesis *fraus sine poena esse potest* con la que Ulpiano, completando la máxima *poena sine fraude esse non potest*, expresó el carácter de condición necesaria pero no suficiente que tiene el delito respecto a la pena. De Ulpiano son también las nociones retribucionistas de la pena como *noxae vindicta* y *delictorum coercitio* (*loc. cit.*).

17. «Neque enim praemia et poenae optatum effectum producent, nisi tribuantur merentibus» (Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., lib. I, cap. VII, 16, p. 191)

18. A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 150.

19. *Leviatán*, cit., XXVIII, p. 253; *ibid.*, XXVI, p. 225; *Id.*, *Diálogo*, cit., p. 462.

20. «Y sucedió otras veces», advirtió Francesco Carrara, «que se atribuía en derecho penal una influencia inmoderada a la idea de prevención, ampliando el arbitrio en detrimento de la justicia». Y añadió que «prevención» y «justicia» penal «son dos fuerzas esencialmente distintas. Si la primera se mide con las normas de la segunda, se debilita hasta la impotencia; si la segunda se mide con las normas de la primera, se exagera hasta la ferocidad» (*Programa. Parte general*, cit., *Prolegómenos*, pp. 20-21). Humboldt llegó incluso a negar que la prevención de los delitos pudiera entrar dentro de los límites de la actividad del estado (*Los límites de la actividad del Estado*, cit., XIII, pp. 159-162).

21. E. B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., pp. 143-160: «una aplicación coherente del principio de defensa de la sociedad no exigiría en realidad la fijación de cada *supuesto de hecho legal penal* (a los cuales se refieren lógicamente las *medidas de la pena* fijadas por la ley o el tribunal), sino una descripción precisa de los *síntomas* que caracterizan el estado socialmente peligroso y una elaboración precisa de los *métodos* a aplicar en cada caso particular para proteger a la sociedad... La pena supone un tipo legal delictivo fijado con precisión, mientras que la medida de defensa social no tiene necesidad de ella. La restricción a pagar es una coerción jurídica que se ejerce sobre el sujeto en el interior del cuadro de las formas procesales, de la sentencia y de su ejecución. La medida de defensa social es, por el contrario, un puro expediente de conformación a un fin y, como tal, puede ser determinada por reglas técnicas» (p. 159). Las premisas de este proyecto de disolución del derecho penal resultan

completamente infundadas: como se ha visto en el apartado 19.2, lejos de ser un producto de la lógica capitalista del intercambio, el principio retributivo es de hecho la idea más arcaica del derecho penal, confundiendo con la concepción de la pena como venganza y del derecho de castigar como *ius talionis*, presente ya en las XII Tablas y en la Biblia; y en cualquier caso no tiene nada que ver con la relación contractual de intercambio, dado que el llamado «sinalagma» penal no se basa en la voluntad de los contrayentes sino en la voluntad imperativa del estado y no supone ningún intercambio mercantil entre valores de cambio. Las novedades históricas y teóricas del derecho penal burgués son más bien las garantías de la predeterminación legal y taxativa de los delitos y de las penas, que a partir de tales premisas Pasukanis liquida irresponsablemente —junto con la proporcionalidad de las penas y la culpabilidad— en nombre de una más franca función correccional y de defensa social del derecho penal. Este esquema teórico, sobre el que volveré en los apartados 29.3 y 32-34, ha sido propuesto de nuevo en Italia con particular fervor por Dario Melossi junto con la descalificación de las garantías penales y procesales y del pensamiento ilustrado en su conjunto: «el marqués Cesare Beccaria entregó a la historia y a la literatura los principios que los toscos comerciantes de Amsterdam habían inventado en su práctica aproximadamente siglo y medio antes» (*Introducción* a G. Rusche-O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, cit., pp. 15 ss.; Id., *Criminología e marxismo: alle origini della questione penale nella società de «Il Capitale»*, en «La questione criminale», 1975, I, n. 2, pp. 332 ss.).

22. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 429; Id., *Leviatán*, XVII, p. 235: «Un delito es un pecado que consiste en cometer, de palabra o de obra, algo que la ley prohíbe, o en omitir lo que la ley manda hacer... De esta relación que existe entre pecado y ley, y entre delito y ley civil, puede inferirse, en primer lugar, que allí donde la ley desaparece, desaparece el pecado... En segundo lugar, que cuando la ley civil desaparece, los delitos desaparecen».

23. *Diálogo*, cit., p. 518.

24. «Actualmente», escribe Franco Bricola, «ninguna teoría general del delito se asienta ya *exclusivamente* sobre bases iusnaturalistas» (*Teoría generale del reato*, cit., p. 9). No han faltado sin embargo, incluso en tiempos recientes, las negaciones del principio iuspositivista de legalidad: véanse, por ejemplo, las tesis sostenidas en los años treinta por Giuseppe Maggiore y por Francesco Carnelutti y de las que aquí se ha dado noticia en las notas 27 y 29 del cap. 2 y en el apartado 28.2.

25. *Tratado político*, cit., II, 18-19, pp. 94-95: «el pecado es una acción que no puede ser realizada según derecho»; «es pecado lo que no puede hacerse o está prohibido por el derecho» [N. del T.: en la trad. cast. cit., p. 94, nota 45, el traductor —A. Domínguez— explica las razones que concurren a su juicio para traducir *peccatum* como *pecado* y no como *delito*; en la trad. it. citada por el autor, por el contrario, se traduce como *reato*].

26. *Principios de legislación*, cap. XI, en *Tratados de legislación*, cit., p. 70: «Un acto prohibido es lo que se llama delito»; Id., *Idea general de un cuerpo completo de legislación*, cap. II, *ibid.*, p. 429: «declarar por una ley que un acto está prohibido, es erigir este acto en delito»; *ibid.*, cap. V, p. 438: «Hacer una ley penal es crear un delito». Una definición formalista del delito es ofrecida por otra parte, a pesar de sus prejuicios iusnaturalistas contra los que polemizó Bentham, también por William Blackstone: «El delito es un acto cometido u omitido violando una ley pública, tanto si ésta prohíbe como si ordena» (*op. cit.*, p. 553).

27. *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*, cit., lib. II, p. 10: «la noción más segura de delito es la de un hecho humano contrario a la ley».

28. *Programa. Parte general*, cit., vol. I, 21, p. 43: «delito» es la «infracción de la

ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso»; *ibid.*, Prefacio, p. 4: «el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico».

29. *Teoría general del derecho*, p. 60; *Id.*, *Teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., pp. 125-127.

30. *Diritto penale*, cit., p. 93: «delito es la violación punible de una norma jurídica positiva»; *Id.*, *Tratado de derecho penal*, cit., 211.

31. *Teoría general del delito*, cit., pp. 6-7 y 17.

32. *Manuale*, cit., p. 113.

33. Estas teorías se basan en la idea —no distinta de la trivialmente iuspositivista— de que la desviación es el producto de una «construcción social» erigida por las operaciones definitorias y estigmatizantes de los órganos punitivos, que tendrían el efecto no sólo de calificar jurídicamente sino también de retroactuar socialmente sobre la realidad consolidando los *status* sociales de los sujetos etiquetados como delincuentes: cf. H. S. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press, Nueva York, 1963; F. Sack, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en *Kriminologie*, F. Sack y R. König (eds.), Akademische Verlagsgesellschaft, Francfort d. M., 1968, pp. 431-475; *Id.*, *Selektion und Kriminalität*, en «*Kritische Justiz*», 1971, 4, pp. 384 ss.; W. Keckeisen, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des «labelling approach»*, Juventa, Munich, 1974; A. Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, en «La questione criminale», 1975, I, pp. 23 ss.; *Id.*, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, *ibid.*, 1976, 2, pp. 237 ss.; *Id.*, *Criminologia critica y crítica del derecho penal*, cit., pp. 83-119; T. Pitch, *La devianza*, La Nuova Italia, Florencia, 1975 [trad. cast. *La desviación*, Nueva Imagen, México, 1981, pp. 115-144].

34. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., p. 60; *Id.*, *Teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., pp. 123-128; F. Carnelutti, *Teoría general del delito*, cit., p. 29; F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 119.

35. F. Carnelutti, *o. c.*, p. 34; F. Antolisei, *o. c.*, p. 130. El carácter puramente formal de la distinción entre delitos y faltas está enunciado expresamente en el art. 39 del código penal italiano: «Los ilícitos penales se dividen en delitos y faltas, según la distinta clase de penas respectivamente establecidas para los mismos por este código».

36. G. Maggiore, *Derecho penal*, cit., p. 251: «delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena»; más específicamente, «la acción delictuosa es siempre contraria a la moral cristiana» (*ibid.*, p. 256).

37. V. Manzini, *Tratado*, cit., t. II, 211 y t. I, 17, p. 41.

38. G. Bettioli, *Diritto penale*, cit., p. 136.

39. J. F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., pp. 159 y 162.

40. Lord Denning, *The Changing Law*, Stevens, Londres, 1953, p. 112.

41. R. von Jhering, *El fin en el derecho*, cit., p. 235: «el delito es la colocación en peligro de las condiciones de vida de la sociedad, peligro que el legislador comprueba que sólo puede alejar mediante la pena»; F. von Liszt, *Tratado*, cit., 26, t. II, p. 262: «El delito es el acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena» [N. del T.: la trad. cast. cit., llevada a cabo a partir de la 20.ª ed. alemana —*vid. supra*, capítulo 5, nota 27— no coincide exactamente con el texto citado por el autor, que corresponde a la p. 96 de la 9.ª ed. alemana —de 1899—, cuya traducción sería: «delito es el ilícito prohibido por el Estado bajo la amenaza de una pena, a causa de su peligrosidad para el orden jurídico»]; G. Jellinek, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Viena, 1878, p. 56: «delito es la ofensa a las condiciones de existencia de la

sociedad»; Art. Rocco, *Lezioni di diritto penale 1931-1932* (litogr.), Tip. Sampaolesi, Roma, 1932, p. 121: «el delito es aquella acción imputable que reviste un peligro para la sociedad jurídicamente organizada: peligro que no puede ser eliminado por otra sanción que no sea la pena».

42. *Criminologia*, cit., p. 30, donde se define «delito natural» como toda «lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores»; y se añade: «la limitación contenida en las palabras 'razas humanas superiores' es indispensable por cuanto en aquella parte de la humanidad conocida con el nombre de *salvajes* a menudo se ve que faltan en todo o en parte uno u otro de dichos sentimientos altruistas, que entre nosotros son fundamentales». La noción iusnaturalista de «delito natural» había sido introducida por G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., 71, p. 32: «cualquier violación de los *derechos ajenos* que dimanen de la *recta razón*, o están confirmados por el consenso de casi todas las naciones, se llama *delito natural*»; y fue recogida por Francesco Carrara, que la conectó expresamente, en oposición a la de los «delitos sociales» (contra la fe pública, contra la paz pública, etc.), con la idea del «derecho natural»: «*Delitos naturales* son los que tienen por objeto alguno de los derechos que la ley natural le concede al hombre. Y estos delitos lesionan el derecho, aun prescindiendo de la sociedad civil y de toda ley humana... Los *delitos naturales* se dividen en clases, según la distinta especie de derechos naturales que violen» (*Programa. Parte especial*, cit., 1084-1085, vol. I, p. 35). La idea se encuentra ya en Ulpiano (57 *ad edictum*, D. 50.16.42): «*quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis*».

43. E. Ferri, *Principios de derecho criminal*, cit., p. 128: «delitos son acciones punibles determinadas por móviles individuales egoístas y antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad de un pueblo en un momento dado». La definición es conocida como «definición Ferri-Berenini», al haber sido formulada por este último en *Offese e difese. Appunti di diritto criminale*, Battei, Parma, 1886, p. 148.

44. F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, cit., vol. I, p. 144: delito es «aquella conducta que —a juicio de las personas que según el ordenamiento jurídico están autorizadas a dictar las normas jurídicas— hace imposible o pone en grave peligro la existencia y la conservación de la sociedad».

45. Según Mayer, el delito es un acto contrario a las normas de cultura (*Kulturnormen*), con las que «las normas jurídicas coinciden» y «cuya obligatoriedad conoce y reconoce el individuo» (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, p. 16). La idea será recogida en clave abiertamente totalitaria por W. Sauer, *Recht und Volksmoral im Führerstaat*, en «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», 1934-35, pp. 262 ss.

46. F. von Liszt, *Tratado*, cit., 32, t. II, p. 337: «la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente *contraria al Derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común». Cf. también A. de Marsico, *Diritto penale. Parte generale*, Jovene, Nápoles, 1937, p. 143. Para una crítica de la noción de antijuricidad material, cf. Art. Rocco, *L'oggetto*, cit., pp. 474-498.

47. F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 14 y 16, vol. I, p. 39; y 613, vol. II, p. 67; E. Florian, *Dei reati e delle pene*, cit., p. 2.

48. G. Carmignani, *Elementos*, cit., 123, p. 51; T. Canonico, *Del reato e della pena in generale*, cit., pp. 4-5; G. P. Tolomei, *Diritto e procedura penale*, Tip. Sacchetto, Padua, 1874, I, pp. 204-206; L. Masucci, *Intorno all'incriminabilità delle frodi contrattuali*, en «*Rivista penale*», 1888, 40-41, pp. 515-520.

49. Art. Rocco, *L'oggetto*, cit., pp. 426-432.

50. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., VIII, pp. 39-40; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., *Prolegómenos*, pp. 23-26 y ap. 150, nota 1, vol. I, p. 119; A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., 22; E. Florian, o. c., p. 93, donde se denomina a las faltas «delitos convencionales» en contraposición a los «delitos naturales». Este criterio de diferenciación subraya la ya recordada distinción de Ulpiano: «quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis». Se trata evidentemente de un criterio iusnaturalista, dado que, como dice Kelsen, para el derecho positivo «no hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*» (*Teoría general*, cit., p. 61; Id., *Teoría pura del derecho* [2.ª ed.], cit., pp. 126-127).

51. *Principios del código penal*, parte I, cap. I, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 225.

52. Es lo que en el apartado 6.3 he llamado principio de «justicia formal» y que expresa una condición necesaria, aunque no suficiente, de cualquier «justicia sustancial».

53. Cf. por ejemplo E. Pessina, *Elementos de derecho penal*, cit., p. 312: «Lo que hace que una acción sea delito es su contradicción con el Derecho, el cual por sí mismo es una de las formas en que el bien se revela... En cuanto éste [el delito] infringe el Derecho en alguno de sus preceptos, lleva consigo una ofensa a la ley de moralidad que gobierna la intención humana».

54. Es el caso de las doctrinas ético-legalistas, que como veremos en el apartado 33.2 identifican el bien jurídico tutelado por el derecho penal directamente con el valor ético-político de las normas jurídicas y de la fidelidad de los ciudadanos al Estado».

55. Escribe Jhering: «La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales. La pena, en derecho criminal, equivale al precio en las relaciones mercantiles. Colocando de un lado los bienes sociales, del otro las penas, se posee la escala de los valores de la sociedad, y procediendo de esta suerte para los diferentes pueblos y sus diversos períodos, se descubre que el derecho criminal, por lo que hace a los bienes sociales catalogados según las penas, presenta fluctuaciones análogas a las que las relaciones, en materia económica, hacen sufrir al precio de las cosas. La vida, el honor, la religión, la moralidad, la disciplina militar, etc., no han sido siempre y en todas partes tasados lo mismo; descuidamos hoy ciertas condiciones de vida que en otro tiempo tenían un valor muy elevado, y la apreciación de la sociedad varía sobre la mayor o menor necesidad de las que reconoce» (*El fin en el derecho*, cit., p. 236; cf. también Id., *Der Kampf um's Recht* [1872], trad. cast. de A. Posada, con prólogo de Leopoldo Alas, *La lucha por el derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921, pp. 42-43).

56. A propósito de la definición sustancial del delito como «acción mala» y de la idea de que está «presupuesta en el delito una maldad, o ínsita en él, como la que encuentra la teología en el pecado y la moral en el vicio», Giovanni Carmignani escribe que «pone de manifiesto una mente sometida a la autoridad de una ley existente y reducida a la pasividad por las costumbres y el uso del foro» (*Teoria*, cit., lib. II, cap. I, pp. 11-12).

57. *Diritto penale totalitario*, cit., pp. 158-159.

58. F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, cit., pp. 105 ss.

59. Cf., *infra*, las definiciones del «delito» contenidas en la ley de 28.6.1935 de modificación del código penal alemán y en los artículos 6 y 10 del código penal ruso de 1922, y por otro lado, en el apartado 43.3, la innumerable serie de delitos definidos por el código Rocco en términos vagos y valorativos.

60. *Leviatán*, cit., XXVIII, p. 250.

61. *Ibid.*, XXVII, p. 237. A su vez Pufendorf define la pena como un mal «quod

antea denunciatum, et post cognitionem delicti fuit impositum» (*De jure*, cit., lib. VIII, cap. III, 7).

62. Aún más radicalmente, la Constitución francesa de 1793 llamó «acto arbitrario» a la ley penal retroactiva (art. 14) y «delito» a cualquier acto judicial que diese efecto retroactivo a la ley (art. 15).

63. «Si un castigo ha sido determinado y prescrito por la ley misma y, después que el delito es cometido, se inflige un castigo mayor que el que había sido estipulado, lo que haya de exceso no sería ya un castigo, sino un acto de hostilidad» (Th. Hobbes, o. c., XXVIII, p. 250).

64. «Cuando la ley penal posterior es *más benigna*, es aplicable también a los delitos *anteriores* todavía no juzgados de manera definitiva... Esta regla inconcusa se extiende también al caso en que *se repitan las variaciones* de una ley. Si la ley antigua, más severa, fue reemplazada por una más benigna, y después se vuelve a la severidad primera, entonces el delito cometido bajo la primera ley tiene que aprovecharse de la *benignidad intermedia*, a pesar de la tercera ley, porque al ser publicada la segunda, el delincuente había adquirido el derecho a la benignidad de ella... Tales son los principios generales acerca de esta materia, en sustancia basados en la regla del *predominio de la benignidad*» (F. Carrara, o. c., 759-761, vol. II, pp. 217-218).

65. Este límite está excluido por el art. 2 del código penal italiano sólo para el caso de *abolitio criminis*, y no para los casos en los que ha recaído sentencia firme basada en la ley pasada más desfavorable para el reo. Para estos casos Carrara habló de un «verdadero deber» político de «proveer por vía de gracia» (o. c., 748, vol. II, p. 212). Por el contrario, sostuvieron también en estos casos la aplicación de la nueva ley más benévola G. P. Tolomei, o. c., 687-696 y G. Crivellari, *Il codice penale per il regno d'Italia interpretato*, Utet, Turín, 1890, I, p. 92.

66. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 303; Id., *Teoria generale del reato*, cit., p. 46.

67. F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 890, vol. II, p. 361: «Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso, teniendo siempre en cuenta que en cualquier duda hay que aceptar la doctrina más benigna». En el mismo sentido, cf. G. P. Tolomei, *Elementi di diritto penale*, Padua, 1866, 122 ss., p. 88; E. Pessina, *Elementos*, cit., pp. 208-209.

68. «Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines. Non placet igitur extendi leges poenales, multo minus capitales, ad delicta nova» (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit., lib. VIII, afor. 13, p. 806). Cf. también Condorcet, *Série de fragments*, cit., p. 417: «Las penas han de ser establecidas para cada clase de delito por una ley general. Esta ley no puede tener efecto retroactivo. No se puede extender en ningún caso particular la pena prevista para un delito a otro con el que se le suponga semejanza».

69. La ascendencia romanista del principio es sostenida por C. Ferrini, *Diritto penale romano (Teorie generali)*, Hoepli, Milán, 1899, pp. 39-40; Id., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, cit., pp. 21-25; G. Pugliese, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato* (1982), en *Scrutti*, cit., II, pp. 654 ss., que documenta su plena vigencia en el procedimiento *per quaestiones* entre el fin de la república y el inicio del principado. De opinión contraria es G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, en *Novissimo Digesto*, cit., XI, 1965, p. 497, según el cual no puede hablarse de un principio de legalidad en sentido estricto ni en relación con el procedimiento comicial de los primeros siglos de la república ni menos aún en relación con la *cognitio extra-ordinem* de la época imperial, en la que se remitía al juez no sólo la pena, sino también los tipos delictivos más allá de los principales fijados por la ley.

70. Para hablar de principio de legalidad, aunque sea en sentido lato, no basta obviamente con la existencia en Grecia, desde el siglo VII a.C., de una desarrollada legislación penal. Sobre los míticos legisladores griegos, y en particular sobre la ley de Draco (recordada aquí en la nota 17 del cap. 6), cf. A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 279-291. Una lúcida y completa formulación del principio, incluso en sentido estricto, se encuentra sin embargo en los pasajes de Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 1, 1354a y 1355a, pp. 4-5 y 7, 1374a, pp. 70-71, sobre los que aquí se ha llamado la atención en las notas 9 del cap. 1 y 4 del cap. 3.

71. D. 50.16.131.1. Véase el comienzo del pasaje en el apartado 27.1 y en la nota 16. Recuérdese también Modestino, *12 pandectarum*, 48.4.7.3-4: «quamquam temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est si non tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est». El principio de legalidad y de irretroactividad se encuentra por otra parte en Ulpiano, *8 disputationum*, D. 48.19.1 pr.: «quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret si eo tempore esset sententiam passus, cum deliquisset».

72. C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., p. 40; E. Pessina, *Elementos*, cit., p. 208; G. Vassalli, *loc. cit.*

73. Art. 39: «Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país».

74. U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Cedam, Padua, 1955, pp. 39 ss., 61 ss., 228 ss.; G. Vassalli, *o. c.*, pp. 496-497.

75. *Ibid.*, p. 498.

76. Recuérdense los textos citados en las notas 16 y 24 del cap. 1 y 8-15 y 115-116 del cap. 3. Los aforismos latinos *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* suelen ser atribuidos a Feuerbach, que en realidad, como ha puesto de manifiesto Mario Cattaneo (*Anselm Feuerbach*, cit., pp. 450-452), acuñó las máximas *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, *nulla poena sine lege* (A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., 20, p. 22). Por otra parte ha de recordarse que el principio «where there is no law, there is no transgression» [«donde no hay ley no hay transgresión»], junto al de la «equality before the Law» [«igualdad ante la ley»], figuraron entre las principales reivindicaciones del movimiento inglés de los niveladores, y en particular de John Lilburne, Richard Overton y Gerard Winstanley (del que recuérdese la calificación del juez como «mouth of the law» [«boca de la ley»] en el pasaje citado en la nota 16 del cap. 1); y quedaron sancionados en la *Petition* de enero de 1648, en la del 11 de Septiembre y en el *Agreement of the People* del 15 de diciembre de 1648 (cf. D. Veall, *The Popular Movement for Law Reform. 1640-1660*, Clarendon Oxford, 1970, pp. 136-138).

77. Sobre las codificaciones penales de la segunda mitad del siglo XVIII, cf. E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, en *Enciclopedia*, cit., vol. II, pp. 541-768; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., caps. I y IX; A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, Milán, 1975 y la amplia literatura que allí se recoge en las pp. 12-17.

78. Véanse también las leyes sobre las que se llama la atención en la nota 136 del cap. 8. Sobre la legislación penal nazi, cf. G. Vassalli, *Nullum crimen*, cit., pp. 501 ss.; A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 32 ss.

79. Estas normas fueron reproducidas en el código penal ruso de 1926, que en el art. 7 dispuso además que «a las personas que hayan cometido acciones socialmente peligrosas, o que representen peligro... se les aplicarán medidas de defensa social de carácter correctivo, médico o médico-pedagógico». Y permanecieron en vigor hasta la promulgación del código penal de 27 de octubre de 1960, que ha restablecido —en cumplimiento de una ley acerca de los «Principios fundamentales de la legislación penal» de 25 de diciembre de 1958— tanto el principio de legalidad como el de responsabilidad personal (art. 3: «Es penalmente responsable y punible sólo la persona culpable de haber cometido un delito, es decir, aquel que ha realizado mediando dolo o culpa una acción socialmente lesiva prevista por la ley penal»). Referencias sustancialistas respetuosas de la estricta legalidad en la medida en que son favorables al reo y de la garantía de la lesividad son por el contrario las contenidas en los arts. 7 y 50 del código soviético actual, que establecen como eximentes la «escasa relevancia» del hecho o el «cese de la peligrosidad» de su autor. Avatares semejantes a los de la Unión Soviética han registrado los ordenamientos penales de los demás países socialistas, en los que por lo general el principio de legalidad fue suprimido (aunque se restableció después en muchos casos). Me limito a recordar el art. 25, 3.º de la Constitución de la República popular china de 17.1.1975, que cifra en la «línea de masas» el criterio, puramente sustancialista, de identificación de la desviación punible («Tanto en el procedimiento de instrucción como en el juicio debe ser aplicada la línea de masas»). Para ulteriores referencias, cf. T. Napolitano, *Delitti e pene nella società sovietica*, Giuffrè, Milán, 1965, que recoge en apéndice el texto del código penal soviético puesto al día hasta 1980; G. Vassalli, *Nullum crimen*, cit., p. 500; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 33-35, 75; P. Nuvolone, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità*, en *Trent'anni*, cit., vol. I, pp. 538-551.

80. *Dei reati e delle pene in generale*, cit., I, pp. 65 y 63: «En sustancia la ley vieja ya no debe aplicarse porque no responde ya a la defensa de las nuevas condiciones sociales». En apoyo del nuevo principio, Florian alega las opiniones de Enrico Ferri y de los alemanes Schwarze, Haelschner y Geyer.

81. Véanse los pasajes de Maggiore y de Carnelutti citados aquí en las notas 27 del cap. 2 y 106 del cap. 3. Giuseppe Maggiore, en particular, se lamentaba de que «está enraizada tan profundamente la *forma mentis* de la Ilustración en la cultura jurídica, que ni siquiera un código como el nuestro, aun adhiriéndose en algunos aspectos a la ideología de la revolución, ha podido sustraerse a la fascinación de la máxima *nullum crimen sine lege*. Hay que decir sin embargo que también en Italia, con la incesante marcha adelante de la revolución, la religiosidad fanática por la famosa máxima ilustrada pierde día a día cada vez más terreno. Muchos son los juristas que se las ingenian para evadir, en el terreno del derecho positivo mismo, las barreras que prohíben la analogía; y muchísimos los que reclaman la extirpación del código del anacrónico principio —definido con justicia como la *magna charta* del delincuente— a semejanza de lo que ha hecho la legislación soviética y la ley alemana de 28.6.1935» (*Diritto penale totalitario*, cit., p. 158).

82. Cf. el estudio de R. Guastini, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», VI, 1976, pp. 513-591. La interpretación de la ley penal por analogía es admitida también por K. Binding, *Compendio*, cit., 21, pp. 124-126.

83. Sobre la pena de muerte se pueden obtener amplias reseñas históricas y de derecho comparado en K. J. Mittermaier, *Die Todesstrafe* (1862), trad. fr. de N. Leven, *De la peine de mort*, Marescq, París, 1865; G. Crivellari, *Il codice penale*, cit., II, pp. 17 ss.; R. de Rubeis, *Morte (pena di)*, en *Il Digesto italiano*, cit., XV, 2, 1904, pp. 948 ss.; F. Carfora, *Pena*, *ibid.*, XVIII, 2, 1906, pp. 1440 ss.; M. A. Vaccaro, *Genesi e*

funzione della legge penale, cit., pp. 47-84; H. Hentig, *La pena* cit., II, pp. 49-181; P. Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Bozzi, Génova, 1932, pp. 29-52; I. Mereu, *La morte come pena*, Editori Europei Associati, Milán, 1982. Sobre el origen doméstico y la posterior recepción en el derecho de las ciudades de las distintas formas de ejecución capital en la antigua Grecia —ahorcamiento, empalamiento, crucifixión, sepultamiento en vivo, lapidación y precipitación— cf. por último E. Cantarella, *Le esecuzioni capitali in Grecia e in Roma*. I, *La Grecia*, Giuffrè, Milán, 1988. Sobre el originario significado sacrificial y expiatorio de la pena de muerte, véanse R. Girard, *La violence et le sacré* (1972), trad. it. de O. Fatica, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milán, 1980; en particular, para el antiguo derecho romano, donde la pena capital era pronunciada con la fórmula *sacer esto* y comportaba la *consecratio* del reo a los dioses con la consiguiente facultad de matarlo para cualquiera, cf. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899), trad. fr. de J. Duquesne, *Le droit pénal romain*, Fontemoing, París, 1907, t. III, pp. 233-238; C. Ferrini, *Esposizione*, cit., pp. 143 ss.; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, en V. Arangio Ruiz, A. Guarino, G. Pugliese, *Il diritto romano*, Jouvence, Roma, 1980, pp. 253 ss.; B. Santalucia, *Pena criminale (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXII, 1982, pp. 735 ss. Por lo demás, el carácter ritual y religioso de las antiguas ejecuciones viene señalado por la palabra *supplicium*, que quiere decir a la vez «súplica a Dios», «plegaria», «sacrificio», «pena capital» y genéricamente «pena» con tormentos. Piénsese además en el carácter ambivalente —pena y juicio de Dios— asociado a muchos suplicios en los primitivos juicios por ordalía (*supra*, nota 31 del cap. 3) y de los que es un residuo la gracia todavía hoy acordada en algunos ordenamientos al condenado que sobrevive a la silla eléctrica o a cualquier otra ejecución.

84. D.48.19.8; 48.19.11.3; D.48.19.28-31 y 38; CI. 9.17; CI. 9.47. En el léxico romanista «penas capitales» no son sólo aquellas que privan de la vida, sino también las que comportan la muerte civil, es decir, la pérdida de la ciudadanía y de los derechos conexos (*deminutio capitis maxima vel media*), y que ponen a los condenados en la condición de *servi poenae* (D. 48.19.2 pr.; D. 48.19.36): como la *deportatio*; la condena *in opus metalli*, esto es, a trabajos forzados en las minas, o también *in opus publicum*; la condena a combatir en el circo *in ludum gladiatorum* o *in ludum venatorium*. Ha de recordarse además, al tratarse quizá de la experiencia abolicionista más antigua, la posibilidad introducida durante la república para los ciudadanos de sustituir la pena de muerte por el *exilium* y el *aqua et igni interdictio*, gracias a la *provocatio ad populum* ejercida con las palabras *provoco* o *civis romanus sum*. La abolición, que además de la muerte incluía también la fustigación, se hace remontar a tres leyes —una *lex Valeria* del 509 a.C., tras la expulsión del rey Tarquinio, una segunda *lex Valeria* del 300 a.C. y una *lex Porcia* del 195— de las que hablan Salustio (*De coniuratione Catilinae*, II) y, con justo orgullo, Cicerón: «Ista laus primum est majorum nostrorum, Quirites, qui expulsis regibus nullum in libero populo vestigium crudelitatis regiae retinuerunt, deinde multorum virorum fortium, qui vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt» (*Pro C. Rabirio perduellionis reo*, III). Es bien cierto que el mismo Cicerón recuerda la condena a muerte, en época republicana, de Saturnino, de los Gracos y de los cómplices de Catilina, y que por otra parte fue mantenido el suplicio (*fustuarium*) para los casos de desertión. Sin embargo, como escribió Francesco Carrara, estas muertes, e incluso las proscripciones de Sila y de los triumviros, «se hacían *jure bellico, quasi in hostes devictos, no judiciali*», derogando la ley Porcia «en virtud de los poderes excepcionales que con ocasión de calamidades concedía el Senado a los cónsules con la célebre fórmula *consules provideant ne quid Respublica detrimenti capiat*» (o. c., apartado 661 bis, pp. 108-109). La pena de muerte, junto a las penas corporales, fue mantenida sin embargo para los esclavos y

para los *peregrinos*. Y fue restablecida, en casos y en formas mucho más numerosas y crueles, bajo el imperio. Una mitigación se debió a Constantino, que con la *constitutio Cruenta spectacula* del 325 abolió los suplicios de la *crux* y de la condena *gladio vel bestiis*, al sustituirlos por los trabajos forzados *in metallum* (C. Th. 15.12.1). En cuanto a las penas corporales, fueron entre los romanos el talión, conminado por las XII Tablas para la *membra ruptio* (VIII, 2), el apaleamiento (*justium ictus*) y la flagelación (*flagellorum ictus*), de las que sin embargo estaban excluidos los ciudadanos gracias a la *lex Porcia*, y el estigma, infligido a menudo a los *humiliores* además de como pena accesoria a la pena capital de la *damnatio ad metalla* (pero una constitución de Constantino del 315 [CI. 9.47.17] suprimió el estigma en el rostro). Cf. G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. I, cap. XIV, pp. 235 ss. y cap. XV, pp. 278 ss.; K. J. Mittermaier, *o. c.*, pp. 3 ss.; G. Crivellari, *o. c.*, pp. 17-20; C. Ferrini, *Esposizione*, cit., pp. 143-162; G. Pugliese, *Diritto penale romano*, cit.; Th. Mommsen, *o. c.*, t. III, pp. 246-286 y 330-335. Una apología de la moderación de las penas en la Roma republicana la hace Montesquieu, *Del Espíritu*, cit., VI, 15, p. 109.

85. Son sólo algunos de los modos de ejecución capital recordados, con amplio repertorio de fuentes, por P. del Giudice, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pp. 515-516, y sobre todo por A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., pp. 260-277. En cuanto a las penas corporales, fueron las más diversas y lacerantes, y siempre diferenciadas *iuxta conditionem personae*: de las mutilaciones de partes del cuerpo (manos, pies, nariz, ojos, orejas, labios) al rapado del cráneo sobre el que después se esparcía pez y tal vez plumas con objeto de burla; de la perforación de las orejas o de la lengua a los azotes y los bastonazos, más o menos graves según el número de golpes y el grosor del bastón; del aislamiento en las mazmorras a las penas infamantes del estigma —en la cara, la espalda o el brazo—, la picota, la jaula o la argolla al cuello (P. del Giudice, *o. c.*, pp. 517 ss.; A. Pertile, *o. c.*, pp. 248-260 y 341-353; C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale*, cit., pp. 390 ss.; A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milán, 1918, pp. 857 ss.; G. Diurni, *Pena criminale (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXII, 1982, pp. 760 ss.).

86. Los juicios de herejía y de brujería fueron competencia de la Iglesia en los siglos XIII a XVIII, quien después de la condena relegaba al hereje a las autoridades seculares, no sin recomendarlo a su piedad. Tras una decretal de Inocencio III sobre la legitimidad de la pena capital (*Vergentis in senium*), la hoguera para los herejes, seguida de la destrucción de la casa y de la confiscación de los bienes, fue sancionada por primera vez por una constitución de Federico II para el reino itálico de 1224, extendida en 1238 al reino de Sicilia y en 1239 a todo el imperio; fue luego repetido en las legislaciones de muchas ciudades y principados, introducido en Inglaterra por un *writ de haereticum comburendo* y de nuevo en Alemania por las ordenanzas criminales de 1507, de 1516 y de 1551. La primera persecución de la herejía como *crimen publicum* (CI. 1.5.4.1) —pero en formas predominantemente correctivas, interdictorias e infamantes— se remonta sin embargo a las constituciones de Graciano, Arcadio y Honorio contenidas en el libro XVI del código teodosiano (sobre lo cual, véase L. de Giovanni, *Chiesa e stato nel codice teodosiano. Saggio sul libro XVI*, Tempi Moderni, Nápoles, 1980); pero ya en el libro I del código justiniano se llega a castigar con la decapitación a los maniqueos (CI. 1.5.11: «Ubi cumque Manichaei inveniuntur, capite damnandi sunt. Manichaeo in loco romano degere deprehenso, caput amputator») y con el destierro y la infamia a todos los demás herejes (CI. 1.5.19). Todavía más antigua es la persecución de los sortilegios, la brujería y la magia, que se remonta al derecho romano de las XII Tablas (VIII, 1) y, luego, de la edad imperial (CI. 9.18.4-6), así como al primer derecho bárbaro. Pero sólo en el siglo XIII comienza a ser practicada la quema en vivo de las brujas, primero en Italia y en Alemania y luego, de manera cada vez más masiva, en

toda Europa. Cf. G. Salvioi, *Storia della procedura*, cit., III/2, pp. 88 ss.; A. Pertile, o. c., pp. 434-463 y las numerosas fuentes allí citadas; I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Mondadori, Milán 1970; Id., *La morte*, cit., pp. 18 ss.; R. Mandrou, *Magistrats et sorciers en France au XVII^e siècle. Une analyse de psychologie historique* (1968), trad. it. de G. Cordero, *Magistrati e streghe nella Francia del Seicento*, Laterza, Bari, 1971; F. Cordero, *Criminalia...*, cit., pp. 415-457; M. Romanello (ed.), *La stregoneria in Europa (1450-1650)*, Il Mulino, Bolonia, 1981, con escritos de J. Hansen, A. Runeberg, H. R. Trevor-Roper, K. Thomas, A. MacFarlane, E. W. Monter, R. Mandrou y J. Caro Baroja y amplio apéndice bibliográfico. Sobre la inquisición eclesiástica, cf., *infra*, el apartado 39.2.

Se comprende, bajo este cuadro, el gran valor de la batalla ilustrada expresada por ensayos como *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen?*, Halle, 1697, y *De Crimine Magiae*, Halle, 1701, de Christian Thomasius; de los escritos de Locke sobre la tolerancia; de los ataques de Montesquieu contra la calificación como delitos de las ofensas a la divinidad, la magia y la brujería; o de los panfletos de Voltaire, entre los que se recuerda el dirigido contra la condena a muerte y el atroz suplicio, todavía en 1766, del decimonono caballero De la Barre, culpable de haber cantado una canción blasfema y de no haberse quitado el sombrero al pasar a veinticinco pasos del santo sacramento (*Relation de la mort du chevalier De La Barre* [1766], en *Oeuvres complètes*, cit., t. XXV, pp. 501 ss.); y el dirigido contra el fanatismo católico que provocó la tortura y el asesinato en la rueda de Jean Calas, condenado «sin sombra de prueba» sólo por ser protestante el 9.3.1762, aniversario de la masacre de los hugonotes, por la muerte de su hijo suicida, de quien se había corrido la voz de que estaba a punto de convertirse al cristianismo (*Trattato sulla tolleranza in occasione della morte di Giovanni Calas* [1762], trad. cast. de C. R. de Dampierre, *Tratado sobre la tolerancia. Con ocasión de la muerte de Jean Calas*, en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Alfaguara, Barcelona, 1978, pp. 1-104). Incluso las disputas filosóficas podían ser resueltas con la horca: Voltaire recuerda «la muerte espantosa» infligida al geómetra Ramus en el siglo XVI por haber sostenido una tesis en materia de *quisque et quamquam* contraria a la lógica aristotélica («sus adversarios arrastraron su cuerpo ensangrentado ante las puertas de todos los colegas de la Sorbona para rendir honrosa reparación a la filosofía de Aristóteles»); y luego una ordenanza de 1624 «que prohibía bajo pena de muerte el ser de opinión contraria a la de Aristóteles» (*Prix*, cit., art. XI, pp. 558-559). El mismo Voltaire calculó que tras el papa Gregorio, «llamado el Santo y el Grande por haber hecho quemar todos los libros antiguos que pudo encontrar y por haber sido el primero en mandar a las brujas a la hoguera», fueron «quemados en Europa más de 100.000 brujas y brujos, endemoniados o exorcistas. Cuanto más les condenaban los tribunales más se reproducían», hasta que «se dejó de quemar a las brujas y éstas desaparecieron de la tierra» (*ibid.*, art. IX, pp. 552-554).

87. Francesco Carrara recuerda que en Francia «había cinco maneras distintas de darle muerte al condenado: 1) *El fuego*, para los delitos de lesa majestad divina. 2) *El descuartizamiento*, por medio de cuatro caballos, para ciertos casos de lesa majestad humana. 3) *La decapitación*, por delitos comunes, si el condenado era noble. 4) *La horca*, si era plebeyo. 5) *La rueda*, por robos con violencia en las vías públicas» (*Programa. Parte general*, cit., apartado 662, nota 1, p. 110). Sobre el «esplendor de los suplicios» en la época premoderna, véase, evidentemente, M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., primera parte. Los siglos XV-XVII son por lo demás aquellos en los que la furia de la horca ha sido quizá más desenfrenada. Karl Marx refiere, citando a Holinshed, que en Inglaterra «72.000 grandes y pequeños ladrones fueron ajusticiados bajo Enrique VIII» (*El Capital* [1867], trad. cast. de W. Roces, F.C.E., México-Buenos Aires, 1946, lib. I, cap. 24, p. 626, n. 39). Y Cesare Cantù calculó, conforme a los re-

gistros de las ejecuciones capitales ocurridas entre mediados del siglo xv y mediados del xviii, que sólo en Milán «durante los primeros años van al verdugo no menos de ocho personas al mes; y hacia el final no menos de dos o tres» (*Storia degli Italiani*, Unione Tipografica, Turín, 1856, t. V, p. 811).

88. Las XII Tablas castigaban con el colgamiento (*suspensio Cereri*) el hurto nocturno de mieses (VIII, 9), con la precipitación (*saxum tarpeium*) el hurto manifiesto y el falso testimonio (VIII, 14 e 23) y con la *consecratio* el fraude del patrono en daño del cliente (VIII, 21). En la primera época republicana eran castigados además con la hoguera los delitos de incendio, con la fustigación hasta la muerte el sortilegio, con la precipitación por la roca Tarpeya el falso testimonio y el hurto manifiesto (B. Sanalucía, *o. c.*, p. 736). Pero la gran masacre comienza con la época cristiana y se desarrolla sobre todo en la baja edad media. «Hodie in poenis mera carnescina est», lamentaba A. Alciato, *De verborum significatione libri quattuor*, Gryphium, Lugduni, 1548, *gl. mortis*, col. 247. En el derecho penal germánico, en los estatutos medievales y luego en las Constituciones criminales del xvi (la *Carolina* de 1532, la *Ordonnance* francesa de 1539, la *Polverina* toscana de 1548, las Constituciones milanesas de 1541 y las piemontesas de 1582) se castigaban con el ahorcamiento o la rueda el hurto en la calle, con la hoguera la herejía, la magia y la sodomía, con la asfixia en el fango o el ahogamiento las ofensas a las buenas costumbres, con el decuartizamiento los crímenes de lesa majestad y con el cocimiento la fabricación de monedas falsas. Claro recuerda hasta 44 delitos punibles con la muerte, Guillermo Bont cuenta 48 e igualmente numerosos son los enumerados en las legislaciones estatutarias luquesas, veronesas, venecianas, parmesanas y sicilianas (P. del Giudice, *o. c.*, pp. 513-517; C. Calisse, *o. c.*, pp. 391-394; P. Rossi, *o. c.*, pp. 45 ss.; A. Pertile, *o. c.*, pp. 261 ss.). Y todavía en la Edad Moderna, en las primeras codificaciones, la pena de muerte sigue estando difundidísima, aplicándose no sólo a los homicidios, sino también a los «delitos religiosos» (los sacrilegios, la herejía, la magia e incluso las blasfemias), los hurtos, las falsificaciones de moneda y los delitos de traición y de lesa majestad: el código de María Teresa la preveía para 32 delitos, las Constituciones de Módena para 22, las de Carlo Emanuele III de 1770 para 19 y —todavía— el código francés de 1791 para 32, el napoleónico de 1810 para 36 y el sardo de 1859 para 13. En cuanto a la ley inglesa, Voltaire, *Prix*, cit., art. II, p. 536, recuerda que llegaba a disponerla para cualquier hurto de más de doce sueldos; y tanto el código teresino como el piemontés de 1770 contemplaban todavía la hoguera, la rueda, el descuartizamiento y el arrastramiento por caballo, aunque en la práctica estas formas de ejecución se habían convertido cada vez en más raras hasta casi desaparecer (A. Pertile, *o. c.*, pp. 262 y 273-274; R. de Rubeis, *o. c.*, p. 953; A. Cavanna, *o. c.*, pp. 181 ss.).

89. Extraigo de *When the State kills... The Death Penalty v. Human Rights*, Amnesty International Publications, Londres, 1989, pp. 259-231, las listas actualizadas al 1 de enero de 1989 de los países que todavía conservan y aplican, de los que conservan pero no aplican y de los que han abolido del todo o en parte la pena de muerte.

Los países en los que la pena capital está todavía en vigor y ha sido aplicada en los últimos diez años son 100: Afganistán, Albania, Argelia, Angola, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Benín, Birmania, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Camboya, Congo, Corea del Norte, Corea del Sur, Cuba, Chad, Checoslovaquia, Chile, China (Rep. Pop.), Dominica, Egipto, Emirados Árabes Unidos, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irak, Jamaica, Japón, Jordania, Kenia, Kuwait, Laos, Lesotho, Líbano, Liberia, Libia, Malawi, Malasia, Mali, Marruecos, Mauritania, Mauricio, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Polonia, Qatar, República

Centroafricana, República Sudafricana, Rumanía, Ruanda, San Cristóbal, Santa Lucía, San Vicente, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Surinam, Swazilandia, Taiwan, Tailandia, Tanzania, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Uganda, URSS, USA (exceptuados los catorce estados de Alaska, Columbia, Hawai, Iowa, Kansas, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Rhode Island, West Virginia y Wisconsin), Vietnam, Yemen del Norte, Yemen del Sur, Yugoslavia, Zaire, Zambia y Zimbabwe.

Los países en los que la pena de muerte está en vigor pero no es aplicada desde al menos hace diez años son 27: Andorra, Anguila, Bahrein, Bélgica, Bermudas, Bhután, Bolivia, Brunei, Costa de Marfil, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Islas Caimanes, Islas Comores, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes, Madagascar, Maldivas, Monserrat, Nauru, Paraguay, Samoa Oeste, Senegal, Sri Lanka, Togo y Yibuti.

Los países que a la fecha del 1.1.1989 han abolido por completo la pena de muerte son 35: Australia (desde 1984), Austria (desde 1968), Cabo Verde, Ciudad del Vaticano (desde 1969), Colombia, Costa Rica, Dinamarca (desde 1978), Ecuador, Finlandia, Francia (desde 1981), Haití (desde 1987), Holanda, Honduras, Islandia, Islas Marshall, Islas Salomón, Kiribati, Luxemburgo (desde 1979), Liechtenstein (desde 1987), Micronesia, Mónaco, Nicaragua (desde 1979), Noruega, Panamá, Portugal, República Dominicana, República Democrática Alemana (desde 1987), República Federal Alemana (desde 1949), San Marino, Suecia, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu y Venezuela. Los países que en la misma fecha han abolido la pena de muerte para tiempo de paz, manteniéndola sin embargo para tiempo de guerra o para otras situaciones excepcionales son, en fin, 18: Argentina, Brasil, Canadá (desde 1976), Chipre (desde 1983), El Salvador (desde 1983), España (desde 1978), Gran Bretaña, Islas Fiji (desde 1979), Israel, Italia, Malta, México (desde 1975), Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Perú (desde 1979), Santo Tomé y Príncipe, Seychelles y Suiza. Sobre las aboliciones realizadas desde el siglo pasado, cf., *infra*, la nota 105.

90. Según Eric Prokosch, en 1981 han sido ajusticiadas 3.278 personas en el mundo, de las cuales más de tres cuartas partes —2.616— sólo en Irán (*La pena di morte nel mondo*, en *La pena di morte nel mondo*, Marietti, Casale Monferrato, 1983, p. 4).

91. *United States of America. The Death Penalty*, Amnesty International Publications, Londres, 1987, p. 9. Alrededor de dos tercios de esta cifra está formada por negros; y la desproporción es de nueve a uno (405 sobre 455) para las ejecuciones capitales infligidas no por homicidio sino por robo (*ibid.*, pp. 10-11). Si se considera que las personas de color forman no más del 12 por ciento de la población americana, se puede tener una idea del grado de discriminación racista que preside, en los Estados Unidos, la irrogación de la pena de muerte (como, por lo demás, de la pena privativa de libertad: *infra*, nota 183). Los métodos de ejecución capital son distintos en los diversos estados: la silla eléctrica (Alabama, Connecticut, Florida, Georgia, Indiana, Kentucky, Louisiana, Nebraska, Ohio, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Vermont, Virginia), la cámara de gas (Arizona, California, Colorado, Maryland, Mississippi, Missouri, North Carolina), la inyección letal (Arkansas, Idaho, Illinois, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, Nuevo México, Oklahoma, Oregón, South Dakota, Texas, Utah, Washington, Wyoming), el fusilamiento (Idaho, Utah), la horca (Delaware, New Hampshire, Washington, Montana) (*ibid.*, pp. 108-138 y 122-123). La pena de muerte, en contraste con la Convención internacional y con la interamericana sobre derechos humanos, no perdona ni siquiera a los adolescentes: recuérdense las ejecuciones de Charles Rumbaugh (el 11.9.1985 en Texas), de James Terry Roach (el 10.1.1986 en South Carolina) y de Jay Pinkerton (el 15.5.1986 en Texas), que en el momento del delito tenían todos 17 años. Y la condena de Paula Cooper, de 16, que ha

suscitado la indignación internacional, es sólo uno de los 32 casos de jóvenes, en su mayoría negros, que en julio de 1986 estaban a la espera de ejecución (de los cuales 21 tenían 17 años en el momento del delito, 6 tenían 16 años, 4 tenían 15 años y uno —negro— sólo 14 años) (*ibid.*, pp. 65-75). La edad mínima establecida por la ley para la responsabilidad mediante pena de muerte es por lo demás de sólo 10 años en Indiana y en Vermont, de 12 años en Montana, de 13 en Mississippi, de 14 en Alabama, Idaho, Kentucky, Missouri, North Carolina y Utah; de 15 en Arkansas, Louisiana y Virginia; de 16 en Nevada; de 17 en Georgia, New Hampshire y Texas (*ibid.*, p. 66); aunque en todos los lados la ejecución capital es retrasada, con sutil hipocresía, hasta la mayoría de edad. Ha de señalarse, en fin, que las ejecuciones capitales en los Estados Unidos, tras haber alcanzado las cotas máximas en las décadas de 1930 y 1940, con una media de alrededor de 150 anuales, disminuyeron a 48 después de 1951 y 1967 y cesaron por completo entre 1968 y 1976. En los últimos años ha habido una extraordinaria recuperación: 21 ejecuciones en 1984, 18 en 1985 y 16 en los primeros diez meses de 1986 (*ibid.*, p. 207).

92. Cf. H. Laurent, *Les châtiments corporels*, Librairie Phily, Lion, 1912, pp. 300-400, que registra la supervivencia a comienzos del siglo de penas corporales, y en particular de los azotes, en Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Noruega y Suecia; H. Hentig, *La pena*, cit., II, pp. 405-422, que además de los azotes en tales países cita la pena mucho más horrible de la castración, introducida en la Alemania nazi para los reincidentes de delitos contra las buenas costumbres por la ley de 24.11.1933 (trad. it. en «Giustizia penale», 1933, parte I, col. 395-397). Penas corporales y amputaciones sobreviven todavía hoy en muchos países islámicos.

93. Alessandro Baratta calcula que en la década de 1970 los casos de muerte extra-legal y extra-judicial —esto es, infligida por los estados fuera de situación de guerra, guerrilla y genocidio— ascienden a 500.000. Añádase la cifra de las desapariciones y la, incalculable, de las torturas (*Aspetti extragiudiziali della pena di morte*, en *La pena di morte*, cit., pp. 175 ss).

94. Platón, *Las leyes*, cit., lib. IX, 854d-856c, vol. II, pp. 102-105, donde se admiten también el estigma y el látigo; *ibid.*, 862d-863a, pp. 114-115, donde se prevé la pena de muerte para los incorregibles; *ibid.*, 937c, p. 226, donde se recomienda para quien testimonie en falso por cuarta vez; Id., *Protágoras*, cit., 322d, p. 527; Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 14, 1375a, pp. 73-75; Id., *Ética Nicomáquea*, cit., X, 9, 1180a, pp. 404-405; Séneca, *De la cólera*, cit., I, 6, pp. 43-45.

95. Agustín de Tagaste, *La ciudad de Dios*, cit., lib. I, cap. XXI, p. 51, según el cual no violan el derecho de matar «los hombres que, movidos por Dios, han llevado a cabo guerras, o los que, investidos de pública autoridad, y ateniéndose a su ley, es decir, según el dominio de la razón más justa, han dado muerte a reos de crímenes»; Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XI, art. 3, donde se admite el dar muerte a los herejes; quaestio LXIV, art. 2, en la que se permite la de los peligrosos, ya que «hominem peccatorem occidere potest esse bonum, sicut occidere bestiam»; Id., *Contra gentiles*, lib. III, cap. CXLVI, donde el príncipe que condena a muerte a los delincuentes es comparado con el médico que amputa la parte enferma para salvar todo el cuerpo; R. Belarmino, *Controversie*, II, cap. XIII, titulado «Liceità della pena di morte», en *Scritti politici*, ed. por C. Giacon, Zanichelli, Bolonia, 1950, pp. 249-251, donde se apela a la autoridad de la Biblia (*Génesis*, 9, 6 y 38, 24; *Éxodo*, 21, 140; *Números*, 35, 18 ss.), del Evangelio (*Mateo*, 26, 52), de san Pedro (*Primera carta*, 2, 13-14), de san Pablo (*Romanos*, 13, 1-2 y 4), de Inocencio I, de san Hilario, de san Jerónimo y de san Agustín, con vasto florilegio de sagradas escrituras en favor de la pena de muerte.

96. M. Lutero, *Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia*

(1523), *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia* (1525), *Contra las bandas ladronas y asesinas de los campesinos* (1525) y *Carta sobre el duro libro contra los campesinos* (1925), en *Escritos políticos*, trad. cast. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 21 ss., 67 ss., 95 ss. y 103 ss., así como *Schreckliche Geschichte und Gericht Gottes über Thomas Müntzer*, trad. it. en *Scritti politici*, Utet, Turín, 1949, pp. 484 ss. Lutero, en particular, legitimó la pena de muerte y pidió su aplicación a las rebeliones campesinas encabezadas por Thomas Müntzer, explicando su fracaso y la represión por «el hecho de que Dios quiere castigar la rebelión de los campesinos» (p. 502) e interpretando la circunstancia de que «Tomás Munzer ha perdido» como un «juicio de Dios» mediante el que «aquél se ha desvelado como mentiroso» y se ha hecho «manifiesto que bajo el nombre de Dios ha hablado y actuado en cambio en nombre del demonio» (p. 495). De Calvino, recuérdese la condena a la hoguera del hereje español Miguel Servet, querida por aquél en Ginebra el 27 de octubre de 1553, y la polémica que la siguió entre Sebastian Castellion, autor bajo el pseudónimo de Martinus Bellius de un opúsculo *De haereticis an sint persequendi*, y el mismo Calvino, que publicó en 1554 una *Defensio* donde «ostenditur haereticos iure gladii coerendos esse et nominatim de homine hoc tam impio iuste et merito sumptum Genevae fuisse supplicium». Sobre la polémica, desarrollada con un escrito del calvinista Teodoro Beza y luego con una nueva intervención de Castellion, *De haereticis non puniendis*, cf. F. Ruffini, *La libertà religiosa* (1901), Feltrinelli, Milán, 1967, pp. 48 ss.; I. Mereu, *La morte come pena*, cit., pp. 71-76.

97. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XVIII y XXVIII, pp. 151 y 2251; B. Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* (1670), trad. cast. de A. Domínguez, *Tratado teológico-político*, Alianza, Madrid, 1986, cap. XVI, pp. 338 y 344; J. Locke, *Segundo Tratado*, cit., apartado 3, p. 35, donde el «poder político» se define como «derecho de dictar leyes bajo pena de muerte»; *ibid.*, apartados 8, 11-12 y 18, pp. 39-40, 41-42 y 47-48; J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), lib. II, cap. V, Garnier-Flammarion, París, 1966, que llega a concebir la vida humana como «un don condicional de l'État»; I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 165-174.

98. De Moro y de Campanella —de los que el primero, sin embargo, criticó la pena de muerte para el hurto— recuérdense los pasajes reproducidos en las notas 121-123 y 48 del cap. 5. En cuanto a Winstanley, que algunos años antes había condenado la pena de muerte, véase el *Piano della legge della libertà*, cit., pp. 400-409, donde la pena de muerte está prevista por las leyes n. 3, 28, 40, 49, 58 y 59 para la corrupción de los magistrados, el comercio, el uso de la religión con fines de lucro, la rebelión armada contra las leyes y la violación (cf., sobre la doctrina penal de Winstanley, G. Fiaschi, *Potere, rivoluzione e utopia nell'esperienza di Gerrard Winstanley*, Cedam, Padua, 1982, pp. 576-583. La pena de la «mera muerte (*mort simple*)» fue admitida también por Montaigne, que también levantó su voz contra la inútil crueldad de los suplicios (*Essais* [1580], trad. cast. de J. G. de Luaces, *Ensayos completos*, 3 vols., Orbis, Barcelona, ³1985, lib. II, cap. XI, vol. II, pp. 88-93).

99. Montesquieu, o. c., XII, 4, p. 175 y XV, 2, p. 210; K. F. Hommel, *Introduzione alla versione tedesca di «Dei delitti e delle pene»*, cit., p. 609; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, caps. XXIX-XXX, tomo III, pp. 317-334; G. Mably, *De la législation*, cit., lib. III, cap. IV, p. 279 (para los delitos de asesinato y de traición); Condorcet, *Série de fragments*, cit., p. 416.

100. J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, cit., apartados 14 y 20; G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., apartados 101 y 102 y agregado al apartado 101, pp. 165-166; B. Croce, *Filosofía della pratica* (1908), Laterza, Bari, ⁷1957, p. 362, de quien vale la pena recordar el argumento —extraño en un descreído— de que la pena de muerte «se puede reputar no vana si ha dado o vuelto a dar al

culpable un día, una hora o un instante de aquella vida humana, de aquel contacto con el infinito que había perdido».

101. A. Feuerbach, *Der Tod ist das grösste Uebel und die abschreckendste Strafe*, en «Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde», II, 1800, pp. 244-282; Id., *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Tasché und Müller, Giessen, 1804, pp. 165-167; J. Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., lib. II, cap. XIV, 3, tomo II, pp. 37-42 (pero sólo para los delitos políticos de alta traición o subversión e, *in terrorem*, en los asesinatos atroces y en los estragos); G. Romagnosi, *Génesis del derecho penal*, cit., parte II, cap. XXI, apartado 346, p. 130; Id., *Memoria sulle pene capitali* (1830), en la trad. cast. cit., *Memoria del profesor G. D. Romagnosi sobre las penas capitales*, pp. 589-601; G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. III, p. 141; B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle* (1818), trad. it. de V. Galeffi, *Corso di politica costituzionale*, Monni, Florencia, 1849, t. I, Sviluppoamenti, XIII, p. 199 (trad. cast., incompleta, de F. L. de Yturbe, *Curso de política constitucional*, Taurus, Madrid 1968); Id., *Commento sulla scienza della legislazione di G. Filangieri* (1822), parte III, cap. XI, en apéndice a G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., II, pp. 602-606. La intervención en el Parlamento inglés de John Stuart Mill en favor de la pena de muerte es recordada por N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, en *La pena di morte nel mondo*, cit., pp. 30-31. Incluso Beccaria y Voltaire no rechazaron incondicionalmente la pena de muerte: el primero la admitió para los delincuentes políticos peligrosos y cuando no hubiera otro medio de prevención (*infra*, nota 146); el segundo la justificó, siguiendo al primero, «en un solo caso: cuando no haya otro medio para salvar la vida de un mayor número de personas. Es el caso en que se mata a un perro rabioso» (*Prix*, cit., art. III, p. 540).

102. Pellegrino Rossi, *Tratado de derecho penal*, cit., II, pp. 236-254; P. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale*, cit., apartados 830-842, pp. 291-294; G. P. Tolomei, *Diritto e procedura penale*, cit., pp. 361-362; G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., pp. 529-535; F. Carnelutti, *La pena di morte nel diritto pubblico*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1931, pp. 349 ss., donde se avanza la singular configuración de la pena de muerte como «expropiación por razón de utilidad pública».

103. R. Garofalo, *Criminología*, cit., pp. 95-97 y 341-345; G. Tarde, *La filosofía penal*, cit., II, pp. 328-382; E. Ferri, *Pena di morte e difesa di Stato*, en «La Scuola positiva», 1926, VI, pp. 396 ss.; Art. Rocco, *Sul ripristino della pena di morte in Italia* (1926), en *Opere giuridiche*, cit., III, pp. 545-552; Id., *Intorno alla pena di morte*, en «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 1933, pp. 400-407; Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927, pp. 107 ss.; V. Manzini, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza comune e la malavita*, en «Rivista penale», 1910, 1, pp. 5 ss.; Id., *Della pena di morte e della sua retroattività*, en «L'Impero» del 8.10.1926, donde se sostiene, al día siguiente del atentado fallido contra Mussolini, la posible retroactividad de la pena de muerte; Id., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. III, apartado 527, pp. 55-59. De Manzini ha de señalarse, en confirmación de la metamorfosis política puesta de relieve en la nota 40 del cap. 4, el cambio respecto de las tesis de 1899 expresadas en la voz *Diritto penale*, cit., 1899, p. 93, nota: «De la pena de muerte no hay que discutir, ya que nosotros, con la mayor parte de los criminalistas y los sociólogos, consideramos ahora esta cuestión científicamente resuelta en el sentido de la abolición del oprobioso e inútil suplicio». Un itinerario ético-político exactamente opuesto fue en cambio el recorrido por Giuseppe Maggiore, tan encarnizadamente favorable a la pena de muerte en la edición de su *Diritto penale* de 1932 (pp. 371-374), como ferrocamente contrario a ella en la edición de 1951 (pp. 693-709).

104. La confutación filosófico-política más relevante de la pena de muerte —no «un derecho», sino «una guerra de la nación con un ciudadano»— se debe, como es sabido, a Beccaria, que la basó, aun con alguna ambigüedad (*infra*, nota 146), en dos argumentos: el argumento utilitarista de la inutilidad de la pena capital por ser más ineficaz que la reclusión como medio de intimidación, y el argumento contractualista a tenor del cual no puede formar parte de la «suma de cortas porciones de libertad de cada uno» conferidas por todo ciudadano al Estado «el arbitrio de hacerlo morir», dado que no entra en el «más corto sacrificio de la libertad de cada particular» que está en la base del vivir civil «aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes» (*o. c.*, XX-VIII, pp. 74-81). Argumentos totalmente utilitaristas fueron, en cambio, los sostenidos contra las penas capitales por Voltaire, *Comentario al libro «De los delitos y de las penas»*, cit., X, pp. 133-134: «un hombre ahorcado no sirve para nada...»; *Id.*, *Prix*, cit., art. II, p. 538: «Castigad, pero no castiguéis ciegamente. Castigad, pero útilmente»; *ibid.*, art. III, pp. 540-541: «condenad al criminal a vivir para ser útil: que trabaje continuamente para su país, porque ha hecho daño a su país... no se trata de discutir aquí cuál es la pena más dulce, sino la más útil»; y por J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., lib. II, cap. XIV, tomo II, pp. 19-20 («1.º, la pena capital no es convertible en provecho...; 2.º, es una pérdida, porque es un gasto en lo que constituye la fuerza y la riqueza de una nación, que es el número de los que la componen...; 3.º, ... siendo muy desigual, es por consiguiente muy incierta en su operación preventiva»). Más incondicionalmente moral es el rechazo de la pena de muerte en K. J. Mittermaier, *o. c.*, pp. 63 y 132 ss., y en F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., apartados 659-662, pp. 100-113; *Id.*, *Frammenti sulla pena di morte* (1867), en *Opuscoli*, cit., V, pp. 59-106; *Id.*, *Pena di morte* (1877), *ibid.*, VII, pp. 401-470. Merecen también ser recordadas las apasionadas condenas de la pena capital pronunciadas por G. Mazzini, *Al conte di Cavour* (1858), en *Opere*, Rizzoli, Milán, 1967, II, pp. 633-634, y la expresada en el bello ensayo de C. Cattaneo, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, cit. Sobre las vicisitudes parlamentarias de la pena de muerte en Italia, del proyecto abolicionista De Falco de 1866 hasta el código Zanardelli de 1889, cf. G. Crivellari, *o. c.*, pp. 37-177. Sobre la batalla abolicionista —llevada a cabo por el *Giornale per l'abolizione della pena di morte* (1861-1865) y por el *Cesare Beccaria. Foglio settimanale della riforma carceraria* (1864-1870) y dirigida por Pietro Ellero, Francesco Carrara y Enrico Pessina (con la adhesión de Giuseppe Garibaldi, Francesco Guerrazzi, Nicolò Tommaseo y Giosuè Carducci)—, cf. I. Mereu, *La morte*, cit., pp. 135-168.

105. Tras las experiencias abolicionistas de los últimos dos siglos, la inutilidad de la pena de muerte como instrumento de prevención de los delitos puede por lo demás darse por descontada. Tancredi Canonico recuerda que en Toscana, que fue el primer país europeo donde la pena de muerte fue abolida, en los cuatro años siguientes a la abolición, de 1786 a 1790, hubo sólo cuatro homicidios, mientras que de 1791 a 1796, tras haber sido reintroducida en 1790 la pena capital, los homicidios fueron treinta (*Del reato e della pena*, cit., p. 467). Lo mismo se puede decir por la experiencia italiana, donde los homicidios durante el veintenio fascista, en el que la pena de muerte se reintrodujo (mediante el D. L. n. 2008 de 25 de noviembre de 1926), fueron como media más numerosos (2.186 al año, entre 1927 y 1947) que en el veintenio siguiente a su supresión por parte de la Constitución (1.786 al año, entre 1948 y 1970); por las más recientes experiencias de España y de Francia, donde igualmente los homicidios tampoco han aumentado sino disminuido tras la supresión de la pena de muerte en 1978 y 1981, respectivamente; y por los Estados Unidos, donde en los pocos estados que han abolido la pena de muerte el número de homicidios no es superior al de aquellos que la han conservado. Véanse también los datos reproducidos por C. Cattaneo, *Della pena di morte*, cit., pp. 190-194; por K. J. Mittermaier, *o. c.*, pp. 69-

91, 137-140 y 191-198, y por P. Rossi, *o. c.*, pp. 194-238, sobre la disminución de la criminalidad en el siglo pasado, tras la reducción de las ejecuciones capitales y de los delitos castigados con pena de muerte, en Italia, Alemania, Inglaterra, Francia y Rusia. En el mismo sentido, cf. J. C. Chesnais, *Histoire de la violence*, cit., cap. II y III, y sobre todo el reciente USA. *The Death Penalty*, cit., pp. 162 ss. El nexo entre ferocidad de las penas e incremento de los delitos ya fue enunciado por Beccaria: *o. c.*, XXVII, p. 72: «Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de crueldad que guiaba la mano del legislador regía la del parricida y del matador. Sentado en el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos, que obedecían. En la oscuridad privada estimulaba a sacrificar tiranos para crear otros de nuevo».

106. La pena de muerte fue abolida por vez primera (aparte de la ya recordada supresión en la Roma republicana para los ciudadanos romanos) el 30 de noviembre de 1786 por Pietro Leopoldo I en Toscana, donde sin embargo fue reintroducida por un edicto de 30 de junio de 1790 para los delitos de sedición revolucionaria y por las leyes de 30 de agosto de 1795 y de 22 de junio de 1816 para los homicidios y los robos, nuevamente suprimida el 11 de octubre de 1847, reintroducida otra vez el 16 de noviembre de 1852 y suprimida una vez más por un decreto de 30 de abril de 1859 dictado por el gobierno provisional en las vísperas de la unificación; fue limitada por José II, en el código austríaco de 13 de enero de 1787, sólo a los delitos de sedición, pero extendida después nuevamente a numerosos delitos en el código de 1803; su abolición fue propuesta en la Francia revolucionaria por Robespierre (que sin embargo fue su impiadoso dispensador en los años del Terror) con sus *Discours sur la peine de mort* pronunciados en mayo de 1791 en la Asamblea Constituyente (en *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, P.U.F., París, 1952, VII, pp. 432 ss.). Fue, en cambio, mantenida, aunque sólo para los delitos políticos y los homicidios agravados (arts. 25, 26, 31-33, 71, 74 y 77), en el «Progetto» de código penal para la Lombardía redactado entre 1787 y 1792 —bajo encargo primero de José II y después, cuando le sucedió en 1790, de Leopoldo— por una Comisión de la que también formaba parte Cesare Beccaria (véase, sobre tal proyecto, A. Cavanna, *La codificazione penale*, cit., que reproduce el texto en apéndice, y, sobre la discusión en el seno de la Comisión, F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Bari, 1985, pp. 550-572). Durante el siglo pasado la abolición de la pena de muerte fue repetidamente propuesta en casi todos los países del mundo, pero sólo en unos pocos fue efectivamente aprobada: en 1864 en Venezuela y en México, que la reintrodujo en el presente siglo para suprimirla nuevamente en 1975; en 1865 en San Marino; en 1867 en Portugal, donde sin embargo fue reintroducida por el régimen salazarista y nuevamente abolida en 1979; en 1870 en Holanda; en 1874 en Suiza, donde algún cantón la reintrodujo tras un referéndum en el 79; en 1889 en Costa Rica; en 1882 en Brasil, donde fue reintroducida por los militares en 1969 y vuelta a suprimir de nuevo en 1979; en 1889 en Italia, donde fue reintroducida por el fascismo en 1926, sancionada por el código Rocco como «feliz signo» —dice la Ponencia del ministro de Justicia (cit., apartado 4, p. 23)— «de la recuperada virilidad y energía de nuestro pueblo», y definitivamente suprimida después por la Constitución del 48; en 1890 en Colombia; en 1894 en Honduras; en 1905 en Noruega; en 1921 en Suecia y en Argentina, donde fue reintroducida en 1979 y nuevamente suprimida en 1984.

107. Como afirma Thomasius, la pena *invitis accidit* cuando es infligida por la autoridad *inferiori invito* (*Institutiones*, cit., lib. III, cap. VII, apartados 6 y 28, pp. 411 y 413). La noción de la pena como «sufrimiento», o *malum passionis* o *positio mali seu dolor* se remonta a Aristóteles (*Ética Nicomáquea*, cit. X, 10, 1180a, p. 404) y une a Grocio, Pufendorf, Thomasius, Hobbes y Locke (notas 13 y 121) y, en general, a la li-

teratura ilustrada, a la que siempre fue ajena la idea platónica de la pena como «bien» para el que la recibe, retomada sin embargo por Hegel y después por el moderno correccionalismo (*infra*, apartado 59.4).

108. El código babilónico de Hammurabi, que data de alrededor del año 2250 a. C. y es el documento legislativo más antiguo que se conoce, dispone: «196. Si alguien hace perder un ojo a otro, pierda el propio ojo; 197. Si alguien rompe un hueso a otro, rómpasele un hueso; 200. Si alguien quiebra los dientes a un semejante, se le quebrarán los suyos; 210. Si alguien golpea a una mujer libre y ésta muere, se matará a la hija de aquél» (cit. por V. Manzini, *Il diritto criminale nella più antica legge del mondo*, en «Rivista di Diritto Penale», 1903, pp. 662 y ss.).

109. Son análogas las máximas bíblicas «vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie» en *Éxodo*, 21, 23-24 y en *Deuteronomio*, 19, 21. En las XII Tablas el mismo principio está expresado en el precepto «si quis membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto» (VIII, 2). La doctrina del contrapaso se encuentra, en fin, expuesta por Platón, *Las leyes*, cit., II, 870d y 872e-873b, pp. 126 y 129-130. El carácter mágico-religioso del talión ha sido bien ilustrado por H. Spencer, *Principi di sociologia*, cit., pp. 296 y ss. y por Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 99 y ss. y 469 y ss., que documentan su presencia en las culturas primitivas actuales.

110. *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4: «Haec est forma divini iudicii, ut secundum quod aliquis fecit, patiatur... Ergo videtur quod iustum simpliciter si idem quod contrapassum».

111. I. Kant, o. c., p. 167: «Sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y 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»; G. W. F. Hegel, o. c., apartado 101, p. 163: «La eliminación del delito es una compensación en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cualitativa y cuantitativa determinada, por lo cual también la tiene que tener su negación en cuanto existencia»; cf. también, *ibid.*, la adición n. 64 y la nota al apartado 101, pp. 163-165.

112. Montesquieu, *Del espíritu*, cit. XII, 4, p. 174. Del mismo modo C. Beccaria, o. c., 19, p. 62: «Otro principio sirve admirablemente para estrechar más y más la importante conexión entre el delito y la pena; éste es que sea ella conforme cuanto se pueda a la naturaleza del mismo delito. Esta analogía facilita maravillosamente el choque que debe haber entre los estímulos que impelen al delito y la repercusión de la pena»; A. Genovesi, *Della Diocesina*, cit., t. II, lib. II, XIX, cap. 10, p. 180: «Se te debe privar de un derecho igual a aquel que tú has violado»; J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. VI, p. 45: «La pena debe ser *análoga al delito*, porque se grabará más fácilmente en la memoria, y se presentará más vivamente a la imaginación si tiene una semejanza característica con el delito. El talión es admirable en cuanto a esto... pero... es por otra parte una pena demasiado costosa»; G. Carmignani, *Elementos*, cit., apartado 356, p. 144: «La *calidad* de la pena debe equipararse a la calidad del delito, de manera que la idea del daño social ocasionado por el delito se relacione en el ánimo de los ciudadanos con el mal inherente a la pena».

113. La idea de una correspondencia cualitativa entre pena y delito se ajustaba no sólo a la concepción retributiva de la pena, sino a la función neutralizante y al mismo tiempo estigmatizadora e infamante asociada al carácter indeleble de las penas corporales: tanto de la marca como de las amputaciones y mutilaciones, que asimismo servían para recordar la culpa y la condena. Pertile invoca el proverbio *cave signatis* y da cuenta de los estatutos que prohibían a los lisiados y a los marcados entrar en la ciudad, así como de la cautela de quien había sufrido una mutilación por causa lícita que

debía procurarse un certificado que lo acreditara (o. c., pp. 256-257). Carrara recuerda que los condenados marcados fueron también llamados *homines stigmati, literati* o *integrae frontis*, por consistir la marca en la letra inicial del delito cometido o de la pena sufrida; y refiere que el sello se mantuvo en algunas provincias italianas hasta su tiempo como pena accesoria, con el fin de hacer identificable al condenado en caso de fuga o de reincidencia, y consistía en las letras *TF* (*travaux forcés*) impresas en la espalda (*Programa*, cit., apartado 667, p. 116). La marca en el lado derecho de la espalda con las letras *TP* para los condenados a trabajos forzados de por vida, *T* para los condenados durante un tiempo y *F* para los culpables de falsedad se encuentra efectivamente todavía prescrita en el art. 20 del código penal napoleónico de 1810 extendido al Reino de Italia. A la función infamante e intimidatoria de las penas corporales, como del resto de los suplicios, contribuía además la publicidad de su ejecución: «*executio poenarum corporalium debet esse publica et in locis publicis fieri et non in carceribus, ut unius exemplo caeteri pertinescant et unius poena sit metus multorum*» (P. Ghirlandus, *De relaxatione carceratorum tractatus*, rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 3, en *Volumen praeclarissimum omnium tractatum criminalium*, per Ioan. Baptistam Ziletum in lucem proditum, apud Cominum de Tridino Montisferrati, Venetiis 1563, p. 264v).

114. A. Pertile, o. c., pp. 255-260; P. del Giudice, o. c., pp. 519 ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico*, cit., pp. 395-403; G. Diurni, o. c., pp. 761-765. La amputación de la mano fue sin duda la pena corporal más difundida: fue prevista por Rotario contra los responsables de falsedad, por Liutprando para la falsificación de documentos, por Carlomagno para el perjurio, por los estatutos para una larga serie de delitos de daño además de a título de conversión de la pena pecuniaria y en todos los casos en que no se hubiera especificado el miembro a amputar. En este último caso, sentencia Farinaccio, el juez podía sin embargo determinar la parte del cuerpo a mutilar conforme a la naturaleza específica del delito cometido: «*Poena amputationis membri, quando a statuto apposta est non expreso membro, [...] intelligatur de poena amputationis manus; verius tamen isto casu debere respici delictum pro quo talis poena imposita sit. Si enim delictum est commisum ambulando, debet intelligi de pede; si loquendo, de lingua; si scribendo, de manu dextera, etc.*» (*Praxis et theoriae criminalis*, I, 1, apud Georgium Variscum, Venetiis, 1603, quaestio XIX, n. 25, f. 155v). Un tratamiento detallado de los diversos tipos de mutilaciones correspondientes a las distintas clases de delito y de las soluciones convenientes en los casos de duda (concurso de delitos, elección de la mano o del pie a amputar, reo dotado de una sola mano o ya mutilado, posibles conmutaciones y similares) se ofrece por Alberto de Gante, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De poenis reorum in genere et de percussione et de insulto*, en *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II. *Die Theorie*, H. Kantorowicz (ed.), De Gruyter, Berlín-Leipzig, 1926.

115. *La Metafísica*, cit., p. 168. Es idéntico el argumento de Hegel, que en el caso del homicidio no ve la necesidad que puede darse en otros delitos de realizar la igualdad de la retribución penal a través de la mediación del «valor» de cambio (*infra*, nota 138): «Aunque para la compensación no es posible atenerse a la igualdad específica, el caso es diferente para el asesinato, al que corresponde necesariamente la pena de muerte. En efecto, puesto que la vida constituye la extensión total de la existencia, la pena no puede consistir en un *valor*, pues no hay ningún valor equivalente» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 101, agregado, p. 165). Montesquieu, por lo demás, había utilizado el argumento de la «naturaleza de las cosas» en apoyo de la pena de muerte, caracterizada por él como una «especie de talión» (*op. cit.*, XII, 4, p. 175).

116. *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXI, art. 4.

117. *La Metafísica*, cit., p. 167.

118. *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici* (1971), en C. Beccaria, *Opere*, Sergio Romagnoli (ed.), Sansoni, Florencia, 1958, vol. II, cap. LV, p. 711. (Es bueno recordar que por «delitos políticos», en oposición a «delitos criminales», Beccaria entendía, según el uso de su tiempo, las contravenciones de policía.) Que la igualdad penal y el respeto a la persona en cuanto tal no se hubieran logrado ni siquiera en el siglo de las luces está acreditado por el hecho de que el ilustrado José II usaba a los condenados como «bestias de carga», obligando a los «prisioneros semidesnudos, con el cuerpo dentro del agua, a arrastrar a duras penas los barcos en el Danubio» (B. Constant, *Commento*, cit., cap. XII, p. 607). Por lo demás, había sido precisamente Beccaria el que propuso —«como freno más fuerte contra los delitos» que el mismo «espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte»— el «largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido» (*De los delitos y de las penas*, cit., 28, p. 75). Sobre la idea de la desigualdad penal entre hombres y mujeres, entre ciudadanos y forasteros, entre libres y siervos, entre nobles y plebeyos, entre clérigos y laicos y sobre su profundo arraigo en la cultura moderna, cf. A. Pertile, *o. c.*, pp. 407-421. Cf. también, *infra*, la nota 158 del capítulo 8.

119. D. Diderot, *Châtiment*, en la *Encyclopédie*, cit., III, 1771, p. 235: «Como no existe ninguna relación entre el dolor del castigo y de la pena y la malicia de la acción, es evidente que la distribución de las penas y de los castigos, según la enormidad más o menos grande de las faltas, tiene algo de arbitrario».

120. G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XXVIII, p. 316; F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., cap. I, p. 9. Del mismo modo A. Genovesi, *o. c.*, lib. I, cap. XIX, 7, p. 175: «la esencia de la pena radica en privar a una persona, o a un pueblo, de un derecho».

121. «El estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. Estimo, además, que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como el dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes. El deber del magistrado civil consiste en asegurar, mediante la ejecución imparcial de leyes justas a todo el pueblo, en general, y a cada uno de sus súbditos, en particular, la justa posesión de estas cosas... Si alguno pretende violar las leyes de la equidad y la justicia públicas que han sido establecidas para la preservación de estas cosas, su pretensión se verá obstaculizada por el miedo al castigo, que consiste en la privación o disminución de esos intereses civiles u objetos que, normalmente, tendría la posibilidad y el derecho de disfrutar» (J. Locke, *Carta sobre la tolerancia*, cit., pp. 8-9); «Todo castigo es siempre un mal, una incomodidad, un sufrimiento que se realiza *sustrayendo* o *disminuyendo* algún bien, al que, de otro modo, el castigado tendría derecho» (Id., *Seconda lettera sulla tolleranza*, *ibid.*, p. 243).

122. La polémica contra los suplicios —conforme al principio, ya expresado por Montaigne, de que «en la justicia todo lo que va más allá de la muerte simple» es «pura crueldad» (*Essais*, *ibid.*)— y a la vez contra el uso inmoderado de la pena capital une a toda la literatura ilustrada, comprendida la favorable a la conservación de la pena de muerte: cf. Montesquieu, *o. c.*, VI, cap. IX-XVI, pp. 104-111; W. Blackstone, *o. c.*, pp. 554 y 558; Voltaire, *Comentario*, cit., 2, p. 117; Id., *Prix*, cit., arts. I-II, pp. 535 ss. y XXVI, p. 584; L. de Jaucourt, *Supplice*, en *Encyclopédie des sciences*, cit., t. XV, pp. 647-648; G. Filangieri, *o. c.* t. III, lib. III, cap. XXX, pp. 329-334; Condorcet, *ibid.*, J. Bentham, *o. c.*, t. II, cap. XIII, pp. 9 ss.; B. Constant, *Corso*, cit., *Svilupamenti*, XII-XIII, pp. 197-202; Id., *Commento*, cit., XI, p. 603. Más reciente es el rechazo del ca-

rácter público y espectacular de la ejecución. Filangieri, por ejemplo, después de haber reservado la pena de muerte sólo para los delitos de homicidio y de traición, auguró que «limitada a estos solos casos el uso de esta pena, acompañe a su ejecución todo el aparato que pueda hacerla más terrible a los ojos del pueblo» (o. c., p. 333). La publicidad de la ejecución se encuentra así establecida en el art. 13 del código napoleónico de 1810, que conserva además para el parricidio el suplicio *préalable* de la amputación del puño derecho; en el art. 5 del código penal de 1819 para el Reino de las Dos Sicilias, que en el art. 6 preveía también una forma de berlina («transporte del condenado al lugar de la ejecución con los pies desnudos, vestido de negro, con velo negro que le recubra el rostro, y arrastrado sobre una tabla con pequeñas ruedas debajo, y con un cartel en el pecho en el que se haya escrito con letras mayúsculas: *hombre impío*»); en el art. 377 del código piemontés de 1839 y en el art. 533 del sardo de 1859 después extendido a Italia, que para el parricidio disponía aún que el condenado fuese «conducido al lugar del patíbulo con los pies desnudos y la cabeza cubierta con un velo negro». Sólo entre la segunda mitad del pasado siglo y el comienzo de este siglo la publicidad fue progresivamente eliminada. Y según Carrara esto dependió no tanto de motivaciones humanitarias como sobre todo de la «vergüenza» de la pena capital «a la vista del pueblo» y del temor al «*mal ejemplo* que los gobiernos le daban al pueblo al incitarlo al desprecio de la vida humana» (Programa, cit., II, pp. 111-112).

123. Según la descripción proporcionada por Salustio, la misma se encontraba a cuatro metros bajo tierra, amurallada por todos los lados y cubierta por una bóveda de piedra (*De coniuratione Catilinae*, cit.). De él hablan también M. T. Varrón, *De lingua latina*, IV, 32 y T. Livio, *Ab urbe condita libri*, XXXII, 26. De una «prisión pública (no su casa o cualquier otro lugar)», donde cualquiera podía, en Atenas, llevar al homicida rebelde, habla también Demóstenes, *Oración contra Aristócrates*, apartado 80.

124. D. 48.19.8.4-10; 48.19.28.6-11; 48.19.38. Ambas penas, aplicadas unas a los *humiliores* y otras a los *honestiores* (D. 48.19.38.5), comportaban la *capitis diminutio*, del mismo modo que la antigua *aqua et igni interdictio*, a las que sucedieron en la época imperial. Además de capitales, aquéllas eran también perpetuas: un rescripto de Adriano, en efecto, disponía: «in opus metalli ad tempus nemo damnari debet» (D. 48.19.28.6). Además el envío *ad metalla* era habitualmente precedido de la flagelación, la marca y a veces la mutilación de un ojo o del tendón de un pie.

125. D. 48.19.28.1. Tanto en la *relegatio* perpetua como en la temporal se distinguían dos grados: la *relegatio simplex*, que consistía, como el actual *foglio di via obbligatorio*, en el alejamiento de una determinada localidad, y la cualificada, que correspondía al moderno confinamiento en una localidad determinada (C. Ferrini, *Esposizione*, cit., pp. 156-157). Una forma de confinamiento era por otra parte también el internamiento del homicida involuntario en las «ciudades de asilo» de que habla la Biblia (*Números*, 35, 22-25).

126. Cl. 9.4.6 y Cl. 9.4.5.1-2.

127. D. 48.19.8.9-10. Estaba en cualquier caso prohibida, por un rescripto de Adriano, la cárcel perpetua (D. 48.19.35; Cl. 9.47.6). Justiniano prohibió además toda forma de cárcel para las mujeres, previendo para ellas la posibilidad de cauciones, salvo los casos de *gravissimum crimen*, en los que podían ser encerradas en un *monasterium* (Nov. 134.9); pero estableció también el monasterio de por vida para la mujer adúltera, salvo la facultad del marido de retomarla después de dos años (Nov. 117.13 y Nov. 134.10). Fue también una previsión en favor de las mujeres el aplazamiento de la pena para después del parto en caso de hallarse encinta (D. 48.19.3: «*Praegnantis mulieris consumandae damnatae poena differtur quod pariat*»). Los mismos principios se encuentran repetidos en la época intermedia: P. Ghirlandus, *De relaxatione*, cit., rubr. *De fideiussoribus reorum*, n. 2-3, p. 272v: «*mulier honesta in causis criminalibus*,

si crimen sit leve, vel de non atrocioribus, non debet personaliter detineri, neque incarcerari, sed fideiussoribus relaxari... Si autem crimen esset de atrocioribus, tunc non incarceratur apud viros, sed intruditur in monasterium [...] mulieres vero impudicae et inhonestae non habent istud privilegium»; Andrea d'Isernia, *Commenta ad utriusque Siciliae constitutiones*, Venetiis, 1590, p. 571: «Mulier si est pregnans et est damnanda propter delictum, differtur iudicium post 40 dies postquam peperit». Sobre el conjunto de las penas privativas de libertad en el derecho romano, cf. Th. Mommsen, *o. c.*, pp. 287-329. Sobre la prisión provisional en Roma, cf. la nota 28 del cap. 9.

128. Cf. G. Crivellari, *o. c.*, p. 21; A. Bernabò Silorata, *Case penali*, en *Digesto Italiano*, cit., VI, parte II, pp. 308-316; P. del Giudice, *o. c.*, pp. 524-529; C. Calisse, *o. c.*, pp. 403-410. La construcción de cárceles subterráneas, como lugares de custodia de las personas pendientes de juicio y también de cumplimiento de pena como alternativa a las multas no pagadas, fue prescrita ya en la Alta Edad Media por Liutprando a los jueces y por Carlomagno a los condes; y se hizo usual en los castillos feudales y después en las ciudades. Se trató siempre de lugares horribles y malsanos, donde el encarcelado yacía sin aire ni luz, a veces en soledad y encadenado, malnutrido y a merced de mil abusos y vejaciones: como los tristemente famosos *pozzi* de Federico I, los *forni* de los Visconti en Monza, donde los presos no podían permanecer de pie, las *stincche* de Florencia, las *segrete* de la marisma romana, los *dammusi* de Sicilia, los *piombi* de Venecia y, en fin, las *gabbie*, en las que se encerraba a los condenados dejándolos expuestos al sol y a la intemperie. Cf. A. Pertile, *o. c.*, pp. 278-299, que documenta el progresivo empeoramiento de las cárceles en la Baja Edad Media y después al inicio de la Edad Moderna, hasta los intentos de contener los horrores de las secretas por parte de los soberanos ilustrados del siglo XVIII. Sobre las espantosas condiciones de los reclusos y en particular de los detenidos en espera de juicio, recuérdese la apasionada denuncia de G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. VI, pp. 71-73: «Legisladores de Europa... Abandonad por un momento vuestros placeres, y trasladados a las cárceles donde yacen y se consumen muchos millares de vuestros súbditos por los vicios de vuestras leyes y por la negligencia de vuestros ministros. Tended la vista sobre esos tristes monumentos de las miserias de los hombres y de la crueldad de los que los gobiernan. Acercaos a esas paredes espantosas, donde la libertad del hombre está rodeada de cadenas, y la inocencia confundida con el crimen... Acercaos al espectro que le habita. Haced que una luz permita a vuestros ojos ver la palidez mortal que se muestra en su semblante, las llagas de que está cubierto su cuerpo, los insectos inmundos que le devoran, aquellos andrajos de que está medio cubierto, aquella paja podrida que acaso se sustituyó a una regalada cama...».

129. Cf. G. Crivellari, *o. c.*, pp. 182-186; A. Pertile, *o. c.*, p. 279; I. Schiappoli, *Diritto penale canonico*, en E. Pessina, *Enciclopedia*, cit., I, pp. 624-625; C. Calisse, *o. c.*, pp. 406-407; G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Cino, Pistoia, 1855, I, pp. 97 ss. En la Inglaterra del siglo XVII la prisión era aplicada sobre todo a los deudores insolventes. Donald Veall da cuenta de un cálculo hecho por William Leach en 1651, según el cual el número de presos, sobre todo por deudas, en Inglaterra, en Gales y en Irlanda, estaba entre 12 y 20.000 (*o. c.*, pp. 12 ss.). Pero la práctica inglesa, después holandesa y alemana, del encarcelamiento —bajo la forma de galeras, casas de trabajo y de corrección— fue en sus comienzos, más que una técnica punitiva, un medio de control social y de explotación reservado a vagabundos y subproletarios urbanos arrancados del campo por la revolución industrial: recuérdese la propuesta de internamiento de vagabundos de Moro y la subsiguiente creación de las primeras casas de trabajo (nota 119 del cap. 5); y, además, la propuesta de la pena de trabajos forzados con fines de corrección para «los ociosos y mendicantes» contenida en el *Piano della legge della libertà*, cit., pp. 323 y

325, del nivelador Gerrard Winstanley. Sobre el origen capitalista de la pena privativa de libertad, cf. G. Rusche y O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, cit., pp. 1-83; D. Melosi y M. Pavarini, o. c.

130. Tanto la cárcel perpetua como la deportación, la galera y los trabajos forzados de por vida fueron considerados por muchos escritores ilustrados, a causa de las tremendas condiciones de vida, todavía más horribles que la pena capital: cf. C. Beccaria, o. c., XXVIII, pp. 75-79; J. Bentham, o. c. t. II, cap. XIV, 3, p. 40; B. Constant, *Commento cit.*, cap. XII, p. 607. El horror producido por estas penas fue tal que en Francia la Asamblea Constituyente, aunque mantuvo la pena capital, prohibió las penas perpetuas; de modo que en el código penal de 28 de septiembre de 1791 la pena más grave después de la de muerte fue la de 24 años de cadenas. Por lo demás fue con el argumento abiertamente anti-humanitario de su carácter espantoso (véanse las *Observations* de Target al proyecto de código citadas por G. Crivellari, o. c., p. 189), como se introdujo en el código penal francés de 1810 la pena de trabajos forzados de por vida, que sustituyó a la de «cadenas» por 24 años prevista por el código de 1791, de la que conservó todos sus caracteres afflictivos. Los condenados a trabajos forzados de por vida, estableció en efecto el art. 15, «arrastrarán con sus pies una bola, o serán atados de dos en dos con una cadena»: que es la misma pena prevista en el art. 8.2 del código borbónico de 1819 y aún en el art. 16 del código sardo de 1859, extendido después a Italia, que también preveía para los forzados «la cadena en los pies». Piénsese, para comprender hasta qué punto los trabajos forzados de por vida equivalían a la «más dolorosa y más larga de las muertes», en el arrastre de las barcas por el Danubio por parte de los hombres-«bestias de carga» en tiempos de José II, contra cuya «falsa apariencia de filantropía» se pronunció Benjamin Constant (*loc. cit.*) y a causa del cual «de 1.173 condenados desde 1784 a 1789, en 1790 quedaban con vida 452» (F. Cordero, *Criminalia*, cit., p. 540). No era, por otro lado, imaginable como pena «el trabajo moderado transformado en castigo», que según el mismo Constant habría sido «un peligroso ejemplo»: «la organización de nuestras sociedades actuales obliga a una clase muy numerosa a trabajos muy a menudo superiores a las fuerzas humanas. De ahí cuán imprudente sería mostrarle que, sin haber cometido culpa o delito alguno, aquélla se encuentra en una situación equivalente al castigo de los más vergonzosos desórdenes y de las acciones más criminales. En muchas regiones de Alemania y Suiza los condenados a trabajos públicos son tratados con suavidad... ¿No debe un espectáculo semejante corromper a la clase laboriosa, cuya inocencia no le sirve más que para hacer su existencia no menos penosa y más incierta?» (o. c., pp. 607-608).

131. La primera campaña humanitaria para una reforma de las cárceles fue promovida por el inglés John Howard, al que se debe también el primer informe sobre el estado de las prisiones en Europa, *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of some Foreign Prisons and Hospitals*, W. Eyres, Warrington, 1777. Las primeras experiencias carcelarias modernas fueron sin embargo las llevadas a cabo en Estados Unidos, de las que traen su origen tres diversos sistemas: el sistema *filadélfico*, el sistema *de Auburn* y el sistema *irlandés*. El primer sistema, llamado también *celular* o *pensilvánico* por haber sido experimentado en Pensilvania en 1681, consistía en el aislamiento diurno y nocturno de los condenados (*solitary confinement* o *separate system*), de acuerdo con el modelo arquitectónico del *Panopticon* que será teorizado por Bentham (*supra*, nota 165 del cap. 5): fue propugnado por John Howard en Inglaterra, donde con un Acta de Jorge III de 1776 fue instituida en Gloucester la que habitualmente se considera la primera casa de detención basada en el aislamiento individual (más exactamente diez años antes —recuerda Carlo Cattaneo, *Della pena*, cit., pp. 188-189— se había abierto en Milán una *Casa di Correzione* con 140 celdas separadas, de las que 25 eran para mujeres y 20 para

muchachos); y sirvió de modelo, gracias a la acción de la «Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons», fundada por filántropos cuáqueros en 1786, a los primeros penitenciarios americanos, instituidos, además de en Filadelfia, en Maryland, Maine, Massachusetts, New Jersey y Virginia. El segundo sistema, que toma el nombre de la prisión de la ciudad de Auburn, en el estado de New York, consistía en el aislamiento celular de los condenados durante la noche y en el trabajo en común durante el día, acompañado de la obligación de silencio sancionada con castigos corporales (*silent system*); y fue adoptado primero en Auburn desde 1820, y después en la prisión de Sing Sing como alternativa al sistema celular puro de tipo filadélfico que se había revelado como excesivamente rígido y fuente de locura. El tercer sistema, en fin, conocido como irlandés, progresivo o mixto, es un sistema complejo articulado en varias fases: primero, un breve período de segregación permanente, después un período de trabajo común con aislamiento sólo nocturno y, por último, una fase de liberación condicional; y fue experimentado en 1857 en Irlanda y difundido, después de 1864, en toda Inglaterra, algunos estados americanos, como el de Virginia, y en otros países europeos, como Italia (donde el art. 12 del código Zanardelli de 1889 establecía que el condenado a cadena perpetua «permanecerá durante los primeros siete años en segregación celular permanente, con obligación de trabajo» y «en los años sucesivos será admitido al trabajo junto a otros condenados con obligación de silencio»). Los primeros dos sistemas fueron descritos en el informe de G. de Beaumont y A. de Tocqueville, *Le système pénitentiaire aux États-Unis et son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques* (1833), en A. Tocqueville, *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'Étranger*, 2 vols., en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París, 1984, t. IV, cap. I, pp. 81-450. Sobre el debate desarrollado en Francia durante la primera mitad del siglo pasado, cf. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 238 y ss. Sobre el debate en torno a los tres sistemas en el parlamento italiano entre 1862 y 1889, cf. G. Crivellari, o. c., pp. 189-428.

132. Sobre la historia de la cárcel moderna ténganse en cuenta, además de los escritos citados en las notas anteriores, E. Pessina, *Teoremi giuridici intorno la scienza delle prigioni* (1862), en apéndice a *Elementi di diritto penale*, cit., II, pp. 157-208, con una amplia y preciosa *Bibliografia della scienza delle prigioni* a partir de 1775 (pp. 202-208); M. Beltrani Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Tip. Favale, Turín, 1868; S. Biffi, *Sulle antiche carceri di Milano e del ducato milanese e sui sodalizi che vi assistevano i prigionieri ed i condannati a morte*, Tip. Bernardoni, Milán, 1884; R. de Notaristefani, *Penitenziari (Sistemi)*, en *Digesto Italiano*, cit., XVIII/2, 1906, pp. 10-94; U. Conti, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, en E. Pessina, *Enciclopedia*, cit., IV, 1910, pp. 88 ss. y 198 ss.; G. Novelli, *Penitenziari. Sistemi*, en *Enciclopedia Italiana*, Treccani, Roma, 1935, XXVI, pp. 672-678; M. Foucault, *Historia de la locura en la época clásica* (1961), trad. de J. J. Utrilla, F.C.E., Madrid, 21976, I, pp. 126 ss. Id., *Vigilar y castigar*, cit.; G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, en *Storia d'Italia*, Einaudi, Turín, 1973, VI/2, pp. 1906-2001; M. Ignatieff, *A Just Measure of Pain* (1988), trad. it. di G. P. Garavaglia, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese. 1750-1850*, Mondadori, Milán, 1982; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980.

133. Según Labeón (4 *pithanon a Paulo epitomatorum*), «si qua poena est, mulcta est; si qua mulcta est, poena est» (D. 50.16. 244). Sobre el significado de «poena» véase Th. Mommsen, o. c., III, pp. 232 ss. Sobre la *poiné* griega (cuyo pago por un homicidio está representado en una escena del escudo de Aquiles) y sobre su carácter alternativo a la venganza y al exilio, cf. E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., pp. 231-237; Id., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Giuffrè,

Milán, 1976, pp. 17 ss. En el derecho hebreo, por el contrario, la composición pecuniaria para el homicidio estaba prohibida (*Números*, 35, 31-32: «No aceptaréis rescate por la vida del homicida que deba ser condenado a muerte: ha de ser muerto. Tampoco aceptaréis rescate para dejar salir al refugiado de su ciudad de asilo y habitar en su tierra antes de la muerte del sumo sacerdote»).

134. Cf., *supra*, las notas 84 y 123. Amplias referencias históricas y comparadas sobre la interdicción penal de los oficios públicos y del cumplimiento de determinados actos jurídicos se encuentran en R. de Notaristefani, *Interdizione penale*, en *Digesto Italiano*, cit., vol. XIII, 1902, pp. 1410-1429. Sobre las penas privativas de derechos en el derecho romano, véase Th. Mommsen, *o. c.*, pp. 336-357.

135. Cf. T. Mommsen, *o. c.*, III, pp. 366-388; C. Ferrini, *o. c.*, pp. 143-145 y 160-162; U. Conti, *o. c.*, pp. 455 ss.; G. Pugliese, *o. c.*, p. 261.

136. Sobre las composiciones patrimoniales en la Edad Media germánica —el *guidrigildo* (*wehrgeld* o *widrigilt*) pagado por el ofensor a los parientes del ofendido por el homicidio de un hombre libre, la *compositio* asimismo pagada a la parte ofendida por el homicidio de un siervo o de un *aldo* o por otros delitos, la *mulcta* y el *fredum* (o precio de la paz) ofrecidos por el contrario al príncipe o al fisco por la protección acordada al ofensor frente a la venganza de la parte ofendida —véanse A. Pertile, *o. c.*, pp. 190-228; P. del Giudice, *o. c.*, pp. 529-543; C. Calisse, *o. c.*, pp. 323-382; G. Rusche y O. Kirchheimer, *o. c.*, pp. 7-10; G. Diurni, *o. c.*; Id., *Pena privata (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXII, 1982, pp. 739-752. El edicto de Rotario, por ejemplo, contenía una completa tarifa de los valores de los bienes ofendidos, donde por cada lesión se establecía una suma determinada que variaba con relación al tipo de delito, al miembro o parte del cuerpo lesionada y, además, a la condición social del reo y de la parte ofendida, a la ley a la que el primero estaba personalmente sujeto, a su edad, a sus eventuales funciones públicas, a su actividad económica, etc. Lo mismo puede decirse del edicto de Liutprando, de la ley sálica, de las leyes sajonas y de la de los burgundios: según esta última, por ejemplo, un diente tiene tanto más valor cuanto más visible resulta al reír, la lesión en el ojo y en la oreja se valora según el daño estético y el grado de disminución de la vista y el oído, la bofetada se paga el doble que un puñetazo, tirar a un hombre de los pelos con las dos manos comporta una indemnización superior a la debida cuando se tira de los cabellos con una sola mano, el valor de un caballo robado equivale al de una cabra o un perro de pastor, mientras es mayor el de una vaca y más alto que ninguno el de un perro de caza o un halcón (*lex burgundica*, V, 7 y II, 2, cit. por F. Carfora, *Pena*, cit., p. 1443). Incluso, una ley bávara establecía que la vida de un obispo fuese valorada según el volumen de su persona, debiendo consistir en el peso en oro de una túnica de plomo capaz de envolver su cuerpo (P. Canciani, *Barbarorum leges antiquae cum notis et glosariis*, apud Sebastianum Coletium et Franciscum Pitterium, Venetiis, 1792, tit. II, p. 361). Lo grave del mecanismo era que la insolvencia del reo llevaba consigo una *coercitionem extraordinariam* privativa de libertad o corporal (Ulpiano, 8 *disputationum*, D. 48.19.1.3) en virtud del principio, que será teorizado por Farinacio, «quod non habens in bonis, luat in corpus» (*Praxis*, cit., quaestio XVIII, n. 57, f. 148v): una barbarie de la que son residuos la conversión de las penas pecuniarias en penas privativas de libertad (*infra*, apartado 44.5) y, por otro lado, el instituto anglosajón de la fianza como condición para libertad, que, por lo demás, se remonta directamente al derecho romano y alto-medieval (nota 29 del cap. 9).

137. Th. Mommsen, *o. c.*, pp. 358-365; C. Ferrini, *o. c.*, pp. 160 ss.; D. Schiapoli, *o. c.*, pp. 828-829; C. Calisse, *o. c.*, pp. 365-382; A. Pertile, *o. c.*, pp. 228-248. Fue abolida como pena por el código leopoldino de 1786 y después por muchos otros códigos decimonónicos, mientras que la conservaron los códigos francés e italiano de 1810, el reglamento pontificio de 1832 y el estense de 1856. El principal argumento

contra la misma fue que, sobre todo cuando va asociada a la pena de muerte, se conviene en una pena por hechos ajenos a cargo de los familiares y de los herederos, en contraste con la garantía de la responsabilidad personal: cf. C. Beccaria, *o. c.*, 25, pp. 68-69; G. Carmignani, *Elementos*, cit., apartado 339, p. 137; Pell. Rossi, *o. c.*, II, cap. XII, pp. 285-288; F. Carrara, *o. c.*, apartado 690, pp. 133-134. Favorable fue por el contrario G. Filangieri, *o. c.*, t. IV, lib. III, cap. XLVI, pp. 199-204.

138. *Principios de la filosofía del derecho*, cit., p. 164; *ibid.*, p. 163: «Esta identidad basada en el concepto no es empero una igualdad en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes *en sí*, es decir, según su *valor*». Mientras la concepción del dinero como «medida» o «intermediario» general que «todo lo mide» se remonta a Aristóteles (*Ética Nicomáquea*, cit., V, 5, 1133a-b, pp. 249-251 e *Id.*, *La gran moral*, cit., I, 31, 1194a, pp. 61-62), es del todo moderna la idea de que tal función pueda ser desarrollada, con fines penales, por el tiempo de libertad. Una teorización explícita de este papel del «tiempo» como equivalente general fue desarrollada por el kantiano Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, según el cual la duración de la pena debería equivaler al tiempo que necesita un obrero para ganar una suma semejante a la del daño producido por el delito (*Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts*, 1805, Sommer, Leipzig, 1805, apartados 42 y 44; *Id.*, *Strafgesetzbuchsentwurf*, Osswald, Heidelberg, 1826, Prefacio). Una tesis semejante fue por lo demás la sostenida por Beccaria en materia de conversión de la pena pecuniaria (*infra*, nota 187).

139. E. B. Pasukanis, *La teoría general del derecho*, cit., pp. 145 ss. La caracterización de la pena como «precio» del delito había sido ya propuesta metafóricamente por R. Jhering, *El fin en el derecho*, cit., p. 236, y también por F. Carrara, *o. c.*, II, apartado 696, p. 141: «La pena no es sino un cambio de valores, es la moneda en que se paga el delito». Por lo demás, la idea de la justicia penal como justicia conmutativa se remonta a Aristóteles, que llamó al delito «trato» involuntario (*Ética Nicomáquea*, cit., V, 2, 1131a, p. 242) y, después, a santo Tomás, que concibió la pena como contraprestación o contrapaso (*supra*, nota 110).

140. Ya Vico había observado: «la elegante denominación dada en sus *Éticas* por Aristóteles a los delitos llamándolos 'contratos involuntarios', no debe en ningún modo hacer pensar que el derecho de castigar corresponda a la justicia distributiva. Ya que en este caso es un modo impropio de hablar 'que los reos deban pagar, cumplir las penas', como si con no cumplir éstas se apropiaran de algo ajeno, y si, al contrario, sometiendo el reo al merecido castigo, la parte ofendida recuperase lo que es suyo, aquello de que la ha privado el delito» (*De uno universi iuris*, cit., LXIII, pp. 76-78).

141. P. Canciani, *loc. cit.* en nota 136.

142. E. B. Pasukanis, *o. c.*, pp. 143-160

143. Recuérdense los pasajes de Beccaria, Montesquieu, Bentham, Romagnosi y Carmignani citados en los apartados 20.2 y 24.1. Bentham, en particular, llamó «económica» a la pena mínima necesaria: «Llamaremos pues a una pena *económica*, cuando produce el efecto deseado con el menor sufrimiento posible; y diremos que es demasiado *costosa* cuando causa un mal mayor que el correspondiente al bien, o cuando se podría obtener éste con una pena inferior, y por eso es un acto de prodigalidad» (*Teoría de las penas*, cit., t. I, lib I, cap. IV, p. 21).

144. Además de los pasajes recordados en la nota precedente y en la nota 122, cf. J.-J. Rousseau, *Economie politique* (1755), trad. it. de B. Gentile, *Discorso sull'economia politica*, en *Opere*, cit., p. 104; C. Beccaria, *o. c.*, 27, pp. 71-73; K. F. Hommel, *o. c.*, pp. 599-600; T. Paine, *Droits de l'homme*, París, 1793, t. I, pp. 50 ss.; W. Godwin, *Enquiry concerning Political Justice*, cit., vol. II, pp. 154 ss.; F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., caps. XII-XVI, pp. 36, 42, 46 y 48. Una cam-

pañía por la moderación de las penas y en particular por la abolición de la pena de muerte para el hurto (ya propugnada por Tomás Moro) fue promovida en Inglaterra por el movimiento de los *levellers*, y en particular por Tomlinson, Winstanley, Overton y Childley (cf. D. Veall, o. c., pp. 127-131). Kant, por el contrario, recomendó, además del talión, los trabajos forzados temporales o incluso perpetuos para el hurto y, con carácter de inderogable, la muerte para el homicidio (o. c., pp. 168-169).

145. *De los delitos y de las penas*, cit., XX, p.62.

146. N. Bobbio, *Il dibattito attuale*, cit., pp. 28-29.

147. «Por sólo dos motivos» afirma Beccaria «puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero cuando, aun privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida»; además, cuando «su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos, segundo motivo por que se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano» (o. c., 28, pp. 74-75). No se trata, en suma, como señaló Carlo Cattaneo, de un rechazo incondicionado de la pena capital (*Della pena di morte*, cit., pp. 191-192 y 199). A esta interpretación del pensamiento de Beccaria se ha opuesto Mario A. Cattaneo, para quien la primera de las dos excepciones formuladas en el texto citado en realidad resulta sólo admitida para el «tiempo de la anarquía», cuando matar no es propiamente una pena sino antes bien un acto «de guerra» o «de hostilidad» en el sentido de Hobbes (*Leviatán*, XXVIII, p. 250); y la segunda es una hipótesis de escuela desmentida por el hecho de que Beccaria demuestra poco después la ineficacia preventiva de la pena de muerte (*Morale e politica nel dibattito dell'illuminismo*, en *La pena di morte nel mondo*, cit., pp. 117 ss.). Lo que cuenta, sin embargo, es que en vía de principio, para Beccaria, el argumento utilitarista hace justificable la pena de muerte en estas dos hipótesis. Por otra parte, que al menos la primera hipótesis no era de escuela lo prueba el hecho de que, en el dictamen de la minoría al proyecto de código penal lombardo suscrita por Beccaria en 1792 (junto a Francesco Gallarati Scotti y a Paolo Risi), la pena de muerte se halla excluida «salvo en el caso de una positiva necesidad», como es el «de un reo que tramando la subversión del Estado, aunque encarcelado o celosamente custodiado, estuviera todavía por sus relaciones externas o internas en situación de perturbar nuevamente a la sociedad y ponerla en peligro»; a lo que se añade que «todos sin embargo convenimos en el sentimiento de que, en el caso de sediciones abiertas, tumultos y motines, éstos pueden ser reprimidos momentáneamente incluso con la muerte de los sediciosos que opongan resistencia, ya que ésta no es una pena legal de muerte, sino el efecto de una verdadera intimación de guerra» (*Voto degli infrascritti individui della Giunta delegata per la riforma del sistema criminale nella Lombardia austriaca riguardante la pena di morte*, en C. Beccaria, *Opere*, cit., vol. II, cap. LIX, p. 736). Por lo demás, ya en enero de 1765, en la *Risposta* a un escrito de Fernando Facchinei que había atacado las ideas de Beccaria sobre la pena de muerte, Alessandro y Pietro Verri habían protestado así: «Si yo establezco dos clases universales de delinquentes, contra los cuales 'es justa y necesaria' la pena de muerte, ¿cómo podría decir el acusador que yo niego al soberano la potestad de imponer la pena de muerte!» (en apéndice a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 181).

148. *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. II, cap. XIV, 4, pp. 42 ss. A este respecto vale la pena recordar la cínica argumentación utilitarista de Bentham contra las penas corporales de mutilación: «Contra las mutilaciones hay un grande argumento por la relación de la economía. Si su efecto es el de privar al individuo de los medios de ganar la vida y que no tenga con qué subsistir, la consecuencia es la necesidad de dejarle perecer, o de mantenerle. Si se le deja perecer es una pena capital, y no la decretada por el legislador. Si se le mantiene ha de ser a costa de sus amigos, o de los establecimientos de

caridad, o a expensas del público; y en todos estos casos es una pérdida para el estado. Esta sola consideración basta para reprobar la aplicación de estas penas a delitos frecuentes, como el robo y el contrabando» (*ibid.*, t. I, lib. I, cap. II, 2, p. 132). Bentham, por lo demás, se manifestó también en favor de la «marca», a la que recomendó se diera una forma «que anuncie claramente la intención del hecho, y que no pueda confundirse con cicatrices o marcas accidentales (...) una figura determinada, y la letra inicial del delito» (*ibid.*). También Filangieri se había pronunciado, con motivaciones utilitaristas, en favor del mantenimiento de las «penas infamantes» (*Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XXXI, pp. 334-351), que por otra parte no habían sido excluidas ni siquiera por Beccaria (*o. c.*, XXIII, pp. 65-66) y figuraban todavía en el código napoleónico de 1810 (art. 8). Véanse, por el contrario, las duras críticas a Filangieri de F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., apartado 687, pp. 128-129, que rechaza con firmeza cualquier género de pena infamante como antes de él lo habían hecho Morelly y F. Pagano (*infra*, apartado 36.3).

149. *Programa. Parte general*, cit., II, p. 88.

150. La exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito fue expresada ya por Platón, *Las leyes*, cit., IX, 857b, pp. 220-222: «¿No hemos de distinguir entre el ladrón que roba mucho o poco, el que roba de lugares sagrados o profanos, ni atenderemos a tantas otras circunstancias enteramente disímiles entre sí, como se dan en el robo, que siendo muy varias exigen que el legislador se atenga a ellas imponiendo castigos totalmente diferentes?». El principio fue sancionado en la Carta Magna de 1215, que en los apartados 20 y 21 habla de «proporción» entre pena y transgresión. Y fue reformulado en la época intermedia por Andrea D'Isernia, *Commentaria*, cit., p. 291: «poena debet proportionari delicto».

151. *De los delitos y de las penas*, cit., VI, p. 36. Cf. también Ch. Montesquieu, *o. c.*, lib. VI, cap. XVI, pp. 110-111 y lib. XII, cap. IV, pp. 174-175; Id., *Cartas Persas*, cit., XCV y CII, pp. 135 ss. y 145 ss.; D. Diderot, *Châtiment*, cit.; Voltaire, *Comentario*, 15, pp. 140 ss. y 18, pp. 147-148; W. Blackstone, *o. c.*, pp. 557-560; G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XXV, núms. 17 y 19, pp. 307-308 y t. IV, III, caps. XXXIX-XL, pp. 117 ss.; A. Feuerbach, *Revision*, cit., II, p. 213; J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. V, pp. 26 ss.; Id., *Principios del Código Penal*, cit., tercera parte, II, pp. 297-300; W. von Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., pp. 151, 154-155 y 168.

152. El principio de proporcionalidad será incluido también en el art. 16 de la Constitución francesa de 1793 y en el art. 12 de la de 1795, que requieren que las penas sean «proporcionadas al delito». Antes aún, había sido incluido en las Constituciones del rey de Cerdeña de 1723 y de 1729, en las que se establecía que «en la fijación» de las penas «se observará una justa y adecuada proporción a la cantidad de los delitos».

153. *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. V, p. 26: «Esta máxima excelente sin duda, pero contenida en términos generales, es más edificante que instructiva». En el mismo sentido, cf. H. L. A. Hart, *Responsabilidad e pena*, cit., pp. 188 ss.

154. La imposibilidad de comparar la pena con el delito ya había sido sostenida por W. Godwin, *o. c.*, vol. II, p. 166: «Delinquency and punishment are, in all cases, incommensurable». Cf. también F. Carrara, *o. c.*, que rechaza como «nebulosa» la idea aritmética de la proporcionalidad de la pena y de la «estimación» del delito. Pero la crítica más aguda de tal idea fue desarrollada por G. Bovio, *Saggio critico del diritto penale* (1872), Sonzogno, Milán, 1912, III-VI, pp. 21-41, que trata de demostrar analíticamente el carácter ilusorio de todo cálculo dirigido a establecer una proporción entre la entidad de la pena y la entidad del delito.

155. *La commisurazione della pena*, Cedam, Padua, 1979, pp. 1-7.

156. El interés de la doctrina actual por el problema de las opciones del legisla-

dor no va más allá de la cuestión de la relación entre discrecionalidad legislativa y discrecionalidad judicial. Cf. por ejemplo H. Zipf, *Die Strafmasrevision*, Beck, Gotinga, 1969, pp. 5 ss.; Id. *Kriminalpolitik* (1980), trad. it. de A. Bazzoni, *Politica criminale*, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 129-131 (trad. esp. de la primera versión de la obra [1973] de M. Izquierdo Macías Picavea, *Introducción a la política criminal*, Edersa Madrid, 1979); M. Spasari, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1976, p. 50. Bastante más rica es la literatura dedicada al tema de la determinación de la pena por parte del juez: cf. G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, Milán, 1939; S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Ateneo, Roma, s.f., pero de 1942, pp. 86 ss.; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 73 ss. y 323 ss.; E. Dolcini, o. c., pp. 2 ss., que además subraya la bastante mayor atención dedicada al tema por la doctrina penal alemana, refiriéndose a los escritos de Bruns, Dreher, Haag, Zipf, Henkel, Frisch, Hertz y Stratenwerth.

157. G. Bovio, *Saggio*, cit., V, pp. 26 ss.

158. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVII, p. 250; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. VIII, cap. III, apartados 7 y 24; J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. V, pp. 26-30; Id., *Principios del Código Penal*, tercera parte, cap. II, pp. 297 ss. Puede pensarse hoy en las sanciones para la prohibición de estacionamiento, en las multas previstas para las sanciones urbanísticas o para las actividades contaminantes, percibidas mucho más como tasas que como penas.

159. No parece superfluo precisar, con objeto de evitar posibles equívocos generados por el uso de palabras iguales con significados diversos, que esta idea de la supresión de los mínimos de la pena legal previstos para cada tipo de delito y de la consiguiente ampliación del poder equitativo del juez no contradice la tesis, con la que no tiene nada que ver, de que la pena prevista por la ley no debe ser tan baja como para convertirse en una tasa.

160. *De los delitos y de las penas*, XXVII, p. 72

161. J. Bentham, *loc. cit.*; H. L. A. Hart, o. c., pp. 102 y 190. Puede ser interesante recordar que una tesis exactamente opuesta fue sostenida por Aristóteles, el cual indicó este mismo criterio, más que como límite máximo, como límite mínimo: «el talión no es justo sin la regla de proporción... Si uno ha sacado un ojo a otro, no es justo contentarse con sacar un ojo al ofensor; porque es preciso que su castigo sea mayor conforme a la regla de proporción, puesto que el ofensor fue el primero que atacó y cometió el delito. En estos dos conceptos se ha hecho culpable y, por consiguiente, la proporcionalidad exige que, siendo los delitos más graves, el culpable sufra también un mal mayor que el que ha hecho» (*La gran moral*, cit., I, 31, 1194a, p. 62). Todavía con más severidad Platón supone que en la vida futura los delitos comportarán «un castigo diez veces mayor» (*República*, cit., X, 615b, p. 488).

162. El argumento más común es el utilitarista de que la excesiva severidad para los delitos menos graves estimula a los delincuentes a la ejecución de los más graves: así Voltaire protesta contra el ahorcamiento de una muchacha de dieciocho años por el abandono del hijo recién nacido, atacando a la ley como «injusta porque no sabe distinguir entre aquella que mata a su criatura y la que la abandona» (*Comentario*, cit., I, p. 116); Federico II de Prusia critica las leyes penales francesas que castigaban con la muerte los hurtos domésticos sin violencia, privando de cualquier eficacia disuasoria a la pena de muerte también prevista para los hurtos violentos (*Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* [1748], M. Sormey [ed.], Sorli, Utrecht, 1751); y Bentham observa que cuando la pena de muerte se encuentre prevista tanto para el hurto o el robo como para el homicidio, el potencial ladrón no se detendrá ante el homicidio, así como no encontrará razón para no incurrir en toda suerte de agravantes si

el hurto simple está castigado con la misma pena que el hurto agravado (*Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. V, p. 33).

163. H. L. A. Hart, *Responsabilità*, cit., pp. 102 y 199-200, nota.

164. *El fin en el derecho*, cit., p. 236 (el pasaje de Jhering se recoge íntegramente en la nota 55). Sobre la idea del código como «tarifa de penas», cf. H. L. A. Hart, *o. c.*, p. 194 y, además, los escritos citados *supra* en las notas 138 y 139.

165. «Y en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones» (C. Beccaria, *o. c.*, VI, p. 36).

166. Cf., *supra*, el apartado 28.5 y las notas 69 y 71. El principio de la individualización judicial de la pena según la gravedad del delito y de las circunstancias específicas del mismo era desconocido en el derecho romano de los primeros siglos: no sólo las penas del talión sino incluso las pecuniarias, excluidos los casos en que debían acomodarse a la entidad del daño, estaban entonces preestablecidas de manera rígida y fija según el tipo de delito; y las únicas circunstancias relevantes eran las predeterminadas por las leyes, como por ejemplo el carácter *manifestum* o no del hurto. El sistema no cambia con las *leyes judicorum publicorum* de la época republicana, que excluían al menos tendencialmente toda discrecionalidad judicial, preestableciendo tanto los delitos como las penas, así como las agravantes y las atenuantes, y confiando al juez solamente la tarea de valorar las pruebas. Cf. C. Ferrini, *Esposizione*, cit., pp. 126-127; A. F. Le Sellyer, *Trattato dei reati, delle pene e della responsabilità*, trad. it. de S. Giustiniani, Uret, Turín, 1886, I, 382-383; G. Pugliese, *Linee generali* cit., p. 657.

167. «Hodie», afirmó Ulpiano (*1 de appellationibus*), «licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat» (D. 48.19.13). Sobre la multiplicidad de las circunstancias, objetivas y sobre todo subjetivas, que en la *cognitio extraordinem* adquieren relevancia en la elección judicial de la pena, cf. C. Ferrini, *o. c.*, pp. 127-133. En particular, «crescit contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit» (D. 47.10.17.3): así que la pena será tanto más severa cuanto más baja sea la condición social del reo (D. 48.19.16.3; D. 48.19.28.16; D. 48.19.38.2-5). Cf., *infra*, la nota 158 del cap. 8.

168. La llamada a los jueces a la observancia de las leyes se encuentra en las *Institutiones*, 4.17 pr.: «in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est»; y en la Nov. 80.13: «omnis autem iudex... custodiat leges et secundum eas proferat sententias... Nos enim volumus obtinere quod nostrae volunt leges». A las detalladas tarifas de las penas en las leyes bárbaras, y en particular en los edictos de Rotario y de Liutprando, se ha aludido en la nota 136.

169. «In criminalibus», declaraba el *podestà* de Verona al tomar posesión de su cargo, «non sim adstrictus iudicare secundum leges, sed vel meo arbitrio definire possum» (Stat. Veron., 1228 c. 82, cit. por A. Pertile, *o. c.*, p. 391). El principio de la determinación arbitraria de la pena por el juez prevaletió, por otra parte, además de en Italia, en Francia y en Alemania. Sobre el arbitrio de los jueces pueden verse las fuentes recogidas por F. Carrara, *o. c.*, II, apartados 886-887, pp. 356-359; A. Pertile, *o. c.*, pp. 390-407; P. del Giudice, *o. c.*, pp. 497-505; D. Schiappoli, *o. c.*, pp. 796-805; C. Calisse, *o. c.*, pp. 438-521; A. Cavanna, *o. c.*, pp. 197-225.

170. Cf. A. Pertile, *o. c.*, pp. 398 ss.; A. F. Le Sellyer, *o. c.*, pp. 381 ss. En la Leopoldina de 1786 las penas arbitrarias estaban previstas en los arts. 60, 61, 63, 66, 70, 72, 73, 90, 94, 97, 99 y 116. En Francia la doctrina estaba dividida: Muyart de Vouglans sostuvo que el juez podía mitigar las penas establecidas en la ley pero no agravarlas y menos aún inventar otras nuevas (*Les lois criminelles de France dans leur ordre*

naturel, Merigot, París, 1780, liv. II, tit. 2, ch. 2, n. 7-8); Jousse dividió las penas en «legales» y «arbitrarias», estas últimas confiadas a la «prudencia del juez» y dependientes «del lugar, del tiempo, de la causa, de la cantidad o cualidad del delito, así como de la persona, de su estado, de su sexo, de la reincidencia, de la mala voluntad o de otras circunstancias que puedan contribuir a hacer el delito más o menos grave» (*Traité de la justice criminelle de France*, cit., I, pp. 37-38 y II, pp. 591 ss.); Antoine Despeisses por el contrario había afirmado, un siglo antes, que «pertenece al arbitrio del juez condenar al imputado a la pena que le parezca más adecuada» (*Traité des crimes*, part I, tit. 12, sec. I, n. 1).

171. *De los delitos y de las penas*, cit., III, p. 29.

172. *Ibid.*, 3, p. 30 y 4, pp. 31 y 32; *ibid.*, 41, pp. 105-106: «¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples... Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos. Los hombres esclavos son más sensuales, más desensueltos y más crueles que los hombres libres». Cf. también F. Bacon, *De dignitate*, cit., lib. VIII, afor. 46, p. 813: «Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimum sibi»; Ch. Montesquieu, *Del espíritu*, cit., XI, 6; J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. I, cap. XI, p. 100, que sin embargo admite «una cierta latitud al juez para no agravar la pena, sino para minorarla»; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 559, pp. 220-222. Contra el arbitrio de los jueces véanse también los escritos citados en las notas 23 y 24 del cap. 1.

173. Con las «penas taxativas», escribió Carrara, se quería «conseguir que los culpables fueran castigados, no por el hombre, sino por la ley» (o. c., apartado 887, p. 357). Véanse también, sobre el código francés de 1791, A. F. Le Sellyer, o. c., pp. 385-387; y, sobre la determinación legal de la pena entre un mínimo y un máximo en el código de Pedro Leopoldo y, de forma bastante más amplia y precisa, en el de José II, A. Pertile, o. c., pp. 398-399, donde se recuerda también la ley toscana de Fernando III de 1795 que, según el ejemplo francés, sustrajo a los jueces toda discrecionalidad en la aplicación de la pena.

174. Cf. el apartado 21.4 y las obras citadas en la nota 152 del cap. 5.

175. Italia es quizá el país europeo en el que las medidas alternativas a la detención han sido introducidas con más retraso: baste pensar que la *probation* se introdujo en Noruega en el siglo pasado, en Inglaterra y Dinamarca en los primeros años de este siglo, en Francia, Alemania y Suecia en los años cuarenta y cincuenta; que la semilibertad o semidetención, acompañada a veces de la obligación de trabajo en el exterior, fue introducida entre los años treinta y sesenta en Francia, Holanda y Suiza, y en los años sesenta en Bélgica, Austria y Dinamarca; que en Alemania, Holanda, Bélgica y Suiza se introdujo antes de 1975 el arresto de fin de semana; y que otras formas de restricción de la libertad —de la colocación en instituciones no carcelarias a formas de trabajo útiles para la comunidad— han sido experimentadas desde finales del siglo pasado en Noruega, entre los años treinta y sesenta en Holanda, Suiza y Alemania y después de 1960 en Inglaterra y en Dinamarca. Los arrestos domiciliarios, aparte de la experiencia española, que se remonta al siglo pasado, son una novedad italiana introducida por la ley de 10 de octubre de 1986 (cf. *Prison Information Bulletin*, cit., pp. 6-13).

176. *Programa. Parte general*, II, pp. 28-29. Contra cualquier forma de incertidumbre sobre la duración de la pena y sobre la ilegitimidad de la suspensión o modificación de la pena durante la ejecución, cf. también, *ibid.*, apartados 1026-1027, pp. 496-506.

177. *Principios del código penal*, cit., tercera parte, X, p. 322. No es distinta la opinión de Beccaria: «considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el código, no en los juicios particulares; que

hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el halago de la impunidad, y manifestar que, pudiéndose perdonar, las sentencias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la justicia» (o. c., 46, p. 111).

178. De *los delitos y de las penas*, cit., XXVII, pp. 71-72. La misma tesis es repetida por Pagano, *Considerazioni*, cit., V, p. 26 y, sobre todo, por J. Bentham, *Principios del código penal*, tercera parte, II, p. 298: «Cuanto menos cierta sea la pena tanto más grave debe ser... luego es también cierto que cuanto más puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto más se puede disminuir la gravedad de ella, y esta es otra utilidad que resultaría de una legislación simplificada, y de una buena forma procesal».

179. Los efectos alienantes de la reclusión y en general de las prácticas custodiales han sido estudiados en años recientes con particular referencia a las instituciones manicomiales, pero con resultados que se consideran válidos para todas las instituciones «totales». Me limito a recordar E. Goffman, *Asylums* (1961), trad. esp. de M. A. Oyuela de Grant, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970; F. Basaglia (ed.), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Turín, 1968; F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*, Einaudi, Turín, 1971. Recuérdese, muy anterior, V. Foa, *Psicologia carceraria*, en el fascículo de *Il Ponte* dedicado a *Carceri: esperienze e documenti*, 1949, pp. 299-304. Para tener una idea del carácter total y expansivo del control carcelario, la lectura más instructiva es sin duda la de los reglamentos carcelarios: por ejemplo los 891 artículos del reglamento de 1.2.1891; o de los 332 artículos del reglamento fascista de 18.6.1931 (*infra*, nota 17 del cap. 10); o también de los 125 artículos del actual reglamento de 29.4.1976, que aunque ha suprimido las medidas más inútilmente vejatorias, sin embargo ha acogido, de acuerdo con la inspiración correccionalista de la reforma de 1975, institutos panópticos como la «observación de la personalidad» y los «programas individualizados de tratamiento».

180. G. Filangieri, o. c., t. IV, lib. III, cap. XXXIII, pp. 20-21. Sobre los «mil sufrimientos» y los «diversos suplicios que se contienen» en la pena privativa de libertad —desde la «dictadura tenebrosa, de la que nadie será testigo», al estado de «separación» y de «aislamiento» que «conduce a la demencia»—, véanse las hermosas páginas de B. Constant, *Corso*, cit., *Sviluppamenti*, XIV, pp. 203-206. Cf. también, sobre la «inmensa fuerza penal de la soledad» y, por otro lado, sobre el carácter de «escuela del delito» de la cárcel promiscua, C. Cattaneo, *Della pena*, cit., pp. 189 y 205-206.

181. Remito a mi *Carcere e diritti fondamentali*, en «Questione giustizia», 1982, n. 2, pp. 358 ss.

182. Cf., por ejemplo, N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milán, 1988.

183. La cifra media de internos presentes a fin de año en las cárceles italianas ha disminuido constantemente, excepto en el veintenio fascista y en el último decenio: 71.613 en los años sesenta y ochenta del pasado siglo (1871-1890); 57.610 en los años noventa (1891-1900); 49.710 en la primera década de este siglo; 37.590 en la segunda década; 55.327 en los años 20; 50.741 en los años 30; 54.404 en los años 40; 35.213 en los años 50; 28.521 en los años 60; 26.990 en los años 70; 35.686 en la primera mitad de los años 80. Una disminución análoga presenta el número medio de los ingresados anualmente en los centros de cumplimiento de pena: 251.221 en los años setenta del siglo pasado, 220.582 en la primera década de nuestro siglo, 90.059 en los años 50, 52.150 en los años 60, 80.897 en los años 70 y 94.155 en 1985 (ISTAT, *Sommario di statistiche storiche. 1861-1975*, cit., p. 71; Id., *Sommario di statistiche storiche. 1926-1985*, cit., p. 127). Al haberse más que duplicado mientras tanto la pobla-

ción italiana, se puede afirmar que desde el siglo pasado el índice de privación de libertad se ha reducido más de cuatro veces: precisamente, ha pasado de 245 internos por cada 100.000 habitantes en los años 80 del siglo pasado (cuando había 71.613 presos para alrededor de 29 millones de habitantes) a menos de 40 por cada 100.000 habitantes en 1973 (en que hubo 21.391 presos para 53.832.000 de habitantes) y a 59 por cada 100.000 en 1986 (en el que ha habido 33.609 presos para alrededor de 57 millones de habitantes). Todavía ha sido más drástica la disminución del número de los internados en los centros para menores: 6.428 en los años ochenta del siglo pasado, 4.828 en el primer decenio de este siglo, 2.099 en los años sesenta, 1.532 en 1971, 871 en 1975, 516 en 1981 y 791 en 1985 (*o. c.*, pp. 72 y 128). En el pasado decenio las cotas máximas de población carcelaria se produjeron en los años 1983, 1984 y 1985, cuando el número de internos a fin de año fue de 40.225, 42.795 y 41.536 (*Statistiche giuridiziarie*. 1986, cit., p. 603). Un discurso sustancialmente análogo puede hacerse para los demás países europeos, cuya población carcelaria al 1.2.1988 era la siguiente: 55.729 presos en Gran Bretaña (con una tasa de 98,2 presos por cada 100.000 habitantes), 52.494 en Francia (con una tasa de 92 presos), 50.160 en Turquía (con una tasa de 90,2), 53.039 en Alemania Federal (con una tasa de 86,7), 8.222 en Portugal (con una tasa de 84), 4.968 en Suiza (con una tasa de 77,6), 6.951 en Bélgica (con una tasa de 70,5), 27.793 en España (con una tasa de 69,2), 3.515 en Dinamarca (con una tasa de 69), 35.589 en Italia (con una tasa de 62), 5.150 en Suecia (con una tasa de 61), 1.951 en Noruega (con una tasa de 47), 4.178 en Grecia (con una tasa de 42,9), 5.291 en Holanda (con una tasa de 36) (*Bulletin d'information pénitentiaire*, Conseil d'Europe, febrero 1989, p. 22). Por el contrario, en los Estados Unidos se ha producido un aumento progresivo de la privación de libertad, excepto en los años 50 y 60: 91.669, equivalentes a 79 por cada 100.000 habitantes, en 1925; 129.453, equivalentes a 104 por cada 100.000, en 1930; 173.706, equivalentes a 131 por cada 100.000, en 1940; 166.123, equivalentes a 109 por cada 100.000, en 1950; 212.953, equivalentes a 117 por cada 100.000, en 1960; 196.429, equivalentes a 96 por cada 100.000, en 1970; 240.593, equivalentes a 111 por cada 100.000, en 1975; 294.396, equivalentes a 132 por cada 100.000, en 1978; 315.974, equivalentes a 153 por cada 100.000, en 1981; 394.374, equivalentes a 170 por cada 100.000, en 1982; 419.820, equivalentes a 179 por cada 100.000, en 1983; 445.381, equivalentes a 188 por cada 100.000, en 1984; 481.616, equivalentes a 201 por cada 100.000, en 1985; 593.922, equivalentes a 216 por cada 100.000, en 1986 (*Sourcebook of Criminal Justice Statistics. 198t*, U.S. Depart. of Justice, Washington, 1988, tabla 6.17, p. 486). En los Estados Unidos, por otra parte, también la pena privativa de libertad, como la pena de muerte, está informada por una fuerte discriminación racial: los presos negros son alrededor de cuatro veces más numerosos que los blancos y la desproporción es aún mayor si se toman en consideración las mujeres (*o. c.*, y, para los decenios anteriores, cf. los datos aportados por H. Hentig, *La pena*, cit., pp. 302-304).

184. V. Foa, *Psicología carceraria*, cit., p. 301.

185. *Infra*, apartado 44.3. El límite máximo de treinta años previsto en el código Rocco para las penas privativas de libertad de carácter temporal se encuentra entre los más altos de los establecidos en los demás países europeos: 20 años según los códigos penales francés (arts. 18 y 19), belga (art. 16), suizo (art. 35), austríaco (art. 18), noruego (art. 17), griego (arts. 52 y 54) y luxemburgués (art. 16); 16 años según los códigos danés (art. 33) e islandés (art. 34); 15 años según los códigos de Alemania Federal (arts. 14 y 17), Alemania del Este (art. 40), la Unión Soviética (art. 24), Hungría (art. 32) y Polonia (art. 39); 12 años según el código finlandés (cap. 2, apartado 1); 10 años según el código sueco (cap. 26, apartado 1). El límite de 30 años se encuentra sólo en el código español (art. 70.22), donde sin embargo se ha suprimido la ca-

dena perpetua (que no existe ni siquiera en la Unión Soviética, donde por lo demás está prevista la pena de muerte).

186. G. Filangieri, *o. c.*, t. IV, lib. III, cap. XXXII, pp. 5 ss., y J. Bentham, *Teoría de las penas*, cit., t. I, lib. III, cap. IV, p. 117. Pero no parece que la idea, si se hace excepción de Brasil, que la codificó en el siglo pasado, haya tenido nunca aplicación práctica. En sentido crítico, cf. F. Carrara, *o. c.*, II, apartado 692, pp. 136-137.

187. Sobre los orígenes romanos de la institución, cf., *supra*, el final de la nota 136. El principio había sido ya formulado por Platón, *Las Leyes*, cit., 857a, p. 105: «En cuanto a los ladrones... deben pagar el doble de lo robado si en realidad son hallados responsables de ese delito y tienen fortuna suficiente para pagar, además de su lote; si no la tienen, han de estar en prisión hasta que paguen o traigan a composición al que los hizo condenar. Si alguno es declarado responsable de robo de carácter público, ha de venir a entendimiento con la ciudad o pagar el doble de lo robado para salir de la cárcel». También Beccaria comparte la idea socialmente discriminatoria de la fungibilidad de las penas pecuniarias con las privativas de libertad: «Los hurtos, que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado sólo la desnuda existencia... la pena más oportuna será aquella única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo» (*o. c.*, XXII, pp. 64-65).

188. El viejo art. 136 del código penal, que preveía la conversión de las penas pecuniarias no pagadas en penas privativas de libertad, fue modificado por el art. 102 de la ley n. 689 del 24.11.1981, que establece con carácter general la conversión en la pena de «libertad controlada», que es siempre restrictiva de la libertad personal. Sobre esto volveré en el apartado 44.5.

189. Véanse las observaciones de E. Bruti Liberati, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle pene accessorie*, en «Monitore dei Tribunali», 1968, pp. 1170 e 1172. Todavía más grave es el defecto de jurisdicción que vicia la gravísima sanción administrativa de la destitución, que sigue automáticamente a la condena con base en el art. 85 de la ley sobre la función pública y que por ello equivale a una sanción *ope legis*.

Capítulo 8

EL DELITO. CUANDO Y COMO PROHIBIR

32. *¿Cuándo prohibir? Los problemas sustanciales del derecho penal*

1. *Prohibición penal y reprobación moral. Una ética de la legislación.* «La libertad del ciudadano depende principalmente —escribió Montesquieu— de que las leyes criminales sean buenas»¹. ¿De qué depende la bondad de las leyes y de las prohibiciones penales? Es obvio que no puede deducirse, tautológicamente, de la definición formal de delito, que considera delictivo todo comportamiento prohibido por la ley penal, sino que habrá que buscarla con criterios valorativos externos a la ley misma. Estos criterios, como hemos visto, son los que se incluyen más o menos genéricamente en las denominadas definiciones *sustanciales* de delito, que son compatibles con las descripciones *formales* y con el principio de legalidad, siempre que se las considere como meras recomendaciones prescriptivas sobre el contenido de las prohibiciones legales y no como proposiciones descriptivas. Así entendidas, dan respuesta a la cuestión axiológica «cuándo prohibir» y a las sub-cuestiones «cuándo prohibir penalmente mejor que civil o administrativamente» y «cuándo prohibir como delito y cuándo como contravención»; cuestiones todas ellas de legitimación predominantemente externa, a diferencia de la cuestión «cuándo castigar», que en los ordenamientos que incorporan los principios de retribución y de legalidad es exclusivamente de legitimación interna.

¿En qué medida tales recomendaciones son idóneas para identificar requisitos suficientes de legitimación externa de las prohibiciones penales? Lógicamente, la fórmula prescriptiva *prohibendum quia peccatum*, que recoge lo esencial de todas las definiciones sustanciales, puede querer decir dos cosas distintas: que un comportamiento debe

ser prohibido *si*, en cualquiera de las acepciones del término, es pecado, o que debe ser prohibido *sólo si* es pecado. En el primer caso se considera al juicio de reprobación externa como una condición suficiente, dada la cual el comportamiento reprobado debe ser prohibido como delito; en el segundo, es considerado sólo como condición necesaria. Es obvio que existe una profunda diferencia entre ambas prescripciones. La primera refleja la subordinación axiológica del derecho a la moral, o a otros criterios de reprobación, y la pretensión de que imponga imperativamente la (o una determinada) moral, prohibiendo toda violación de la misma. La segunda expresa la pretensión más genérica, pero inocua en cuanto limitadora del poder de prohibir, de que las prohibiciones penales deban dirigirse *sólo* a comportamientos inmorales o, en cualquier caso, reprobables. El pensamiento penal liberal se caracteriza, históricamente, por el rechazo de la primera pretensión y por acoger, en sentido utilitarista, la segunda. «Todos los delitos —afirma Hobbes— son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos»². Y Bentham representa la relación entre derecho y moral a través de la imagen de dos círculos concéntricos de distinto radio: más largo el correspondiente a la esfera moral, más corto el que delimita la esfera jurídica³. De acuerdo con ello, un hecho no debe ser prohibido si no es, en algún sentido, reprobable; pero no basta con que sea considerado reprobable para que tenga que ser prohibido.

La pretensión inherente a la tesis de que los delitos tienen que ser (seleccionados entre los comportamientos) en algún sentido reprobables comporta, además, la exigencia de una justificación externa al contenido de la prohibición penal. El principio liberal de la separación derecho-moral, si bien en el plano teórico-descriptivo excluye del concepto de delito cualquier connotación de tipo moral o natural, no impide que las prohibiciones legales sean susceptibles de prescripción y/o valoración en el plano ético-político. Las dos formas, opuestas pero convergentes, de confusión entre derecho y moral expresadas por el moralismo jurídico (según el cual el delito lo es en cuanto pecado) y por el legalismo ético (según el cual el pecado es tal por ser delito) impiden, como hemos visto, una valoración moral y política de las leyes penales.

Por el contrario, es precisamente la separación entre derecho y moral la que, por una parte, impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos y, por otra, permite hablar de una *ética de la legislación* desde la que criticar las leyes como inmorales o, al menos, como injustificadas. Una vez reconocida la autonomía entre las dos esferas valorativas, se puede, por ejemplo, considerar que son inmorales las normas que, en nuestro ordenamiento, castigan la mendicidad o el ejercicio abusivo de oficios ambulantes⁴; y se puede admitir, sin gran dificultad, que muchos de los hechos previstos como delitos en los códigos penales —es el caso de los delitos políticos o sin-

dicales⁵— vienen impuestos o «justificados» por razones políticas o morales.

2. *Relativismo ético y relativismo jurídico. La imposible garantía de un derecho penal absolutamente justo y válido.* Muchos de los principios morales que sirven de base para negar la justificación de ciertas prohibiciones o para justificar ciertos delitos están incorporados al derecho positivo como otros tantos límites o condiciones o principios jurídicos de deslegitimación de los unos y de legitimación de los otros. Es el caso del principio constitucional de igualdad, que permite considerar no válidos, antes que injustos, los actos de discriminación entre los destinatarios de los preceptos penales por razón de raza, sexo u otras condiciones de *status*; o el de aquellas normas penales sobre «eximentes», «causas de exculpación» o «causas de justificación», que permiten en todos los ordenamientos evolucionados justificar, no sólo moralmente sino también jurídicamente, los delitos cometidos en determinadas circunstancias como el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, etc. Pero, sobre todo, están los principios inherentes a las garantías penales y procesales, formalizados en nuestro sistema SG como otras tantas prescripciones sobre las condiciones de la pena. Es, más bien, la incorporación limitadora de todos estos principios o valores bajo la forma de *garantías* lo que distingue, según se ha visto, al moderno estado de derecho en materia penal; y sólo a través del número, calidad y nivel de efectividad de los principios así incorporados puede valorarse su justicia y medirse su grado de garantismo.

La incorporación garantista de principios morales o de justicia a los niveles superiores de un ordenamiento, por amplia que sea, seguirá teniendo límites extrínsecos. Precisamente, el principio teórico de la separación entre derecho y moral, junto a la relatividad de los juicios éticos, derivada de la autonomía de cada conciencia y del principio meta-ético de la tolerancia, impiden que un sistema de prohibiciones penales pueda proclamarse nunca objetivamente justo o íntegramente justificado. No existen, de hecho, principios jurídicos que puedan garantizar la justicia absoluta de un sistema penal, ni aun limitándonos a sus enunciados normativos y dejando de lado su funcionamiento real. Ni son concebibles sistemas jurídico-penales perfectos, siendo, como son, irreductibles tanto la autonomía y la pluralidad de los juicios ético-políticos sobre su imperfección, como la relatividad histórica y política de las opciones legislativas sobre lo que debe prohibirse. Ni siquiera el hecho de que estas opciones sean las de la mayoría basta para garantizar su justicia o su moralidad, sino sólo su concordancia con los valores e intereses dominantes. La justicia, como la moral, no es cuestión de mayorías. Por el contrario, «dondequiera que hay una clase dominante —y son palabras no de Marx sino de John Stuart Mill—, una gran parte de la moralidad del país

emana de sus intereses y de sus sentimientos de clase superior»⁶. Y ya Beccaria había afirmado que «la mayor parte de las leyes no son más que privilegios, esto es, un tributo que pagan todos a la comodidad de algunos»⁷. En resumen, la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria.

Tampoco puede decirse que existen delitos castigados en todo tiempo y lugar por opuestos a la moralidad media, al sentimiento común o a criterios similares. Al contrario, no existe conducta delictiva que no haya sido permitida en otros tiempos, ni comportamiento lícito que no haya sido, otrora, prohibido. «Cualquiera que le yere con mirada filosófica los códigos de las naciones y sus anales —escribe Beccaria—, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen ciudadano* o de *reo*, con las revoluciones de los siglos... Verá muchas veces que las pasiones de un siglo son la base de la moral de los siglos que le siguen, que las pasiones fuertes, hijas del fanatismo y del entusiasmo, debilitadas y carcomidas (por decirlo así) por el tiempo, que reduce todos los fenómenos físicos y morales a la igualdad, vienen poco a poco a ser la prudencia del siglo y el instrumento útil en manos del fuerte y del prudente»⁸. Ni siquiera el homicidio ha estado siempre prohibido y castigado: en la Grecia antigua, por ejemplo, como en todos los ordenamientos primitivos, se prohibía sólo la muerte del familiar, que autorizaba únicamente la reacción colectiva del grupo de parientes de la víctima⁹. Y aunque la reprobación moral generalizada del homicidio pueda darse por supuesta, no cabe decir lo mismo con respecto al hurto, al desacato o a la obstrucción del tráfico, y menos aún respecto al aborto, a los ultrajes o a la blasfemia. Y ello dejando de lado que «no nos preguntamos si el robo es un pecado; buscamos lo que se debe llamar robo, y así con lo demás»¹⁰. Es más aún: la relación de las leyes positivas con las condiciones históricas y geográficas de las concretas sociedades que las producen no es sólo reconocida por el pensamiento ilustrado como un dato fáctico, sino también prescrita como criterio axiológico de conveniencia o de justicia sustancial¹¹.

Sabemos, por otra parte, que ni siquiera la incorporación limitadora al derecho positivo de los principios de justicia históricamente determinados ha sido nunca del todo suficiente. Aun cuando un ordenamiento alcance un alto grado de perfección normativa y de eficacia operativa, es imposible decir que los principios que ha incorporado como garantías y criterios de validez se encuentran enteramente realizados. Y ello por dos razones: ante todo porque dichos principios, aunque estén formulados con la máxima claridad en las leyes positivas, expresan siempre valores, de modo que el juicio sobre su aplicación es, a su vez, un juicio de valor, tan susceptible de opiniones diversas como inverificable; y, en segundo lugar, porque la divergencia

entre ser y deber ser, o entre normatividad y efectividad, es estructuralmente inherente a la forma lógica del derecho igual que a la de cualquier otro sistema normativo. Ni la justicia, pues, ni siquiera la validez perfecta, son de este mundo: del mismo modo que no existe coincidencia entre ser y deber ser del derecho, tampoco existe coincidencia entre ser y deber ser en el derecho. Como se verá en el capítulo 13, cada ordenamiento presenta, además de una cuota irreductible de ilegitimidad externa o de injusticia, otra no menos irreductible de ilegitimidad interna o de invalidez.

Hablaremos así, pues, de una *ética normativa* y de una *ética descriptiva* de la legislación: la primera prescribe, desde el exterior, los valores que queremos que informen el ordenamiento; la segunda reconoce, desde el interior, los valores que éste incorpora y/o satisface positivamente. Hablaremos además, dados los desniveles normativos que caracterizan la estructura del estado de derecho, de *ética normativa* o de *ética descriptiva* según se trate de la valoración de las normas de cada nivel desde la óptica de los valores incorporados por normas superiores, o bien del reconocimiento de los valores efectivamente incorporados y/o satisfechos por ellas. Y podrá hablarse en particular de una *ética de la jurisdicción, normativa* o *descriptiva*, según se quiera designar los valores de diferente nivel —políticos, constitucionales, legales— exigidos a ésta, tanto en el ámbito interno como fuera de él, o los que, concretamente, satisface o desatiende.

3. *Las garantías penales o sustanciales y los elementos constitutivos del delito: resultado, acción, culpabilidad.* Una vez excluida la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, se pueden, sin embargo, formular criterios negativos o limitadores, realizables sólo relativa y tendencialmente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes, de legitimidad. Estos criterios o condiciones negativas no son, por otra parte, más que las *garantías penales* o *sustanciales* expresadas por los axiomas A4, A5 y A6 de nuestro sistema de garantías SG: el principio de *lesividad*, el de *materialidad* y el de *responsabilidad personal*, que, respectivamente, definen los tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad. A su análisis teórico general se dedican los tres apartados que siguen, en los que se examinará también la evolución sufrida en el siglo pasado por obra de la cultura penal post-ilustrada. El análisis dogmático se desarrollará en el apartado 43, reservado al tratamiento de los elementos del delito en el derecho italiano, tal como quedan configurados tanto en el plano legal o normativo como en el jurisdiccional o de funcionamiento efectivo del sistema penal.

He calificado de «sustanciales» a las garantías penales de *lesividad*, *materialidad* y *culpabilidad*, en oposición a las garantías procesales, que llamaré «instrumentales», de *presunción de inocencia*, *prueba* y

defensa: entiendo con ello que afectan a la *sustancia* o a los contenidos de las prohibiciones permitidas por las normas reguladoras de la producción válida de la ley penal. Efectivamente, según los usos lingüísticos corrientes, *sustanciales* son las normas y las cuestiones de derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena. Por el contrario, son *instrumentales* las normas de derecho procesal relativas a los métodos y a las formas de comprobación de aquéllos. El principio de estricta legalidad, con las garantías penales que comporta, tiene la importancia de desplazar el *problema sustancial* del derecho penal desde el «cuándo castigar» hasta el «cuándo prohibir» —esto es, desde el juez hasta la ley— incorporando a las formas jurídicas principios ético-políticos y criterios sustanciales de justicia, y transformándolos así en principios y criterios normativos de derecho positivo. De este modo, podemos establecer una equivalencia entre condicionantes de la prohibición, elementos constitutivos del delito (resultado, acción, culpabilidad) y garantías penales o sustanciales. Y podemos afirmar que el garantismo no prescinde de los valores sustanciales; antes bien, se configura como una técnica dirigida a satisfacerlos, seleccionándolos, explicitándolos e incorporándolos normativamente en la forma positiva de ley como condiciones de legitimación jurídica de las prohibiciones y de las penas y, con ello, como factores de minimización del poder punitivo legítimo. En los párrafos que siguen veremos cómo el sustancialismo penal y el decisionismo procesal se presentan inevitablemente, al reclamo de la confusión teórica o axiológica entre derecho y moral, justo cuando queda recortado alguno de los tres elementos sustanciales o constitutivos exigidos por las garantías penales como condiciones normativas de existencia del delito.

33. *Los principios de necesidad y de lesividad. Los bienes jurídicos*

1. *Economía del derecho penal y lesividad del resultado. El derecho penal como instrumento de tutela.* En la perspectiva ahora pergeñada, las indicaciones más fecundas provienen, una vez más, de la tradición ilustrada. Precisamente nos las suministran, en positivo, la filosofía utilitarista y, en negativo, la doctrina axiológica de la separación entre derecho y moral, que es, por decirlo así, la otra cara del utilitarismo jurídico.

El principio de «utilidad penal», tal como fue formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria y, más extensamente, por Bentham¹², es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales —en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum*¹³— sólo a las acciones reprobables por «sus efectos» lesivos para terceros¹⁴. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales

representados por estos *efectos lesivos* y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal. El principio axiológico de la «separación entre derecho y moral», en la primera de las tres acepciones del apartado 15.3, veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos. E impone, por mor de tutela de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. De hecho, la confusión entre derecho y moral, si no ayuda al primero —del que solicita la invasión totalitaria, la prevaricación inquisitiva y la arbitrariedad decisionista—, tampoco favorece a la segunda, que es tanto más auténtica —según convienen Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham y Humboldt¹⁵— cuanto menos se confía a medidas coercitivas y más se constituye en expresión de opciones autónomas e incondicionadas¹⁶.

De ahí deriva una doble limitación a la potestad prohibitiva del estado. El primer límite viene dictado por el *principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales*, expresado en el axioma A3, *nulla lex poenalis sine necessitate*, del que deriva, por exigirlo la legalidad de penas y delitos, no sólo el principio de la pena mínima necesaria —enunciado en la tesis T12, *nulla poena sine necessitate*, y analizado en los apartados 24 y 29.4—, sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos —contenido en la tesis T20, *nullum crimen sine necessitate*. «Porque el uso de las leyes, las cuales no son otra cosa que reglas autorizadas —escribe Hobbes—, no tiene como finalidad impedir al pueblo que realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar éstas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente... Por tanto, una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena»¹⁷. A lo que Beccaria añade: «Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos»¹⁸. Y Bentham polemiza duramente contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo a castigar un sinnúmero de infracciones fútiles y pueriles¹⁹. Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo. Por eso afirma Beccaria, remitiéndose a Montesquieu: «Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico»²⁰. A diferencia de las visiones eticistas del derecho penal y de las consecuentes ilusiones panpenalistas y terapéuticas que se afirmaron en el siglo XVII²¹, el pensamiento liberal clásico parte, en síntesis, del presupuesto ya enunciado por Aristóteles de que las prohibiciones, no menos que los castigos, son un mal «artificial» o *contra natura*²², y concluye justificándolas sólo por la necesidad de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos²³. Es evidente el nexo de este principio con el de

reserva de ley, que debería vetar o, cuando menos, obstaculizar la inflación penal, y, por otro lado, con la función, ya descrita, del derecho penal mínimo como *ius necessitatis* y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalidad. Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su «absoluta necesidad» son, a su vez, las *prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.

El segundo límite deriva, por imponerlo así la secularización del derecho y su separación de la moral, de la consideración utilitarista de la «necesidad penal» como «tutela de bienes fundamentales» no garantizables de otro modo. Y se explicita en el *principio de lesividad*, que constituye el fundamento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos del delito: la naturaleza lesiva del *resultado*, esto es, de los efectos que produce. La absoluta necesidad de las leyes penales, que requiere el axioma A3, resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, según el principio recogido en nuestro axioma A4, *nulla necessitas sine iniuria*, y en la consiguiente tesis, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* (T13, T21, T28, T69). Se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro²⁴ y que es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi²⁵, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Naturalmente, ni el principio de necesidad ni el de lesividad pueden determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la prohibición jurídica. O, más específicamente, la penal y, aun más específicamente, la que toma forma de delito y no de simple contravención. De modo análogo a lo que hemos visto al tratar el problema de los fines de la pena, también a la hora de justificar el «cuándo» o el «qué» prohibir el utilitarismo penal es una doctrina ambigua, o cuando menos neutra, que puede favorecer sistemas de prohibición máxima o mínima, según se identifique como útil la máxima seguridad posible o la mínima restricción necesaria de la libertad. Fórmulas como las de Bentham o Mill, que asignan a las prohibiciones penales la «única finalidad» de «evitar que perjudique a los demás»²⁶, no añaden, en el fondo, nada al viejo

precepto romano *neminem laedere*. Más bien parece que, al igual que éste, «giran en el vacío», ya que, como dice Alf Ross, «presuponen tácitamente como dado lo que todavía hay que demostrar»²⁷.

Pero el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como «lesión», «daño» y «bien jurídico» son claramente valorativas. Decir que un determinado objeto o interés es un «bien jurídico» y que su lesión es un «daño» es tanto como formular un juicio de valor sobre él; y decir que es un «bien penal» significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela recurriendo a un instrumento extremo, cual es la pena. Pero esto significa también, a la inversa, que un objeto «debe ser» (juzgado y considerado como) un «bien» cuando esté justificada su tutela penal; y que, aún más, el valor que al mismo se asocia debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas. Bajo este aspecto, al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende.

Por otra parte, el principio de lesividad —por estar ligado al de necesidad de las penas y con ello a la versión liberal de la utilidad penal como mínima restricción necesaria, y una vez definidos sus parámetros y alcance— es idóneo para vincular al legislador a la máxima kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. En esta línea, el art. 4 de la Declaración de derechos de 1789 establece que la libertad «consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley»²⁸. Históricamente, por lo demás, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios o fundamentales*.

2. *La parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de derechos subjetivos a la tutela del estado*. Los esfuerzos de la ciencia penal moderna se orientan, aunque sin grandes resultados, a la

definición de estos intereses con la vana pretensión de encontrarles un fundamento objetivo u ontológico. Los conceptos en los que, desde hace dos siglos, se han subsumido tales intereses y se ha identificado en distintas formas la cuestión de la lesividad son, más o menos, los de «daño criminal», «objeto del delito» y «bien jurídico», que designan, respectivamente, la lesión de intereses, el interés lesionado y el interés protegido²⁹. Por ello, la historia de estos conceptos coincide, en buena medida, con la historia moderna del concepto de delito. Y se caracteriza por una ininterrumpida expansión de su significado, simultánea al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal.

En su origen —en el pensamiento ilustrado que va de Thomasius a Feuerbach y Humboldt, de Bentham a Condorcet, de Genovesi y Filangieri a Romagnosi, Pagano y Carmignani—, el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona³⁰, uno de los bienes fundamentales para cuya tutela, según Locke, nace el estado y que son «la vida [... y] los medios que son necesarios para preservarla, [...] la libertad, la salud, los miembros o los bienes»³¹. Esta acepción estricta fue posteriormente ampliada por J. M. F. Birnbaum, que, sin embargo, continuó hablando en sentido axiológico de «cualquier bien que debe ser tutelado por el estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada»³². Y aun para el pensamiento de la Escuela Clásica conserva una innegable base empírica, designando para Rogmanosi «una cosa nociva para el bienestar ajeno», para Pellegrino Rossi un «mal material» y para Carrara «el mal sensible que el delito produce al violar el derecho atacado»³³.

En la segunda mitad del siglo XVII, sin embargo, y en sintonía con la reacción anti-ilustrada y anti-garantista tantas veces recordada, estos conceptos perdieron toda función axiológica. Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella, y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la fidelidad. Una vez más es Hegel quien abre este proceso de abstracción e idealización ético-estatalista: «El derecho, contra el delito», nos dice, «es sólo derecho *en sí*... En lugar de la parte lesionada aparece lesionado lo *universal*, que tiene su realidad propia en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito», gracias a los cuales se realiza «la verdadera reconciliación del derecho consigo mismo... como reconciliación de la ley que, por medio de la eliminación del delito, se restituye a sí misma»³⁴. Tras la huella de Hegel desaparecerán progresivamente del horizonte de las teorías del bien jurídico los intereses materiales de los individuos de carne y hueso, para dejar su puesto, primero, a los in-

tereses y la voluntad del estado, y, después, a la simple idea del derecho y del estado.

Así, si para Jhering, Liszt o Binding el concepto de bien jurídico encierra aún una entidad que es tal «a los ojos del legislador», pero siempre externa al derecho e independiente de él³⁵, tras las sucesivas orientaciones autoritarias de tipo teleológico, formalista o tecnicista, ese concepto termina por plasmarse sobre el de norma jurídica, pasando a designar «el fin» o la *ratio* de la ley penal, o, incluso, «el derecho del estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena»³⁶, dilatándose indefinidamente hasta comprender las situaciones más vagas de «peligro abstracto» o «presunto»³⁷. Esta concepción idealista del bien jurídico suministra la base de la clasificación de los delitos en el código fascista de 1930, hasta el punto de que, al comentar su parte especial, el más prestigioso de los penalistas italianos de nuestro siglo identifica el objeto de los delitos de homicidio, lesiones, coacciones, hurtos y similares, no ya con la vida humana, la integridad personal, la libertad individual o la propiedad privada, sino, dando un giro de ciento ochenta grados, con el «interés del estado en la seguridad de las personas físicas, especialmente, en la vida humana» o «en la integridad física», con el «interés del estado en garantizar la libertad individual en su forma concreta de libertad psíquica», o con el «interés público en la inviolabilidad de los bienes patrimoniales»³⁸, etc., etc. Por otra parte, una vez admitido que estado y derecho son valores éticos y fines en sí mismos, los conceptos de bien y de daño terminan por identificarse con lo que place o disgusta al soberano. «Todo delito —escribe, p. ej., Maggiore— es, en definitiva, un delito de felonía, un *crimen laesae majestatis*»³⁹, de modo que la justificación externa se identifica con la legitimación interna y aconseja la criminalización de la «mera desobediencia» precisamente por ser desobediencia.

Por último, con el giro espiritualista e irracionalista que se produjo en la cultura alemana de comienzos del XVIII, el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y auto-reflexivo de legitimación política de los intereses tutelados —y, con ellos, de las normas positivas— directamente asumidos como «valores ético-culturales»⁴⁰, o, simplemente, como «valores»⁴¹, cuya violación da lugar a «comportamientos inmorales»⁴². En este punto se reproduce íntegramente en clave ético-formal la confusión entre derecho y moral y el concepto de bien jurídico alcanza el final de su parábola. A los juristas nazis, en el marco del nuevo modelo eticista y subjetivista del derecho penal de la voluntad, no les quedaba sino decretar su archivo y la coherente sustitución por los conceptos de «violación del deber»⁴³, «desvalor de la actitud interna» o «infidelidad» al estado o a su jefe⁴⁵.

3. *Para un análisis meta-teórico del problema del bien jurídico.* He querido recorrer sumariamente esta deprimente evolución del concepto de bien jurídico porque refleja no sólo la involución autoritaria sufrida por el pensamiento penal desde la época ilustrada con la progresiva pérdida del punto de referencia externo, sino también la extraordinaria confusión de ideas que se deriva siempre del planteamiento confuso de los problemas.

Tras la Segunda Guerra Mundial, con el renacimiento de una cultura penal liberal y democrática, el concepto de bien jurídico ha recuperado su carácter garantista gracias al trabajo de un conspicuo número de penalistas que, por un lado, han restaurado su referencia semántica a situaciones objetivas y a intereses de hecho independientes de las (o previos a las) normas jurídicas⁴⁶, y, por otro, le han devuelto la relevancia crítica y la función axiológica, aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales⁴⁷. Hoy, cuando la confusión está aclarada en cierta medida, es factible comprender cómo se originó —y cómo sobrevive en parte, ya como variante progresista del legalismo ético, cual es el constitucionalismo ético, ya como identificación del horizonte axiológico del jurista con la constitución— a causa de la no diferenciación entre los diversos órdenes de cuestiones que giran en torno al concepto de bien jurídico.

Estas cuestiones, que se corresponden con otros tantos niveles del discurso y que se caracterizan por un estatuto lógico y semántico distinto, son, en mi opinión, cuatro: *a)* si las prohibiciones penales deben tutelar un bien cualquiera para no quedar sin justificación moral y política; *b)* si un ordenamiento dado ofrece la garantía de lesividad, esto es, si las prohibiciones legales y las sanciones concretas no son legítimas jurídicamente si no se produce un ataque a un bien cualquiera; *c)* qué bienes, o no bienes, tutelan normativamente las leyes penales; *d)* qué bienes, o no bienes, tutelan, de hecho, las mismas leyes, y qué bienes, o no bienes, son atacados por los comportamientos que ellas prohíben. La primera de estas cuatro cuestiones es ético-política; la segunda, jurídico-constitucional; la tercera, jurídico-penal, y la cuarta, sociológico-empírica. Se trata de cuestiones descriptivas, excepto la primera, que es puramente axiológica, aunque referidas a universos distintos, como son la constitución, las leyes ordinarias y la realidad social, pero la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico respecto a la siguiente. Finalmente, mientras la primera y la última reflejan un punto de vista externo —axiológico y fenomenológico respectivamente—, la segunda y la tercera son expresión de una perspectiva interna al ordenamiento y relativa, en una, a lo que el derecho penal «debe ser» partiendo de la constitución, y, en la otra, a lo que éste «es» partiendo de las leyes. Es superfluo decir que muchas de las incomprensiones, de los equívocos y de las dificultades características de las discusiones sobre el bien jurídico en el derecho penal son consecuencia de que estos interrogantes, que ad-

miten respuestas distintas conforme a investigaciones y argumentaciones de distinto orden, son tratadas demasiado a menudo promiscuamente.

Existe un segundo factor de deformación del problema del bien jurídico: la idea de que una respuesta a la cuestión axiológica externa «¿qué prohibir?» tenga que suministrar un criterio positivo de identificación de los bienes jurídicos que requieren de tutela penal y, por tanto, un parámetro ontológico de legitimación apriorística de las prohibiciones y de las sanciones penales. Esta pretensión está, quizá, en el origen de la inadecuación de la mayor parte de las definiciones del bien jurídico formuladas históricamente: o son demasiado amplias, como las eticistas que, al apelar al valor intrínseco del derecho o incluso a lo que se estima merecedor de tutela por el legislador, caen en vacuas peticiones de principio; o son demasiado estrechas, como las ilustradas o neoilustradas que identifican los bienes jurídicos con «derechos» o «intereses individuales», con lo que se hacen inidóneas para justificar la prohibición de conductas como el cohecho, la malversación o el fraude fiscal, lesivos todos ellos de bienes públicos o colectivos. En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente —y además no serviría de nada que nos lo dijera— que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación —que no son sólo la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la idoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido— para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que ésta es escasa. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del «bien jurídico», cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito⁴⁸.

4. *El problema político o externo del bien jurídico.* De nuestros cuatro tipos de problemas, el primero concierne a la justificación externa o ético-política de las prohibiciones penales. Su distinción del segundo y del tercero, relativos a la legitimación interna o jurídica de las normas penales, es, en mi opinión, esencial para no caer en formas más o menos enmascaradas de legalismo ético. Mientras se sigan confundiendo estos órdenes de problemas —uno de técnica normativa, de ética descriptiva los otros— se continuará, inevitablemente, observando desde una perspectiva legalista la cuestión ético-política de la

justificación del contenido de las prohibiciones, y, por el contrario, los problemas jurídicos de los intereses y no intereses tutelados por las leyes positivas se afrontarán desde la óptica de la justificación. Así, la fórmula del «bien», como la del «daño» o la de la «lesividad», girarán en el vacío, sustrayéndose tanto a la carga de la justificación como a la de la identificación de los bienes penalmente tutelados.

Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de *política criminal*. Y, en la medida en que postula la correspondencia entre prevención de delitos y tutela de bienes jurídicos, es también el complemento necesario de la doctrina sobre la justificación externa de la pena. Desde esta perspectiva, que es la del derecho penal mínimo bosquejada en el capítulo 6, creo que se pueden ofrecer cuatro criterios para una política penal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos.

El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no sólo el *daño causado*, sino también —por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal— el *peligro* que se ha corrido⁴⁹. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los «derechos fundamentales», es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de los asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición⁵⁰.

Este primer criterio es, naturalmente, genérico e indeterminado, pero puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal —en lugar de una civil o administrativa— si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Y si bien es cierto que esta comparación no es posible de forma rigurosa, sino sólo a través de juicios de valor, eso no impide que pueda actuar frente a la crisis inflacionaria que hoy aflige a la justicia penal como una potente navaja de Occam. Por otra parte, se trata de un criterio cierto para rebajar la entidad de las penas. Se puede así afirmar, dada la relación que se busca entre lesividad del delito y afluencia de la pena, que la esfera de los intereses tutelables es tanto más amplia cuanto menor es el coste de la pena. Ningún bien, conforme a lo dicho en el apartado

29.4, justifica, por ejemplo, la pena de muerte para prevenir su lesión. Por otra parte, mientras las penas consistan, ante todo, en largas privaciones de libertad, son pocas, a pesar de su anormal expansión en las legislaciones de nuestros días, los bienes cuya tutela penal es justificable. Por el contrario, son muchísimas las lesiones que justifican penas cortas de prisión o, mejor aún, penas alternativas, más limitadoras que privativas de libertad. Esto significa que la disminución de las penas es condición necesaria para justificar su utilización como instrumento de la protección penal de bienes jurídicos. El límite mínimo infranqueable es, naturalmente, que la pena no se transforme, tal como ocurre con las pecuniarias, en un impuesto, perdiendo con ello toda eficacia disuasoria.

Contamos también con un ulterior criterio axiológico, que se corresponde con un perfil utilitarista distinto: las prohibiciones no sólo deben estar «dirigidas» a la tutela de bienes jurídicos, deben ser «idóneas». El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos —individuales, económicos o sociales— de su violación; y ello al margen de lo que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida. Piénsese, por ejemplo, en el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida en que se demuestre que está abocada a no surtir efecto. Una demostración de este carácter requiere una no siempre fácilmente realizable comparación empírica entre los resultados lesivos constatados en presencia y en ausencia de su calificación como delitos. Por ejemplo, en Italia, el número de abortos realizados antes y después de la despenalización del aborto; o, a la inversa, el número de toxico-dependencias antes y después de la ley que las penaliza. Está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de «valores morales», opuesta a la función protectora del derecho penal⁵¹.

Finalmente, una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Los resultados lesivos prevenidos por el derecho penal pueden ser evitados, y en muchos casos más eficazmente, a través de medidas protectoras de tipo administrativo. El campo más relevante de tales posibilidades es, sin duda, el de los delitos culposos. Los miles de homicidios culposos causados cada año por accidentes automovilísticos o laborales quedarían sin duda reducidos en cuanto se adoptasen medidas preventivas más eficaces y severas. Pero también en el campo de los delitos dolosos se abren posi-

bilidades relevantes de prevención no penal: baste pensar en la previsible reducción del número de homicidios, especialmente en Estados Unidos, donde no existe control alguno sobre las armas privadas, que verosímelmente se produciría al prohibir no sólo la tenencia sino también el comercio y fabricación de todo tipo de armas. Sin contar el papel preventivo que juegan todas las políticas reformadoras que inciden sobre las causas económicas y sociales del delito. Está claro que una política de defensa de bienes penales que interviniese con decisión en estos casos no sólo podría remover o, cuando menos, reducir las ocasiones prodelictivas, sino que tendría también el efecto posterior de revalorizar los bienes penales y de reforzar la justificación de su tutela por medio de la pena.

5. *El bien jurídico entre normatividad constitucional, normatividad legal y efectividad del derecho penal.* La segunda de nuestras cuatro interrogantes —«si existe», en un ordenamiento dado, la exigencia jurídica o interna de la lesividad de un determinado bien, e incluso de «qué» bienes, como condición de admisibilidad de la prohibición y punición de un comportamiento dado— suscita una serie de cuestiones bien distintas. Se trata de cuestiones plenamente jurídicas, que admiten como respuesta no ya juicios u opciones axiológicas, sino aserciones basadas en el análisis jurídico-positivo, y que, por ende, son diferentes en los distintos ordenamientos. Por ejemplo, en muchos sistemas socialistas el requisito de la lesividad viene enunciado expresamente en los códigos penales donde figura, sin embargo, no como un elemento estructural del delito sino como una condición en cuya ausencia se produce una eximente remitida a la valoración equitativa del juez⁵². En otros casos, como el italiano, la doctrina reciente identifica el mismo principio, no reconocido explícitamente, en los artículos 43 y 49 del código penal, que requieren, respectivamente, la existencia y la posibilidad, de un «resultado dañoso o peligroso» como elemento estructural del delito⁵³. De las dos soluciones, que equivalen a dos formulaciones distintas de la *garantía de lesividad*, es, quizá, preferible la segunda, pero a condición de que venga formulada por la ley no en los restrictivos términos del art. 49 —que la subordina a la «inidoneidad de la acción» o a la «inexistencia del objeto»—, sino mediante la abierta aceptación de que la concreción del daño o del peligro determinados son elementos constitutivos de todo delito⁵⁴.

Más controvertido es que el citado principio venga constitucionalizado en el ordenamiento italiano. Ciertamente nuestra Constitución, aun supeditando el contenido de las prohibiciones penales al respeto a otros principios (de libertad, de igualdad, etc.), no contiene norma alguna que anuncie expresamente la garantía de lesividad. Sería ilógico, sin embargo, entender que admita privaciones de un bien constitucionalmente primario, como es la libertad personal, si no es para

evitar ataques a bienes de rango igualmente constitucional⁵⁵. Ello no quiere decir que no sea deseable una explícita formulación constitucional de esta garantía tanto frente al legislador, impidiéndole el recurso a prohibiciones penales sin bien jurídico, como frente al juez, excluyendo la responsabilidad penal por comportamientos formalmente prohibidos pero ayunos, en concreto, de resultado dañoso o peligroso.

El tema planteado en nuestra tercera cuestión es totalmente distinto: si, y en qué medida, un sistema jurídico como el italiano satisface normativamente el principio de lesividad, en cumplimiento o no de mandatos constitucionales. Lamentablemente, este interrogante tiene una respuesta negativa. Tal como se verá en la parte cuarta, nuestro sistema penal, modelado por el código Rocco, se caracteriza por una triple inflación de los «bienes» penalmente protegidos. Encontramos, ante todo, una proliferación cuantitativa de los intereses tutelados, ya que, por una parte, se asumen funciones autoritarias mediante el incremento de delitos sin daño —es el caso de ofensas a entidades abstractas como la personalidad del estado o la moralidad pública— y, por otra, se aumentan incontroladamente los delitos contravencionales e, incluso, de bagatela, a menudo consistentes en meras desobediencias. En segundo lugar, se ha producido una ampliación indeterminista del campo de lo designable como bienes tutelados, a través de la utilización de términos vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos, que derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y a la «inventiva» judicial. Piénsese, por citar sólo dos ejemplos, en los distintos delitos asociativos o en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar, hemos asistido a una creciente anticipación de la tutela, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, definidos por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo y por la descripción abierta y no taxativa de la acción, expresada con fórmulas como «actos preparatorios», «dirigidos a», o «idóneos para poner en peligro», o similares. Eso sin contar con la persistencia de residuos premodernos, como la penalización de acciones contra uno mismo —desde la embriaguez al uso immoderado de estupefacientes— o de los delitos de opinión o contra la religión.

El resultado de tal inflación, apenas limada por las distintas leyes despenalizadoras de los últimos años, es, lisa y llanamente, la disolución del concepto de «bien penal» como criterio axiológico de orientación y delimitación de las opciones penales. La multiplicidad, la casualidad, la contingencia y, a veces, la inconsistencia de los bienes equivalen, de hecho, a la devaluación de la idea misma de «bien» e indican la sobrecarga de funciones impropias que lastra a nuestra justicia penal. El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados reviste, por lo demás, una relevancia no sólo científica, sino también política, pues brinda el presupuesto de toda valoración crítica

ca y de toda consideración de reforma del derecho vigente. Si es cierto, como escribiera Jhering, que «la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales» y que «colocando de un lado los bienes sociales, de otro las penas, se posee la escala de los valores de la sociedad»⁵⁶, es difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional, tendencialmente clasista y contrario a la constitución de la escala de bienes tutelados por nuestro derecho penal, en contradicción con el escaso valor otorgado a la libertad personal, de la que se priva incluso por infracciones levísimas.

La cuarta cuestión, finalmente, es, en todo, independiente de las anteriores: si, y en qué medida, el derecho penal protege efectivamente los bienes jurídicos legalmente tutelados. Se trata de una cuestión empírica de tipo sociológico, que se ha de resolver sobre la base no ya de lo que dicen las normas sino de lo que, de hecho, ocurre. Se ha dicho que una investigación de este tipo es más que problemática, dada la imposibilidad de advenir los logros del derecho penal, esto es, los males que previene, y no sólo los fracasos, es decir, los males no evitados y los costes de la pena. Habrá que servirse, en consecuencia, allí donde no se disponga de datos estadísticos coincidentes con los cambios legislativos, de estudios de derecho comparado, además de hipótesis suministradas por investigaciones psicológicas y sociales de tipo extra-penal. Aunque aproximativos e hipotéticos, sus resultados constituyen la base de todo acercamiento crítico a la cuestión de los bienes penales y de cualquier política criminal dirigida a su tutela.

6. *Bienes jurídicos fundamentales y prohibiciones mínimas necesarias.* Llegados a este punto, podemos comprender la inevitable divergencia entre el principio político de la lesividad, incorporado a los ordenamientos avanzados como garantía, incluso constitucional, que exige al derecho penal la tutela de los bienes «fundamentales», y la naturaleza de la protección normativa, o, más aún, efectiva dispensada por la ley penal y por su aplicación. Esta divergencia quita valor a los fines justificantes o externos del derecho penal y, allí donde el principio de lesividad haya sido acogido por el ordenamiento como garantía jurídica, también a los internos; y constituye, como tal, un factor de ilegitimidad tanto política como jurídica. Representa, por otra parte, el objeto de estudio central de una doctrina garantista del bien jurídico. Las múltiples falacias ideológicas de que adolecen las doctrinas y discusiones en torno al mismo derivan, de hecho, de la incompreensión de esta divergencia y de la confusión entre los diversos niveles del discurso a la que nos empuja: o a sumergirnos en la doctrina normativa del bien jurídico, ignorando la realidad de las leyes y de la *praxis* penal y mistificando la primera como descriptiva de la segunda, o a registrar descriptivamente los bienes tutelados o no por las leyes vigentes y la práctica, obliterando su dimensión axiológica violada y, con ello, los perfiles de ilegitimidad política y jurídica.

Sólo analizando la divergencia entre normatividad y efectividad de la protección penal de los bienes es posible captar, en los diversos niveles en que aquélla se manifiesta, los aspectos de ineficacia de la primera y de ilegitimidad de la segunda. Estos aspectos, según se ha visto, dependen esencialmente de la desproporción entre el valor de la libertad personal afectada por la pena y el de los bienes atacados por el delito, así como de la distorsionada escala de valores que se refleja en la escala de penas prevista para cada uno de ellos; por consiguiente, conforme a una reelaboración de la jerarquía de los bienes estimados merecedores de tutela y, en relación con ella, de las penas proporcionadas a tal fin. Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los «bienes» penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Es posible, también, que en esta reelaboración quede de manifiesto la oportunidad, en aras de la tutela de bienes fundamentales, de una mayor penalización de comportamientos hoy no adecuadamente prohibidos ni castigados: por ejemplo, la introducción de un delito específico de tortura (querido, por lo demás, por el art. 13, 4.º de la Constitución) frente a la tendencia jurisprudencial a eludir su punición⁵⁷, o la creación de nuevos delitos ambientales. Sin embargo, nuestro principio de lesividad, tal como resulta de los criterios ya comentados, actúa más bien como una afilada navaja de Occam, idónea para excluir, por injustificados, muchos tipos penales consolidados o para restringir su extensión mediante cambios estructurales profundos. Me referiré ahora, en particular, a tres clases de delitos respecto a los que se realiza esta función restrictiva y minimizadora.

La primera restricción es de carácter cuantitativo. Afecta a los delitos de bagatela, que no justifican ni el proceso penal ni la pena⁵⁸: en particular, podría despenalizarse, en nombre de la máxima economía de las prohibiciones penales, toda la categoría de las contravenciones, y, junto a ella, la de los delitos punibles con pena pecuniaria única o alternativa con otra privativa de libertad. En efecto, parece claro, por las consideraciones expuestas en el apartado 31.4 sobre la naturaleza de las penas pecuniarias, que si el legislador configura un delito como contravencional y/o prevé para él una sanción de ese tipo, pone de relieve que no considera que la conducta ilícita sea lesiva de bienes fundamentales y que el derecho penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo. Puede decirse, en otras palabras, que ningún bien considerado fundamental hasta el punto de justificar la tutela penal puede ser monetarizado, de modo que la previsión misma de delitos sancionados con penas pecuniarias evidencia o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o, más frecuentemente, un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental). La supresión de este enorme cúmulo de delitos provocaría, entre otras cosas, una extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal. Se reduciría la esfera de inevitables supuestos de ig-

norancia de ley, declarada correctamente por la Corte constitucional italiana como excusable. Se superaría, además, toda la compleja problemática teórica originada por las «sanciones sustitutivas» aplicables, con discutible discrecionalidad, como alternativa a la pena. Finalmente, la relación entre delito, proceso y pena ganaría en linealidad y uniformidad: sólo los delitos serían delitos, con los necesarios requisitos subjetivos y objetivos; las penas serían sólo las restrictivas de libertad, privativas o no; y proceso sería sólo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal en tutela de bienes penales fundamentales.

La segunda restricción es de carácter cualitativo. De entre las innumerables abstracciones catalogadas en el código Rocco como «bienes jurídicos» y como rótulo de otras tantas clases de delitos —la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, la religión del estado, la piedad para con los difuntos, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral y los deberes de asistencia familiar, el patrimonio y, sólo en último término, la integridad física de las personas—, nuestro principio de lesividad permite considerar «bienes» sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso. El grupo de normas más llamativo, por injustificado, ha sido en Italia producido aluvionalmente por la codificación fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de «delitos contra la personalidad del estado». En la medida en que el estado, en un ordenamiento democrático, no constituye un bien o un valor en cuanto tal, estos delitos —descritos normalmente en términos vagos y valorativos y, por ende, opuestos al principio de estricta legalidad— quedan, en la mayor parte de los casos, sin objeto y, con ello, sin razón de ser. Algunos, como los delitos asociativos, los atentados o los desacatos, son sólo formas agravadas de otros delitos o tentativas de delitos de los denominados «comunes»; otros, como los ultrajes y todos los delitos de opinión, se dirigen a tutelar privilegios o inmunidades que contradicen los principios de libertad y democracia y que, más aún, no constituyen bien alguno para nadie y tanto menos para el ciudadano común. Y se puede hacer un discurso análogo en torno a otros muchos delitos no lesivos para terceros, y ciertamente no evitables con la pena, contra los que se dirigieron ya los alegatos ilustrados, bien en nombre del principio de utilidad, bien en nombre de la separación entre derecho y moral: es el caso de la prostitución, los delitos *contra natura*, la tentativa de suicidio y, en general, los actos contra uno mismo, desde la embriaguez al uso personal de estupefacientes⁵⁹. Lo mismo ocurre, según veremos en el próximo apartado, con todos los comportamientos en los que la acción carece de materialidad. Finalmente, en ciertos delitos patrimoniales, como el hurto o la estafa, la naturaleza

eminentemente disponible del bien ofendido debería justificar, y así se argumentará en el apartado 39.4, la persecución a instancia de parte más que de oficio.

La tercera restricción tiene carácter estructural y es consecuencia del cambio, también estructural, que en la mayor parte de los delitos impone el requisito de lesividad concreta. Me refiero, ante todo, a los delitos de atentado, definidos en el código Rocco como «actos dirigidos a» determinado resultado —incluyéndose aquí también los actos preparatorios y la ideación, independientemente del peligro corrido por los bienes afectados — y que vendrían a reformularse como «actos idóneos para» producir tales resultados, con lo que quedarían transformados en mera «tentativa» y, con ello, suprimidos, al estar la tentativa prevista, con carácter general, para todos los delitos⁶⁰. Lo mismo puede decirse de todos los denominados «delitos de peligro abstracto» o «presunto»⁶¹, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como «peligro» que corre un bien, sino que se presume, en abstracto, por la ley; de modo que allí donde de hecho no concurre lo que viene a castigarse es la mera desobediencia o la violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma. También estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro⁶². Pero para algunos de estos delitos —como los de asociación, conspiración, instigación para ciertos delitos contra la seguridad interior del Estado, provocación, insurrección, guerra civil— es imposible una transformación en figuras de peligro concreto sin caer en esquemas normativos informados por el tipo de autor⁶³. Lo oportuno es, pues, su supresión porque, como se probará en los apartados 43.3 y 54, implican duplicar la reponsabilidad por los delitos comunes de los que son sólo un medio, o bien operan, de hecho, como delitos de «sospecha» que ocupan el lugar de otros más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas, con la consiguiente violación de todas las garantías procesales.

En conclusión, el principio de lesividad, como ha quedado aquí definido, tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al *mínimo necesario* y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos, evitando así la «estafa de etiquetas»⁶⁴ consistente en calificar como «administrativas» sanciones restrictivas de la libertad personal que son sustancialmente penales.

34. *El principio de materialidad de la acción*

1. *Exterioridad de la acción y utilitarismo penal. El nexo causal entre acción y resultado.* El segundo requisito sustancial, no menos importante que la lesividad, exigido por nuestro sistema SG de justificación del «cuándo» y del «qué» prohibir, es el expresado en el *principio de materialidad* y enunciado en el axioma A5, *nulla iniuria sine actione*, así como por las tesis que de él derivan: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*. Conforme a este principio, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción⁶⁵. En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas —materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables— describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal.

Los fundamentos de este principio, también fruto de la elaboración ilustrada, son los mismos que encontramos como fundamento de la garantía de lesividad: el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre derecho y moral. Ante todo está el criterio de utilidad: sólo las acciones externas, y no los «actos internos» —afirman Pufendorf y Thomasius—, pueden producir daños a terceros; los actos internos, esto es, los pensamientos y las intenciones, al igual que los «vicios» y la «maldad de ánimo», no son perjudiciales para nadie y nadie es interesado en su punición⁶⁶ ni se preocupa por vengarlos. Con este punto de partida, es necesaria una relación de *causalidad* entre la *acción* y el *resultado* dañoso (o peligroso), cuyos elementos vendrán configurados por la dogmática del siglo XVIII como requisitos esenciales del denominado «elemento objetivo» del delito⁶⁷. Esta relación está indisolublemente unida al principio de materialidad o de exterioridad de la acción, dado que sólo la acción externa está en condiciones de producir una modificación del mundo exterior calificable de lesión. La materialidad o exterioridad de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado, caracterizado, a su vez, como un hecho empírico externo que se distingue de la acción, como ocurre en los llamados «delitos de resultado», o que se identifica con ella, como en los delitos llamados «de mera actividad». Al mismo tiempo queda excluida del nexo causal, así considerado, toda forma de responsabilidad objetiva «por hechos de otro» o «por caso fortuito», supuestos más de ausencia de acción que de ausencia de culpa.

Existe un argumento utilitarista más, radicado específicamente en la base del principio de materialidad de la acción criminal y del consiguiente veto a la prohibición de actos internos. Una prohibición puede ser inútil no sólo porque el acto prohibido no ocasiona

daño alguno, sino también porque no sirve para impedirlo. Así ocurre cuando la absoluta imposibilidad de controlar su inobservancia la condena a ser ineficaz⁶⁸. La prohibición de actos internos y, en general, la responsabilidad penal sin acción contradicen, bajo estos dos aspectos, el principio de utilidad. Y, además, contrastan, desde la misma perspectiva, con la función preventiva de la pena y con el principio mismo de legalidad, que presuponen el requisito de materialidad, cuya base utilitarista comparten, bien en el sentido de que la tarea del derecho es razonablemente la de prevenir y prohibir acciones dañosas y no la de estigmatizar la maldad humana ni la de sacrificar chivos expiatorios por males que no han realizado, o bien en el sentido de que sólo las acciones externas, y no las internas, pueden ser eficazmente prohibidas y prevenidas por la ley.

2. *Exterioridad de la acción y separación entre derecho y moral. La soberanía de la conciencia.* El segundo fundamento, bastante más importante en el plano ético-político, aportado por la ilustración penal al requisito de materialidad de la acción criminal es el principio axiológico de separación entre derecho y moral. Ya se ha hablado de las tesis de Hobbes, Pufendorf, Bentham y de todo el pensamiento laico y liberal sobre los límites del derecho respecto a la moral, límites en cuya virtud no todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del derecho sancionar o imponer la moral. Esta tesis encuentra en los principios de exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral sus dos corolarios más relevantes política y éticamente. De hecho, si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad⁶⁹ es quizá el principio más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno. Observado *en negativo*, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del *ciudadano*, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su *libertad interior* como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su *libertad exterior* para realizar todo lo que no está prohibido. Observado *en positivo*, se traduce en el respeto a la *persona humana* en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su *dignidad personal*; a la *igualdad* de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.

Más tarde, a propósito de la cuestión «cómo juzgar», se volverá sobre las enormes implicaciones de esta garantía fundamental en orden a las formas y la estructura del juicio. Se pretende ahora poner en evidencia el límite rígido y neto, ciertamente más límpido y seguro que el del daño, que introduce el principio de materialidad de la acción en la esfera de las prohibiciones penales. «Cogitationis poenam neminem moereri», escribieron Grocio y Thomasius parafraseando una antigua máxima de Ulpiano⁷⁰. «Las leyes sólo se encargan de castigar las acciones exteriores», afirma Montesquieu, que estima que es «un acto tiránico» el castigo de la simple intención homicida⁷¹. Y Schopenhauer dirá más tarde que «el estado no puede impedir a nadie mantener un constante propósito de homicidio o de envenenamiento» y «no entiende más que de hechos (consumados o intentados), en razón de sus consecuencias: el perjuicio que otro sufre. El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el estado; la intención, la voluntad, no se toman en cuenta sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho»⁷². En suma, existe un ámbito de la vida personal intocable por el poder estatal y a resguardo del control público y de la vigilancia policial: no sólo las intenciones y los proyectos, sino también, con mayor razón, los errores del pensamiento y la opinión que, según dice Hobbes, son exculpables al máximo, dado que «es imposible que un hombre yerre a propósito»⁷³.

Lo que el pensamiento ilustrado sustrae a la criminalización y al control es sobre todo la interioridad de la persona en su conjunto, es decir, su alma o su personalidad psico-física. Pero, como veremos, en la segunda mitad del siglo XIX, gracias a la acción convergente de las doctrinas idealistas, positivistas, eticistas, espiritualistas y, en sus diversas formas, estatalistas, aquélla volverá a ser, una vez más, objeto de calificación, inquisición y tratamiento penal bajo las modernas etiquetas de la «peligrosidad», la «capacidad de delinquir», el «carácter del reo», el «tipo criminal», la «infidelidad» u otras similares. «Cogitatio delectabilis de peccato aliquo, cupiditas, desiderium... vitia animi» no deben interesar al derecho, afirma Pufendorf⁷⁴. Y Thomasius establece una frontera infranqueable a la invasión del estado en la esfera moral, intelectual, religiosa, sentimental, que se constituye en elemento común a toda la cultura política de la Ilustración⁷⁵. Esta frontera, definida por el requisito de materialidad de la acción, será firmemente defendida, una vez más, por la Escuela Clásica, frente a los ataques de la Escuela Positiva: contra la idea, propagada por los positivistas, de que los delincuentes son una especie dentro del género humano, Enrico Pessina reafirmó el principio —más igualitario que liberal— según el cual «el hombre delinque no *por lo que es*, sino *por lo que hace*»⁷⁶.

Ninguna otra doctrina filosófica, en mi opinión, ha realizado una tarea histórica de secularización y de liberalización del derecho penal como la del utilitarismo y la, conexas, de la separación entre derecho y

moral. Sobre la base de los dos requisitos de dañosidad para terceros y de exterioridad de la acción, no sólo la prohibición de los actos internos, las intenciones, los vicios y las opiniones, sino también la de una cantidad inconmensurable de comportamientos y de inclinaciones desviadas, tradicionalmente castigados en homenaje a la equivalencia premoderna entre delito y pecado, fue sometida por el pensamiento penal ilustrado a una crítica disolvente que no tiene precedentes ni se volverá a repetir en la historia de la cultura jurídica. Así ocurrió en primer lugar con la herejía, el sacrilegio, la blasfemia y, en general, las ofensas a la religión, a propósito de las cuales Hobbes, Thomasius, Locke, Montesquieu, Beccaria y Voltaire escribieron, en total sintonía, que no corresponde al hombre vengar a la divinidad, que lo que ocurre entre el hombre y Dios es competencia de éste y que merece sanción sólo religiosa y ultraterrena⁷⁷. En segundo lugar, con la magia y la brujería, en las que Thomasius no ve ni el *corpus delicti* ni elemento de prueba alguno, y cuya acusación no se refiere directamente, según Montesquieu, «a las acciones de un ciudadano, sino más bien sobre la idea que se tiene de su carácter»⁷⁹. En tercer lugar, con la bigamia y el adulterio, que tanto Thomasius como Beccaria y Voltaire consideraron comportamientos inmorales, pero nunca delictivos⁸⁰. Finalmente, con los delitos políticos de lesa majestad y los de «expresión», etiquetados por Montesquieu como fuente de despotismo y de falta de libertad⁸¹, y como comportamientos sólo sospechosos o puramente preparatorios, cuya punición, nos dice Humboldt, «atenta contra la libertad de los ciudadanos»⁸².

3. *Exterioridad de la acción y estricta legalidad penal. Certeza penal y prueba.* Si el valor político del principio de materialidad de la acción reside en la tolerancia para con lo diferente y en la tutela de la libertad de conciencia, su valor jurídico radica en su insustituible función garantista, esto es, en el hecho de que sólo gracias a él puede configurarse el principio de legalidad como principio de *estricta* legalidad. Volveremos con más extensión sobre este tema al tratar los problemas de «cómo prohibir» y «cómo juzgar». Pero ya ha quedado claro, conforme a los análisis realizados en el capítulo 3, que existe una correlación biunívoca entre el principio de legalidad —tanto en sentido amplio como estricto— y el de materialidad. Y ello porque la exterioridad o materialidad, si supone necesariamente la legalidad en sentido amplio —sin la cual la acción punible no estaría predeterminada— es, a su vez, presupuesto de la legalidad en sentido estricto, a la que confiere el papel específico de garantía de certeza, que, como se expuso, es el de una regla semántica del lenguaje normativo penal que prescribe la taxatividad de las prohibiciones legales⁸³. En efecto, a diferencia de los estados de ánimo o de las inclinaciones, las acciones, tanto comisivas como omisivas, son acaecimientos empíricos, taxativamente describibles, cuya verificación es cuestión de hechos y no de

valores, y puede ser expresada mediante asertos verificables y refutables en el sentido comentado en los apartados 9 y 10.

Esta función procesal-garantista del requisito de materialidad de la acción como presupuesto de la verificabilidad de la acusación fue reivindicada por Montesquieu⁸⁴, Beccaria⁸⁵, Condorcet⁸⁶ y, sobre todo, por Hobbes: «Mas no hay lugar para acusaciones humanas cuando se trata de intenciones que nunca se manifiestan en un acto externo»; delitos son, dice Hobbes, «solamente aquellos pecados que podían exhibirse ante un juez, y no los que eran meras intenciones»⁸⁷, no susceptibles, como tales, de indagación ni de prueba. El autor del *Leviatán* extrae de este principio una posible aplicación a los delitos políticos de atentado o a los de peligro abstracto que sería impensable leer hoy en las sentencias de la República italiana: «no me resulta fácil concebir cómo un jurado puede inferir del hecho de proporcionar o comprar armaduras, o de comprar pólvora, o de cualquier otro acto manifiesto que no sea en sí mismo traición, un designio de asesinar al rey, a menos que también aparezcan algunas palabras que revelen con qué fin se hizo semejante provisión. Por consiguiente, así como el jurado ha de basar su juicio sobre la existencia o no de un propósito en la materia completa, palabras y hechos, debe también, en razón, emitir su veredicto del mismo modo»; con la advertencia de que «cuando se interroga a testigos sólo acerca de palabras, nunca o muy raramente sus testimonios son acordes en cuanto a las palabras que juran haber oído»⁸⁸.

4. *La evolución histórica de la teoría de la acción y las múltiples vías del sustancialismo moderno: naturalismo e idealismo.* Queda, pues, claro que el principio de materialidad de la acción es el corazón del garantismo penal, y que da valor político y consistencia lógica y jurídica a gran parte de las demás garantías. ¿En qué medida este principio, teorizado por los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII como condición fundamental de justificación externa de las prohibiciones penales, ha quedado incorporado como garantía normativa en los modernos ordenamientos? Hay que reconocer que, generalmente, de forma sumaria e insatisfactoria. La Constitución italiana, por ejemplo, al igual que nuestro código penal, habla genéricamente no de «acción» sino de «hecho», término que, a pesar de los laudables esfuerzos doctrinales para fundamentar una interpretación lo más restrictiva posible, es idóneo para todos los usos⁸⁹. Por otra parte, aunque se reconocen «los derechos inviolables del hombre», no se contempla entre ellos el que debería ser el más importante: el derecho a ser uno mismo y a seguir siéndolo —esto es, el derecho a la libertad interior y a la propia identidad, malvada, inmoral o peligrosa—, que queda en entredicho ante la finalidad reeducativa que el art. 27 asigna a la pena. Sobre esta base, queda claro que ha sido posible la convivencia —con contrastes, sí, pero no estridentes— de la Constitución y de un orde-

namiento penal en el que, como se verá en la parte cuarta, la legislación fascista dio amplia acogida —y la republicana, desarrollo ulterior— a tipos penales de autor y a categorías subjetivas como la peligrosidad, la capacidad para delinquir, el fin de la acción, el arrepentimiento, etc.

Un sistema normativo de este tipo es fruto natural de una cultura penal en la que han quedado eclipsados, e incluso en los momentos más oscuros de este siglo invertidos, los principios ilustrados analizados, empezando por el principio normativo de separación entre derecho y moral, negado en los últimos cien años en nombre de opciones sustancialistas informadas, según los casos, por ontologías naturalistas, idealistas o, en sus diversas manifestaciones, eticistas. Los avatares de la teoría de la acción son, desde este punto de vista, no menos desoladores que los de la teoría del bien jurídico que he recordado en el apartado 33.2. También en este caso, la ruptura con la tradición ilustrada se produce a finales del siglo pasado, cuando toman cuerpo los proyectos políticos de control social disciplinario, que soportan mal la estrechez del principio de legalidad y de la naturaleza externa de la acción, y que se orientan hacia formas de subjetivización del derecho penal. Es entonces cuando el poder punitivo y policial desarrolla la pretensión de convertirse en ojo clínico y en terapia social dirigidos no a las acciones sino a los sujetos desviados. Y es entonces, con la elaboración no sólo de las doctrinas sino también de la legislación correccionalista y de medidas de seguridad, cuando la orientación del control penal pasa de los cuerpos a las almas, según describe incisivamente Michel Foucault en su célebre *Surveiller et punir*, si bien la retrotrae erróneamente al momento de transición del *ancien régime* al estado moderno. De hecho, sólo la progresiva consolidación del orden social y político burgués terminó con la virtualidad libertaria del pensamiento ilustrado, que había teorizado la no intromisión del estado en la conciencia de los individuos, la intangibilidad de la esfera intelectual y moral de las personas, y su inmunidad no sólo frente al castigo sino también frente a la vigilancia estatal.

El principio de exterioridad o materialidad de la acción punible sufre, a fines del siglo pasado, dos ataques concéntricos, ambos de impronta sustancialista y subjetivista aunque de inspiración política e ideológica opuestas. De un lado, la relevancia de la acción queda devaluada en las doctrinas positivistas del *delincuente natural* y de la defensa social, que valorizan la figura subjetiva de la peligrosidad, anclándola más que en la acción en la naturaleza psico-fisiológica del sujeto y considerando la desviación como patología asocial a la que hacer frente con medidas correccionales y/o de prevención⁹⁰. Ésta es la orientación inspiradora, en el XIX, de toda la legislación de policía contra sujetos y clases peligrosas: las medidas de prevención y las de seguridad, las disposiciones contra las personas «sospechosas» y todas las demás medidas *extra delictum* de las que hablaré en el ca-

pítulo 9. Y una orientación análoga, aunque responda a premisas ideológicas totalmente distintas, es la que inspira al modelo de derecho penal soviético, basado igualmente en la devaluación determinista de la acción y de la culpabilidad, en la preeminencia otorgada en exclusiva a la dañosidad y peligrosidad social de los desviados y en la función correctora y curativa de la pena, concebida como medida técnica de defensa social⁹¹.

Por otra parte, adquiere carta de naturaleza, sobre todo en Alemania, un complejo proceso doctrinal que asiste a la progresiva subjetivización del concepto de acción hasta diluirse en la doctrina nazi del *tipo de autor*. La primera etapa de esta evolución es, siguiendo sugerencias neokantianas y de la filosofía de los valores, la consideración de la acción como acto dotado de «significación social». La fase siguiente es la del concepto «finalista» de acción de Welzel, que responde a la idea de que la acción humana no es un hecho objetivo sino que comporta una finalidad y es evaluable y relevante sólo en cuanto subjetivamente orientada a fines. Por último, paralelamente a la disolución del concepto empírico de resultado lesivo, se produce la obliteración de la acción, reducida a simple síntoma de la personalidad del delincuente: es la conclusión a que arriban las doctrinas de la escuela nazi de Kiel, que disuelven el elemento objetivo en el disvalor, inicialmente, de la acción y después de la voluntad, dentro de un contexto de subjetivización integral del derecho penal como instrumento de simple represión de la subjetividad desleal⁹².

En ambos casos las vías del sustancialismo coinciden, como siempre, con las del subjetivismo: por una parte, delincuente nato y tipo criminológico; por otra, personalidad enemiga o desleal y tipo normativo de autor. La crisis de la acción como garantía marca una devaluación de la persona humana, degradada a la categoría de especie animal en un caso, sublimada y negada, en el otro, a través de su identificación con el estado. Se trata de la restauración de un sustancialismo laico, que sustituye al sustancialismo iusnaturalista premoderno, pero que retorna a descubrir lo *malum in se* en la persona desviada; y ello no como ofrenda a la vieja moral religiosa y ultraterrena sino a las leyes de la evolución y selección del organismo social o, aún peor, a la ética o a la mística del estado.

Esta alteración sustancialista y subjetivista del derecho penal representa el legado más duradero de las experiencias totalitarias de los años treinta. Como veremos en la parte cuarta, la desvalorización finalista de la acción y/o del resultado, y, más en general, la subjetivización de las formas de desviación constituyen, de hecho, los rasgos distintivos del subsistema penal de policía y del actual derecho penal de emergencia. Por otra parte, nuestro ordenamiento no sólo ha mantenido, sino que ha multiplicado los tipos de peligro abstracto, bien integrados no por «actos (objetivamente) idóneos para» sino por «actos (subjetivamente) dirigidos a» la producción de resultados lesi-

vos, bien definidos o agravados genéricamente por el «fin» (por ejemplo de subversión o terrorismo) o por el «objetivo de cometer» determinados delitos. Por lo demás, las connotaciones sustancialistas y subjetivistas de la persona —su peligrosidad o, a la inversa, su arrepentimiento— han penetrado también en el proceso y en la pena como criterios de decisión sobre la prisión provisional en la fase de instrucción y sobre la reducción de la pena en la fase de ejecución. Ello ha producido, como se verá, una profunda transformación, en sentido administrativo y preventivo, del sistema penal entero, con la consiguiente alteración, en sentido policial, de la función judicial.

35. *El principio de culpabilidad. La exigibilidad*

1. *Los modelos arcaicos de responsabilidad objetiva y las vicisitudes del principio de culpabilidad.* La tercera condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del «cuándo» y del «qué» prohibir es la de la culpabilidad. En el sistema SG queda de manifiesto en el axioma *nulla actio sine culpa* y en las tesis que de él se derivan: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 y T30). Por exigirlo dicha condición, que corresponde al llamado «elemento subjetivo» o «psicológico» del delito, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer.

Al igual que las otras garantías penales, o quizá más, este principio es también una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos. En la fase arcaica y iusprivatista del derecho penal, cuando la pena era considerada «venganza de sangre» encomendada como derecho-deber a la parte ofendida y a su grupo familiar, la responsabilidad penal equiparaba solidariamente al ofensor y a sus parientes, como consecuencia casi exclusiva del elemento objetivo de la lesión y no de la imputación directa a su autor ni, mucho menos, de sus intenciones⁹³. Así, en el primitivo derecho griego la punición prescinde de la voluntariedad del delito y, en razón de una necesidad fatal que no distingue entre culpables e inocentes, puede alcanzar no sólo al ofensor sino también a otros miembros de su círculo de parientes⁹⁴. Lo mismo puede decirse del derecho hebreo, que no distinguía siquiera entre delitos intencionales y accidentales y preveía penas también para los hijos y descendientes del reo hasta la séptima generación⁹⁵. Incluso en la Edad Media, en el antiguo derecho germánico, la venganza recaía sobre el ofensor y sus allegados, y, cuando no desembocaba en confrontación armada, se resolvía en un pacto privado, en el que la indemnización corría a cargo del reo y de

sus parientes poco más que a título de resarcimiento del daño, independientemente de la voluntariedad de la acción⁹⁶. Ni siquiera el carácter humano e individual del autor del delito ha sido considerado siempre como condición necesaria de la responsabilidad penal: tanto en épocas remotas como en tiempos recientes los procesos contra animales y difuntos han sido frecuentes⁹⁷; y no sólo las personas físicas, sino también las entidades y las *universitates* han sido consideradas con frecuencia en la Edad Media, e incluso en los siglos XVII y XVIII, como posibles sujetos del derecho penal⁹⁸. En conclusión, la igualdad y la identidad subjetiva de todos los seres humanos en el ámbito penal es una conquista relativamente reciente. Así, por ejemplo, y dejando al margen los diferentes privilegios e inmunidades penales que abundan en el derecho premoderno, las mujeres han sido consideradas por mucho tiempo como inferiores, sujetas a responsabilidad atenuada «quia minus rationis habent, quam masculi»⁹⁹.

Estos turbios modelos de responsabilidad objetiva, solidaria, impersonal, corporativa, desigual, son, sin embargo, prácticamente ajenos al derecho penal romano, en el que el principio de culpabilidad y de responsabilidad personal ya fue consagrado por una ley de Numa Pompilio y pervivió en la doctrina y en la jurisprudencia, salvo contadas excepciones, hasta la compilación justinianea¹⁰⁰. Traspasado de la tradición romana a la cristiana¹⁰¹, el principio fue teorizado por el pensamiento penal ilustrado¹⁰² para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida. Por el contrario, veremos cómo desde fines del siglo pasado se viene produciendo una crisis regresiva de la categoría de la culpabilidad, empañada o negada en distintas formas, en sede teórica y normativa, por obra de doctrinas y ordenamientos autoritarios que tienden a flanquearla, a integrarla o a sustituirla por la «peligrosidad» del reo o por otros medios de calificación global de su personalidad, como son la capacidad para delinquir o la culpa de autor. Por lo demás, también el pensamiento ilustrado había puesto de relieve una discrepancia fundamental sobre la relevancia atribuible al elemento psicológico del delito, entre dos posiciones extremas, una totalmente *subjetiva*, la otra totalmente *objetiva*. Así, mientras Kant mantiene que las penas deben medirse de acuerdo con la «maldad interna de los criminales»¹⁰³, Beccaria manifiesta una singular incompreensión del elemento subjetivo del delito: «la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete... La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Ésta no puede sin revelación saberse por unos seres limitados; ¿cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos?»¹⁰⁴.

Estas crisis y oscilaciones teóricas son manifestación de las numerosas hipotecas filosóficas y de las enormes dificultades concep-

tuales que han gravitado siempre sobre la idea de la culpabilidad, del reo y/o del delito, haciendo de ella el problema sin duda más complicado de la filosofía del derecho penal. Así, la pretensión kantiana de que el derecho debería castigar la «maldad interna» es ciertamente el reflejo de una incorrecta confusión entre derecho y moral, y abre camino a modelos anticognoscitivistas de inquisición y de punición, referidos no a lo que se ha hecho sino a lo que se es. Y la tesis de que el alma humana es inescrutable no enuncia sólo un límite a las posibilidades de conocimiento y de prueba sino una garantía de inmunidad del ciudadano frente a investigaciones sobre su conciencia tan incontrolables como indiscretas. Muchos siglos antes que Beccaria, en 1477, el Chief Justice Brian, de la Corte de Common Pleas, había afirmado que «los pensamientos del hombre no son procesables; sólo el diablo conoce los pensamientos humanos»¹⁰⁵, que es una máxima no muy distinta del dicho popular de que no se pueden hacer procesos de intenciones. Bajo este aspecto, la inmunidad penal de la conciencia y la incontrolabilidad de las actitudes internas del reo aparecen como la otra cara del principio ya comentado de la materialidad o exterioridad de la acción, reflejado en la máxima de Ulpiano *Cogitationis poenam nemo patitur*.

Por otra parte, la punibilidad de sólo los actos intencionales es, con seguridad, un insuprimible elemento del sentimiento común de justicia, al punto de que reputamos bárbara e injusta cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa. Y puede ser útil recordar que la tesis de la no perseguibilidad de pensamientos e intenciones y, más en general, el mismo principio de exterioridad o de materialidad de la acción criminal han venido encontrando fundamento a menudo en el requisito de la culpabilidad. Thomasius, por ejemplo, mantiene la impunidad de la herejía precisamente porque en ella faltan el dolo o la culpa¹⁰⁶. Y aún antes, con los mismos argumentos, Hobbes había defendido la libertad de pensamiento y rechazado la punibilidad de las opiniones, en cuanto que éstas o son verdaderas, y por tanto no punibles, o son fruto del «error», que «no es, por naturaleza, un pecado. No es posible, de hecho, que un hombre yerre de propósito, que tenga la intención de errar; y no hay pecado si no hay intención de pecar»¹⁰⁷.

2. *Causalidad, imputabilidad, intencionalidad. Culpabilidad y responsabilidad.* Antes de emprender el análisis de este último dilema y de las perversiones antigarantistas que comportan sus contrapuestas soluciones, es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción —que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*— puede descomponerse en tres elementos,

que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) la *personalidad o suidad* de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la *relación de causalidad* que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito¹⁰⁸; b) la *imputabilidad o capacidad penal*, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer¹⁰⁹; c) la *intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto*, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible.

El último de estos elementos presupone los otros dos, de modo que puede hablarse correctamente de «culpabilidad» para referirse no sólo a la intencionalidad del delito, o culpabilidad en sentido estricto, sino también al producto lógico de los tres elementos¹¹⁰: de hecho, no cabe culpabilidad sin imputabilidad ni sin imputación penal subjetiva o sin nexo causal entre acción imputada y resultado producido. Por otra parte, para comprender el sentido de los distintos contenidos que definen a la culpa y al dolo, puede recurrirse a la distinción, reformulada con especial claridad por Richard B. Braithwaite¹¹¹, entre *explicación causal*, en la que el hecho *explicandum* queda aclarado por una causa precedente o simultánea, y *explicación teleológica*, en la que el *explicandum* queda aclarado por un fin futuro o por un efecto aún no realizado y no abocado necesariamente a realizarse. El primer tipo de explicación remite a lo que Aristóteles llamaba «causa eficiente», el segundo, a lo que llamaba «causa final»¹¹². Si queremos utilizar esta terminología, diremos que la responsabilidad penal lo es *por culpa* cuando la intención es sólo causa eficiente de la acción, que, a su vez, es causa eficiente del resultado, y que lo es *por dolo* cuando el resultado es también causa final de la acción. Consiguientemente, mientras en el primer caso es sólo posible una explicación causal del nexo entre acción y resultado, en el segundo es posible también una explicación teleológica, en el sentido de que la idea de la causa final opera como causa eficiente.

Distinta de la culpabilidad es la *responsabilidad*. Por tal ha de entenderse simplemente la sujeción jurídica a la sanción como consecuencia de un delito¹¹³, cualquiera que sea la relación normativamente exigida entre el sujeto llamado a responder y el delito de que responde. Sólo si se distingue, a diferencia del uso corriente¹¹⁴, entre «responsabilidad» y «culpabilidad», se puede dar cuenta de las variadas formas, arcaicas y modernas, de responsabilidad *sine culpa*. Diremos, por consiguiente, que el sistema garantista SG y los demás sistemas que incluyen la garantía de la responsabilidad «personal», «subjetiva» o «culpable», se distinguen de todos los demás porque vetan la responsabilidad impersonal, objetiva o no culpable, configu-

rando las hipótesis de falta de alguno de los tres elementos de la culpabilidad como otras tantas «causas subjetivas de exclusión del delito». Precisamente, el delito y la consiguiente responsabilidad quedan en ellos excluidos: *a)* por las causas de exclusión de la personalidad o de la *suidad* de la acción, como ocurre en los hechos ajenos o en el caso fortuito; *b)* por las causas de exclusión de la imputabilidad del autor, como la enfermedad mental o la minoría de edad; *c)* por las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, como la inconsciencia involuntaria, la fuerza mayor, el constreñimiento físico o los distintos tipos de error.

3. *Los fundamentos externos de la garantía de la culpabilidad.* Los fundamentos políticos o externos del principio de culpabilidad, en cuya virtud queda sin justificación la responsabilidad objetiva, son, en mi opinión, esencialmente cuatro. Ante todo, la reprobabilidad de la acción, que, como se ha visto en el apartado 32.1, es una condición necesaria aunque no suficiente para justificar su prohibición y, en consecuencia, su punición. Una acción no culpable no es punible ni susceptible de prohibición porque no admite reprobación, referida, como es obvio, no directamente al hecho objetivo sino a su autor, o, más exactamente, al «sentido subjetivo» o «intencional» que éste da a su «actuar social»¹¹⁵ y que, precisamente, se integra en la culpabilidad.

El segundo fundamento está constituido por la función utilitarista de prevención general propia del derecho penal. Sólo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, dado que sólo respecto a ellos puede la conminación penal desplegar una función intimidante. Los hechos no culpables, por no imputables a la conciencia o a la voluntad del agente o, incluso más, ni siquiera a la acción directa de quien es llamado a responder por ellos, no pueden prevenirse penalmente: son inexigibles y, respecto a ellos, la pena es superflua¹¹⁶.

El tercer fundamento, también utilitarista, es el que nos propone Herbert L. A. Hart: el principio de culpabilidad garantiza la posibilidad «de prever y de planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del derecho», asegurándonos de que «incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada»¹¹⁷. Cierto, dice Hart, que un sistema penal que incluya esta forma de responsabilidad «asume un riesgo» que no corren los sistemas antiliberales, en los que se describen los delitos mediante el condicionamiento psicológico a la obediencia o bien se somete a los reos a penas o tratamientos con independencia de la voluntariedad de sus transgresiones. Pero este riesgo es «el precio que debemos pagar por el reconocimiento general de que el destino del hombre debe depender de sus decisiones, lo que favorecerá la virtud social del autocontrol»¹¹⁸.

Hay, por último, un cuarto fundamento del principio de culpabilidad, que se olvida a menudo pero que quizá sea el más importante de todos. Las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógicamente y sensatamente prohibidas. En efecto, las prohibiciones penales son normas «regulativas», en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese.

Este cuarto fundamento, sobre el que volveré más extensamente en el siguiente párrafo, es el que, en mi opinión, mejor permite desarrollar el intrincado problema de la naturaleza de la culpabilidad y de sus presupuestos, normalmente enmarañado por formulaciones metafísicas. En su planteamiento tradicional este problema es el de la consistencia o inconsistencia filosófica de los tres conceptos en torno a los que se ha articulado con anterioridad la noción jurídica de culpabilidad: el de causalidad de la intención (o personalidad), el de capacidad psicofísica del agente para autodeterminarse (o imputabilidad), y el de conocimiento y voluntad de la acción (o intencionalidad). La idea comúnmente asociada a este conjunto de conceptos es la de que el delito es una *acción a-normal* cometida por una *persona normal en condiciones normales*. Aun siendo banal (o quizá por ello), esta idea conlleva graves interrogantes que ponen en movimiento, y en conflicto recíproco, concepciones globales del hombre y del mundo. ¿Tiene sentido distinguir entre personas normales o imputables y personas anormales o inimputables? ¿Cuáles son los criterios que permiten distinguir a los enfermos mentales de los sanos? Y, antes aún, ¿es lícito hablar de los primeros como de una subespecie inferior del género humano? Finalmente, y sobre todo, ¿es posible considerar como factor causal del delito a la voluntad consciente de actuar, voluntad a su vez no determinada por causas preexistentes e independientes sino libre y autodeterminante?

4. *¿Habría podido actuar de otro modo? El dilema metafísico entre determinismo y libre albedrío.* El problema, antiquísimo, es la alternativa entre determinismo y libre albedrío, alternativa que ha penetrado la historia entera del pensamiento filosófico occidental. Según las hipótesis deterministas y sus múltiples variantes (fatalistas, teológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas, etc.), todo fenómeno —y por tanto no sólo las acciones, sino también la intención (o sea, la suma de conocimiento y voluntad) de realizarlas— es efecto necesario y, por ello, inevitable de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, económico o social, condicionadas, a su vez, por otras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes y condicionadas en una especie de espiral hacia el in-

finito. Viceversa, según las hipótesis del libre albedrío, la voluntad humana es normalmente libre e incondicionada, en el sentido de que todos los seres racionales tienen la facultad de autodeterminarse y son padres y dueños de sus acciones¹¹⁹.

Es, pues, obvia la relevancia de estas dos concepciones opuestas sobre el problema de la responsabilidad no sólo jurídica sino también moral. La culpabilidad, según una feliz fórmula, extraída de la filosofía moral usual en la literatura anglosajona, consiste en el hecho de que el responsable de un delito «habría podido actuar de otro modo»¹²⁰. Está claro que, según las hipótesis deterministas, si una persona ha cometido, de hecho, un delito, «no habría podido actuar de modo» distinto a como actuó; se podrán desconocer las causas de su actuar y/o de sus intenciones y/o de las características psico-físicas de su personalidad, pero estas causas existen y, al menos las remotas, son independientes de la voluntad del agente, inexorablemente condicionada por ellas. Al contrario, para los que afirman el libre albedrío, en todos los casos en los que no es detectable un constreñimiento externo e independiente que haya alterado o al menos condicionado la capacidad psíquica o la voluntad del autor de un delito, éste «habría podido actuar de modo distinto» con sólo quererlo.

Las consecuencias de estas dos explicaciones antitéticas del comportamiento humano sobre la configuración teórica y normativa de la responsabilidad penal son, obviamente, opuestas. En el primer caso la intencionalidad de la acción y la imputabilidad del agente no alcanzan relevancia alguna: el elemento psicológico del delito queda reducido a mero residuo de una concepción moralista del derecho penal, no sólo por impenetrable, según advertían Brian y Beccaria, sino por no culpable o heterodeterminado; por el contrario, queda revalorizado, más allá de la acción misma, el elemento daño o peligro, conforme a concepciones rígidamente objetivistas del derecho penal que favorecen modelos normativos de responsabilidad objetiva. En el segundo caso, a la inversa, es fácil ceder a la tentación opuesta, la de devaluar el elemento objetivo: tanto el resultado lesivo, que puede ser totalmente involuntario, como la acción, considerada relevante sólo en cuanto expresión de las intenciones y de la personalidad de su autor. Simultáneamente el aspecto psicológico —lo que Kant llamaba «maldad interna» del autor— tiende a ser valorado como elemento central del delito, de acuerdo con concepciones subjetivistas y modelos normativos del derecho penal de autor o de la voluntad.

Esta alternativa entre «derecho penal *objetivo puro*» y «derecho penal *subjetivo puro*» muestra los dos polos entre los que oscilan todas las instituciones penales, y ha sido justamente considerada por Pietro Nuvoione como la clave para leer la historia completa de la ciencia y el derecho penal¹²¹. Sus orígenes pueden encontrarse en los dos arquetipos opuestos de moral, y más en general de concepción del hombre, que Paul Ricoeur ha identificado con la tradición griega y

con la judeo-cristiana: por un lado, la idea ético-jurídica de la culpa como transgresión y de la pena como retribución, dominadas una y otra por el esquema racional y objetivo de la causalidad y de la necesidad; por el otro, las ideas ético-religiosas de la culpa, como condición existencial y original de la persona, y de la interiorización del pecado en la conciencia, expresión una y otra de la relación subjetiva, de conflicto y reconciliación, del hombre con Dios¹²².

La hipótesis aquí adelantada es, sin embargo, la de que los dos extremismos —el objetivista y el subjetivista—, aun cuando opuestos en el plano teórico y normativo, han llevado, al menos en la época moderna, a conclusiones prácticas sustancialmente convergentes. Y ello como consecuencia, a mi parecer, del hecho de que en ambos casos se ha desvalorizado, aun por razones diferentes, el elemento material de la acción; y han predominado incluso modelos de diagnosis antropológica o de inquisición personal que apuntan a hacer frente a la peligrosidad o a la perversidad del reo, importando poco si se atribuyen, a la manera determinista, a causas externas u objetivas de tipo natural o social, o, a la manera moralista, a la libre elección del modo de vida de un sujeto intrínseca y subjetivamente malvado. La consecuencia es que en el primer caso tenemos un resultado sin culpa y en el segundo una culpa sin resultado, sin la mediación, en ninguno de los dos casos, de la acción culpable. Debemos, pues, analizar esta paradójica convergencia, no sólo para superar el dilema que se manifiesta en las opiniones contradictorias de Beccaria y de Kant sino también para aclarar la naturaleza de la culpabilidad al margen de las metafísicas opuestas del determinismo y del libre albedrío.

5. *La disolución del principio de culpabilidad en los planteamientos objetivistas y en los subjetivistas. Dos aporías.* Para comprender la particular convergencia que acabamos de enunciar entre estos dos extremismos opuestos, es preciso entender las diferentes trayectorias a través de las que han llegado, en los últimos cien años, a la disolución del principio de culpabilidad.

La negación de este principio es perfectamente consecuente en las distintas doctrinas objetivistas y positivistas de la defensa y la prevención social. «Todo impulso», afirma Glanville Williams, «al que no se opuso resistencia eficaz era, en aquellas circunstancias, irresistible... por ello, según esta definición, todo delito es resultado de un impulso irresistible»¹²³. Esta premisa determinista, aunque con gran variedad de tonos y acentos (antropológicos, psicológicos, sociológicos, etc.), es común a los penalistas italianos de la Escuela Positiva y a los paladines de la sustitución del derecho penal, como la inglesa Barbara Wootton o los soviéticos Pasukanis y Krylenko, que llegan a rechazar el concepto de culpabilidad como científica y axiológicamente inconsistente¹²⁴. Puede decirse, incluso, que este rechazo constituye el principal postulado teórico sobre el que estos autores

construyen todas sus doctrinas, incluida la consideración de la pena como medida de defensa social. Al negarse, junto a la libertad de querer, toda relevancia a la intención del agente y a la imputabilidad de la acción, el estado debe comportarse frente a un delito y a los daños individuales y sociales que ocasiona como frente a cualquier catástrofe natural: preparar medidas de defensa —de prevención y/o de neutralización y/o de corrección— prescindiendo de valorar los movimientos interiores del sujeto y con la única base, eminentemente subjetiva y discrecional, de una diagnosis sobre su personalidad desviada y de una prognosis sobre el peligro objetivo que representa.

Más complejo y menos lineal es el proceso de vaciamiento del principio de culpabilidad en las orientaciones subjetivistas —idealistas y espiritualistas—, que valoran exclusivamente la libertad interna del agente. El punto de partida, además de la idea, en sí misma inocua, del libre albedrío, es la opción, en sí misma garantista, por una concepción *normativa* de la culpabilidad, como conciencia de la ilicitud del hecho cometido, frente a una concepción *psicológica*, que se conforma con el nexa psíquico entre agente y hecho ilícito. Estas dos concepciones difieren entre sí sólo porque la primera excluye el principio *ignorantia legis non excusat*, mientras que la segunda lo admite. Bajo este aspecto la concepción *normativa*, que fue la propia de todos los juristas de la Escuela Clásica italiana¹²⁵, es claramente más restrictiva y liberal que la *psicológica*, ya que la presunción de conocimiento de la ley penal es explicable sólo de dos maneras igualmente antiliberales: o como una forma de responsabilidad objetiva en obsequio a la certeza del derecho o como resultado de la confusión entre derecho y moral y, por ello, de la idea de que el delito es, también, pecado, de modo que la ignorancia de la ley penal equivale a ignorancia de la ley moral, esto es, a a-moralidad o a in-moralidad, en todo caso inexcusables. Por otra parte, tal presunción, incorporada por casi todos los ordenamientos contemporáneos¹²⁶, no constituye en modo alguno, como se ha afirmado recientemente, un fruto originario del pensamiento penal burgués¹²⁷, sino, más bien, una creación del estatalismo ético que caracteriza al pensamiento liberal-reaccionario del siglo pasado: no por casualidad fue defendida por Hegel¹²⁸, que representa, como se ha dicho tantas veces, la principal expresión de esta dirección de la cultura liberal.

La doctrinas normativas de la culpabilidad (*normative Schuld*) elaboradas en este siglo han dado un paso más respecto a la concepción clásica de la culpabilidad como conocimiento de la ilicitud del hecho. Fundiéndose con las concepciones ético-legalistas y con las finalistas del daño y de la acción, examinadas en los apartados precedentes, han considerado que la conciencia y voluntad de antijuricidad son condición no ya sólo necesaria sino suficiente de la culpabilidad. Y han terminado, así, por identificar la culpabilidad con la actitud o subjetividad «infractora» del culpable, e incluso con su reprochabilidad, a

causa de la oposición de su voluntad a la norma o, aún más, al ordenamiento entero¹²⁹. De aquí a decir que la culpabilidad reside en la infidelidad a la norma o en el «modo de ser» antijurídico del desviado hay sólo un (segundo) paso, obviamente corto. Un paso que han dado sobre todo los penalistas alemanes de la primera mitad de siglo, junto a otro relativo a la acción, disuelta, como hemos visto, en el «tipo de autor». Es así como, simétricamente a esta figura, se ha elaborado por los mismos juristas la categoría de la «culpa de autor» (*Täterschuld*), o sea, culpa por el modo de ser del autor, consistente, para Mezger, en «culpa por la conducción de vida»¹³⁰, para Welzel en la ausencia de control del Yo sobre la vida interior¹³¹, y para los juristas nazis de la Escuela de Kiel en la maldad del sujeto por haberse formado libremente una personalidad psíquica distinta¹³². El concepto de culpabilidad se diluye así junto al de acción, y deja de referirse al acto para orientarse directamente al autor: si, de hecho, el culpable es el hombre y no la acción, es mejor detenerse en el primero y no en ésta, y considerarla como «un síntoma» no suficiente pero al menos necesario de la desviación de aquél. De todo ello resulta una subjetivización eticista y voluntarista del sistema, tanto penal como procesal, ya que la maldad subjetiva del reo no es perceptible sino mediante la intuición subjetiva del juez¹³³.

Extremismo objetivista y extremismo subjetivista convergen así en análogos resultados sustancialistas y decisionistas. Por otra parte, no han quedado reducidos a «tipos ideales»¹³⁴ o a simples esquemas doctrinales. Históricamente han celebrado sus fastos en los ordenamientos totalitarios de nuestro siglo: el primero en el derecho penal estalinista, donde fue expresamente negado el elemento subjetivo del delito¹³⁵; el segundo en el derecho penal nazi, donde fue expresamente negado bien el elemento objetivo, bien su nexos con el subjetivo¹³⁶. Es además indudable que han influido considerablemente en la cultura y la legislación penales de este siglo, contribuyendo, también en ordenamientos liberal-democráticos, a potenciar, si bien desde la orilla opuesta, la creciente relevancia penal y procesal que se asigna a las nuevas figuras de la *peligrosidad* y del *sospechoso*, y, con ello, a relativizar el carácter retributivo del derecho penal a través del espacio abierto por tales figuras a institutos punitivos *ante, extra* y *ultra delictum*¹³⁷.

La fuerza seductora de estas dos orientaciones proviene del hecho de que sus efectos antigarantistas —además de ser reflejo, como todos los esquemas sustancialistas, del oscuro lugar común del delincuente como «distinto» («enfermo» o «enemigo») al que hay que hacer frente en cuanto tal— parecen estrictamente consecuentes con las dos hipótesis filosóficas que les dan impulso y que se benefician, a su vez, de lo aparentemente obvio: el determinismo y la no libertad de querer que hacen que sintamos como injusta la culpabilización subjetiva del agente por acciones independientes de su voluntad y sugie-

ren su tratamiento como si fuese un enfermo o un animal peligroso; el libre albedrío no condicionado, que hace paralelamente injusto limitar como objeto de la pena las manifestaciones contingentes y casuales del autor, en lugar de acceder por ellas a su personalidad malvada, investigándola y castigándola por su forma general de ser.

No creo que la afirmación de que las dos orientaciones comentadas sean consecuencia de estas hipótesis filosóficas pueda ser eficazmente rebatida. Alf Ross, por ejemplo —siguiendo la estela de intentos análogos protagonizados por otros filósofos del pasado—, ha tratado de refutar sin éxito la tesis de la incompatibilidad entre determinismo y culpabilidad, y, más en general, entre determinismo y responsabilidad moral¹³⁸. «El único presupuesto necesario de la culpabilidad», según afirma, «es que el comportamiento humano, dentro de ciertos límites, sea sensible a impulsos direccionales suscitados por el conocimiento de las previsibles reacciones retributivas. Pero este indudable dato empírico es tan conciliable con presupuestos deterministas como con presupuestos indeterministas»¹³⁹. Está claro, sin embargo, que de este modo se escamotea el núcleo duro del determinismo. Lo que los deterministas sostienen no es que la voluntad humana no sea influenciada por normas y amenazas de pena, sino que esta influencia no es decisiva, ya que depende de otros factores externos, como la herencia o el ambiente, conocidos en parte y en parte ignorados, pero no por ello menos determinantes, que condicionan de manera inexorable y prácticamente decisiva la voluntad del agente. Esta tesis, si se generaliza, puede parecer absurda: todos los delitos, incluidos los leves y/o difusos, como cruzar la calzada con el semáforo en rojo o la evasión fiscal, serían indicio de enfermedad, o de causas ambientales o hereditarias. Sin embargo, esta premisa del carácter determinante o inexorable de los factores involuntarios de la acción es, precisamente, el postulado definidor del determinismo extremo, tal como se puede observar, por ejemplo, en muchos secuaces de la escuela positiva que rechazan, con esta base, la idea de culpabilidad. Y esta premisa no puede ser refutada con argumentos empíricos, por la concluyente razón de que es una petición de principio. Este principio es precisamente el postulado del determinismo que Ross afirma no compartir pero que intenta poner en tela de juicio.

El postulado del determinismo se ha derrumbado hoy, tanto en la física como en la epistemología de la ciencia¹⁴⁰. Por eso el esfuerzo que se sigue realizando por conciliarlo con el problema de la libertad y de la responsabilidad humana no se explica sino por la sugestión paracientífica que sobre la filosofía práctica ha ejercido el determinismo físico¹⁴¹. Por otra parte, esta sugestión se vincula más que a precisas opiniones empíricas a la aparente coherencia lógica que parece mantener la hipótesis determinista, según la cual, como dice Williams, «todo impulso al que no se opuso eficaz resistencia era, en aquellas circunstancias, irresistible», y la indeterminista, según la cual si un

hombre es libre de actuar, es culpable de las propias acciones, por ser también libre de ser bueno o malo, y culpable de las propias inclinaciones y opciones globales de vida.

Ambas opciones son, en cambio, lógicamente inconsecuentes y esconden paralogismos. Del hecho de que Tizio *haya actuado* de un modo determinado se puede deducir que *podía* actuar de ese modo, pero no que *no podía no* actuar así. Esta inferencia, que caracteriza a la hipótesis determinista, es producto de una falacia naturalista: decir que si una acción se ha realizado era imposible que no se hubiese realizado es, de hecho, un *non sequitur*, que equivale a decir que si es posible que no se realice una acción, entonces no se ha cometido¹⁴². Por otra parte, lo que se puede —y se debe— suponer sobre la acción prohibida por la norma penal es que puede realizarse o no. En esta alternativa radica la estructura deóntica o regulativa que se requiere de la prohibición penal, tal como se verá en el próximo apartado. Pero es precisamente esto lo que olvidan las hipótesis indeterministas, que equiparan y sustituyen esta alternativa por otra, incompatible con la lógica de las normas regulativas, entre el ser o el no ser del sujeto de un determinado modo, independientemente de sus acciones.

El principio de culpabilidad sirve para evitar ambos paralogismos, tanto el determinista, que desvincula el hecho delictivo de la culpabilidad, como el indeterminista, que desvincula la culpabilidad del hecho delictivo. Y puede ser configurado como un principio normativo que impone una estructura regulativa a las prohibiciones penales de las que requiere: *a)* que lo prohibido por éstas sea la comisión o la omisión de una acción, y no un *status* o una condición de vida del sujeto; y *b)* que, *ex ante*, sean posible la comisión o la omisión de la acción cuya comisión u omisión se prohíben. De hecho, como veremos, una norma penal, en cuanto regulativa, sólo está sintácticamente bien formulada si admite alécticamente tanto la posibilidad de que ocurra como la posibilidad de que no ocurra¹⁴³ lo que describe, mientras que estará mal formulada si queda excluida una de estas dos posibilidades. Por ello, la tesis *deóntica* «Ticio habría debido actuar de otro modo», que encierra el juicio de culpabilidad, supone, lógicamente, la tesis *aléctica* de que «habría podido actuar de otro modo», y no las de que «habría podido ser de otro modo» o «no habría podido actuar de otro modo».

Todo esto puede expresarse afirmando que una norma penal, como cualquier otra norma regulativa, es sensata (además de bien formulada) sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido (además de estar mal formulada) tanto si no es observable como si no es violable. Es igualmente insensato prohibir u ordenar ser o no ser de un determinado modo (por ejemplo «peligroso», «subversivo» o «enemigo», o, por el contrario, «inocuo» o «leal»), o bien respirar o no respirar durante una hora: esto es, prescribir un modo de ser, y no de actuar, o un comportamiento necesario o imposible. Tanto la ne-

cesidad como la imposibilidad alética de lo que se ordena hacen de la prescripción algo carente de sentido, además de inútil¹⁴⁴.

6. *La culpabilidad como elemento normativo del hecho. Exigibilidad e inexigibilidad.* Sobre esta base, podemos concebir la culpabilidad, tal como ocurre, por otra parte, con la acción y con el resultado lesivo, como un elemento normativo no del autor sino del delito, del que designa, más que una connotación psicológica, una modalidad deóntica y, más aún, alética: el deber de abstenerse de realizarlo en base a la posibilidad material de su omisión o de su comisión. Se puede, si así se prefiere, denominar «libre albedrío» a esta alternativa *ex ante* entre posibilidad de cometer y posibilidad de omitir la acción prohibida, alternativa que constituye el presupuesto de la *elección* entre dos opciones, a condición, empero, de que sea considerada no como ontológica sino como deontológica, no referida a la estructura óntica del mundo sino a la deóntica de las normas. Un indeterminista irreductible podría objetar que todo ello confiere a la culpabilidad, y con ella al libre albedrío, los caracteres de una convención. Pero se trataría de una convención que tiene su fundamento en la estructura misma del derecho como fenómeno regulativo, y que puede ser razonablemente aceptada, al menos mientras aceptemos la existencia de reglas o prescripciones y consideremos que su contenido no carece de sentido. Naturalmente, la culpabilidad no es sólo una modalidad deóntica, sino una modalidad connotada por los tres elementos antes mencionados: relación de causalidad, imputabilidad e intencionalidad. Estos elementos, sin embargo, no son otra cosa que los requisitos del hecho legalmente requeridos para afirmar válidamente el juicio de culpabilidad de que alguien «habría debido (deónticamente) actuar de otro modo»: esto es, las condiciones empíricas en cuya presencia la ley penal permite afirmar (y en cuya ausencia no permite afirmar) que «habría podido (aléticamente) actuar de otro modo».

De esta concepción *deóntica* de la culpabilidad derivan dos consecuencias importantes. La primera alude a la relación entre los elementos objetivo y subjetivo del delito, no disociables, ni menos susceptibles de contraposición, como pretenden los dos opuestos extremos del objetivismo y del subjetivismo puros, sino lógicamente conexos entre sí. El nexo de contacto radica en el hecho de que la culpabilidad, que consiste en una modalidad deóntica con connotaciones psicológicas, es una cualificación jurídica de la acción y no de su autor. De hecho, sólo una acción, y no una persona o un *status* personal, puede ser objeto de connotaciones deónticas o, incluso, aléticas. De una persona se puede decir que tiene la posibilidad, y por ello el deber, de actuar de modo distinto a como actúa, pero no de ser distinta de como es. El libre albedrío (o posibilidad *alética*), como presupuesto normativo de la culpabilidad, atañe, en definitiva, al actuar —o, si se prefiere, al querer—, pero no al ser del agente. Esto no

impide, obviamente, usar la palabra «culpable» para referirse a una persona, siempre, sin embargo, que no se haga para designar una «propiedad» («Ticio es, en sí, culpable») sino sólo su relación con un comportamiento («Ticio es culpable *de* una acción»). De hecho, sabemos que en muchos ordenamientos las personas resultan culpabilizadas por su modo de ser —brujas, ebrios, anarquistas, subversivos, maleantes, enemigos del pueblo, peligrosos, sospechosos, etc.— y no por su modo de actuar. Este mecanismo punitivo, más constitutivo que regulador, entra en contradicción con la garantía de culpabilidad, tal como aquí ha quedado configurada, y con el carácter regulativo que ésta supone y del que trataré en el próximo apartado. Son garantías que, en general, se oponen a todas las perversiones positivistas y espiritualistas dirigidas a conferir relevancia penal autónoma a la personalidad del reo. Sin embargo, la interioridad de la persona —su carácter, su moralidad, sus antecedentes penales o sus inclinaciones psicofísicas— no debe interesar al derecho penal más que para deducir el grado de culpabilidad de sus acciones criminales. Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad.

La segunda consecuencia está vinculada a la primera y atañe, en negativo, a las causas de exclusión de la culpabilidad. Si la culpabilidad de una acción supone la posibilidad *ex ante* de su omisión, queda excluida cuando no existía tal posibilidad. Ni la posibilidad ni la imposibilidad de la omisión son, sin embargo, predicables por razones filosóficas abstractas, como pretenden respectivamente las dos metafísicas opuestas del libre albedrío y del determinismo, sino sólo conforme a los elementos y circunstancias empíricas constatables previa prueba. Si, con una expresión familiar a los juristas, llamamos «exigible»¹⁴⁵ a la omisión del actuar culpable, podemos considerar como causas de *no exigibilidad*, por imposibilidad de que el sujeto actúe de otro modo, a todas las de exclusión de la culpabilidad, tanto si excluyen la *causalidad* (hecho de otro y caso fortuito) como la *imputabilidad* (minoría de edad o enfermedad mental) o la *intencionalidad* (inconsciencia, fuerza mayor, coacción física y error). El fundamento general de las circunstancias *excusantes subjetivas* puede ser así reconocido en el viejo principio romano *ad impossibilia nemo tenetur*, que es un corolario del fundamento de la culpabilidad, representado por la posibilidad de comisión u omisión del comportamiento descrito.

Obviamente, la imposibilidad de actuar de otro modo, que excluye la culpabilidad, es una imposibilidad alética no ya en sentido estricto, sino en cuanto admitida convencionalmente por la ley conforme a circunstancias que cambian con cada ordenamiento¹⁴⁶. Y significa, además, al igual que la fórmula «no poder actuar de otro

modo», que en las circunstancias previstas como eximentes la ley presume que *no se podía exigir* o, como dice Alf Ross, que «*no se podía esperar* que el hombre actuase de modo distinto a como lo ha hecho»¹⁴⁷. En este sentido amplio, la inexigibilidad de lo *imposible* puede, por lo demás, ser considerada como fundamento común a la mayor parte de las *excusantes objetivas*, como el estado de necesidad, la legítima defensa o el cumplimiento de un deber, que son, a la vez, circunstancias que excluyen o justifican el delito en cuanto que excluyen no tanto que el agente pueda observar materialmente la norma, como que se le pueda exigir —o que se pueda esperar— que la observe. Más en general, aquélla puede ser considerada como un principio fundamental del derecho, no sólo en lo penal sino también en materia civil, donde se encuentra en la base de muchas de las causas de resolución y rescisión de contratos, de extinción de obligaciones y de invalidez de pactos¹⁴⁸. Finalmente, puesto que la exigibilidad (o posibilidad) de la omisión del delito puede ser, además de excluida, admitida en diversa medida, pienso que sus distintos grados, según las diferentes situaciones de hecho, representan el fundamento que da explicación a muchas de las circunstancias atenuantes y agravantes¹⁴⁹.

Así resulta sólidamente redimensionada la máxima cognoscitiva, formulada ya hace cinco siglos por Brian y retomada por Beccaria, de la impenetrabilidad y no perseguibilidad de pensamientos e intenciones. La culpabilidad, de hecho, no es ni un pensamiento ni un mero aspecto interno de la persona, como pretenden las orientaciones puramente subjetivistas, sino un elemento del hecho, esto es, una *conditio sine qua non* del mismo, fundada, más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición, que implica la posibilidad material de realización u omisión de la acción, imputables ambas a la intención de un sujeto. Como tal, aquélla es constatable empíricamente a través de procedimientos inductivos, no distintos, en principio, de los que permiten comprobar el llamado «elemento objetivo».

Lo único que se debe admitir es que la culpabilidad es el elemento del delito cuya comprobación implica mayores dificultades. Ante todo, por lo complejo que resulta identificar criterios claros y seguros en el plano teórico y en el legislativo. Se ha dicho que las excusantes subjetivas, codificadas por la ley, son (todas y sólo) las circunstancias en cuya presencia se presume *de iure*, por exigirlo la certeza del derecho, la falta de culpabilidad, esto es, la no exigibilidad de abstenerse de delinquir. Pero no se ha dicho, si se consideran sus variantes espaciales y temporales, que agoten todas las posibilidades de inexigibilidad ni que algunas entre ellas, como las excluyentes de la imputabilidad, integren siempre tales casos. Sobre todo, es difícil lograr pruebas seguras y controlables para afirmar o para excluir, en el plano judicial, las excusantes subjetivas establecidas por la ley. Por último, una vez comprobadas todas las circunstancias del hecho, es

aún más difícil marcar, *en derecho*, los límites precisos entre excusantes y atenuantes y adoptar criterios objetivos para adecuar la medida de la pena al grado de culpabilidad determinado por la prueba. ¿Con qué instrumentos se puede comprobar empíricamente que una persona es mentalmente sana o enferma o, incluso, que era momentáneamente desconocedora de lo que hacía? Y, aun admitiendo que se logre saber absolutamente todo sobre estos fenómenos psicológicos, ¿en qué medida la enfermedad mental o la inconsciencia detectadas son suficientes en derecho para excluir o atenuar la culpabilidad? Estas dificultades siguen siendo, en gran parte, insalvables, a pesar de los esfuerzos realizados por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, para diferenciar, atendiendo a su intensidad, los distintos grados de la inimputabilidad, del dolo y de la culpa: enfermedad y semienfermedad mental, dolo intencional y dolo eventual, dolo genérico y dolo específico, dolo de ímpetu y dolo de propósito, dolo de daño y dolo de peligro, culpa simple y culpa con previsión, culpa consciente y culpa inconsciente, culpa grave y culpa leve, etc.

Está claro que la falta de rigor en la caracterización jurídica y en el procedimiento de comprobación empírica de la culpabilidad, abre un amplio espacio —en el juicio— a valoraciones, impresiones y opciones discrecionales, y que tales espacios son tanto mayores cuanto más indirecta es la relación de causalidad entre acción y resultado, como ocurre en los casos de concurrencia de sujetos, cooperación y conspiración, definidos a veces por la ley con fórmulas genéricas y elásticas. Además, se favorece así la utilización de argumentos de defensa falsos, basados en la simulación de excusantes subjetivas inexistentes y, con ello, la posibilidad de que los acusados engañen al tribunal¹⁵⁰. Las dificultades de prueba y de calificación jurídica de este elemento del delito pueden, sin embargo, quedar reducidas por medio de fórmulas legales más rigurosas y taxativas¹⁵¹. En cualquier caso, no prejuzgan el carácter cognoscitivo de su comprobación, que no es de naturaleza distinta a la de las recogidas en los párrafos 4, 9 y 10 a propósito de los límites intrínsecos de la veracidad fáctica y de la veracidad jurídica de todas las tesis judiciales. En cuanto a la posibilidad de errores determinados por defensas engañosas, no se trata de un precio inevitablemente unido a esta garantía; es el mismo precio que, para justificar el derecho penal, es necesario pagar por todas las demás.

36. ¿Cómo prohibir? Regulatividad y taxatividad de las normas penales

1. *Normas penales regulativas y normas penales constitutivas.* Las normas, según la distinción elaborada recientemente por la filosofía jurídica analítica, pueden ser «regulativas» o «constitutivas»¹⁵².

Adaptando esta distinción a nuestros fines explicativos, llamaremos *regulativa* a la norma que regula un comportamiento calificándolo deónticamente como permitido, prohibido u obligatorio y condicionando a su comisión u omisión la producción de los efectos jurídicos que prevé; y llamaremos *constitutiva* a la norma que establece inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamientos cuya comisión u omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos. Constitutivas son, en este sentido, las leyes derogatorias, o las disposiciones sobre mayoría de edad o sobre competencia; regulativas son, por su parte, las que prevén actos y los efectos subsiguientes a su comisión u omisión. Llamaremos, correlativamente, *declarativa* (o de *cognición*) a la sentencia que comprueba el hecho calificado deónticamente por una norma regulativa como presupuesto de efectos jurídicos, o bien que determina inmediatamente los efectos previstos por una norma constitutiva; y será *constitutiva* (o de *disposición*) la sentencia que inmediatamente determina calificaciones y efectos jurídicos sin la mediación de tener que comprobar un hecho deónticamente calificado¹⁵³.

Los dos pares de conceptos son asimétricos entre sí. Una ley regulativa (por ejemplo, «el que cometa un hurto o un homicidio debe ser castigado con tal pena») comporta necesariamente una sentencia declarativa («Ticio ha o no ha cometido un hurto o un homicidio»); pero no se da la relación inversa, ya que, al menos en teoría, las sentencias declarativas pueden surgir también en aplicación de leyes constitutivas, siempre que éstas designen con exactitud la clase de efectos que ellas mismas determinan sin la mediación de un hecho. Una sentencia constitutiva, en cambio (por ejemplo, «Ticio es un enemigo del pueblo» o «Cayo es un sujeto peligroso»), supone una norma ni regulativa ni tampoco totalmente constitutiva («los enemigos del pueblo o los sujetos peligrosos deben ser castigados con tal pena»), sino, por así decirlo, *cuasi constitutiva*, en el sentido de que la constitutividad está dividida entre la ley y el juicio.

Estas nociones de «norma regulativa» y de «norma constitutiva» se alejan, en parte, de las elaboradas y discutidas en la literatura filosófico-analítica¹⁵⁴; lo que deriva del hecho de que mientras ésta se encuentra interesada en identificar las normas constitutivas, nuestro objetivo es aislar y definir la estructura de las normas penales regulativas y, sólo por negación y contraposición, la de las normas constitutivas, tanto legales como jurisdiccionales. Analizando los elementos constitutivos del delito desarrollados en los párrafos precedentes, podemos afirmar que la regulatividad de las leyes penales en el sentido aquí elucidado constituye el presupuesto de las garantías de materialidad y culpabilidad, que exigen a su vez que las leyes contengan prohibiciones dirigidas a comportamientos cuya comisión u omisión sea alécticamente posible e imputable deónticamente a la elección del sujeto.

Podemos, por tanto, formular un principio de *regulatividad* que

exprese, al tiempo, el aspecto sustancial de estricta legalidad penal y el presupuesto formal de materialidad y culpabilidad. De acuerdo con este principio, el contenido de las leyes penales debe consistir en prohibir acciones alécticamente contingentes o, lo que es lo mismo, ni imposibles ni necesarias. Quedan, en consecuencia, proscritas por tal principio: *a)* las leyes penales constitutivas, que no regulan comportamientos, no contienen prohibiciones y no admiten la alternativa entre observancia e inobservancia, sino que constituyen directamente los presupuestos de la pena, estigmatizando o calificando como reos a un sujeto o a una clase de sujetos más a causa de su modo de ser que de su modo de actuar; *b)* las sentencias penales constitutivas, que no comprueban los presupuestos fácticos legalmente predeterminados sino que se constituyen en calificaciones penales, predeterminadas en abstracto por leyes penales «cuasi constitutivas», mediante juicios de valor que tienen por objeto a la persona.

El principio de regulatividad no es, propiamente hablando, una garantía autónoma. Más bien designa la estructura deóntica de las leyes penales, que ya hemos identificado con el presupuesto lógico de las garantías sustanciales de materialidad y culpabilidad. La consiguiente prohibición de normas penales constitutivas —sean leyes o sentencias— puede ser, por otra parte, considerada como un postulado esencial del liberalismo, en el sentido de que la prohibición o regulación de acciones determinadas, y que garantizan la posibilidad aléctica de transgresión o de observancia, es la única técnica de control social compatible con la tutela de los derechos fundamentales. En sentido contrario, se puede demostrar que la disciplina directa de las personas, antes que la de sus comportamientos, de su ser, antes que de su actuar, constituye un rasgo característico de los regímenes totalitarios, ya que lesionan tanto la igualdad como la libertad.

2. *La prohibición de leyes penales constitutivas. Dignidad de la persona e igualdad penal.* El infausto precepto bíblico «No permitirás vivir a las brujas»¹⁵⁵ puede ser considerado como prototipo de las normas penales constitutivas. Las normas penales constitutivas, en efecto, no vetan, castigan inmediatamente. O, si se quiere, no prohíben actuar sino ser. Este esquema ha sido reproducido infinitas veces en la no siempre edificante historia del derecho penal. Una y otra vez el lugar de las brujas ha sido ocupado por los herejes, los judíos, los infieles y, en la época moderna, por las clases y sujetos peligrosos, por ociosos y vagabundos, por los proclives a delinquir y los dedicados a tráficis ilícitos, por los enemigos del pueblo y los subversivos, por camorristas y mafiosos o por otros tipos de autor o de delincuente. El pensamiento penal autoritario, como se ha visto, al desarrollar una antropología de la desigualdad que tiene sus antecedentes remotos en el mito de Tersites¹⁵⁶, ha intentado construir, a través de las vertientes opuestas del determinismo positivista y del subjetivismo idealista, ti-

pologías y clasificaciones de autores y delincuentes en sustitución de las tipologías y clasificaciones de acciones y delitos: antropologías y antropometrías somáticas —mediante la elaboración de repertorios clínicos y fisiognómicos de «delincuentes naturales»— y tipologías morales, políticas y sociales —mediante la definición de las distintas desviaciones mentales o morales, de las que los variados tipos de delitos serían síntomas y efectos¹⁵⁷.

Es fácil entender, después de lo que se ha dicho, el elemental valor garantista del principio de regulatividad y de la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas. La regulatividad de las normas penales es una condición de su generalidad y, con ello, un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sólo sus acciones, y no su (distinta) personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas como igualmente desviadas. Pero, ante todo, la regulatividad penal es un presupuesto indispensable de la tutela de la dignidad del hombre, que permite que a éste se le exijan sólo acciones y omisiones y que impone que se le respete, sea quien sea. Igualdad y respeto a la persona, por lo demás, se conectan entre sí, ya que la primera es definible, según se dirá en el apartado 60.1, como valoración igual de las diferencias personales e igual derecho de cada uno a su tutela. Decir que son exigibles sólo los modos de actuar y no los modos de ser quiere decir que no se puede imponer penalmente a una persona que sea o llegue a ser distinta de como es, y que se le debe tolerar y respetar por lo que es, sea como sea. Y precisamente en este respeto a lo que cada uno es o puede ser, y que constituye la identidad humana, consiste el respeto a la persona o, mejor aún, a la humanidad de la persona.

Por el contrario, el carácter constitutivo de la norma penal implica, por principio, desigualdad y discriminación. Al castigar y reprimir la identidad desviada con independencia de las acciones realizadas, las normas penales constitutivas presuponen que somos, natural o socialmente, distintos, y expresan, con ello, la intolerancia para con las personas a-normales o sencillamente diversas, identificadas por características intrínsecas, cualesquiera que sean los criterios para su diferenciación. En nuestro ordenamiento son normas constitutivas, por ejemplo, aquellas que consideran como destinatarios posibles de medidas de prevención a vagos, vagabundos, sujetos dedicados a tráfico ilícito, proclives a delinquir y similares. Pero son constitutivas también todas las normas que configuran hipótesis de desviación que no consisten necesariamente en hechos y que, por ello, carecen del elemento materialidad, como son en general todas las figuras de peligrosidad social. Está claro que una técnica punitiva como ésta prescinde, además de la materialidad de la acción, de la lesividad —al menos para quienes no consideran dañosa la existencia de los hombres, sino sólo sus acciones— y de la culpabilidad —al menos para

quienes no participan de concepciones ontológicas, existenciales u originales de la culpa ligada al ser o al existir y no al hacer o al actuar. Y contradice también el principio de retribución, expresado como se ha visto en la fórmula «si B, entonces debe ser A», donde B es la «pena» y A el «hecho» prohibido como delito. Por otra parte, una configuración tal de la desviación es concorde con modelos correccionales de la pena: si se puede exigir de la persona que no sea de un determinado modo, se puede exigir también que se transforme del modo deseado. Se trata de un utilitarismo *ex parte principis*, intrínsecamente antiliberal, homologante, inclinado hacia modelos de derecho penal máximo, ilimitado en la práctica y normalmente vinculado a visiones organicistas y terapéuticas del sistema social como cuerpo sano, cuyas partes infectas o enfermas o se curan o se amputan.

Si tomamos la expresión «carácter constitutivo» en un sentido amplio, que he expresado con el término «carácter cuasi-constitutivo», forman parte del sistema constitutivo todas las normas o segmentos de normas que elevan el *status* racial, social, político, religioso o jurídico de una persona a la categoría de elemento constitutivo del delito y/o de una eximente, agravante o atenuante. En este sentido, son cuasi-constitutivas las normas que prevén privilegios o discriminaciones penales, diferenciando la pena según la condición social del reo, tal como ocurría en el derecho romano y en el medieval, donde las penas eran distintas para esclavos y libres, para siervos y señores, para infames y ciudadanos de buena fama, para plebeyos y nobles, etc.¹⁵⁸. Pero junto a las normas penales constitutivas (o cuasi-constitutivas) de carácter *positivo* están las *negativas*, que consideran un determinado *status* personal como causa no de penalización, o de mayor penalización, sino de impunidad, o de indulgencia: son, por ejemplo, las normas que declaran la *inmunidad* de un sujeto al excluir u obstaculizar la punibilidad o la imputabilidad en base a sus condiciones personales —en cuanto rey, presidente, ministro, parlamentario, sacerdote, funcionario, etc.—, dando lugar a privilegios que revelan la pervivencia del *ancien régime*¹⁵⁹. En todos estos casos el carácter constitutivo que se asigna a las cualidades personales es fuente inevitable de arbitrariedad. «Veo con dolor —escribía Condorcet— cómo en un código penal el legislador permite a los jueces tener en cuenta la calidad de las personas. La ley, tanto en la instrucción como en la pena, debería ser igual para todos»¹⁶⁰.

3. *El paradigma constitutivo en los ordenamientos modernos. Reincidentes, sospechosos, peligrosos y rehabilitados.* Al contrario de lo sucedido con el modelo garantista de derecho penal, el paradigma constitutivo ha logrado amplia difusión en los ordenamientos modernos, en sintonía con la tendencia general de involución subjetivista y sustancialista del derecho penal antes descrita. Con respecto a la época pre-moderna, han cambiado, obviamente, los tipos y las

técnicas constitutivas: no se trata ya de la previsión directamente constitutiva de determinadas categorías de personas como desviadas (brujas, herejes, judíos, etc.), sino de la relevancia que las leyes cuasi-constitutivas conceden a condiciones personales cuya comprobación queda confiada a normas constitutivas. Los tipos más importantes en los que se explicita este moderno paradigma cuasi-constitutivo son los de la *reincidencia*, el *vagabundeo* y la *peligrosidad*.

La condición del reincidente (o pre-juzgado), culpabilizada desde la antigüedad¹⁶¹, fue acremente criticada por muchos escritores ilustrados que con razón rechazaron, por respeto al principio de retribución, considerarla como un motivo de agravación de la pena. «La pena, escribe Pagano, cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente... Por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido»¹⁶². Y Morelly llega incluso a pedir que se castigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes¹⁶³. Estas indicaciones fueron, sin embargo, totalmente subvertidas, en la segunda mitad del siglo XIX, por la regresión positivista de la cultura penal, que centró gran parte de la nueva política criminal en la relevancia y el tratamiento de los tipos de autor, más que en los de delito¹⁶⁴. Fue así, según veremos en la parte cuarta, como nació en el código vigente una articulada tipología de delincuentes reincidentes —simples, reiterantes, habituales, profesionales y por tendencia—, tratados con penas progresivamente severas, sometidos a medidas de seguridad, excluidos de los beneficios previstos para otros condenados, impelidos, de hecho, a la carrera criminal como incorregibles o irrecuperables.

Las normas contra vagos y vagabundos son aún más odiosas y socialmente discriminatorias. El código piamontés de 1859 y más tarde el italiano de 1865 criminalizaban directamente a estas figuras del subproletariado con un capítulo completo de normas penales paradigmáticamente constitutivas: «Los vagabundos legalmente declarados tales —establecía el art. 437— serán castigados, por este solo hecho, con tres meses de cárcel. La misma pena se aplicará a los vagos que hayan incumplido una admonición precedente»¹⁶⁵; en el art. 442 se imponía un mes de cárcel a los «mendigos hábiles para el trabajo»; y los arts. 448-449 preveían diversas hipótesis de delitos de sospecha tanto para vagos, vagabundos y mendigos como para «las demás personas sospechosas»¹⁶⁶. Estas instituciones, tal como veremos en el apartado 49, han llegado hasta nuestros días con pocas variaciones. Precisamente mientras los arts. 707 y 708 del código Rocco prevén delitos de sospecha, la criminalización directa de vagos y vagabundos ha desaparecido del código, quedando confiada a las medidas de prevención que recogen las distintas leyes sobre seguridad pública. Y estas leyes —desde la de 1889 contra «clases peligrosas» a la de 1956 «contra personas peligrosas para la seguridad y la moralidad pública»

y a las sucesivas ordenanzas de los años de la emergencia— han llegado a multiplicar la tipología de los sujetos desviados: a las arcaicas figuras de vagos, vagabundos y mendigos se han unido los inmORALES, los proclives a delinquir, los dedicados a tráficos ilícitos y, por último, los camorristas y mafiosos.

La figura más relevante del paradigma constitutivo sigue siendo hoy la de la «peligrosidad social», que desempeña un papel central en nuestro sistema penal. Cuando acompaña a una concreta hipótesis delictiva, constituye el presupuesto de las medidas de seguridad; cuando acompaña a la condición de vago, vagabundo, dedicado al tráfico ilícito o proclive a delinquir, es el presupuesto de las medidas de prevención; y, sobre todo, cuando se añade a la condición de sospechoso de un delito, es presupuesto suficiente para justificar su detención. El origen de esta categoría se encuentra en la tradición católica. Santo Tomás dio, al respecto, una justificación sencilla y expeditiva: «Si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur»¹⁶⁷. Sin embargo, aun cuando hayan existido medidas de policía contra los peligrosos también en la época premoderna¹⁶⁸, el concepto de «peligrosidad» es totalmente moderno y fue introducido en la cultura penal en la segunda mitad del siglo XIX, de la mano, sobre todo, de las doctrinas positivistas. Sólo entonces el centro de gravedad del derecho penal se deslizó del delito al delincuente y se desarrolló, paralela y concurrentemente con el derecho penal y procesal ordinario y retributivo, un derecho penal y procesal orgánico, de tipo especial y preventivo, enteramente basado en la peligrosidad¹⁶⁹ y liberado de garantías penales y procesales.

También la peligrosidad, como la reincidencia, es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustitutivo de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal. Solo que aquélla es, al igual que el *status* social del sospechoso, valorada por el juez y adscrita al sujeto juzgado no directamente por la ley, sino por una sentencia constitutiva, aunque sea en aplicación de una ley cuasi-constitutiva. Por otra parte, las sentencias constitutivas no son sólo, como las leyes constitutivas, fuente de desigualdad y discriminación; son también un factor anti-libertad, en cuanto expresan un poder de disposición tan ilimitado cuanto ilegítimo por extra-legal. Como veremos en el próximo capítulo, el poder de juzgar, en cuanto no se limita a la función cognoscitiva que, más allá de pruebas y contrapruebas, incluye una potestad directa y autónoma de cualificación y etiquetamiento, da origen a una relación inevitablemente desigual, de dominio, que anula la dignidad de la persona juzgada. Desgraciadamente, el carácter constitutivo del sistema penal —tal como se expresa en la producción legal o judicial del *status* jurídico-social (vago, vagabundo, peligroso, subversivo, con antecedentes, etc.) y de los correspondientes certifi-

cados penales— dispone, en los ordenamientos contemporáneos, de un espacio creciente y progresivamente inquietante, en sintonía con su tendencial transformación, de la que se hablará en la parte cuarta, en un sistema de mera prevención a partir de uno retributivo.

Nos referiremos, finalmente, a una cuarta figura del modelo constitutivo que ha conocido un desarrollo creciente en nuestro siglo: la «reeducación» del condenado como condición para reducir la pena o para aplicar medidas alternativas menos afflictivas que la privación de libertad u otros privilegios y beneficios penales. En este caso, el paradigma actúa de modo favorable al reo. Pero esto no impide que el juicio, al no requerir la comprobación de comportamientos determinados y susceptibles por ello de prueba y contraprueba, tenga, en relación con la personalidad (no ya desviada sino reeducada) del condenado, naturaleza constitutiva y, consiguientemente, modalidades decisionistas e inquisitivas. «Peligrosidad» y «susceptibilidad de tratamiento reeducativo» son, por lo demás, unas figuras simétricas y complementarias, que se definen cada vez más a través de la negación de la otra. En el apartado 44 veremos las formas disciplinarias y captatorias de que se reviste la ejecución de la pena en las reformas recientes de nuestro ordenamiento penitenciario. Mientras, se puede adelantar que aquéllas, junto a la crisis de la taxatividad y regulatividad de los tipos delictivos y a la introducción de pactos en el proceso, están produciendo en nuestro país la obsolescencia del modelo penal garantista y la deformación policial y totalizante de las instituciones penales.

NOTAS

1. *Del espíritu de las leyes*, cit., XII, 2, p. 129.
2. *Diálogo*, cit., p. 34; Id., *Leviatán*, cit., 27, p. 235: «todo delito es un pecado, aunque no todo pecado es un delito. Intentar robar o matar es un pecado aunque nunca se materialice en palabras o en obras; pues Dios, que ve los pensamientos del hombre, puede cargárselo a su cuenta. Pero hasta que esa intención no se manifiesta en algún hecho o en algún dicho por el que pueda ser juzgada por un juez humano, no recibirá el nombre de delito».
3. *Principios de legislación*, XII, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 75: «En una palabra, la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral; pero no tiene la misma circunferencia» (cf. el pasaje íntegro *supra*, en la nota 23 del cap. 4, donde se citan también las tesis análogas de Beccaria y de Hommel). La tesis de que la inmoralidad es una condición necesaria pero no suficiente para que un hecho sea prohibido y castigado está también en S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. VIII, cap. III, 14.
4. Arts. 669 y 670 del código Rocco.
5. Piénsese, por ejemplo, en las huelgas, en las sentadas, en los «gritos» y «reuniones» sediciosos, aún hoy considerados como delito por los arts. 503-505, 330-333, 432 y 654-657 del código Rocco. Y piénsese también en la atenuante de «motivos de particular valor moral o social», prevista en el art. 62, n. 1.

6. J. S. Mill, *Sobre la libertad*, cit., I, pp. 61-62.
7. *De los delitos y de las penas*, cit., XLI, p. 105.
8. *Ibid.*, VI, pp. 36 y 37: «De este modo —prosigue Beccaria— nacieron las oscurísimas nociones de honor y de virtud; y son tales porque se cambian con las revoluciones del tiempo, que hace sobrevivir los nombres a las cosas, se cambian con los ríos y con las montañas que son casi siempre los confines, no sólo de la geografía física, sino también de la moral». La misma tesis mantiene B. Pascal, *Pensées* (1669), trad. cast. de J. Llansó, *Pensamientos*, Alianza, Madrid 1981, p. 37: «Tres grados de elevación hacia el polo cambian toda la jurisprudencia; un meridiano decide sobre la verdad... ¡Curiosa justicia que un río limita! Verdad a este lado de los Pirineos, error al otro... El hurto, el incesto, el asesinato de los hijos y de los padres, todo ha encontrado su lugar entre las acciones virtuosas. ¿Puede haber algo más ridículo que el que un hombre tenga derecho a matarme porque viva más allá del agua y su príncipe esté querellado con el mío, aunque yo no lo esté con él?». El relativismo ético es igualmente radical en Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., XIV, 17, pp. 227-228; Id., *Diálogo*, cit., p. 30 (cf. estos dos pasajes *supra* en las notas 14 del cap. 1 y 21 del cap. 4) y en J. Locke, *Essays on the Law of Nature* (1660-1664), trad. it. (de la edición inglesa de 1958, a cargo de W. von Leyden) de M. Cristiani, *Saggi sulla legge naturale*, Laterza, Bari, 1973, V, pp. 41-54. Ya Platón había proclamado la relatividad y subjetividad de los juicios morales: «Pues sin duda, amigo, ningún dios ni ningún hombre se atreve a decir que no hay que castigar al que comete injusticia... Sino que, creo yo, Eutifrón, discuten cada acto los que lo discuten, sean hombres o dioses, si es que los dioses lo discuten. Discrepando sobre un acto, unos afirman que ha sido realizado con justicia, otros, que injustamente» (*Eutifrón*, 8d-e, en *Diálogos*, cit., I, p. 229).

9. En los poemas homéricos no se reprueban ni el homicidio ni el hurto, salvo que afecten a los consanguíneos, a los huéspedes o, por otras razones, a los mendigos: cf. A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, cit., pp. 37, 108, 113, 117-118; E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., pp. 168, 191, 203.

10. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., XIV, 17, p. 228.

11. C. Montesquieu, *Del espíritu*, cit., I, III, p. 54 y 55: «Dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación puedan convenir a otra. Es preciso que las mencionadas leyes se adapten a la naturaleza y al principio de gobierno establecido, o que se quiera establecer... Deben adaptarse a los caracteres físicos del país, al clima helado, caluroso o templado, a la calidad del terreno, a su situación, a su tamaño, al género de vida de los pueblos según sean labradores, cazadores o pastores. Deben adaptarse al grado de libertad que permita la constitución, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a su número, a su comercio, a sus costumbres y a sus maneras».

12. H. Grocio, *De iure belli ac pacis libri tres*, cit., lib. II, cap. XX, 6-9; Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XV, XXVIII y XXX; Id., *Del ciudadano*, cit., III, 11; S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., lib. VIII, cap. III, 4-9; Id., *De officio hominis et civis*, cit., lib. II, cap. XIII, 4-10; C. Thomasius, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., lib. III, cap. VII, 25, 28, 40-43, 53-55 y 101, pp. 413-424; C. Beccaria, o. c., XII; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, caps. XXVI y XXVII; G. Romagnosi, *Génesis del Derecho penal*, 395 y 401; J. Bentham, *Principios del Código Penal*, I parte, cap. I, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., lib. I, cap. III. Cf. también, *supra*, los apartados 15.3 y 20 y las notas 22-24 del cap. 4.

13. S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., lib. VIII, cap. III, 8.

14. J. Bentham, *Principios de legislación*, cap. XI, en *Tratados* cit., p. 74; Id., *Idea general...*, cit., cap. VI, *ibid.*, p. 438; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., secc. 569, p. 256, habla de «efectos externos y físicos».

15. S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., lib. II, cap. XIII, 10-13, pp. 430-431; Ch. Thomasius, *Institutiones*, cit., lib. III, cap. VII, 102-110, pp. 424-425; A. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte* (1976), reimpresión Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim 1963, pp. 289 ss.; J. Bentham, *Principios de legislación*, cit., cap. XII, p. 78; G. Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., XIII, p. 144. La tesis surge en Séneca, *Epistula LXXXI*, en *Epistolae morales a Lucilio*, cit., vol. II, p. 24: «virtutum omnium pretium in ipsis est. Non enim exercentur ad praemium: recte facti fecisse merces est» («el valor de toda virtud radica en ella misma, ya que no se practica en orden al premio: la recompensa de la acción virtuosa es haberla realizado»).

16. Sobre esta base se asienta la distinción kantiana entre *legalidad* y *moralidad*, la una como conformidad a la ley meramente exterior y condicionada por el temor a la sanción, la otra como adhesión interior e incondicionada: I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797) y *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), trad. cast. de Larroyo, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*, Porrúa, México, 1986, pp. 141, 142, 147, 148.

17. *Leviatán*, cit., XXX, p. 276; Id., *Del ciudadano*, cit., XIII, 15, pp. 213-214, donde Hobbes critica las leyes inútiles —«demasiado numerosas para que se puedan recordar»— que «prohíben lo que la razón en sí no prohíbe», por lo que «es inevitable que los ciudadanos por ignorancia y sin mala intención caigan en las leyes como en trampas tendidas a la libertad inofensiva que, por la ley natural, los gobernantes están obligados a dejarles».

18. *De los delitos y de las penas*, cit., XLI, p. 105; *ibid.*, XXIII, p. 66: «Quien declara por infames acciones de suyo indiferentes disminuye la infamia propia de las que son verdaderamente tales». La misma tesis es sostenida por Montesquieu, o. c., lib. XXIX, cap. XVI, p. 401: «las leyes inútiles debilitan las necesarias»; *ibid.*, XIX, cap. XIV, p. 253: «La ley no es un puro acto de poder; las cosas indiferentes por su naturaleza no son de su incumbencia».

19. *Principios de legislación*, cit., cap. XII, p. 77: «En esto, los legisladores, en general, han gobernado demasiado: En vez de fiarse a la prudencia de los individuos los han tratado como niños o esclavos; y se han entregado a la misma pasión que los fundadores de órdenes religiosas, los cuales para ostentar mejor su autoridad y por pequeñez de alma, han tenido a sus súbditos en la más baja dependencia, y les han trazado día por día y minuto por minuto sus ocupaciones, sus alimentos, su hora de acostarse, su hora de levantarse, y todos los pasos de su vida. Hay Códigos célebres que están llenos de trabas de esta especie». Estos vicios, como se verá en los apartados 42.3 y 43.5, se ven reproducidos e incluso amplificadas en muchos ordenamientos contemporáneos, y prototípicamente en el italiano, aquejado de una inflación creciente del derecho penal como instrumento de tutela de los intereses más diversos.

20. O. c., II, p. 28; *ibid.*, p. 29; Montesquieu, *loc. ult. cit.*: «toda pena que no derive de la necesidad es tiránica»; G. Mably, *De la législation*, cit., III, 3, p. 261: «Antes de publicar una ley, que se pregunte el legislador si es necesaria, pues toda ley inútil es necesariamente perniciosa». Sobre el principio de necesidad insiste reiteradamente G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., 12, 25, 37, 49, 92, pp. 6, 11, 17, 21 y 38.

21. Cf. por ejemplo T. Canonico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 4: «La cuestión penal no es sino una parte de la gran cuestión: '¿Cómo acabar con el mal del mundo?'. Por ello se vincula estrechamente con los más vastos e importantes problemas de la vida: el mal moral, la caída, la redención». En sentido diametralmente opuesto, F. Carrara, *Programa. Parte especial*, cit., vol. I, p. 14: «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, que es el verdadero curandero del juez».

22. «Y es placentero también lo que no es forzado, pues la violencia es contra la naturaleza; por eso las cosas forzadas son dolorosas, y se dice con razón: 'Todo lo forzado cosa dolorosa es'» (Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 11, 1370a, p. 58). La caracterización de las leyes como «cadenas artificiales» y del derecho y del estado como «artificios» es obra de Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., pp. 13, 112 y 113.

23. «El *ius punitonis* es un contenido necesario de todo derecho, porque todo derecho tiene como contenido necesario el *ius defensionis*» (F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 601, p. 51); «hay una prueba infalible para juzgar la sabiduría de una ley: consiste en preguntarse si la ley propuesta tiende a establecer una mayor igualdad entre los ciudadanos» (G. Mably, *loc. cit.*, p. 263).

24. Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 13, 1373b, p. 66: «es forzoso que el que padece injusticia reciba daño... De manera que por fuerza todas las acusaciones han de referirse o a la comunidad o a lo privado»; Epicuro, *Máximas capitales*, XXXI, en *Carta a Meneceo. Máximas capitales*, cit., pp. 58: «Lo justo según la naturaleza es una convención sobre lo que lleva a no hacerse daño unos a otros y a no ser dañado».

25. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXX, p. 276; S. Pufendorf, *De iure naturae*, cit., lib. I, cap. IX, 8; J. Locke, *Segundo tratado*, cit., lib. II, 10, pp. 40-41; C. Beccaria, *o. c.*, III, p. 29; K. F. Hommel, *Introduzione* cit., p. 609; J. Bentham, *Principios de legislación*, cit., cap. XI, pp. 73-75; Id., *Principios del código penal*, cit., I parte, cap. I, p. 225; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., I, pp. 14-16; Id., *Principi del codice penale*, cit., II, p. 10; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 601-644, pp. 233-246.

26. J. S. Mill, *Sobre la libertad*, cit., I, p. 65. Las tesis análogas de Bentham se recogen en los lugares citados en las notas 12 y 104.

27. A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 90.

28. El art. 5 de la misma Declaración añade: «La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad». Estos dos artículos fueron reproducidos más o menos literalmente por el art. 5 de la Constitución francesa de 1791, por el art. 5 de la Declaración de 29 de mayo de 1793 y por el art. 2 de la sección «Derechos» de la Constitución de 1795. El art. 5 de la Declaración de 1793 y el art. 2 de la sección «Deberes» de la Constitución de 1795 establecen además: «[La libertad] se funda en esta máxima: no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti».

29. Sobre estas distinciones y sobre alguna más, como aquella entre «objeto jurídico», «objeto formal» y «objeto material» —totalmente inútil—, véase A. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., I, pp. 1-24; F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Cedam, Padua, 1930; G. Bettioli, *Bene giuridico e reato*, en «Rivista italiana di Diritto penale», 1938; F. Antolisei, *Il problema del bene giuridico*, en «Rivista italiana di Diritto penale», XVII (1939), pp. 3-36; Id., *Manuale*, cit., pp. 121-127; G. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 208-213; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Chiarella, Sassari, 1980.

30. Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., lib. I, cap. VI, 71, p. 183: «Refer singula praecepta ad suos fontes... punies delinquentes. Fons: non turbabis alios in usu juris sui»; P. A. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., 21-23, donde se definen los delitos como *injuriae*, esto es, como violaciones de derechos ajenos prohibidas por la ley penal, y donde se clasifican en «públicos» y «privados» según que los derechos lesionados pertenezcan al estado o a los sujetos asociados; G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. I, pp. 5-6: «Las leyes *políticas* y *económicas* tienen por objeto la *conservación* de los ciudadanos: las leyes *criminales* se dirigen a asegurar su *tranquilidad*. Es inútil prescribir al ciudadano lo que debe hacer y lo que no debe hacer. Es necesario que con-

curra a ello el interés personal y que venga a ser éste la sanción de la ley. El interés personal de todo hombre es obtener algún bien o evitar algún mal. De consiguiente, la esperanza y el temor son los dos apoyos de las leyes. La legislación criminal no debe manejar sino la última de estas pasiones»; *ibid.*, cap. XXXVIII, pp. 538 ss.; Condorcet, *Définition du crimen en Inediti*, cit., p. 437: «Para que una acción sea un verdadero delito es preciso que ataque de una manera grave, necesaria e inmediata a la seguridad, a la libertad o a los derechos de una o más personas»; *ibid.*, p. 443: «para que una acción dañosa para otro sea un crimen, es preciso que el mal que le produce sea contrario a sus derechos»; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 155, p. 59: «el campo del delito son, pues, los objetos de los derechos»; J. Bentham, *Principios del código civil*, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 100: «en el fondo, la ley civil no es más que la ley penal mirada bajo de otro aspecto, no se puede entender la una sin que se entienda la otra; porque establecer derechos es conceder permisiones, es hacer prohibiciones, es, en una palabra, crear delitos. Cometer un delito es violar por una parte, una obligación, y por otra parte un derecho»; Id., *Idea general...*, cit., caps. II y III, pp. 429-434; G. Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., XIII, pp. 170-171: «El estado puede imponer legítimamente una sanción a toda acción que vulnere los derechos de los ciudadanos... Las leyes penales sólo pueden aplicarse a quien las haya transgredido dolosa o culposamente, y únicamente en el grado en que haya mostrado la falta de respeto hacia el derecho ajeno»; F. M. Pagano, *Principi*, cit., cap. I, p. 9 y cap. XII, p. 35, donde se define el delito como «la violación de un derecho natural o civil del hombre», y la pena como «la pérdida de un derecho por un derecho violado»; Id., *Considerazioni*, cit., V, p. 25; G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., 120, p. 50: «El delito vulnera los derechos, sólo naturales, o sólo sociales, o bien naturales y sociales juntamente»; *ibid.*, 133, p. 55.

31. *Segundo tratado*, cit., cap. II, 6, p. 38; *ibid.*, 7, p. 243: «Y para que todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los otros y de dañarse mutuamente, y sea observada esa ley de naturaleza que mira por la paz y la preservación de toda la humanidad, los medios para poner en práctica esa ley les han sido dados a todos los hombres, de tal modo que cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley en la medida en que ésta sea violada». Cf. también el pasaje de Locke reproducido en la nota 121 del cap. VII.

32. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechenens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en «Archiv des Kriminalrechts», 1834, pp. 175 ss.

33. G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 557, p. 220; P. Rossi, *Tratado de Derecho penal*, cit., lib. II, cap. III, p. 225 (t. I): «la justicia humana no tiene derecho a castigar el mal puramente moral»; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., vol. I, 103, p. 94. Carrara, en particular, insiste, en su integridad, en la noción ilustrada del delito como violación de un derecho subjetivo: «Sólo un derecho puede ser objeto de un delito, y un derecho al cual la ley le haya concedido expresamente su tutela con una prohibición y con una sanción» (*ibid.*, 42, p. 54); «Pero la esencia del delito (y con esta denominación queremos indicar el delito propiamente dicho, muy distinto de las transgresiones de policía) consiste en la violación de un derecho protegido por la ley penal» (*ibid.*, 150, p. 118). Cf. también, *ibid.*, 110-111, 154 y 611, pp. 99, 120 y 62-64.

34. G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 220, p. 294. Cf. también, *ibid.*, 99, obs., p. 160: «el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho».

35. R. Jhering, *Geist des römischen Rechts* (1852-1858), trad. fr. de O. de Meulanaere, *L'esprit de droit romain*, Marescq, París, 1878, tomo IV, p. 327, donde se identifica al «bien» como a todo aquello que puede ser útil»; F. Liszt, *La idea de fin en*

el derecho penal, cit., p. 106, que define la pena como «protección jurídica de bienes»; K. Binding, *Handbuch*, cit., p. 169, según el cual bien es todo aquello que «a ojos del legislador tiene valor para el ordenamiento jurídico».

36. Es lo que Arturo Rocco llama «el objeto formal» del delito y lo que define también como «el interés» o «el derecho subjetivo público estatal en el respeto y obediencia a los preceptos penales» (o. c., 177, p. 554); un «derecho subjetivo» que forma pareja con el denominado «derecho subjetivo a castigar» que Rocco, como se ha recordado en la nota 1 del cap. 5, atribuye igualmente al estado. En la misma dirección se mueven los penalistas alemanes de los años veinte y treinta recordados y discutidos por F. Angioni, o. c., pp. 24 ss. —como R. Honig, E. Schwinge y M. Grünhut—, que incluso identifican tautológicamente el «bien jurídico» con el objetivo perseguido por la propia ley. La identificación, ético-formalista del bien jurídico con el derecho mismo la realiza expresamente Pío XII, *Principi fondamentali del diritto penal*, cit., p. 436. Se trata antes de todo no de proteger los bienes garantizados por el derecho, sino el derecho mismo. Nada es tan necesario a la comunidad nacional e internacional como el respeto a la majestad del derecho, como también la idea salutífera de que el derecho es sagrado en sí mismo».

37. La punición de la tentativa y de los delitos de peligro abstracto es un fenómeno del último siglo. Sobre la tradición ilustrada y liberal, que limitaba la punición a sólo los delitos de peligro concreto, véanse las obras citadas *infra* en las notas 49 y 60. Sobre este punto, véase también A. Cavanna, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milán, 1970.

38. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. VIII, 2877, p. 7; *ibid.*, 2934, p. 146; *ibid.*, 3103, p. 620; *ibid.*, vol. IX, 3225, p. 6.

39. G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., vol. I, t. II, p. 680: «El estado —añade Maggiore— castiga al delincuente no porque tenga que defenderse de él, sino porque el delincuente, con su acción criminal, desobedece las leyes del estado, lo hiere en su dignidad y autoridad, falta al deber de fidelidad». La tesis —sostenida por Maggiore también en su *Diritto penale totalitario*, cit., p. 155, según la cual el delincuente es punible porque «es, ante todo, un rebelde»— recuerda la máxima tautológica de P. F. Vauglans, *Les lois criminelles*, cit., p. XXXIV, según la cual la ley castiga «en vindicación del desprecio a su autoridad». Una reducción de los delitos en cuanto tales a *crimina lesae majestatis* y una consiguiente reconsideración del reo como «enemigo» del estado la encontramos también en J.-J. Rousseau, *El contrato social*, cit., II, 5, pp. 34 y 35: «Además, todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado».

40. M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, cit., pp. 134 ss.

41. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, Bensheimer, Mannheim, 1919, pp. 108-109. También G. Bettioli, *Bene giuridico*, cit., p. 326, identifica los «bienes» con los «valores» más que con los «intereses» (cuyo «substrato utilitario» le parece «contradictorio con los fines prevalentemente éticos del derecho penal»).

42. H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» (1939), p. 513.

43. F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en Varios, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker und Dünhaupt, Berlín, 1935, pp. 111 ss.

44. H. Welzel, o. c., pp. 491 ss.; Id., *Das Deutsche Strafrecht* (1947), De Gruyter, Berlín, 1960.

45. G. Dahm, *Verrat und Verbrechen*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», (1935), pp. 283 ss. Sobre esta progresiva idealización y disolución del concepto de bien jurídico, véase T. Würtenberger, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit.; A. Baratta, *Positivismo giuridico*, cit.; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972; F. Angioni, o. c., pp. 33 ss.

46. «En la base del derecho penal está la finalidad de tutelar una serie de bienes o de intereses» (P. Nuvolone, *Natura e storia nella scienza del diritto penale* [1951], en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, cit., I, p. 194). El problema del «bien jurídico» en relación con las cuestiones fundamentales de las funciones y límites del derecho penal, así como de la estructura de los tipos delictivos, ocupa cada vez más el centro de atención de la literatura penal, sobre todo de la italiana y la alemana. Cf., en particular: H. Jäger, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Enke, Stuttgart, 1957, pp. 13 ss.; K. Amelung, o. c.; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Francfort d. M. 1973; Id., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, en «Dei delitti e delle pene», 1 (1984), pp. 104 ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 68 ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., pp. 220-230; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, en «Rivista italiana di Diritto penale» (1973), pp. 3 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 55 ss.; F. Sgubbi, *Tutela penale di 'interessi diffusi'*, en «La questione criminale», 3 (1973), pp. 439-481; Id., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Giuffrè, Milán, 1980; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milán 1976, pp. 100 y 131 ss.; Id., *Politica criminale*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., XXXIV, 1985, reimpression en G. Marinucci y E. Dolcini (eds.), *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 31 ss.; G. Fiandaca, *Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale* (1982), *ibid.*, pp. 139-176; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), *ibid.*, pp. 194 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padua, 1979, p. 186; F. Angioni, o. c.; G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, en *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milán, 1982; N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milán, 1983; T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en «Dei delitti e delle pene», 1 (1984), pp. 114 ss.; Id., *Bene giuridico e delitti politici (Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II C.P.)*, en A. M. Stile (ed.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Nápoles, 1985, pp. 225-276; G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, *ibid.*, pp. 327-364; J. Bustos Ramírez, *Manual*, cit., pp. 179-192; A. Fiorella, *Reato in generale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVIII, 1987, pp. 789-800; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1985, pp. 3, 6 y 73-75. Han de verse además los dos cuadernos editados por el «Centro studi e iniziative per la riforma dello stato», *Materiali per una riforma del sistema penale*, Angeli, Milán, 1984, con artículos de Guido Neppi Modona, Domenico Pulitanò, Giovanni Fiandaca, Giovanni Tessitore, Carlo F. Grosso, Carlo Fiore, Nicola Mazzacuva, Antonio Fiorella y Filippo Sgubbi, así como *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice*, con trabajos de Marco Ramat, Giorgio Marinucci, Domenico Pulitanò, Giovanni Fiandaca, Carlo Fiore, Tullio Padovani, Sergio Moccia, Guido Neppi Modona, Alessandro Gamberini, Gaetano Insolera, Carlo F. Grosso y Giuliano Vassalli.

47. Es la perspectiva mantenida, en especial, por W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en *Sonderdruck aus die Grundrechte*, Humblot, Berlín, 1959, vol. 3, pp. 909-1014; P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'*, Helbing, Basilea, 1962; C. Roxin, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit.; F. Bricola,

o. c., pp. 14 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en M. De Acutis-G. Palombarini, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padua, 1984, pp. 3-84; F. Stella, o. c., pp. 36 ss.; E. Musco, o. c., pp. 94 ss.; D. Pulitanò, *L'errore*, cit., pp. 162 ss.; Id., *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, «La Questione Criminale» (1981), pp. 111-121; Id., *Obbligo costituzionale e tutela penale*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale» (1983); Id., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, en A. M. Stile, o. c., pp. 131-190; F. Angioni, o. c., p. 39.

48. De ello se deriva, entre otras cosas, la imposibilidad de configurar «obligaciones» constitucionales e incluso meramente políticas de tutela penal, tenida en cuenta, sin embargo, por la sentencia de 25-2-1975 del *Bundesverfassungsgericht* de la República Federal Alemana en materia de aborto (en *Juristenzeitung* [1975], pp. 205 ss.). Sobre esta cuestión, véanse los escritos de Domenico Pulitanò citados en la nota precedente y, además, F. Bricola, *Tecniche*, cit., pp. 9 ss.

49. La expresión «peligro corrido» es de F. Carrara, o. c., 97 y 352, pp. 90 y 240, y equivale a la de «peligro concreto», que usa la dogmática actual, con relación a la cual aquélla me parece más clara y precisa. Carrara la contrapone a la de «peligro de simple previsión, del cual no surge razón legítima de imputación» (*ibid.*, 352, p. 241), y que corresponden a la actual figura del «peligro abstracto» o «presunto». La idea del peligro «efectivo» como fundamento de la prevención y punición, tanto de la tentativa como de los delitos de peligro (concreto), arranca, como recuerda el propio Carrara, en H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 39: «Inchoata delicta vindicanda non sunt, nisi res sit gravis, et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum illud quod intendebatur secundum jam sit, aut certe ingens periculum ita ut vindicatum aut conjuncta sit cum cautione futurae noxae aut pernicioso exemplo occurrat».

50. Esta concepción del carácter concreto de la lesión y, correlativamente, del bien tutelado, parece preferible a la expresada por el término *afferrabilità* (asibilidad) —en cuanto inasible— en uso en la doctrina alemana y aceptada por F. Bricola, *Tecniche*, cit., pp. 29 ss.

51. Para una discusión ética y meta-ética más profunda de tales cuestiones, remito a mi trabajo *Aborto, morale e diritto penale*, en «Prassi e teoria», 3 (1976), pp. 397-418.

52. Es el caso de los artículos 7 y 50 del código penal soviético de 1960, recordados en la nota 79 del cap. 7, que disponen la no punibilidad del delito «que, por su escasa relevancia, no implica peligro social», que «haya perdido la característica de la peligrosidad social» en el momento del juicio, o bien que el agente haya dejado de ser socialmente peligroso». Normas descriminalizadoras de análogo tenor, en las que siempre queda de manifiesto el valor asociado al principio de lesividad, se encuentran en los parágrafos 8 y 9 del viejo código de la República Federal Alemana y en el 25 del nuevo, en el art. 4 del código penal yugoslavo y en el art. 65 del checoslovaco.

53. M. Gallo, *Dolo (Diritto penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, pp. 760 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milán, 1965; Id., *Reato impossibile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XIV, 1967, p. 986. En el mismo sentido, pueden verse también C. Fiore, *Il reato impossibile*, Jovene, Nápoles, 1959; M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milán, 1959; E. Gallo, *Il delitto di attentato*, cit., pp. 160 ss.; A. R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2.ª ed., Morano, Nápoles 1964, pp. 16 ss.

54. Franco Bricola, por ejemplo, propugna la introducción en el código del principio de «tipicidad sustancial» que conecta estricta legalidad y lesividad y que podría formularse así: «No es punible el hecho típico cuando no lesione el interés específicamente protegido por la norma criminalizadora en su concreta dimensión social y constitucional» (*Teorie*, cit., p. 84).

55. F. Bricola, o. c., pp. 68-88; Id., *Tecniche*, cit., pp. 48-49. Sobre esta cuestión, pueden verse también F. Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milán, 1977, vol. IV, pp. 445-473; A. Fiorella, *Reato*, cit., p. 793. Véase también la nota 3 del cap. 10.

56. *El fin en el derecho*, cit., p. 236.

57. Recuérdense las acrobáticas argumentaciones con las que la Corte de casación (Pres. Quaglione, ponente Bertoni, 14.1.1987) ha degradado un hecho inequívocamente constitutivo de tortura a simple tentativa de violencia privada, a fin de aplicar la amnistía. Cf. L. Saraceni, *Come si svuota un processo (la vicenda dei Nocs dall'istruttoria al giudizio di Cassazione)*, en «Questione Giustizia», 2 (1988), pp. 331-341.

58. Contra la punibilidad de los *minutissimi lapsus*, cf. S. Pufendorf, *De officio hominis*, cit., lib. II, cap. XIII, 12. Cf. también los pasajes de Beccaria, Montesquieu y Bentham a que se remiten *supra* las notas 19 y 20. Condorcet exige, a su vez, que sólo el mal grave sea delito «porque un mal leve no puede ser objeto de las leyes penales. Una legislación demasiado minuciosa sería un grave error, sus leyes no serían respetadas y, en manos de los jueces, se convertiría en un arma con la que éstos podrían golpear a demasiados ciudadanos; llevaría a la tiranía» (*Définition du crime*, cit., p. 443).

59. La impunidad de los actos *contra natura*, en cuanto que no son dañosos para terceros, fue sostenida ya por Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 88, que además excluye el *animus felleus*; por Montesquieu, o. c., XII, 6, pp. 107-114; y por Voltaire, *Prix de la justice*, cit., art. XIX, pp. 569-570. Sobre la no punibilidad de «las injusticias contra uno mismo» —afirmada ya por Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., V, 11, pp. 264-266, veáanse Ch. Thomasius, *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. V, 16, p. 148: «Nemo... sibi injuriam facere potest, nec sibi obligatur. Hinc volenti non fit injuria»; J. Bentham, *Principios de legislación*, cit., cap. XII, p. 76; J. S. Mill, *Ensayo sobre la libertad*, cit., I, pp. 65-69. En particular, sobre la no punibilidad de la tentativa de suicidio, cf. C. Beccaria, o. c., XXXII, pp. 89-92; Voltaire, *Prix*, cit., art. V, pp. 542-543; Id., *Comentario*, cit., XIX, pp. 148-150; C. Montesquieu, *Cartas persas*, cit., LXXVI, pp. 113-114; y G. Filangieri, o. c., t. IV, lib. III, cap. LV, pp. 337-343, que polemiza además contra los procesos y las inútiles mutilaciones que en Francia y en Inglaterra se infligían al cadáver del suicida.

60. Una configuración de los delitos de atentado como delitos de tentativa, en una interpretación conforme a la Constitución de las actuales normas del código Rocco, es la que propone E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milán, 1966; Id., *Attentato (Delitto di)*, en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, I, Utet, Turín, 1980, pp. 560-576; E. Gallo y E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, Bolonia, 1984, pp. 145-210. La negativa a una figura autónoma del «delito de atentado», como delito político que admite un adelantamiento del umbral de lo punible respecto a las tentativas en general, y la identificación entre atentado y tentativa fueron mantenidas con firmeza por los penalistas de la Escuela Clásica, que siempre rechazaron dar relevancia a los simples actos preparatorios o a las meras intenciones subjetivas, que se hacen manifiestas por actos «dirigidos a», o por su «fin» u «objeto», exigiendo en todo caso un «principio de ejecución»: G. Romagnosi, *Génesis*, cit., parte IV, y en particular el 667, p. 257, en el que se define la tentativa como «ejecución incompleta de un delito»; G. Carmignani, *Elementos*, cit., 227-247, pp. 93-99; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 356-358, pp. 246-248; 362, nota, pp. 250-251; 380, nota, pp. 261-262; E. Pessina, *Elementos*, cit., II, cap. V, pp. 465-486; G. Napolitano, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, en E. Pessina (ed.), *Enciclopedia del diritto penale*, cit., vol. VI, pp. 96-104. Véanse también las páginas de Hobbes y Montesquieu sobre los delitos de lesa majestad citadas *infra* en las notas 88

y 84. Las tesis de la Escuela Clásica ejercieron una influencia directa sobre el código toscano pre-unitario, sobre el sardo de 1859 y sobre el italiano de 1889, que, para la integración de la tentativa y/o del atentado, exigen respectivamente que «se haya cometido o iniciado un acto ejecutivo próximo» (art. 98), que «se haya manifestado un principio de ejecución» (art. 96) o que el autor «haya comenzado la ejecución con medios idóneos» (art. 61). Todas ellas son fórmulas más taxativas que la de los «actos idóneos» con que se define la tentativa en el art. 56 del código Rocco.

61. La doctrina penal de estos últimos años ha prestado mucha atención a la estructura de los delitos de peligro y a la distinción entre «delitos de peligro concreto» y «delitos de peligro abstracto», haciendo patentes sus reservas sobre la constitucionalidad de estos últimos, frente a los que mantiene en todo caso una actitud desfavorable. Cf. M. Gallo, *I reati di pericolo*, en «Foro Penale» (1969), pp. 1 ss.; F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 81-87; H. Demuth, *Der normative Gefahrbegriff*, Studien-Verlag Brockmeyer, Bochum, 1980; F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Chiarella, Sassari, 1981-1984; G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, en «Dei delitti e delle pene», 3 (1984), pp. 441-472; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 83-88.

62. La existencia de un delito de «actos obscenos», por ejemplo, sólo es justificable si se construye como un delito de lesión contra la persona, es decir, para impedir actos de exhibición o de otro tipo lesivos de la libertad del tercero que no consiente; tal como está configurado en nuestro código como delito de peligro abstracto, afecta solamente a la «moral pública» o, lo que es lo mismo, no ha de causar daño alguno «más que a los pocos neuróticos realmente atormentados —como dice Herbert Hart— por la simple idea de que otro está violando, en privado, la moral» (*Diritto, morale e libertà*, cit., pp. 64-65). Ejemplos de transformación de los tipos de peligro abstracto en tipos de peligro concreto se encuentran en los escritos de Gallo y Musco sobre delitos de atentado ya citados en la nota 60 y, además, en G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 452, y en T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici*, cit. Pero es obvio que bastaría, antes de reformular todos los delitos de peligro abstracto, con exigir la concurrencia de daño o de peligro concreto como elemento constitutivo del delito, tomando como base una norma general como la propuesta por Bricola, a la que se hace referencia en la nota 54.

63. Ésta es la preocupación adelantada por G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, cit., pp. 442 y 453, donde llega a mantener que los tipos de peligro abstracto «chocan menos con el principio de determinación suficiente» y que, bajo este aspecto, ofrecen una «no despreciable ventaja sobre los tipos de peligro concreto». Y hay que reconocer que en todos los casos en que el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, tiende inevitablemente a seguir el modelo penal del «tipo de autor», basado en la valoración siempre arbitraria de la personalidad del imputado.

64. La expresión es de F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 83.

65. «No puede haber delito sino cuando el mal inflingido a la sociedad sea una consecuencia necesaria y próxima a la acción» (Condorcet, *Série de fragments*, en *Inediti* cit., p. 416).

66. S. Pufendorf, *De jure naturae*, cit., lib. VIII, cap. III, 8-14; Id., *De officio hominis*, cit., lib. II, cap. XIII, 6-14, pp. 428-431; C. Thomasius, *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. V, 5, 8-10, 17-21, pp. 146-149; Id., *Institutiones*, cit., lib. III, cap. VII, 101-110, pp. 424-425. El fundamento utilitario del principio de la naturaleza externa o material del delito lo mantienen también G. Carmignani, *Elementos*, cit., 37, p. 17, 86, p. 37 y 96, p. 40, y F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 28, p. 47.

67. Como es sabido, las expresiones «causa» y «causalidad» suscitan enormes problemas filosóficos. Aquí bastará, a efectos de analizar la estructura del delito, con re-

cordar las observaciones que, sobre los términos «causa» y «condición», se hicieron en la nota 64 del cap. 3 y, en particular, la definición de «causa» propuesta por Scheffler: «podemos identificar como causa aquella condición que reputamos sujeta al control humano y capaz de suministrar una base para la determinación de responsabilidades legales o morales».

68. Es el argumento esgrimido por B. Spinoza, *Tratado político*, cit., cap. III, 8, pp. 104-105, para sostener la no punibilidad de los delitos de pensamiento, de los actos internos y de la omisión de «aquellas acciones que la naturaleza humana abomina, hasta el punto de tenerlas por peores que mal alguno, como testificar contra sí mismo, torturarse, matar a sus padres, no esforzarse por evitar su propia muerte y cosas análogas»: de hecho, «no pertenece a los derechos de la sociedad todo aquello a cuya ejecución nadie puede ser inducido con premios o amenazas».

69. A. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*, cit., pp. 289 ss., habla expresamente del derecho a realizar comportamientos inmorales.

70. H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, 18; *ibid.*, cap. IV, 3. La máxima de Ulpiano (3 *ad edictum*) es «cogitationis poenam nemo patitur» (D. 48.19.18), y fue retomada por Ch. Thomasius, *Problema-Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, Typis Salfedii, Halae, 1697, apart. 9: «cogitationis de crimine poenam nemo patitur». Cf. también Th. Hobbes, *Diálogo* cit., pp. 34-35: «Pecado puede haber en el pensamiento o en el secreto propósito de un hombre, cosas de las que ni un juez, ni un testigo, ni nadie puede tener conocimiento; mientras que un delito es aquel pecado que consiste en una acción contra la ley, y cuyo autor puede ser acusado, procesado por un juez, y demostrarse su culpabilidad o su inocencia mediante testigos»; *ibid.*, p. 71: «¿Algún inglés puede entender que causar la muerte de un hombre y declararla son la misma cosa?».

71. *Del espíritu de las leyes*, cit., XII, 11, p. 135.

72. *El mundo como voluntad y representación*, cit., 62, p. 508.

73. *Diálogo*, cit., p. 95.

74. *De officio hominis*, cit., lib. II, cap. XIII, 11.

75. *Fundamenta*, cit., lib. I, caps. V y VI, pp. 143-186.

76. *Elementos de derecho penal*, cit., lib. II, cap. I, pp. 283-284. «La acción, añade Pessina, constituye la materia del delito» (*ibid.*, lib. I, cap. I, p. 196). Por su parte, toda la Escuela Clásica italiana afirma unánimemente el carácter «material» «exterior», «físico» o «manifiesto» de la acción: cf. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XXV, pp. 306-307; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 577-578, pp. 225 y 623-644, pp. 239-246; G. Carmignani, *Elementos*, cit., 86, p. 37; F. Carrara, *o. c.*, 15, p. 58 y 28, pp. 67-68. Cf. también Condorcet, *Définition du crime*, en *Inediti*, cit., p. 443.

77. «Pero en las (cosas) que ofenden a la divinidad, cuando no hay acción pública, no hay tampoco materia de delito: son cosas que pasan entre el hombre y Dios, quien conoce la magnitud y el momento de su venganza» (C. Montesquieu, *o. c.*, XII, 4, p. 174), siguiendo la tesis de Tácito: «deorum iniurias diis curae» (*Annales*, I, 73). En el mismo sentido, cf. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., XIV, 19, pp. 228-229 y XV, 19, p. 251; *Id.*, *Diálogo*, cit., pp. 90-102; J. Locke, *Scritti sulla tolleranza*, cit., pp. 136 ss. y 141 ss.; Ch. Thomasius, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, cit.; C. Beccaria, *o. c.*, VII, p. 38; Voltaire, *Comentario* cit., III-VII, pp. 117-129; *Id.*, *Prix*, cit., art. VIII, pp. 546-549 y X, pp. 554-557; G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XLIV, pp. 148 ss. J. Bentham, *Principios de legislación*, cap. XII, en *Tratados*, cit., p. 75. La distinción entre *poenae humanae* y *poenae divinae*, por un lado, y entre leyes civiles y leyes eclesiásticas por otro fue formulada respectivamente por Ch. Thomasius, *Institutiones*, cit., lib. III, cap. VII, 22, 25, 34-36, y por J. Locke, *o. c.*, pp. 141 ss.

78. Ch. Thomasius, *De crimine magiae*, Typis Salfedii, Halae, 1701, apart. 13, 48, 52-56. Sobre esta famosa obra de Thomasius, véase M. A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., pp. 130-158.

79. *Del espíritu* cit., XII, 5, p. 175. Contra los «delitos de encantamiento, magia, sortilegio, brujería, adivinación, augurio, interpretación de sueños, o los propios de incubos y súcubos, etc., nombres siempre recordables en la historia de las desgracias, de los errores y de las supersticiones de los pueblos; nombres que, después de haber bañado Europa de sangre, deberían haber desaparecido de sus códigos, pero que, ignominiosamente para nuestros legisladores, conservan todavía un lugar en ellos y no dejan de provocar, aquí y allá, matanzas más o menos grandes, a pesar del progreso de las luces», véase también G. Filangieri, *o. c.*, t. IV, lib. III, cap. LV, pp. 344-348; Voltaire, *Comentario*, cit., IX, pp. 131-133; Id., *Prix*, cit., IX, pp. 549-554.

80. Ch. Thomasius, *De crimine bigamiae*, Georgi, Lipsiae, 1685. Contra la punición del adulterio y de la bigamia, véase también C. Beccaria, *o. c.*, XXXI, pp. 86-89; Voltaire, *Prix*, cit., art. XII, pp. 563-565.

81. *Del espíritu*, cit., XII, 12-13, pp. 179-181. Contra los delitos políticos de expresión, cf. también K. F. Hommel, *Introduzione*, cit., p. 603; Voltaire, *Prix*, cit., arts. XI y XXI, pp. 557 ss. y 574-576. Recuérdese que en el derecho romano, que incluso consideraba al *crimen maiestatis* como *proximum sacrilegii* (D. 48.4.1 pr.), los delitos de expresión, como los de escarnio y de blasfemia, castigados con penas draconianas en la Europa pre-moderna (notas 86 y 88 del cap. 7), penalmente fueron siempre tolerados (D. 48.4.7.3; Cl. 9.7).

82. G. Humboldt, *Los límites de la acción del Estado*, cit., XIII, p. 149.

83. El nexo entre taxatividad y materialidad de la acción, más que con la lesividad del resultado dañoso, es manifiesto en G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XXV, p. 308: «Si las acciones son mucho más difíciles de determinar que los derechos; si es necesario describir aquéllas, cuando basta definir éstos, deben las leyes criminales descender a ciertos pormenores, en que no deben detenerse las civiles, a no ser qué se quiera dejar en manos de los jueces una arbitrariedad perniciosísima».

84. *Del espíritu*, cit., XII, 7, p. 177: «Las leyes de China disponen que cualquiera que falte el respeto al emperador debe ser castigado con la muerte. Pero como no definen qué es la falta de respeto, cualquier cosa puede ser pretexto para quitar la vida a quienquiera y para exterminar a una familia determinada... Basta con que el delito de lesa majestad sea impreciso para que el Gobierno degenera en despotismo». Montesquieu, en particular, rechaza la punibilidad de las palabras indiscretas, esto es, de los delitos de opinión, con el argumento de que es imposible, por su equivocidad, dar de ellos una definición legal taxativa: «Se pueden dar tantas interpretaciones a las palabras, hay tanta diferencia entre la indiscreción y la malicia, pero tan poca entre las expresiones que emplean, que la ley no puede someter las palabras a la pena capital, al menos que declare expresamente cuáles quedan sometidas a ella». Por otra parte, «las palabras no forman un cuerpo de delito, no van más allá de la idea. La mayoría de las veces no tienen significación por sí mismas, sino por el tono en que se dicen. Suele suceder que al decir las mismas palabras no se las dé el mismo sentido, pues dicho sentido depende de la relación que guardan con otras cosas. A veces el silencio es más expresivo que todos los discursos. No hay nada tan equívoco como todo esto; ¿cómo hacer, pues, de ello un delito de lesa majestad? Dondequiera que exista esta ley, no sólo no habrá libertad, sino ni siquiera su sombra» (*ibid.*, XII, 12, p. 179).

85. *De los delitos y de las penas*, cit., XIII, p. 33: «Finalmente es casi ninguna la creencia que debe darse a un testigo cuando el delito que se averigua consiste en palabras, porque el tono, el gesto, todo lo que precede y lo que sigue, las diferentes ideas que los hombres dan a las mismas palabras, las alteran y modifican de tal manera que

casi es imposible repetir las tales precisamente cuales fueron dichas. Además de esto, las acciones violentas y fuera del uso ordinario, como son los delitos verdaderos, dejan señales de sí en la muchedumbre de las circunstancias y en los efectos que de ellas resultan; pero las palabras no permanecen más que en la memoria, por la común infiel, y muchas veces seducida de los oyentes.

86. *Définition du crime*, cit., p. 443: «Entiendo por delito en general una acción exterior y física... Y digo una acción exterior y física porque el crimen, para ser objeto de una ley, tiene que ser probado».

87. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVII, p. 235. Véanse también los pasajes del *Diálogo* reproducidos en la nota 70.

88. *Diálogo*, cit., pp. 74 y 73.

89. F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 82-83.

90. Me limitaré a recordar las distintas tipologías y clasificaciones de delincuentes en «delincuentes natos», «locos morales», «delincuentes locos», «delincuentes epilépticos», «delincuentes por ímpetu», «delincuentes ocasionales», «delincuentes por hábito adquirido», «delincuentes fortuitos» y «delincuentes por instinto», elaboradas por C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie* (1876), 5.^a ed., F.lli Bocca, Turín, 1897; E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, cit.; Id., *Sociología criminal*, cit., t. I, pp. 147-199; Id., *Atlante antropologico-statistico dell'omicidio*, F.lli Bocca, Turín 1895; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., parte II. Sobre el ascendiente teórico de estas doctrinas de la desigualdad natural, cf., *infra*, la nota 156. La antropología criminal de la Escuela positiva se distingue por un explícito fundamento racista, que se manifiesta en la interpretación de las anomalías desviadas a través de las leyes del atavismo y de la degeneración y en las analogías establecidas entre los rasgos somáticos y fisiológicos regresivos de los diferentes delincuentes y los de los salvajes y razas de color. Sobre la cultura criminológica positivista, cf., finalmente, el volumen sobre la muestra turinesa *La scienza e la colpa. Crimini, criminali, criminologi: un volto dell'Ottocento*, edición de U. Levra, Electa, Milán, 1985.

91. E. B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., p. 159, exige, como presupuesto de la pena, no ya «la fijación de cada supuesto de hecho legal penal (a los cuales se refieren lógicamente las medidas de la pena fijadas por la ley o el tribunal), sino una descripción precisa de los síntomas que caracterizan el estado socialmente peligroso».

92. El desarrollo de la «teoría del ilícito personal» de Welzel, y más en general las etapas del proceso de subjetivización y de introducción de elementos éticos en los tipos penales —vividido por la cultura alemana de la primera mitad de siglo—, han sido reconstruidos por T. Würtenberger, *La situazione spirituale*, cit., especialmente en las pp. 74 ss. Véase también A. Baratta, *Antimomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 79 ss.; Id., *Positivismo giuridico*, cit.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 33-56; M. la Torre, *La 'lotta contro il diritto soggettivo'. Karl Larenz e la dottrina giuridica nationalsocialista*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 317-360. Entre las obras de juristas alemanes que en los años treinta pusieron las bases del derecho penal nazi, me limitaré a recordar a G. Dahm-F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hanserische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; W. Sauer, *Recht und Volksmoral im Führerstaat*, cit.; K. Larenz, *Vom Wesen der Strafe*, en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1936, 2; G. Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Junker und Dünhaupt, Berlín, 1935; Id., *Verrat und Verbrechen*, cit.; Id., *Der Tätertyp im Strafrecht*, Weichen, Leipzig 1940; Id., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» (1938), pp. 225 ss.; W. Gallas, *Die Krise des Strafrechts und*

Überwindung im Staatsgedanken, *ibid.* (1934), pp. 11 ss.; F. Schaffstein, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, *ibid.* (1934), pp. 603 ss. Cf. también A. de Marsico, *Prime linee delle riforme hitleriana del diritto penale*, en «*Rivista penale*» (1934), p. 15 ss.; F. Grispiigni, *I principi fondamentali del nuovo diritto penale germanico*, en «*La Scuola positiva*», I (1941), pp. 3 ss.; F. Grispiigni-E. Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Giuffrè, Milán, 1942.

93. Sobre la responsabilidad sin culpa en los ordenamientos primitivos, véase C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., pp. 34-101; A. Tosti, *La colpa penale. Studio sociologico giuridico*, F.lli Bocca, Turín, 1902, pp. 8-44; H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 66; *Id.*, *Società e natura*, cit.; M. Ginsberg, *La giustizia nella società*, cit., pp. 205 ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 149-151. Sobre el modelo, típico en la sociedad primitiva, de la responsabilidad colectiva familiar y de la venganza de sangre, cf. las obras citadas en la nota 31 del cap. 5.

94. Cf. H. Kelsen, *Società e natura*, cit., pp. 281-375, que reconstruye la historia del principio del talión y de sus relaciones con la idea de responsabilidad en los poemas homéricos, en las tragedias de Esquilo, de Sófocles y de Eurípides y en los misterios eleusinos y pitagóricos; E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero*, cit., pp. 237-239 y 259-285; A. Levi, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, cit., pp. 139-196. La responsabilidad de los descendientes por delitos contra el estado está documentada en Dionisio de Halicarnaso (en *Antichità*, lib. VIII, 80). Y es admitida incluso por Platón, que después de haber afirmado que en tales delitos «el oprobio y el castigo del padre no se extenderán hasta los hijos», declara que, en caso de condena a muerte del padre o del abuelo, los descendientes deberían ser expulsados del Estado (*Las leyes*, cit., p. 184). Platón conoce, sin embargo, la distinción no sólo entre injusticias «voluntarias» e «involuntarias» (*ibid.*, p. 191), sino también entre homicidio involuntario sin culpa (caso de las competiciones y juegos públicos, o del causado por el médico), el culpablemente accidental (*ibid.*, pp. 192-194), el voluntario con intención (o con premeditación) y el preterintencional (por ira o por un impulso ciego) (*ibid.*, pp. 195-198). Tales distinciones quedan, no obstante, desdibujadas o, al menos, complicadas por la tesis ético-intelectualista de que «todos los hombres malos, sin excepción, lo son involuntariamente» (*ibid.*, p. 187). La idea de que la culpabilidad se fundamenta en la «diferencia entre lo que es voluntario y lo que es involuntario» y sobre la necesaria voluntariedad del acto injusto, está formulada con nitidez y reiteración por Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., III, 1-2, pp. 107-112; 5, pp. 118-119; V, 5, p. 181; VIII, pp. 188-191; y XI, p. 198; *Id.*, *La gran moral*, cit., I, 33, 1195a-b; *Id.*, *Retórica*, cit., I, 10, 1368b, p. 54; y 13, 1373b, pp. 69-70. Y ya Antígona, en el *Edipo en Colono* de Sófocles, lo había mantenido así, invocando, en defensa de su padre, el carácter «involuntario» de las acciones que había realizado. La primera distinción coherente entre «delitos voluntarios» y «delitos involuntarios» surge en la legislación de Dracón, en el siglo VII, en la que se vincula, más que a una clara distinción con bases psicológicas, a la organización de los tribunales de Atenas y a sus distintas competencias: el *Areópago*, para los asesinatos voluntarios susstraídos a la venganza familiar por la ciudad; el *Paladio*, para los delitos culposos o de voluntariedad discutible, castigados en ocasiones con el exilio; el *Delfinio*, para las muertes claramente involuntarias o excusables, acaecidas en los juegos o en la batalla (Aristóteles, *La constitución de Atenas*, ed. de A. Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, LVII, p. 193; Demóstenes, *Contra Aristócrates*, en *Discursos políticos*, ed. de A. López Eire, vol. III, Madrid, Gredos, 1985, aparts. 65-79). Ver, sobre este tema, P. Ricoeur, *Finitud y culpabilidad*, cit., pp. 365 ss.

95. *Levítico*, 5, 17: «Y cuando alguien pecare haciendo, sin saberlo, lo que el Eterno ha prohibido hacer, será culpable y sufrirá la pena de su iniquidad; *Números*,

25, 22-27, donde se legitima el castigo con la pena capital, a manos del «vengador de la sangre», del homicida por error que sale de la «ciudad refugio» donde ha sido confinado a causa de su delito involuntario. Pero las palabras más terribles son las contenidas en el Decálogo: «Yo, el Eterno, tu Dios, soy un Dios celoso que castiga la iniquidad de los padres en la persona de sus descendientes hasta la tercera y cuarta generación descendiente de los que me odian» (*Éxodo*, 20, 5; *Deuteronomio*, 5, 9). Sin embargo, en sentido contrario, *Deuteronomio*, 24, 16, quizá por ser una compilación más tardía. Por lo demás, la idea misma del pecado original, expresa una concepción objetiva e impersonal de la responsabilidad.

96. P. del Giudice, *Diritto penale germanico*, cit., pp. 452-470; C. Calisse, o. c., pp. 60 ss. Sobre la responsabilidad por delitos ajenos, y en particular sobre la de los descendientes por culpas de los padres, véase ante todo A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., 189, pp. 373-386. Un firme rechazo de la idea de la «corrupción de la sangre» —como recuerda F. Carrara, *Dante criminalista*, en *Opúsculos*, cit., II, pp. 487 ss.— es detectable en el *Inferno*, XXXIII, donde Dante estigmatiza la condena de los hijos del conde Ugolino. Durante toda la Edad Media se seguirá afirmando el principio germánico de la relevancia preeminente del elemento objetivo: «de generali consuetudine non punitur effectus nisi sequitur effectus», escribía todavía G. Claro, *De maleficiis*, apart. 92; y el Aretino, *De maleficiis*, IV, 37: «statuta per Italiam puniunt factum et non animum» (citados por A. Ravizza, *Reato*, en *Digesto Italiano*, cit., XX, 1911, p. 292).

97. El *Éxodo*, 21, 28-30, y el *Levítico*, 20, 15-16, proclaman la responsabilidad de los animales. De procesos contra «el animal que ha matado» e incluso contra «objetos inanimados que quitan el alma al hombre, o con los que éste puede golpearse, o los que le caigan encima» habla también Platón, *Las leyes*, cit., p. 198, que además impone a los «parientes del muerto» la «obligación jurídica» de iniciar la causa ante los agrónomos y vecinos elegidos como jueces. Cf., además, Demóstenes, *Contra Aristócrates*, apart. 76: «Hay, además de esos, un cuarto tribunal, el del Pritaneo. ¿Y éste qué es? Si una piedra, un leño, un trozo de hierro o algo similar, cayendo sobre alguien, lo golpea, y se desconoce quién lo arrojó y sólo se conoce y se tiene el objeto que ha causado el homicidio, ante ese tribunal se presenta querrela judicial contra estos objetos». Encontramos amplias referencias sobre los procesos contra animales en F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 41, pp. 53-54; P. del Giudice, *I processi e le pene degli animali*, en Varios, *Pel cinquentesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, Tip. Trani, Nápoles, 1899, vol. I, pp. 367-376; C. Calisse, o. c., pp. 35 ss.; H. Kelsen, *Teoría general del Derecho...*, cit., p. 4, nota; V. Manzini, *Imputabilità e responsabilità*, en *Digesto Italiano*, cit., XIII, 1902, pp. 306 ss.; Id., *Trattato di diritto penale*, cit., I, 203 bis, pp. 458-463. Manzini relata numerosos procesos contra animales en el Medioevo. Y recuerda, entre los casos más recientes, un proceso contra un gallo, condenado a muerte por un jurado, en Leeds, en Inglaterra, en 1864; un proceso contra una mona celebrado en Elmira, U.S.A., en 1894; y un proceso contra un perro, finalmente ejecutado en la silla eléctrica, el año 1926 en Pickeville, U.S.A. Más difusión alcanzaron, e incluso fueron admitidos por algún juriconsulto, los procesos y castigos sobre los cadáveres de los suicidas (o. c., pp. 463-466), respecto a los que se han de recordar las lacerantes palabras de Voltaire, *Prix de la justice*, cit., art. V, p. 542.

98. El principio de la responsabilidad corporativa de las sociedades y en general de las personas jurídicas es de origen germánico y ha dominado, casi sin discusión, durante la Edad Media hasta Bartolo. Aún en el siglo pasado y en el actual ha encontrado algún defensor, como Gierke, von Liszt, Hafter, Longhi y De Marsico. Ver, sobre el tema, V. Manzini, *Trattato*, cit., 205, pp. 469-480; G. Maggiore, o. c., t. I, pp. 354-360.

99. Así lo sentenció P. Farinaccio, *Praxis et theoricae criminalis*, cit., II, 1, quæs-

tio XCVIII, n. 1, f. 309: «Regula enim est, mulieres non sic graviter puniendas quam mares, ac in poenis infligendis sexus rationem habendam... quia in foemina minus est rationis quam in viro, et pluribus probat Tiraquellus»; el tal Tiraquellus (o Tiraqueau), en cuya autoridad basa Farinaccio sus tesis sobre la *infermitas*, la *fragilitas* o la *imbecilitas sexus* (*ibid.*, quaestiones LXXXIX, n. 51-53 y XICVIII, n. 1-17), había dedicado al tema varias partes de su elaborado tratado *De legibus connubialibus et iure maritali*, que llegó a la 5.^a edición, Rovillium, Lugduni, 1554. Paulo (*Liber sing. de iuris et facti ignorantia*) había sostenido, por su parte, que se debe reconocer a favor de la mujer, como a favor de los menores, la circunstancia exculpante de ignorancia del derecho: «minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infermitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur» (D. 22.6.9, pr.). El derecho canónico (C. 6 [Alex. III], X, V, 12) y muchos ordenamientos italianos pre-unitarios (cf. V. Manzini, *Trattato*, cit., 206, p. 481) han mantenido la idea de que la mujer tiene una capacidad penal menor que la del hombre. Por otra parte, no siempre el sexo ha influido penalmente a favor de la mujer: si entre testigos y acusados había tanto hombres como mujeres, se aconsejaba a los jueces comenzar a torturar a las segundas, por ser menos resistentes al dolor: «Foemina prius torqueatur quam masculus, quia homo, tamquam maioris conscientiae et constantiae, tardius confiteretur et mulier citius, quia momentaneum et instabilem cor habet» (Baldo de Periglis, *Tractatus de quaestionibus et tormentis*, en *Volumen praeclarissimum omnium tractatum criminalium*, recopilado por G. B. Ziletti, cit., p. 377v). La tesis de la menor capacidad penal de la mujer fue sostenida aún en el siglo pasado por muchos insignes criminalistas: G. Carmignani, *Elementos*, cit., 184, p. 73: «Es cierto, según las observaciones de los fisiólogos, que los órganos de la generación tienen mucha influencia sobre los que sirven al entendimiento. En las mujeres la médula espinal es más débil y delicada que en los varones, por lo cual las mujeres tienen más débiles sus fuerzas del espíritu, y más delicados los medios actuales de adquirir las ideas. Esto sentado, el sexo es también una causa justa para que el delito sea imputado en menor grado al agente»; Id., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., lib. II, cap. IX, 2, pp. 96-99; B. Alimena, *I limiti e i modificatori della imputabilità*, Bocca, Turín, 1896, II, p. 354, que funda la tesis de la atenuación de la responsabilidad de la mujer en que ella es un «ser abdominal», mientras que el hombre es un «ser torácico». Francesco Carrara dedicó hasta cinco parágrafos de su *Programa* para argumentar la tesis inversa, de la igualdad entre hombres y mujeres (o. c., I, 233-237, pp. 168-173). Referencias más amplias y profundas en M. Graziosi, *Studi sull'inferiorità penale della donna*, de próxima publicación.

100. «Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto» (Numa, 12, en *Les lois des Romains*, 7.^a ed. a cargo de V. Giuffrè, de los *Textes de droit romain*, t. II, de P. F. Girard y F. Senn, Jovene, Nápoles, 1977, p. 17). En los textos romanos sucesivos, el elemento de la culpabilidad es designado, además de con la expresión *sciens*, con los términos más diversos: *animus nocendi* (*occidendi, furandi, iniuriae faciendae*), *voluntas, propositum, consilio, sponte, volenter, fraude, dolo malo, malitiose, per nequitiam* y similares. Y desde la era republicana se viene considerando constantemente como un elemento esencial del delito. Igualmente firme es en el derecho romano el principio de responsabilidad personal: «singulorum proprium est maleficium», afirma Gayo (*3 ad edictum provinciale*, D. 47.10.34); «Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat», escribe Paulo (*19 ad Plautium*, D. 48.19.20); y Calístrato (*1 de cognitionibus*, D. 48.19.26): «Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest». Ya en el bajo imperio (año 397) Arcadio y Honorio decretaron, sólo para los crímenes *lesae maiestatis*, que a las penas infligidas a los autores se añadiesen consecuencias infamantes para los hijos (CI. 9.8.5.1-6);

pero mantuvieron el principio *peccata suos teneant auctores* para todos los demás delitos (C.I. 9.47.22). Es, finalmente, un consolidado principio romanista el de que *societas delinquere non potest*, así como que *nec potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret* (Ulpiano, *18 ad edictum*, D. 9.1.1, 3-4). El derecho romano, sin embargo, conoció desigualdades en la punición de libres y siervos, de infames y de *homines integrae famae* (*infra*, nota 158). Sobre el elemento subjetivo del delito en el derecho romano, hay que remitirse a C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, cit., I, pp. 38-72; S. Pugliatti, *Animus*, en *Enciclopedia del diritto*, cit. II, pp. 437 ss.; F. Cancelli, *Dolo (diritto romano penale)*, *ibid.*, XIII, pp. 716 ss.

101. En la doctrina cristiana, el principio está estrechamente ligado al del «libre arbitrio», que se tratará más tarde: cf. Tomás de Aquino, *Summae Theologiae*, cit., Ia, IIae, quaestio XXI, art. 2: «Peccatum proprie consistit in actu qui agitur propter finem aliquem... Ex hoc enim dicitur actus culpabilis vel laudabilis, quod imputatur agenti. Tunc autem actus imputatur agenti, quando est in potestate ipsius, ita quod habeat dominium sui actus. Hoc autem est in omnibus actibus voluntariis». No falta tampoco en santo Tomás una sorprendente teorización de la responsabilidad por hechos ajenos, más en concreto, de los hijos por las culpas de los padres: «Si autem loquamur de poena quae habet rationem medicinae, sic contingit quod unus punitur pro peccato alterius... Unde nihil prohibet talibus poenis aliquem puniri pro peccato alterius, vel a Deo vel ab homine: utpote filios pro patribus, et subditos pro dominis, inquantum sunt quaedam res eorum»; por una parte, «quia filii, in peccatis parentum nutriti, prouiores sunt ad peccandum: tum propter consuetudinem; tum etiam propter exemplum, patrum quasi auctoritatem sequentes»; y por otra, «quia poena propinquorum quodammodo redundat in illos qui peccaverunt, ut dictum est, inquantum filius est quaedam res patris» (*ibid.*, Ia, IIae, quaestio LXXXVII, art. 8). La culpabilidad viene también exigida por el derecho canónico, que la define como «deliberata voluntas violandi legem, cuique opponitur ex parte intellectus defectus cognitionis, ex parte voluntatis defectus libertatis» (can. 2200). Sobre la culpabilidad en los ordenamientos medievales, cf. C. Calisse, *o. c.*, pp. 242-268; A. Tosti, *o. c.*, pp. 32-40.

102. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., pp. 78 y 122 ss.; S. Pufendorf, *De iure*, cit., lib. VIII, cap. III, 14; G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XXV, n. 11-13, p. 306 y t. IV, lib. III, cap. XXXVII, p. 93; K. F. Hommel, *Introduzione*, cit., p. 614; Condorcet, *Définition du crime*, cit., p. 444; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 579-600, pp. 225-232. Cf. también las tesis de la Escuela Clásica italiana a que se alude en la nota 125.

103. I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 169.

104. *De los delitos y de las penas*, cit., VII, pp. 37-38. La intención, añade Beccaria, «depende de la impresión actual de los objetos y de la interior disposición de la mente, que varían en todos los hombres y en cada uno de ellos con la velocísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias. Sería, pues, necesario formar, no sólo un código particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito». Está claro que aquí Beccaria, al igual que Kant, concibe la culpabilidad como una característica del reo más que del delito, equívoco común al objetivismo penal puro y al subjetivismo penal puro, extremismos opuestos en torno a los cuales se polarizan hoy las doctrinas penales autoritarias. También Bentham realiza una valoración del elemento subjetivo del delito pero, coherentemente con su rígido utilitarismo, no incluye la culpabilidad en su definición axiológica del delito: «se llama delito todo acto que se cree deber prohibirse por razón de algún mal que produce ó es propio á producir. Este es el único significado que tiene aquella voz en todo el discurso de esta obra» (*Principios del código penal*, cit., I parte, cap. I, p. 225); y llega Bentham hasta el punto de justificar la agravación de la pena en los casos de «mala fe», no ya por la mayor re-

prochabilidad externa de la acción intencional, sino por la mayor peligrosidad y por la mayor alarma social que provoca (*ibid.*, cap. VI, pp. 233-234).

105. Citado por H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 215.

106. Ch. Thomasius, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, cit., 9, pp. 26 y 28.

107. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 95: «Y mucho menos son pecado los errores que no hacen daño ni a la república ni a los hombres privados, ni contravienen ninguna ley positiva o natural; errores como aquellos por los que se quemaba a la gente en los tiempos en que el Papa tenía el gobierno de esta Iglesia».

108. La expresión «suidad» de la acción es usada por primera vez por F. Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Istituto editoriale scientifico, Milán, 1928, p. 59. Los penalistas hablan también, con terminología aristotélica, de «causalidad *subjetiva o final*» entre la voluntad y la acción, distinta de la «causalidad *objetiva o efectiva*» que une acción y resultado dañoso (P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 23). Para confirmar la equivalencia entre «personalidad» de la responsabilidad penal y «causalidad *subjetiva*» de la acción imputada, Manzini recuerda que «la palabra latina *accusare* deriva precisamente de *causa*. En el latín antiguo *incusare* significaba atribuir a alguien la causación de un hecho, y *excusare*, lo contrario» (*Trattato*, cit., I, 241, p. 584).

109. Algunos penalistas distinguen entre «imputabilidad» y «capacidad penal», considerando a ésta como un presupuesto de aquélla y excluyéndola no sólo en los sujetos no imputables por enfermedad mental, minoría de edad y similares, sino también en las personas que gozan de inmunidades o prerrogativas especiales, como el jefe del Estado, el Papa y, según algunos, los agentes diplomáticos; así V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., I, 203, pp. 454-458 y 209-210, pp. 489-495; A. Moro, *La capacità giuridica penale*, Cedam, Padua, 1939; G. D. Pisapia, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale*, en «*Rivista italiana di Diritto penale*» (1942), pp. 149 ss.; M. Gallo, *Capacità penale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., II, 1958, pp. 880 ss. R. Dell'Andro, *Capacità penale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., VI, 1960, pp. 104 ss. Niegan virtualidad a esta distinción G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., pp. 362 ss.; G. Bettioli, *Diritto penale*, cit., pp. 277 ss.; F. Antolisei, *Manuale*, cit., pp. 416-417. La cuestión es sólo terminológica y carece de interés teórico. No se ve, sin embargo, la utilidad de duplicar los conceptos. Por el contrario, es útil distinguir entre *imputabilidad*, que al consistir en la aptitud para ser autor de un delito es una categoría del derecho penal sustancial, e *imputación*, que designa la adscripción de un delito concreto a una persona determinada y que, por tanto, es una noción de derecho penal procesal. Sobre los innumerables problemas que plantea la imputabilidad como concepto instrumental, cuya definición completa es imposible, así como sobre las relaciones entre perfiles normativos y perfiles psiquiátricos de la inimputabilidad, cf., por último, O. de Leonardis, G. Gallio, D. Mauri, T. Pitch (eds.), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Unicopli, Milán, 1988 (en particular, el trabajo de Pulitanò, pp. 127 ss.).

110. Entiendo, por tanto, injustificada la insatisfacción comúnmente expresada por nuestros penalistas —por ejemplo F. Antolisei, *Manuale*, cit., p. 227 y G. Maggiore, o. c., p. 339— por el uso del término «culpabilidad» en sus dos sentidos, específico y genérico.

111. Sobre esta distinción entre «explicación causal» y «explicación teleológica», véase R. Braithwaite, *La explicación científica*, cit., pp. 350-368.

112. La distinción se encuentra ya en Aristóteles, *Metafísica*, cit., I, 3-7, 983a-988b, pp. 16-55; Id., *Analíticos segundos*, II, 11, 94a-95a, en *Tratados de lógica (Organon)*, cit., pp. 411-417. Sobre el significado de la palabra «causa», remito a las observaciones hechas en la nota 64 del cap. 3.

113. Esta noción de «responsabilidad», distinta de las de «imputabilidad» y «culpabilidad», se debe a G. Romagnosi, *Génesis*, cit., secc. 593-595, p. 230 (cf., *supra*, nota 1 del cap. 2).

114. Confunden «responsabilidad» con «culpabilidad» o con «imputabilidad» entre otros F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., I, 6, pp. 35-36; J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal* (1855), 3.^a ed., Plon, París, 1863, 220-231, pp. 98-103; G. Maggiore, o. c., pp. 366-367; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 45 y 147 ss.

115. Utilizo estas expresiones con el significado que les da M. Weber, *Economía y sociedad*, cit., I, p. 5. También Hart habla, empleando una acepción análoga, del «significado de la acción»: «Las personas no se consideran, no consideran a sí mismas ni a los demás, simplemente como cuerpos que se mueven de modo a veces perjudicial, que deba ser prevenido o alterado. Las personas, por el contrario, interpretan los movimientos propios y ajenos como una manifestación de sus intenciones y opciones, y estos factores subjetivos son a menudo más importantes para sus relaciones sociales que los movimientos a través de los que se manifiestan y que sus efectos. Si una persona golpea a otra, la víctima no piensa en ella sólo como una causa del propio dolor; en efecto, tendrá una importancia fundamental para ésta si el golpe fue intencional o involuntario. Si el golpe fue ligero pero intencional tiene para la persona golpeada un significado totalmente distinto del que tiene un golpe accidental aunque mucho más fuerte... La naturaleza humana en la sociedad humana es efectivamente ésta, y no tenemos por ahora capacidad para cambiarla. Este hecho fundamental tiene consecuencias para el derecho» (*Responsabilità e pena*, cit., p. 209). Hart, remitiéndose a Austin, añade que sólo existe una acción verdadera y propia cuando se da «una conexión mínima necesaria entre mente y cuerpo» (*ibid.*, pp. 124-125). En el mismo sentido, A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 223-224: «Hay una evidente diferencia entre el caso de A, que, jugando, lanza una piedra hacia B para que éste la recoja, y el de A, que, durante una manifestación, lanza una piedra contra un policía para tirarlo al suelo... Se advierte inmediatamente que el acto tiene un determinado sentido y sólo así se convierte en un acto de determinado tipo: por ejemplo, un lanzamiento en el juego y un asalto durante una pelea».

116. «¿Por qué reaccionamos de modo distinto frente a quien nos pisa un pie cuando comprendemos que ha sido por casualidad? Porque entendemos que el hecho no refleja una mentalidad, un carácter que hagan temer que se repetirán agresiones semejantes en situaciones semejantes. Una reacción con la función preventiva de influir sobre la mentalidad es por eso *superflua, inútil, sin sentido*... La reprobación moral es un acto considerado como una reacción preventiva con el fin de dirigir el comportamiento» (A. Ross, o. c., pp. 151-152). Este fundamento ya se encuentra formulado en C. Thomasius, *Fundamenta*, cit., lib. I, cap. VII, 19, p. 192, y, de forma más amplia y argumentada, en J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., cap. XIII, 9, n. 1, bajo el título de «casos no adecuados a la pena». Todo ello es criticado por Hart como una «espectacular *non sequitur*» (*Responsabilità e pena*, cit., pp. 45 ss., 67 ss., 103, 205-206). En realidad lo que es un *non sequitur* es la crítica de Hart. Éste dice que la tesis de Bentham demuestra sólo que frente a incapaces e inculpables es inútil, como intimidación general, la amenaza de pena, pero no que también lo sea su aplicación concreta. Pero precisamente lo primero es lo que hay que demostrar, y no lo segundo, si se comparte la doctrina que ve el fin de la pena en la prevención general a través de la amenaza, y no aquéllas, propias del terror penal, que lo sitúan en la prevención general a través del ejemplo suministrado por su imposición (*supra*, apartado 22). La crítica de Hart es, empero, infundada, incluso si se comparten estas doctrinas. Hart la basa en el argumento de que la punición de incapaces e inculpables tendría una

función intimidante, si no para ellos, sí para los capaces y culpables, con lo que se cerraría la posibilidad de engañar a los tribunales simulando estados de incapacidad o de inculpabilidad. Pero es un argumento no pertinente, atinente a la dificultad de prueba de la culpabilidad y no a su fundamento como justificación de la pena. Y apunta a la prevención de las falsas defensas, no de los delitos. Ciertamente la prevención de las falsas defensas puede tener algún efecto preventivo indirecto frente a la comisión de delitos. Pero tal efecto quedaría, en estos casos, ampliamente neutralizado por el hecho de que la punición indiscriminada tanto de los actos no culpables como de los culpables privaría a la punición de estos últimos de la eficacia preventiva que comportan su mayor y específica reprobación y estigmatización.

117. H. L. A. Hart, *o. c.*, p. 208; *ibid.*, pp. 49-50 y 234; A. Ross, *o. c.*, pp. 226-227.

118. H. L. A. Hart, *o. c.*, p. 209.

119. «El hombre [...] es principio [...] y] generador de sus acciones como lo es de sus hijos» (Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, cit., III, 5, 1113b, p. 189). Tras cada una de estas dos orientaciones existen larguísima tradiciones filosóficas. Baste recordar, entre los deterministas, a estoicos, luteranos, calvinistas, jansenistas y, además, a Hobbes, Spinoza, Diderot, Helvetius, La Mettrie, d'Holbach, y a los filósofos y criminólogos positivistas del pasado siglo, de Moleschott, Vogt y Büchner a Spencer, Ardigò y Lombroso. Y entre los defensores del libre albedrío, a Platón, Aristóteles, santo Tomás, y, en la época moderna, a Grocio, Pufendorf, Locke, Leibniz, Voltaire, Rousseau, además, obviamente, de Kant, Fichte, Hegel y toda la subsiguiente filosofía idealista y espiritualista.

120. El análisis de esta expresión ha dado lugar a una rica literatura. Recuérdense: G. E. Moore, *Ethics* (1912), Oxford University Press, Londres, 1966, pp. 102-105; C. L. Stevenson, *Ethics and Language* (1944), trad. cast. de E. A. Rabossi, *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971, cap. XIV, pp. 275-292; G. Ryle, *The Concept of Mind* (1949), trad. it. de F. Rossi Landi, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Turín, pp. 73-80; Id., *Dilemmas* (1954), trad. it. de E. Mistretta, *Dilemmi*, Ubaldini, Roma, 1968, pp. 29-30; C. A. Campbell, *Is 'free Will' a Pseudo-Problem?*, en «Mind» (1951), pp. 446 ss.; P. H. Nowell-Smith, *Ethics* (1954), trad. cast. de G. Gutiérrez, *Ética*, Verbo Divino, Estella, 1977, pp. 295-339; Id., *If and Cans*, en «Theoria», 26 (1960), pp. 85-101; J. L. Austin, *Ifs and Cans*, en «Proceedings of the British Academy», 42 (1956), pp. 109-132, ahora en *Philosophical Papers*, Oxford University Press, Londres, 1961; S. Hook (ed.), *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, New York University Press, Nueva York, 1958; H. L. A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., cap. II, pp. 55-79; R. Chisholm, *He could have done otherwise*, en «Journal of Philosophy», 65 (1956), pp. 411 ss.; A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 257-285 y *passim*.

121. P. Nuvolone, *I fini e i mezzi della scienza nel diritto penale* (1949), en *Trent'anni*, cit., I, pp. 159 ss. Cf., también, G. Bettiol, *Objettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione del reato*, en *Scritti giuridici*, Cedam, Padua, 1966, II, pp. 986 ss.; N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento*, cit., pp. 1 ss.

122. P. Ricoeur, *o. c.*, pp. 353 ss.

123. G. Williams, *Criminal Law. The General Part*, Stevens and Sons, Londres 1953, pp. 346-347. Una tesis análoga es la de B. Wootton, *o. c.*, p. 74 (*supra*, nota 135 del cap. 5).

124. C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit.; E. Ferri, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Barbera, Florencia, 1878; Id., *Sociologia criminal*, cit., t. II, cap. III, pp. 3-182; Id., *I nuovi orizzonti*, cit., cap. I; R. Garofalo, *Criminologia*, cit., pp. 213-235; E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., I, pp.

183-188; B. Wootton, *Crime and Criminal Law*, cit., pp. 51 ss, y 74; Id., *Social Science and Social Pathology*, Allen and Unwin, Londres, 1959, cap. VIII; E. B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., pp. 153 ss.

125. G. Filangieri, o. c., t. IV, lib. III, cap. XXXVII, p. 93: «Consiste pues el delito en la violación de la ley, acompañada de la voluntad de violarla»; F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., III, p. 11: «El dolo no es otra cosa que la voluntad de dañar, es decir, de violar la ley y los derechos consagrados por la ley»; *ibid.*, p. 17: «La ignorancia de la ley positiva puede excusar a aquellos que, por circunstancias diversas y por sus condiciones de vida, la desconozcan»; G. Romagnosi, *Génesis*, cit., 1334, pp. 470-471: «¿Qué es el dolo? La conciencia de contravenir libremente a lo que la ley prohíbe u ordena. Tener conocimiento de que violamos una ley, al paso que somos libres de no violarla, he aquí en lo que consiste el dolo»; G. Puccioni, *Il codice penale toscano*, cit., I, *sub* art. 35, p. 308: «El dolo viene definido como 'la intención de violar libremente la ley penal'»; P. Rossi, *Tratado de derecho penal*, cit., lib. II, cap. X, p. 275 (t. I), según el cual «la conciencia humana exige [...] para que un agente sea responsable: que el agente haya podido conocer la existencia del deber» y que «haya entendido que su hecho era susceptible de quebrantar tal deber»; G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, cit., secc. 102-103, p. 44, que configura la culpabilidad como intención directa o indirecta de violar la ley y la excluye cuando no concurre en el sujeto el entendimiento de la ley; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit. I, 59, p. 70, que requiere, igualmente, el conocimiento de la ley como requisito del elemento subjetivo del delito; *ibid.*, 69, p. 73: «El dolo se define como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley»; Id., *De la ignorancia como excusa* (1877), en *Opúsculos*, cit., VII, pp. 313-324. También para Hobbes la ignorancia de la ley es una excusa válida cuando «la ley civil del propio país de un hombre no ha sido lo suficientemente declarada como para que este hombre pueda conocerla si lo desea, y su acción no va contra la ley de la naturaleza» (*Leviatán*, cit., XXVII, p. 236; *ibid.*, XXVI, pp. 219-220; Id., *Del ciudadano*, cit., XIV, 11-13, pp. 224-225). Por lo demás, ni siquiera en el derecho romano el principio *ignorantia legis non excusat* tuvo vigencia generalizada, y fueron muchos los casos en los que la *ignorantia iuris* fue considerada como una circunstancia excusante (D. 22.6.9); cf. C. Ferrini, *Diritto penale romano* cit., pp. 144-162; Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., vol. I, pp. 106 ss.

126. En nuestro código penal este principio queda recogido en el art. 5: «Nadie puede apelar, para excusarse, a la ignorancia de la ley», pero el Tribunal constitucional, en la reciente sentencia n. 364 de 24.3.1988, ha declarado su inconstitucionalidad por entrar en contradicción con los arts. 1, 2, 3, 25 y 27 de la Constitución, en la medida en que no admite la exculpante de «ignorancia invencible». La misma tesis había sido mantenida por M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 84 y ss.; D. Pulitanò, *Ignoranza (diritto penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., 1970, XX, pp. 36-39; Id., *L'errore di diritto*, cit., pp. 455-465; F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 54.

127. Así, D. Pulitanò, *L'errore*, cit., pp. 27 ss., según el cual el principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal (o de presunción de su conocimiento) reflejaría la presunción apriorística de una «racionalidad objetiva» y «abstracta» del derecho positivo burgués, frente al que el ciudadano, en cuanto ser también abstractamente racional, estaría en «posición análoga a aquella en que el ciudadano tipo, el comerciante, se encuentra con la relación de cambio». Tal presunción de justicia o de racionalidad objetiva del derecho positivo —que Pulitanò, volviendo a Pasukanis, atribuye a toda la tradición liberal— contradice, además de los textos reproducidos en la nota 125, el principio de distinción entre validez y justicia, o sea, entre punto de vista interno y punto de vista externo al ordenamiento positivo, principio que, como se ha de-

mostrado, es la principal aportación del pensamiento jurídico liberal. El equívoco se debe, probablemente, al hecho de que tal presunción de apriorística racionalidad está efectivamente presente en la orientación más tardía, la ético-estatalista que arranca con Hegel (cf. los pasajes citados en la nota siguiente), erróneamente asimilado por la cultura marxista a la tradición liberal, y que desemboca en las doctrinas penales fascistas y, por distintos caminos, en las marxista-leninistas. Se volverá sobre este equívoco en el apartado 59.

128. Hegel identifica expresamente la conciencia moral con la conciencia jurídica, subordinando, de hecho, la primera a la segunda: «La verdadera conciencia moral es la disposición de querer lo *en y por sí* bueno... Lo que constituye el derecho y el deber es lo *en y por sí* racional de las determinaciones de la voluntad, y no es por lo tanto esencialmente la propiedad *particular* de un individuo, ni existe en la *forma* del sentimiento o de cualquier otro saber singular, es decir, sensible, sino esencialmente en la forma de determinaciones *universales*, pensadas, o sea, de *leyes y principios*. La conciencia moral está, por lo tanto, sometida al juicio de si es o no *verdadera*, y su apelación exclusiva a sí misma se opone inmediatamente a lo que ella quiere ser: la regla de un modo de actuar racional, universal y válido en y por sí. Por consiguiente, el estado no puede reconocer a la conciencia moral en su forma propia, es decir, como *saber subjetivo*, del mismo modo como en la ciencia no tiene validez la *opinión* subjetiva y la afirmación y apelación a la opinión subjetiva» (G. W. F. Hegel, *o. c.*, 137, pp. 200-201). La inexcusabilidad de la *ignorantia legis* es un corolario de esta concepción ética de las leyes y legal de la ética: «La exigencia de que el delincuente en el momento de la acción *se represente claramente* su injusticia y punibilidad, si bien parece preservar el derecho de su subjetividad moral, le niega, por el contrario, la naturaleza inteligente inmanente» (*ibid.*, 132, pp. 196-197).

129. A diferencia de las tesis de la Escuela Clásica a que se alude en la nota 125, las concepciones «normativas» de la culpabilidad, desarrolladas en Alemania y en Italia en este siglo, se basan sobre todo en las nociones de «reprochabilidad» y de «voluntad ilícita», prestándose así a franquear el paso al proceso, aquí examinado, de subjetivización del derecho penal; cf. R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, en *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, pp. 521 ss.; J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, en «*Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*» (1913), pp. 129 ss.; Id., *Normativer Schuldbegriff*, en *Festgabe für R. Frank*, Tubinga, 1930, pp. 428 ss.; G. Musotto, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Giunti, Palermo, 1939; G. Bettiol, *Colpevolezza normativa e pena retributiva* (1943), en *Scritti giuridici*, cit., II, pp. 602 ss.; Id., *Il problema penale* (1948) *ibid.*, II, pp. 620 ss.; Id., *Diritto penale*, cit., pp. 255-264; G. Maggiore, *Diritto penale*, cit., t. I, pp. 324-344. Sobre estas teorías normativas de la culpabilidad y sobre su involución subjetivista, cf. A. Baratta, *Antinomie giuridiche*, cit., pp. 26 ss.; Id., *Positivismo giuridico*, cit., pp. 83 ss.

130. E. Mezger, *Die Straftat als Ganze*, en «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*» (1937), pp. 675 ss.; Id., *Schuld und Persönlichkeit*, Elvert, Marburgo, 1932.

131. H. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, en «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», 60 (1941), pp. 428 ss.; Id., *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 136. Aquí se define la culpabilidad como «ausencia de autodeterminación en base a un sentido en virtud de la cual la persona puede dirigir su comportamiento según el ordenamiento jurídico».

132. P. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, De Gruyter, Berlín, 1940, considera la culpabilidad como «culpa por la elección de vida» (*Lebensentscheidungsschuld*), identificándola con la posibilidad de tenía el agente de «ser distinto». De este modo, como observa F. Antolisei, *Manuale*, cit., pp. 233-234, la culpabilidad

puede afirmarse «en todos los casos» y prácticamente se disuelve, a la vez que la acción, en la figura del «tipo normativo de autor».

133. Esta conclusión decisionista es producto, por un lado, del carácter meramente valorativo del juicio sobre la actitud interior (*Gesinnung*) que en la doctrina alemana viene a coincidir con la fidelidad o la no fidelidad al ordenamiento, y, por otro, de la crisis del principio de legalidad, sustituido en el derecho nazi por el criterio del «sano sentimiento del pueblo» impregnado por la mística del *Führerprinzip*. Sobre estas consecuencias irracionales y totalitarias, véanse T. Würtenberger, *La situazione spirituale*, cit., pp. 73 ss.; A. Baratta, *Antinomie giuridiche*, cit., pp. 79 ss.; Id., *Positivismo giuridico*, cit.

134. P. Nuvolone, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, cit., p. 161: «El sistema objetivo puro y el sistema subjetivo puro representan más bien tipos ideales, tendenciales, y no tipos que tengan una precisa concreción histórica»; N. Mazzacuva, o. c., p. 5, n. 11.

135. El requisito de la culpabilidad fue expresamente rechazado de la instrucción penal en 1918 y excluido después de los códigos penales de la RSFSR de 1922 y de 1926 (véanse sobre este punto las notas de alabanza de E. Pasukanis, o. c., p. 157). Sin embargo, ha sido introducido como esencial para la configuración del delito en el vigente código penal de la RSFSR, de 27 de octubre de 1960, que en el art. 3 (reproducido en la nota 79 del cap. 7) enuncia simultáneamente los principios de legalidad y de culpabilidad. Sobre el subjetivismo que, en aparente paradoja, ha convivido siempre con el objetivismo penal soviético, a causa del relieve atribuido a los «caracteres específicos de la personalidad del reo», cf. H. J. Bertram, *Justice in the USSR* (1963), trad. cast. de J. R. Capella, *La justicia en la URSS*, Ariel, Barcelona, 1967.

136. Recuérdense, además de la ley de 28 de junio de 1935, ya mencionada en el apartado 28.5, la ley de 26 de marzo de 1933 —que ampliaba el tipo delictivo de infidelidad e introducía la agravante de que fuese «nocivo para el bien del pueblo»—, la ley de 24 de abril de 1934 —sobre delitos de alta traición y sobre creación del «Tribunal del pueblo»— y la ordenanza de 5 de septiembre de 1939, contra los «enemigos del pueblo». Sobre la estrecha relación entre derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*) o de la actitud interior (*Gesinnungsstrafrecht*) y doctrina del tipo normativo de autor (*Tätertyp*), véanse, además de los trabajos relacionados en la nota 129, A. A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padua, 1967, pp. 484-485 y *passim*, y F. Bricola, *Teoria*, cit., p. 66. Por otra parte, refleja bien la convergencia sustancial entre subjetivismo penal puro y objetivismo penal puro el hecho de que la idea propia de las orientaciones subjetivistas, según la cual el delito tiene valor para el derecho penal en cuanto «síntoma» del tipo normativo de autor, es común a las orientaciones objetivistas, que incluso conciben el delito como «sintomático» del tipo criminal y peligroso del autor; cf. E. Florian, o. c., I, pp. 373 ss.; F. Grisogni, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 206 ss.; E. B. Pasukanis, o. c., p. 159.

137. Véanse, *infra*, el apartado 44.2 y el cap. 11.

138. *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 111 ss. Ross declara expresamente que pretende refutar no sólo el postulado del determinismo, sino también el principio de la incompatibilidad entre determinismo y moral, que habitualmente se deduce de aquél (p. 115). Y reivindica «la larga tradición de filosofía moral» que está tras su tesis de la compatibilidad entre determinismo y libertad moral: san Agustín, Hobbes, Locke, Hume y, entre los modernos, Jodl, Heymans, Dewey, Ayer, Ryle, Stevenson y Schlick.

139. O. c., pp. 152-153.

140. Me limitaré a recordar a C. S. Peirce, *Collected Papers*, Harvard University, Cambridge (Mass.), 1935, 6, pp. 35 ss.; K. R. Popper, *Sobre nubes y relojes*, en *Conocimiento objetivo*, cit., pp. 193-235. El determinismo, como se sabe, ha entrado en

crisis en las ciencias naturales con el abandono por la física del modelo mecanicista newtoniano, con la teoría cuántica y con la afirmación del «principio de indeterminación» de Werner K. Heisenberg.

141. Esta singular inercia que mantiene aún «la tesis de la mediación» y la insistencia con la que vuelven a proponerla muchos filósofos de la moral han sido explicadas lúcidamente por J. Watkins, *Three Views Concerning Human Freedom*, en R. S. Petres (ed.), *Nature and conduct* (1975), trad. it. de A. Bettanini, *Natura e libertà*, Armando, Roma, 1978, p. 100: «El extraordinario progreso de la física clásica determinista, desde el siglo XVII hasta finales del XIX, parecía demostrar que el determinismo era, a lo largo de ese amplio arco histórico, una doctrina absolutamente *ineludible*. Así, aunque la idea de la libertad humana no fue abandonada del todo —lo que hubiera sido intolerable—, los filósofos pensaban que se *debería* conciliar, de un modo u otro, con el determinismo. La tesis de la mediación tiene tras de sí tres siglos de atenta reflexión filosófica, por lo que no produce asombro el hecho de que su aceptación se haya convertido en un hábito consolidado en el pensamiento de la mayoría de los filósofos. Se consolidó así el hecho de que cuando la argumentación principal a favor de esta tesis comenzó a vacilar con la crisis del determinismo en la física contemporánea, los filósofos que se reconocían en ella intentaran ridiculizar la perspectiva de influencia potencialmente iniciada por estos nuevos progresos sobre el problema de la libertad humana. Para decirlo claramente, en la prisión determinista se habían sentido como en su propia casa, y no podían entusiasmarse con la aparición de grietas en sus muros».

142. Es un axioma de la lógica modal la tesis de que «si p , entonces es posible que p » (axioma de posibilidad), del que deriva —conforme a la equivalencia de lo «posible» y lo «no necesario que no» y de lo «necesario» y lo «imposible que no»— «si es necesario que p , entonces p » (axioma de necesidad). No es, por el contrario, válida, la tesis determinista «si p , entonces es necesario (o imposible que no) p ». Si denominamos M al operador de posibilidad «es posible que» y L al operador de necesidad «es necesario que», y definimos $Lp = \neg M \neg p$ (de donde $Mp = \neg L \neg p$, $L \neg p = Mp$, $M \neg p = \neg Lp$), diremos que es válida la tesis $p \rightarrow Mp$ (de donde $\neg Mp \rightarrow \neg p$, o bien $L \neg p \rightarrow \neg p$, o bien $Lp \rightarrow p$), mientras que es inválida la tesis $p \rightarrow \neg M \neg p$, equivalente a $p \rightarrow Lp$: esta segunda tesis, que expresa la hipótesis determinista, equivale, de hecho, por la ley de contraposición de la implicación, a la tesis palmariamente absurda $M \neg p \rightarrow \neg p$.

143. Utilizo «posibilidad e imposibilidad *alética*» en oposición a «posibilidad e imposibilidad *deóntica* o *normativa*» (que corresponden una al permiso y otra a la prohibición) para designar la posibilidad e imposibilidad material de un comportamiento: la máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, por ejemplo, quiere decir que nadie está deónticamente obligado a lo que es aléticamente posible. Este uso de «aléticamente posible (e imposible)» fue introducido por A. G. Conte, *Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie* (1964-66), en *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1966, II, pp. 343-390; Id., *Completezza e chiusura* (1968), en *Nuovi studi sul linguaggio normativo*, Giappichelli, Turín, 1985, pp. 20-22 y 37. Recientemente el propio Conte ha distinguido dos tipos de imposibilidad alética: la imposibilidad «praxeológica» (puramente material) y la «praxeonómica» (provocada por lagunas o antinomias normativas): *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto*, cit., p. 33).

144. He desarrollado estas tesis, con referencia a la semántica de los preceptos, en *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, cit., pp. 522 ss.

145. Cf., por ejemplo, G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., pp. 334 ss. L. Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Libreria Humus, Nápoles, 1948; A. Moro, *L'antiguridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, p. 148.

146. Baste pensar en la gran variedad de límites de edad por debajo de los cua-

les los diversos ordenamientos establecen la inimputabilidad del menor: 14 años para la inimputabilidad presunta y 18 para la comprobada por el juez (pero sin disminución de la pena) en nuestro actual código (arts. 97 y 98); 9 años para la inimputabilidad presunta y 14 para la comprobada por el juez (además de las diferentes atenuaciones de la pena hasta los 21 años) en el código Zanardelli de 1889 (arts. 53-56), que sigue sustancialmente al código sardo de 1859 (arts. 87-91); 12 años en el código toscano (art. 36); 10 en el gregoriano (art. 27) y en el parmesano (art. 62); 9 en el napolitano (art. 64). En el derecho penal inglés, según refiere Hart (o. c., pp. 210 y 288), la edad mínima de la responsabilidad penal ha sido de 8 años hasta la *Children and Young Persons Act* de 1969, que la ha elevado a 10 años para el homicidio y a 14 para los demás delitos. (Cf. también la nota 91 del cap. 7, sobre la edad mínima en los casos de pena de muerte.) Piénsese, además, en la distinta relevancia atribuida en los distintos códigos a la sordomudez. Y piénsese, sobre todo, en el distinto tratamiento de la embriaguez voluntaria, que en el código actual no excluye ni disminuye la imputabilidad (art. 92), mientras que en el código Zanardelli suponía una disminución de la imputabilidad y, por tanto, de la pena, similares a las previstas para los semi-enfermos mentales (art. 48). Por lo demás, en tema de embriaguez, Aristóteles alude a una ley de Pítaco según la cual «los borrachos, si delinquen en algo, paguen una pena mayor que los sobrios» (*Política*, cit., II, 12, 1274b, p. 149).

147. *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 259.

148. H. L. A. Hart, o. c., p. 61, realiza una analogía entre las condiciones exculpantes en derecho penal y las causas de invalidez en el derecho civil.

149. Piénsese, entre las circunstancias atenuantes, en las previstas por el art. 62, números 2, 3 y 5, y, entre las agravantes, las del art. 61, números 1, 3, 4 y 8.

150. H. L. A. Hart, o. c., pp. 45, 103 y 206.

151. Confróntese, por ejemplo, la noción genérica del concurso de personas en el delito, previsto por el art. 110 de nuestro código penal («Cuando varias personas concurren al mismo delito, cada una de ellas sufrirá la pena prevista para él») con la más precisa y taxativa que ofrece el art. 49 del código penal toscano pre-unitario («Es autor del delito a) el que lo ha realizado o ha cooperado directamente a su ejecución; y b) el que, mediante mandato, amenazas, recompensas o promesas, abuso de autoridad o de poder, o de cualquier otro modo, ha sido causa del delito instigando dolosamente al agente a tomar la resolución de cometerlo»).

152. Cf. J. R. Searle, *How to Derive «Ought» from «Is»*, trad. cast., en P. Foot (ed.), *Teorías sobre la ética*, México, FCE, 1974; A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 12-19; Id., *Directives and Norms* (1968), trad. cast. de J. S.-P. Hierro, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 57-61; K. Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona 1980, pp. 115-132; G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milán, 1974 (ed. pr.); Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; N. Bobbio, *Norma*, en *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Milán, 1980, vol. 9, p. 898; A. G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, en R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Nápoles, 1983, pp. 37-82, con amplia bibliografía; Id., *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto*, cit., pp. 21-39; Id., *Materiali per una tipologia delle regole*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 2, pp. 345-368; P. Pollastro, *Fenomenologia delle regole costitutive*, *ibid.*, 1983, I, pp. 233-262; R. Guastini, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, en U. Scarpelli (ed.), o. c., pp. 153-176; Id., *Teoria delle regole costitutive*, en «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 4 (1983), pp. 548-564; T. Mazzaresse, *Un libro sulle regole*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1984, 2, pp. 505-510; G. Azzoni, *Condizioni costitutive*, en «Rivista internazionale di Filosofia del

diritto», II (1986), pp. 160-195; Id., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padua, 1988.

153. Sobre las nociones de «sentencia constitutiva» y «sentencia declarativa» o de «cognición» y «verificación», cf., *supra*, la nota 8 del cap. 1.

154. La noción de «norma constitutiva» que aquí se propone me parece más próxima a la de Carcatera (según el cual son «constitutivas» o «prescriptivas» todas las normas que inmediatamente inciden en el estado de cosas al que se refieren, por ejemplo, abrogando, o adscribiendo, o similares) que a la de Searle, Ross o Conte (según los cuales las normas «constitutivas» son las que constituyen las condiciones de posibilidad para la actividad sobre la que versan).

155. *Éxodo*, 22, 18. La constitución de Anastasio es del mismo tipo: «Uicumque Manichaei inveniatur, capite damnandi sunt» (CI. 1.5.11) y, más en general, las normas también penales contra herejes, judíos y paganos contenidas en CI. 1.5.19 («Gazaros, Patarenos... et omnes haereticos utriusque sexus, quocumque nomine censeantur, perpetua damnamus infamia, diffidamus atque bannimus») y en CI. 1.1.9 y CI. 1.11.

156. C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., prefacio, invoca estos antecedentes y recuerda un edicto medieval que ordenaba, cuando dos personas fuesen igualmente sospechosas, torturar al menos atractivo. Vagas remisiones a una tradición fisiognómica griega (Platón y Aristóteles), romana (Séneca) y renacentista (Leonardo da Vinci, Rubens) se encuentran también en A. Marro, *I caratteri dei delinquenti. Studio antropologico-sociologico*, F.lli Bocca, Turín, 1887, pp. 6 ss.; G. Antonini, *I precursori di Lombroso*, F.lli Bocca, Turín, 1900; F. Costa, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, cit., pp. 290 ss.; M. A. Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, cit., pp. 190 ss. No parece, sin embargo, que en Roma se tomase muy en serio la tesis fisiognómica de la relación entre rasgos somáticos y características morales o espirituales de las personas. Baste recordar el sarcasmo de Cicerón sobre la estupidez fisiognómica de Zofiro, que pretendía deducir el carácter libertino de Sócrates de la conformación de su cuello, o la mofa de Plinio ante la mera idea de que las cualidades del alma pudieran ser reconocibles por el aspecto del cuerpo (*Historia mundi*, lib. VII, apart. XVIII). Incluso en Grecia carecían de crédito, como lo demuestra el sutil análisis psicológico y sociológico (en ningún caso antropológico) de la capacidad para delinquir realizado por Aristóteles, *Retórica*, cit., I, 12, 1372a-1373a, pp. 64-68. Sólo después del siglo XVIII se propone esta hipótesis con pretensiones de científicidad, gracias al desarrollo y a las sugerencias de la antropología, de la anatomía comparada y de la etnología. Lo hizo en principio Johann C. Lavater, en cuya investigación (*Physiognomische Fragmente*, Steiner, Leipzig y Winterthur, 1775-1778) las observaciones fisiognómicas se entrelazan con el confesado objetivo religioso de buscar en el hombre la huella de Dios; después, Franz Joseph Gall, que desarrolló bajo el nombre de «frenología» una singular teoría sobre la localización de los sentimientos, instintos e inclinaciones morales e intelectuales del hombre en otras tantas partes del cerebro (*Anatomie et physiologie du système nerveux en général et de cerveau en particulier*, F. Schoell, París, 1810-1819, 4 vols.); y, finalmente, Cesare Lombroso, que interpretando el evolucionismo darwiniano en clave moralista y racista consideró al hombre delincuente como una variedad antropológica de tipo regresivo asimilable a los salvajes.

157. Cf., *supra*, el apartado 34.4 y las notas 90-92.

158. «Aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi, quam liberi» (Saturninus, *Liber sing. de poenis paganorum*, D. 48.19.16.3); «Miores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integrae famae homines puniunt» (Calistrato, 6 de *Cognitionibus*, D. 48.19.28.16); «Sed enim sciendum est discrimina esse poenarum neque omnes eadem poena adfici posse. Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli, nec furcae subici, vel vivi exuri. Et si forte huiusmodi sententia fuerint affecti, liberandi erunt... Parentes quo-

que et liberi decurionum, in eadem causa sunt» (Ulpiano, *10 de officio proconsulis*, D. 48.19.9.11-13); «humiliores in metallum, honestiores in insulam relegantur» (Paulo, *5 sententiarum*, D. 48.19.38.5). La desigualdad penal fue expresamente teorizada por Aristóteles, *La gran moral*, cit., I, 33, 1194a, p. 62: «También puede decirse que la justicia es el talión; pero no en el sentido en que lo entendían los pitagóricos. Según éstos, lo justo consistía en que el ofensor sufriera el mismo daño que había hecho el ofendido. Esto no es posible respecto de todos los hombres sin excepción. La relación de lo justo no es la misma la del sirviente al hombre libre, que la del hombre libre al sirviente; el sirviente que golpea al hombre libre no debe recibir, en recta justicia, tantos golpes como él dio; debe recibir más». Sobre la igualdad penal entre los hombres libres en la Roma republicana y sobre las desiguales y privilegios que se desarrollaron en la época del imperio (para los senadores, caballeros, veteranos, soldados, decuriones), cf. Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., vol. III, pp. 389 ss. Sobre la desigualdad de las penas durante todo el medievo, según que reo y víctima fuesen de alta o baja condición, cf. A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., pp. 407 ss.; C. Calisse, *Svolgimento storico*, cit., pp. 471 ss. Contra discriminaciones y privilegios penales polemizó agriamente C. Beccaria, o. c., XXI, pp. 63-64, pero más tarde también él cayó prisionero del prejuicio de la desigualdad (*supra*, apartado 29.2).

159. Recuérdense las duras palabras de Tocqueville contra cualquier «inmunidad» o «tutela administrativa» de los titulares de funciones públicas: «nosotros hemos encontrado sólo la fórmula, la sustancia viene del antiguo régimen»; con la agravante de que «antes de la Revolución el gobierno no podía proteger a sus agentes sino a través de decisiones parciales y arbitrarias; después, ya se encontró en situación de permitirles legalmente violar la ley» (*L'Ancien Régime et la Révolution* [1856], trad. it., *La rivoluzione democratica in Francia*, en *Scritti politici*, a cargo de N. Matteucci, Uter, Turín, 1969, I, pp. 657-659; Id., *La democrazia in América*, II, cit., pp. 206-207). En el apartado 39.4 se estudiarán las inmunidades actuales.

160. *Notes sur le Code criminel publié à Florence le 30 novembre 1786 et traduit à Paris de l'italien par monsieur Artaire*, art. XXIII, en *Inediti di Condorcet*, cit., p. 427.

161. Véanse los terribles pasajes del *Levitico*, 26, 14-18, 21-28. Sobre la reincidencia en el derecho romano, véanse las fuentes citadas en C. Ferrini, *Esposizione storica*, cit., pp. 131-133. Para una reconstrucción histórica y un análisis comparado de la reincidencia, cf. V. Manzini, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Cammelli, Florencia, 1899; F. Puglia, *Della recidiva*, en E. Pessina (ed.), *Enciclopedia*, cit., vol. V, pp. 685-728; E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, cit., pp. 263 ss. y 666 ss.; E. Florian, o. c., pp. 360-405.

162. F. M. Pagano, *Principi del codice penale*, cit., XIV, p. 43.

163. Morelly, *Codice della natura*, cit., p. 162. La exclusión de cualquier consecuencia infamante o negativa en cualquier otro sentido del «delito pasado» para el reo que haya expiado la pena fue sancionada también por el art. 57, 2.º párrafo de la ley toscana de Pedro Leopoldo de 1786.

164. Entre los numerosísimos estudios sobre la reincidencia aparecidos entre la segunda mitad del siglo pasado y los comienzos de éste, hay que recordar: F. Carrara, *Estado de la doctrina sobre la reincidencia*, en *Opúsculos*, cit., II, pp. 93 ss.; E. Ferri, *Il progetto di legge sui delinquenti recidivi*, en «Scuola Positiva», IX, p. 142; V. Manzini, *La recidiva*, cit.; G. Matteotti, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Bocca, Turín, 1910; R. Garofalo, *La repressione della recidiva e della delinquenza abituale*, en «Rivista pratica di Dottrina e Giurisprudenza», 1 (1904); F. Puglia, o. c.; F. Giordani, *Recidiva*, en *Digesto italiano* cit., XX, parte I, 1911, pp. 362-440, con amplias referencias estadísticas y bibliográficas

165. A tenor del art. 436, se considerará vagabundos a: «1.º) Los que no tienen

domicilio conocido ni medios de subsistencia y no ejercen habitualmente un oficio o profesión; 2.º) Los que vagan de un lugar a otro simulando el ejercicio de una profesión u oficio, pero que es insuficiente para procurarles medios de subsistencia; 3.º) Los que se dedican a adivinar, pronosticar o interpretar sueños, lucrándose de la credulidad ajena». Se entenderá, en cambio, que son «ociosos», según el art. 435, los que, siendo sanos y robustos pero carentes de medios suficientes de subsistencia, vivan sin ejercer profesión, arte u oficio o sin entregarse a un trabajo estable. El art. 437 establecía que a la pena de tres meses de cárcel habría de añadirse la de «vigilancia especial por la Seguridad Pública». Y en caso de «segunda o ulterior reincidencia» disponía el art. 438, «la pena de cárcel para los mayores de edad podrá agravarse hasta una duración de cinco años». También los menores de dieciséis años podían ser declarados ociosos y vagabundos, y, según establecía el art. 441, «en la primera ocasión serán confiados a sus padres o tutores», y si fuesen sorprendidos otra vez, serán «internados en un establecimiento público de trabajo», mientras que «los padres tutores podrán ser condenados a una multa de hasta 150 liras o a cárcel de uno a tres meses».

166. Las «personas sopechosas», a tenor del art. 447, eran: «además de los ociosos, vagabundos y mendigos hábiles para el trabajo... 1.º) Los difamados por crímenes o delitos, y singularmente los condenados por atracos, extorsiones, hurtos o estafas; 2.º) Los que se encuentren sometidos a vigilancia especial de la Seguridad Pública»: en otras palabras, las víctimas de la opinión pública o, incurriendo en una sorprendente petición de principio, los vigilados por la policía. Los arts. 448 y 449 —reproducidos con pocas variaciones por los 707 y 708 del código penal actual— consideraban delictivo la posesión injustificada, por parte de cualquiera de aquéllos, de «escalpelo, limas, ganzuas» y similares, e, incluso, «de géneros, efectos o sumas de dinero impropios de su *status* o condición». De este modo, un indigente, carente de medios de subsistencia, era arrestado como ocioso o vagabundo, pero si se le encontraban dineros o géneros alimenticios no adecuados a su *status*, era condenado a cárcel, de tres meses a dos años, como sospechoso de hurto. Sobre este tema, véase *infra* el apartado 49.

167. *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIa, quaestio LXIV, art. 2. «Modicum enim fermentum», añade santo Tomás, «totam massam corrumpit». Véanse también los pasajes reproducidos en las notas 123 del cap. 5 y 95 del cap. 7.

168. En el derecho romano —como recuerda G. Guarnieri, *Pericolosità sociale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XII, 1965, p. 952— estaba prevista la *coercitio vinculis* para los parientes de la persona absuelta por enfermedad mental.

169. La peligrosidad fue considerada por primera vez como justificación y medida exclusiva de la pena, en lugar del delito, reducido a síntoma de «temibilidad», por R. Garofalo, *Di un criterio positivo della penalità*, Vallardi, Nápoles, 1880, y *Criminologia*, cit., pp. 247 ss. Rápidamente se convirtió en la categoría penal fundamental del positivismo penal y, en general, de las doctrinas de la defensa social de Lombroso, Ferri, Florian y Grispigni a Prins y Liszt. Pueden encontrarse antecedentes en J. Bentham, *Principios del código penal*, parte IV, cap. VII, en *Tratados*, cit., pp. 356 ss. Para una reconstrucción histórica del concepto de «peligrosidad social» según la Escuela Positiva y las doctrinas teleológicas de la defensa social (en particular a través de los congresos de la Unión internacional de derecho penal, entre 1892 y 1920), así como sobre su recepción en los distintos ordenamientos, cf. L. Jiménez de Asúa, *La pericolosità*, trad. it. con prefacio de E. Ferri, F.lli Bocca, Turín, 1923, caps. III y IV.

Capítulo 9

EL JUICIO. CUANDO Y COMO JUZGAR

37. *Garantismo procesal y valores de la jurisdicción*

1. *Garantías procesales y garantías penales. Legalidad y jurisdiccionalidad.* El conjunto de las *garantías penales* examinadas en el capítulo precedente quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiario de las *garantías procesales*, expresadas por los principios que responden a nuestras dos últimas preguntas, «cuándo» y «cómo juzgar»: la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa.

Entre los dos sistemas de garantías existen nexos tanto estructurales como funcionales. Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito —lesión, acción y culpabilidad— serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también «*instrumentales*» frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como «*sustanciales*».

La correlación funcional es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativos que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad.

Gracias a este doble nexo, todo modelo de legitimación interna de los presupuestos de la pena remite a un correlativo modelo de legiti-

mación de sus modos de determinación en el proceso penal. Y, a la inversa, todo modelo de proceso penal, tanto si se le considera desde el punto de vista normativo, como del de la efectividad, indica siempre a su vez un correlativo sistema, normativo o efectivo, de derecho penal sustancial. Esquemas y culturas penales y procesal-penales, como he dicho más veces, están siempre conectadas entre sí. Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho penal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa ¹.

La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad*, expresada en el axioma A7, *nulla culpa ine iudicio*. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos —«en sentido *estricto*» y «en sentido *lato*»— según vaya o no acompañada de otras garantías procesales. En sentido lato puede expresarse con la tesis T72, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; en sentido estricto con la tesis T63, *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*. Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales; conforme al segundo, es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales.

La correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal. Especialmente en el plano lógico, estricta jurisdiccionalidad y estricta legalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto no sólo para definir, sino también para garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal: la jurisdicción penal se configura de hecho, más que la administración u otras formas de jurisdicción, como «aplicación» o «afirmación» de la ley. En el plano teórico, además, la jurisdiccionalidad en sentido estricto supone necesariamente, como condiciones de la prueba, las garantías de materialidad, lesividad y culpabilidad, mientras que la jurisdiccionalidad, en sentido amplio, está implícita en ellas. En el plano teleológico, en fin, legalidad y jurisdiccionalidad son complementarias respecto de la función utilitaria de la prevención general propia del derecho penal. Más precisamente, mientras el principio de legalidad asegura la prevención de las lesiones previstas como delitos, el principio de jurisdiccionalidad asegura la prevención de las venganzas y de las penas privadas: el tránsito de la justicia privada de la *faida* y de la venganza de sangre a la pública del derecho penal tiene lugar, efectivamente, cuando la aplicación de las penas y la investigación de sus presupuestos se sus traen a la parte ofendida y a sus próximos y se transfieren con carácter exclusivo a un órgano «judicial», es decir, extraño, a las partes interesadas e investido con la potestad de decidir sobre sus razones contrapuestas.

2. *Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales.* La primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad se encuentra en el art. 39 de la *Magna Charta* inglesa de 1215: «Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país». En esta formulación clásica, el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales: a) el *habeas corpus*, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) la *reserva de jurisdicción* en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al «juicio legal» de un sujeto imparcial e independiente; c) la *presunción de inocencia*, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un «juicio legal» y antes de que éste concluya.

Estas tres tesis —*nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*— expresan en su conjunto lo que he llamado «principio de jurisdiccionalidad en sentido lato». No expresan, sin embargo, los procedimientos y las garantías de los que depende el carácter cognoscitivo o declarativo del juicio, que se expresan con el «principio de jurisdiccionalidad en sentido estricto», formado, como he dicho, por el conjunto de las tres tesis, *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione* y *sine defensione*. Mientras la jurisdiccionalidad en sentido lato es una exigencia de cualquier tipo de proceso, sea acusatorio o inquisitivo, la jurisdiccionalidad en sentido estricto supone la forma acusatoria del proceso, aunque no está a su vez presupuesta en ella. La dicotomía «jurisdiccionalidad estricta»/«jurisdiccionalidad lata» no coincide por tanto con la de «acusatorio»/«inquisitivo», de la que hablaré en el apartado 39, sino que corresponde más bien a la que es, quizá, más importante de cognoscitividad y decisionismo: «jurisdiccionalidad estricta» tiene en efecto un significado más restringido que «proceso acusatorio», mientras que «jurisdiccionalidad lata» tiene un significado más amplio que «proceso inquisitivo».

Llamaré *orgánicas* a las garantías relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc. Llamaré, en cambio, *procesales* a las garantías relativas a la formación del *juicio*, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción, la publi-

cidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etc. Las garantías del primer tipo, al definir al juez, son generalmente (salvo la de separación de la acusación) exigidas para todo tipo de juicio, aunque no sea penal, y valen para integrar la jurisdiccionalidad en sentido lato; las del segundo, al definir específicamente el modelo cognoscitivo del juicio, integran, por el contrario, la jurisdiccionalidad en sentido estricto. Además, algunas de estas garantías, como la orgánica de la separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba, son propias de manera específica del método acusatorio; otras, como las de independencia, imparcialidad, necesidad de la prueba y similares, son comunes a todo tipo de procesos, si bien su incidencia real resulta favorecida por el método acusatorio y obstaculizada por el inquisitivo.

El nexo entre sistemas de garantías penales y sistemas de garantías procesales, que ya se ha puesto de relieve, se manifiesta además en la perfecta correspondencia de la alternativa entre *garantismo* y *sustancialismo* —ilustrada en los capítulos precedentes a propósito de la concepción de la lesión, la conducta, la culpabilidad y la estructura de las leyes penales— con la alternativa entre los dos modelos de proceso penal a que ahora se ha hecho referencia: el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, que puede llamarse *cognoscitivo*, y el sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse *decisionista*.

El primero de estos modelos es el que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa en el sentido ya ilustrado en el apartado 4. El segundo es el dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones. Como he demostrado en la primera parte de este libro, está claro que en la base de los dos sistemas existen criterios alternativos de predeterminación de lo que es delito y/o de quién sea el reo. Un criterio sustancialista de definición del delito —como en los casos límite de la justicia del cadí, expresados en fórmulas del tipo «es reo aquel que es enemigo del pueblo» o «es delito cualquier acto hostil contra el estado»— no puede sino fundar modelos decisionistas de proceso penal orientados a la averiguación de «verdades» éticas o políticas que van más allá de la prueba. Mientras que un criterio convencionalista informado por el principio de taxatividad, al exigir la formulación unívoca y rigurosa de los hechos empíricos calificados como delito, es el presupuesto necesario de un modelo cognoscitivista de proceso penal entendido como verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias.

Es también claro que los dos tipos de proceso penal corresponden, uno, al modelo de *derecho penal mínimo*, y el otro, al de *derecho penal máximo* y a los dos tipos correlativos de certeza subjetiva y de verdad que se ha distinguido en el apartado 8.2. En efecto, las garan-

tías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una *verdad mínima* en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por contra, el proceso decisionista, y típicamente el inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como una *verdad máxima*, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas y al mismo tiempo no vinculada sino discrecional, aunque sólo fuera porque la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatorias reclaman, más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa. En este segundo modelo, el fin (de obtención de la verdad sea cual fuere) justifica los medios (es decir, cualquier procedimiento); mientras que en el primero es el fin el que (al estar fundado y garantizado por los vínculos descritos) está legitimado por los medios. Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como *garantías de libertad*, sino además como *garantías de verdad*: de una verdad más reducida, como decíamos en el apartado 2.4, pero ciertamente más controlada que la verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez.

La consecuencia de esta diversidad de técnicas procesales es que, en el proceso de tipo decisionista, el principio de legitimación está constituido de forma inmediata por juicios de *valor*. En un doble aspecto: por un lado en el sentido del valor o de la fiabilidad del órgano juzgador y por tanto de la fuente de legitimación política de su poder (soberano, Dios, pueblo, sabios, etc.); por otro, en el sentido de los valores y de las valoraciones adoptadas por ellos como fundamento de su decisión (sabiduría, eticidad, bien común, interés nacional, etc.). Parece superfluo repetir que el carácter valorativo del juicio depende sobre todo del defecto de estricta legalidad del derecho sustancial, a causa del cual la actividad instructora no puede ser cognoscitiva sino sólo valorativa del hecho, al no ser re-cognoscitiva sino valorativa en derecho. Por esto el esquema decisionista (que está excluido, si bien no necesariamente, de los sistemas acusatorios) acompaña con frecuencia al método inquisitivo: según éste, es justo que el que juzga sea un órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando más la decisión justa que su controlabilidad; el papel de la defensa resulta irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad criminal del reo.

El modelo cognoscitivo del proceso penal, recogido aunque sea de forma sumaria por nuestra constitución, confiere, a su vez, un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la *verdad*, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos para cuya adquisición resulta idóneo y que asume en concreto como base de sus pronunciamientos. Es evidente que el método acusatorio, fundado en el contradictorio entre pruebas *per modus ponens* y refutaciones *per modus tollens*, es una condición necesaria (aunque no suficiente) del modelo cognoscitivo. Según este modelo, como se ha visto en los capítulos primero y tercero, los actos jurisdiccionales —incriminaciones, mandamientos, pericias, informes, requerimientos, requisitorias, alegatos defensivos, autos y, sobre todo, sentencias— constan, en efecto, de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, «justificadas», «legitimadas» o «motivadas» por las primeras. Y esto requiere procedimientos de control mediante prueba y refutación, que sólo un proceso de partes fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa puede garantizar.

3. *Valor de verdad, validez jurídica y legitimidad política en los pronunciamientos judiciales.* Esta fundamentación sobre la *verdad* —en el sentido «mínimo» o «relativo» que antes se ha precisado— es la fuente de legitimación específica de la jurisdicción penal en un estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo práctica o prescriptiva, sino además teórica; o, mejor aún, es una actividad prescriptiva que tiene por necesaria justificación una *motivación* total o parcialmente cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las resoluciones administrativas y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos y tampoco cognoscitivamente fundados o infundados. Las sentencias, sin embargo, exigen una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho. Las sentencias penales, en virtud de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, exigen una motivación que, además, debe fundarse en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en derecho. Precisamente por eso incluyen: *a*) una motivación formada predominantemente por proposiciones asertivas y *b*) una parte dispositiva que es asertiva en lo relativo a la motivación y preceptiva en el resto. Por ejemplo: «El Tribunal declara que Ticio es culpable del delito que se le ha imputado» (aserción) y por eso «le condena a tal pena» (precepto); o, bien, «absuelve a Cayo del delito imputado» (precepto) porque «no ha cometido el hecho», o «el hecho no ha existido», «no constituye delito», o «son insuficientes las pruebas» (aserciones).

En nuestro ordenamiento, como en la mayoría de los ordenamientos evolucionados, la existencia de la motivación «en hecho» y «en derecho» como condición necesaria de la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales se halla prescrita por normas específicas². La consecuencia de esta prescripción es que la *legitimación interna, jurídica* o *formal* de las resoluciones penales está condicionada normativamente por la existencia y el valor de sus motivaciones: es decir, por aserciones (Ticio es culpable, Cayo es inocente, tal hecho ha sido o no cometido, etc.) que no se dan en ningún otro tipo de actos jurídicos: ni en las leyes, ni en los negocios privados, ni en las resoluciones administrativas. Y puesto que el valor de las aserciones es la verdad, de ello se sigue que las sentencias penales son los únicos actos normativos cuya *validez* se funda sobre la *verdad*.

A diferencia de lo que sucede con las demás normas y actos jurídicos, cuya sola condición de validez es la observancia de las normas superiores, la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está, pues, condicionada también por su verdad procesal en el sentido ya ilustrado de «correspondencia aproximativa»: por decirlo más claramente, por la verdad y fiabilidad, tanto fáctica como jurídica, de los discursos asertivos que forman la motivación. En efecto, la *falsedad fáctica* de tales discursos es motivo de impugnación y reforma mediante *recursos ordinarios*; su *falsedad legal* es motivo de impugnación y reforma también en sede de *juicio de legitimidad*. En todo caso, la convalidación y la invalidación de un acto jurisdiccional, cuando no están dictadas por motivos puramente procedimentales, corresponden, a diferencia de los juicios de validez o invalidez que afectan a cualquier otro tipo de precepto, a un *acto de verificación* y a un *acto de refutación*. Dicho en términos más generales, en un sistema penal de tipo cognoscitivo, todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* —imputaciones, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del coimputado, reconocimientos, careos, requisitorias, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etc.— equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no sólo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan.

Verificabilidad y verificación de las motivaciones, como he demostrado en la primera parte, son, por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a punitivas arbitrarias. De ello se sigue que el vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de *legitimación externa, ético-política* o *sustancial* del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, no admite

una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, decíamos inicialmente a propósito de la jurisdicción, invirtiendo el principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, que vale por el contrario para la legislación. No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político —del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública— puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa.

4. *Verdad y libertad como valores de la jurisdicción y fundamentos axiológicos de la división de poderes.* Este nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales representa el primer fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en el moderno estado representativo de derecho. Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones, convenciones y momentos de decisión, no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la verdad. Y cualquier condicionamiento de poder externo, por más acreditado que pueda estar ética o políticamente, no sólo no contribuye al esclarecimiento de la verdad, sino que por el contrario se opone a ese fin. El principio de autoridad, aunque la autoridad sea «democrática» y expresión de la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca un criterio de verdad.

Pero hay una segunda razón —no menos importante y más directamente ligada a la teoría política del estado de derecho— que está en la base de la división de poderes y de la naturaleza exclusivamente legal de la legitimación de la jurisdicción. Consiste en el hecho de que el ejercicio del poder judicial, tanto en sus funciones de enjuiciamiento como en las de acusación, incide sobre las libertades del ciudadano como *individuo*. Y para el individuo el hecho de que tal poder sea ejercido por la mayoría no representa en sí mismo ninguna garantía: «cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente», escribe 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»³. Si acaso, para (la libertad y la verdad de) quien está sujeto a la justicia penal, y que con frecuencia es un «desviado»

respecto de los modelos de comportamiento dominantes, una legitimación mayoritaria del poder judicial puede incluso representar un peligro, por el riesgo permanente de imprimir al juicio —sobre todo si carece de bases rigurosamente cognoscitivas— una connotación partidaria que contrasta con la imparcialidad exigida a la actividad jurisdiccional.

El fundamento de la división de poderes y de la independencia de la función judicial de los poderes legitimados mayoritariamente des cansa, en suma, no sólo en la intrínseca ilegitimidad de funciones jurisdiccionales informadas por el principio de autoridad, sea cual fuere la autoridad que las ejerza, sino más bien en el principio de verdad. Éste se funda, a su vez, en la necesidad de preservar de la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos. Por razones diversas pero convergentes, la verdad del juicio y la libertad del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder: la *verdad*, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero; las *libertades* —de la libertad personal a la de pensamiento, de los derechos de defensa a las libertades políticas—, porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría. Por eso la irrogación de penas no puede ser nunca materia de administración o de gobierno; ni puede estar informada por criterios de discrecionalidad o de oportunidad, como ocurre con la actividad administrativa y la política. A diferencia de estas actividades, la función jurisdiccional no interviene en casos generales en función de intereses generales, sino en casos particulares y, más concretamente, individuales. El interés penal general se encuentra satisfecho preventivamente por la función legislativa, a la que está confiada la definición en abstracto de las figuras de delito. Si a la mayoría —por el trámite de la mediación gubernativa o parlamentaria, o acaso mediante formas de democracia judicial directa— le fuese confiado también el poder judicial, de enjuiciamiento y/o de acusación, se pondrían en peligro las libertades de los identes y sus espacios legítimos de desviación. Y el peligro sería tanto mayor cuanto más amplios fueran los espacios potestativos del sistema penal y por consiguiente la carencia de legitimación legal a la que la legitimación «democrática» debería poner remedio.

Todo esto significa que en el derecho penal, puesto que la taxatividad y por tanto la verificabilidad del supuesto típico, es la principal garantía del imputado frente al arbitrio, la fuente de legitimación sustancial, tanto interna como externa, se identifica en gran medida con la formal derivada de la máxima sujeción del juez a la ley, tal como resulta asegurada por la estricta legalidad y en consecuencia por la estricta jurisdiccionalidad penal. Como se dirá en el apartado 60.5,

en la jurisdicción civil y en la administrativa, donde la tutela de los derechos fundamentales no está tan íntimamente vinculada a la verdad procesal, el nexo entre sujeción a la ley y legitimidad sustancial es bastante menos estrecho y las dos fuentes de legitimación pueden incluso entrar en conflicto. En la jurisdicción penal, sin embargo, la verdad garantizada por la estricta legalidad es directamente un valor de libertad. Sobre todo porque los derechos de libertad están protegidos frente al abuso gracias, precisamente, al carácter cognoscitivo y no postestativo del juicio, mientras que resultan expuestos al arbitrio allí donde el juicio tenga carácter decisionista. En segundo lugar, porque el juicio de verdad es el único que no lesiona la dignidad del sujeto juzgado, gracias a su tendencial objetividad y refutabilidad. Nadie tiene el derecho de juzgar, si por «juzgar» se entiende un ejercicio de autoridad y no una actividad puramente cognoscitiva: ésta no sólo es una máxima de la ética cristiana⁴, sino la regla laica del moderno estado de derecho.

Conforme a este doble nexo entre razón y libertad, los valores de la jurisdicción penal se pueden identificar con la inmunidad de los ciudadanos frente al arbitrio y la intromisión inquisitiva, con la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, con la dignidad de la persona del imputado y, en consecuencia, con el respeto también de su verdad. Esto supone, obviamente, que se conciba el derecho penal no solamente como instrumento de prevención de delitos, sino también, según las tesis anticipadas en el capítulo 6, como técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito. En coherencia con tales finalidades, el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y el error. Es precisamente esta doble función garantista la que confiere valor político e intelectual a la profesión del juez, exigiendo de él tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual. Para su realización, mientras no es necesario el consenso, que puede ser incluso perjudicial, es posible pero no preocupante el disenso de la mayoría. Hay un solo sujeto del que hay que procurar que los jueces tengan, si no el consenso, sí al menos la confianza, gracias a idóneas garantías de recusación y sobre todo a una recta deontología profesional: este sujeto es el imputado, habitualmente expresión no de la mayoría, sino de minorías más o menos marginadas y siempre en conflicto con el interés punitivo del estado y sus expresiones políticas.

5. *El margen irreducible de ilegitimidad política de la función judicial.* La consecuencia más importante de este modelo de legitimación

es que la legitimidad de la función judicial, que reside en los vínculos que le impone la ley en garantía de su carácter cognoscitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos, es siempre parcial e imperfecta. Sabemos, en efecto, que tal función, incluso en el mejor de los sistemas, no es solamente cognoscitiva sino también, en alguna medida, potestativa, a causa de la discrecionalidad que siempre interviene en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas, en la connotación del hecho y en la determinación de la medida de la pena. El juez, en suma, como se ha hecho ver en los tres primeros capítulos, no es *bouche de la loi*, ni siquiera en su modelo teórico e ideal; y lo es aún menos en su trabajo práctico, puesto que la ley le confiere espacios más o menos amplios de poder de disposición. Por otra parte, los titulares de la acusación pública lo son todavía menos, al ser el de la iniciativa penal el momento más potestativo de toda la actividad procesal: aquel en el cual, para retomar la imagen de la jurisdicción avanzada en el primer capítulo, es menor el saber y mayor el poder, aunque sólo sea porque, en virtud de la presunción de inocencia, el saber se supone todavía infundado.

La actividad jurisdiccional, en la medida en que es potestativa —y más si es ejercicio del poder de disposición—, como se dice en el apartado 12, carece de legitimación tanto formal como sustancial. La carencia de legitimación legal que aqueja al juicio como consecuencia de los espacios de discrecionalidad potestativa no es suplible mediante otras fuentes de legitimación. En particular, se ha dicho, no lo es mediante una legitimación de tipo «democrático» o de mayoría, como la que obtendría con un control gubernativo o parlamentario sobre las funciones judiciales y sobre las de la acusación, o con el carácter electivo de los jueces y/o acusadores, o acaso con formas de jurisdicción democrática directa o asamblearia. Y esto por la razón ya expuesta de que la legitimación mayoritaria no hace verdaderas las proposiciones jurisdiccionales falsas, ni susceptibles de verificación o refutación las que no sean verificables ni refutables. De ello se sigue que la carencia de legitimación legal o racional —en una palabra «garantista»— del poder judicial, en tanto que *inevitable*, es también *irremediable*, al no ser pertinentes otras formas de legitimación, que incluso chocan con la naturaleza misma de la jurisdicción. Y la actividad jurisdiccional, en la medida en que no es garantista en el sentido que se ha venido indicando, resulta políticamente ilegítima y se configura como un residuo de absolutismo⁵. Para la carencia de este tipo de legitimación no caben formas de integración, pudiendo concebirse a lo sumo algunos correctivos, como la referencia a los valores constitucionales, de los principios de libertad al de la tutela de los sujetos más débiles; el principio del *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo*; la exposición de todas las actividades jurisdiccionales al control público a través de la máxima publicidad y el constante ejercicio, en sede científica y política, de la crítica a las desviaciones judiciales.

Mas allá de esa carencia de legitimación inevitable e irremediable, existen, tanto en el plano legal como en el judicial, llamativas carencias de legitimación evitables y remediabiles. De estas carencias, agravadas en Italia durante los años de la emergencia y no subsanadas sino en muy pequeña medida por el nuevo código de procedimiento penal, hablaré en la parte cuarta. Estas carencias, creadas por opciones políticas de tipo legislativo o judicial, son las que han producido en nuestro país una profunda crisis de legitimidad de la jurisdicción. Baste recordar aquí la acentuación del carácter preventivo y administrativo de la intervención penal merced a la extensión de las medidas de policía y de la prisión preventiva; la creciente discrecionalidad de la acción penal debida al carácter vago e indeterminado de los tipos penales y, por último, las formas de negociación introducidas por el nuevo código de procedimiento penal; la limitación de los derechos de la defensa en la fase previa al juicio; el incremento del decisionismo judicial mediante técnicas legislativas caracterizadas por un lenguaje polisémico y deliberadamente vago o genérico; el desarrollo de procedimientos acentuadamente inquisitivos, basados en el uso y el abuso de figuras de delito elásticas e indeterminadas, como los delitos de asociación, así como de premios o agravaciones de la pena en relación con el grado de colaboración prestado por el imputado a la acusación.

Esta crisis de los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad representa hoy el tema más acuciante y urgente de la reflexión jurídico-teórica y jurídico-filosófica sobre el derecho penal. Como se dijo al final de la primera parte, abre una nueva tarea a la filosofía analítica del lenguaje penal. Si es verdad que las garantías que ofrece el modelo cognoscitivista aquí delineado dependen en gran medida de la semántica del lenguaje legal y del jurisdiccional, el análisis y la crítica de tales lenguajes puede constituir un instrumento precioso de crítica de las actuales involuciones autoritarias, y de elaboración de técnicas legislativas y judiciales más rigurosas. Y si es cierto que el sistema penal es esencialmente un sistema de definición y de averiguación de la desviación punible, la epistemología adoptada va a tener una directa relevancia teórico-jurídica: tanto si se la entiende en sentido *descriptivo*, como instrumento de análisis y de control de las técnicas de investigación concretamente admitidas y practicadas por los ordenamientos positivos, como si se toma en sentido *prescriptivo*, es decir, como modelo deontológico o normativo de un sistema penal cognoscitivo, tendencialmente «con verdad» y «sin valores». En los apartados 39, 40 y 41 trataré de responder a las preguntas «¿cuándo juzgar?», «¿qué juez?» y «¿cómo juzgar?», reconstruyendo los fundamentos epistemológicos y axiológicos de la jurisdicción en el marco de la tradición teórica garantista, e indicando las líneas de un proyecto de saneamiento del sistema penal y procesal, de los espacios de arbitrio potestativo que se han sedimentado en él a lo largo de la historia. Pero, antes, es necesario afrontar el problema de la presunción de ino-

cencia del imputado no juzgado y de sus garantías de inmunidad frente a intervenciones punitivas *ante* o *extra iudicium*, que es previo a todos los demás.

38. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado

1. *Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia.* Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad —al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)— postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Se trata, como afirmó Luigi Lucchini, de un «corolario lógico del fin racional asignado al proceso» y, al mismo tiempo, de la «primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario»⁶. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa —y no la de la inocencia, que se presume desde el principio— la que forma el objeto del juicio.

Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes⁷, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. «Al cuerpo social le basta que los culpables sean *generalmente* castigados», escribió Lauzé di Peret, «pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos»⁸. Es ésta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre *libertad* y *seguridad* de los ciudadanos: «la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad» y «dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas»⁹; de modo que «cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad»¹⁰. En consecuencia —si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa «seguridad» específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica «defensa» que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente

tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman¹¹.

Aunque se remonta al derecho romano¹², el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media¹³. Baste recordar que en el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve¹⁴. Solo al comienzo de la Edad Moderna aquel principio se vio reafirmado con decisión: «no entiendo», escribe Hobbes, «cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa»¹⁵. Y si Pufendorf incluyó en la definición misma de *poena* el hecho de ser irrogada *post cognitionem delicti*¹⁶, Beccaria afirmó que «un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida»¹⁷. Tanto el principio de jurisdiccionalidad como la presunción de inocencia del imputado fueron finalmente sancionados por el art. 8 de la Constitución de Virginia y por los arts. 7 y 9 de la Declaración de derechos del hombre de 1789¹⁸.

Elevado por Francesco de Carrara a «postulado» fundamental de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso¹⁹, el principio de presunción de inocencia ha sido objeto de un ataque concéntrico desde finales del siglo XIX en adelante, en sintonía con la involución autoritaria de la cultura penalista que ya en otras ocasiones se ha puesto de relieve. Es obvio que el objetivo no fue nunca el principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato de necesidad del juicio como condición de la condena, sino sus implicaciones más estrictamente garantistas en materia de libertad del imputado y de formación de las pruebas.

El primer ataque corrió a cargo de la Escuela Positiva italiana: Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus opciones sustancialistas, consideraron «vacía», «absurda» e «ilógica» la fórmula misma de la presunción de inocencia, exigiendo el primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves e inclinándose el segundo hacia modelos de justicia sumaria y sustancial más allá de las pruebas de culpabilidad²⁰. Pero el golpe decisivo le fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como «un extraño absurdo extraído del empirismo francés» y la juzgó «burdamente paradójica e irracional» a partir de una cadena de peticiones de principio: la apriorística valorización de los institutos positivos de privación preventiva de libertad y del secreto

sumarial, contradichos por la presunción de inocencia²¹, y el establecimiento de una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad²², por considerar que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables²³. Reforzado por estos avales, el código Rocco de 1930 rechazó «de plano la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado», liquidándola como «una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos»²⁴.

El principio fue restablecido por el art. 27, 2.º de la Constitución republicana, aunque en forma de «presunción de no culpabilidad»²⁵. Sin embargo, la descalificación a que había sido sometido durante más de medio siglo por parte de la doctrina procesalista y el largo retraso en la reforma del proceso han dejado su huella. El principio de jurisdiccionalidad resultó trivializado; y la presunción de inocencia, aunque rehabilitada por la doctrina²⁶, cuando no perdió parte de su contenido, se vio debilitada en los dos significados garantistas que cabe asociarle: tanto en su sentido de «regla de tratamiento del imputado», que excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal, como en el de «regla del juicio», que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda²⁷.

2. *Vicisitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional.* En el apartado 41.3, dedicado a las garantías procesales, examinaré las implicaciones de la presunción de inocencia como regla del juicio. Aquí me interesa reafirmar su alcance como regla de tratamiento del imputado: precisamente, quiero sostener la ilegitimidad y la inadmisibilidad que de ella se derivan para ese instituto, central en la experiencia procesal contemporánea, que es la prisión provisional del imputado antes de la condena.

La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que, mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva²⁸, en el Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión *per tormenta*²⁹. Y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la Ilustración, de forma simultánea con la reafirmación del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* y el redescubrimiento del proceso acusatorio.

Así, para Hobbes, la prisión provisional no es una pena sino un

«acto hostil» contra el ciudadano, como «cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza»³⁰. Para Beccaria, «siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga»: precisamente, «la simple custodia de un ciudadano hasta tanto sea declarado reo... debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda»; y «no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos»³¹. Para Voltaire, «la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos»³². De forma análoga se pronunciaron Diderot³³, Filangieri³⁴, Condorcet³⁵, Pagano³⁶, Bentham³⁷, Constant³⁸, Lauzé di Peret³⁹ y Carrara⁴⁰, denunciando con fuerza la «atrocidad», la «barbarie», la «injusticia» y la «inmoralidad» de la prisión provisional, reclamando su limitación, tanto en la duración como en los presupuestos, a las «estrictas necesidades» del proceso.

Ninguno de ellos llega, sin embargo, a pedir coherentemente la supresión del vituperado instituto: cual si se tratase de una «injusticia necesaria»⁴¹ o, incluso, como llegó a declarar Sir William Blackstone, como si sin él fuese «imposible proteger el derecho y la sociedad»⁴². Hobbes justificó el «encarcelamiento» con la necesidad de la «custodia segura de un acusado», afirmando que en tal caso ésta «no constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública»⁴³. Beccaria, después de haberla estimado «necesaria» contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, llegó a considerarla «una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito»⁴⁴. Filangieri admitió que «sólo se debería llegar a este paso violento de la captura... cuando el acusado no quisiese obedecer a la citación, o cuando la gravedad del delito o la condición del mismo acusado, si fuese un hombre sin domicilio y sin honor, diesen motivo para temer su fuga»⁴⁵. Constant reconoció la misma «necesidad», si bien sólo para «asegurar a las personas sospechosas de un delito»⁴⁶. Bentham pidió la «detención incomunicada» del imputado hasta el interrogatorio, admitiendo a partir de ahí no la liberación, sino la simple posibilidad de visitas externas»⁴⁷. Pagano señaló «cuánto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena»⁴⁸. Carrara, en fin, después de haber declarado que «la custodia preventiva, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera», admitió que puede ser ordenada, aparte de «para impedir la fuga del reo», también por necesidades de «defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos

que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno»⁴⁹. En definitiva, aunque en nombre de «necesidades» diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva —sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obtaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal—, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.

La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida «procesal», o «cautelar», y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*.

Con la llegada del fascismo, al entrar abiertamente en crisis la presunción de inocencia⁵⁰, ya no hubo frenos para el uso y el abuso de la prisión preventiva y su abierta legitimación, sin púdicos juegos de palabras, como «medida de seguridad procesal»⁵¹, «necesaria para la defensa social»⁵² e indispensable siempre que el delito haya causado una «grave alarma pública»⁵³. Así, si el código de procedimiento penal de 1865 preveía como regla el carácter facultativo de la orden de captura⁵⁴, y el código de 1913 introducía la excarcelación por el transcurso de los plazos máximos de prisión⁵⁵, el código Rocco amplió enormemente las hipótesis de captura obligatoria y automática⁵⁶, suprimió los términos máximos y con ellos el instituto de la excarcelación por transcurso de los plazos⁵⁷ y condicionó a la valoración de las «calidades morales y sociales de la persona»⁵⁸ tanto la emisión como la suspensión de la orden de captura facultativa. La tutela del inocente quedaba confiada a la vigilancia jerárquica interna⁵⁹, incluso porque no se reconocía ningún poder a la defensa, excluida de hecho de la fase sumarial del juicio⁶⁰.

La prisión preventiva asumía así la fisonomía de una verdadera medida de prevención frente a los peligrosos y los sospechosos o, peor aún, de una ejecución provisional o anticipada de la pena. Y ter-

minaba por desquiciarse completamente la configuración del proceso y, en general, del sistema penal. El elemento más perturbador y aberrante fue sin duda la invención fascista de la obligatoriedad de la captura. Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (peligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad —al derivarse (no de la prueba, sino) de «suficientes indicios de culpabilidad», es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación— equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.

Esta fisonomía de la prisión provisional se ha mantenido también por desgracia después de la entrada en vigor de la Constitución republicana, que asimismo ha consagrado el principio de presunción de no culpabilidad. Con dos leyes, de 1955 y de 1970, se han reintroducido —pero en medida aún mayor que en el código de 1913— los términos máximos y la consiguiente excarcelación después de su transcurso⁶¹. Pero sólo con la ley de 5 de agosto de 1988, y después con el nuevo código procesal, se ha suprimido el doble escándalo de la prisión obligatoria y automática del imputado en espera de juicio, cuya ilegitimidad constitucional había sido denunciada en diversidad de ocasiones⁶², y del poder de captura atribuido asimismo a la acusación pública. Por otra parte, poco después de la ley de 1970 se inició uno de los períodos más vergonzosos de nuestra historia institucional, sobre el que habrá de volverse en la parte cuarta. De año en año, a partir de 1974, los artículos del código procesal dispuestos en garantía de la libertad personal del imputado han sido objeto de innumerables violaciones: duplicaciones y suspensiones de los términos máximos de prisión preventiva en función de los procesos en curso; prolongaciones indiscriminadas, según los tipos de delito, de los ya numerosos casos de captura obligatoria previstos por el código Rocco según la clase de pena; restricciones de los supuestos de libertad provisional y consecuente automatismo e inflexibilidad de la privación de libertad por la simple formalización de la imputación del delito. Finalmente, una ley de 12 de agosto de 1982 incluyó entre los presupuestos de la orden de captura facultativa, junto a los peligros de fuga y alteración de las pruebas de beccariana memoria, la «peligrosidad» social del imputado «en relación con las exigencias de tutela de la colectividad», que ni siquiera el código Rocco había previsto abiertamente⁶³.

Se consumaba así la transformación de la prisión preventiva de medida procesal en medida de policía. Y ha sido consagrada por el art. 274, c) del nuevo código, que ha introducido también como presupuesto de la captura del imputado el «concreto peligro de que éste

cometa» nuevos delitos a causa de su «personalidad». Este punto de llegada estaba ya en la lógica del instituto, una vez admitida su legitimidad por parte de las orientaciones más progresistas, siquiera fuera para las solas necesidades instructoras ya enunciadas por Beccaria: el peligro de fuga del imputado y el riesgo de alteración de las pruebas⁶⁴. La debilidad de esta posición de compromiso, que ha demostrado ser incapaz de contener el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el patético sofisma de la naturaleza no penal del instituto, y es la misma debilidad que ya había aquejado a la posición de los ilustrados. Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por «necesidades procesales», ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por «necesidades penales». En este aspecto tenía razón Manzini: «Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión provisional?»⁶⁵.

3. *La ilegitimidad de la prisión preventiva y la libertad del imputado.* Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por desgracia la provocación ha sido rechazada por toda la doctrina procesalista italiana, que ha retrocedido tímidamente frente a ella. De nuevo, como en el pensamiento liberal clásico, se ha vuelto a invocar la «dura necesidad» y a lamentar la dolorosa «contradicción»; no sin temor a las «consecuencias extremas» de una interpretación literal de la presunción constitucional de no culpabilidad⁶⁶. Y más que preguntarse si de verdad algún fin puede justificar el medio, se ha ido en busca de fines que de cualquier manera lo justifiquen, como si el medio fuera un fenómeno natural, que no precisa justificarse, sino tan sólo ser explicado y a lo sumo delimitado.

Yo pienso, por el contrario, que la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones

durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* —es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato— porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas, como veremos en la parte cuarta, se ha disuelto —en el nuestro como en otros ordenamientos— la función de tutela del derecho penal y el papel mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces pero no tan garantistas.

El interrogante que debemos volver a plantear es entonces si la prisión preventiva es verdaderamente una «necesaria injusticia», como pensaba Carrara, o si en cambio es sólo el producto de una inconfesada concepción inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar y sobre todo, más allá de las virtuosas proclamaciones contrarias, presuntamente culpable. Este interrogante debe ser afrontado sobre todo desde el punto de vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para de este modo no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable⁶⁷. Y debe ser afrontado, en segundo lugar, desde el punto de vista interno o constitucional, poniendo en relación la prisión preventiva no sólo con la presunción de no culpabilidad sino también con el conjunto de las demás garantías penales y procesales establecidas por la Constitución y violadas directa o indirectamente por aquélla.

¿Cuáles son entonces, si es que son, las «necesidades» —y no las meras conveniencias— satisfechas por la prisión sin juicio? Ya he hablado de la manifiesta incompatibilidad, reconocida por la doctrina más avisada, entre el principio de presunción de inocencia (o incluso sólo de no culpabilidad) y las finalidades de prevención y de defensa social, que también después de la entrada en vigor de la Constitución un nutrido grupo de procesalistas ha continuado asociando a la prisión del imputado en cuanto presunto peligroso⁶⁸. Quedan las otras dos finalidades: la del peligro de alteración de las pruebas y la del peligro de fuga del imputado, ya indicadas por Beccaria y reconocidas como únicas justificaciones por la doctrina y la jurisprudencia más avanzadas. Es cierto que ambos argumentos asignan al instituto finalidades estrictamente cautelares y procesales. Pero ¿es este motivo suficiente para considerarlos fundados? En otras palabras, las dos finalidades procesales ¿son verdaderamente legítimas y, en todo caso, no desproporcionadas al sacrificio impuesto por el medio para obtenerlas? O ¿es que no existen medios tan pertinentes pero menos gravosos que hagan no «necesario» el recurso a la prisión sin proceso?

Diremos inmediatamente que la necesidad de impedir la alteración de las pruebas no debe confundirse con la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión en el secreto de la instrucción. El interro-

gatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino sólo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa. Su asunción coactiva es, pues, un fin no sólo no necesario sino simplemente ilegítimo⁶⁹, cuya utilización «para arrancar la confesión del reo» —son palabras de Francesco Carrara— demuestra que «no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el *calabozo*, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado»⁷⁰.

Es más plausible, cuando se trate de delitos particularmente graves y complejos, la exigencia instructoria de que el imputado no pueda encontrarse, antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas. Pero una exigencia de esta clase puede verse satisfecha, mejor que por la prisión cautelar, por el simple traslado coactivo del imputado ante el juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario —horas o al máximo días pero no años— para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizá para realizar las primeras comprobaciones acerca de sus disculpas. Es éste, como afirma Bentham, el único período de tiempo en que, al acusado, es «necesario aislarlo»⁷¹. Es claro que una medida de este tipo, además de producir una limitación de la libertad personal incomparablemente más breve que la prisión preventiva, tendría menor resonancia pública y no produciría, o al menos reduciría, los efectos infamantes y difamatorios de la acción penal que constituyen hoy uno de los aspectos (extra-legales y extra-judiciales) más humillantes y aflictivos de todo el sistema punitivo. La única noticia que llegaría al público es la de un ciudadano que ha sido conducido ante un magistrado para ser interrogado acerca de un delito.

Pero después del interrogatorio y de la inmediata comprobación de los argumentos de defensa, la prisión del imputado pierde toda justificación. «Desde que el individuo, en esa forma aislado, ha prestado su testimonio», dice Bentham, «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»⁷². Pero entonces —debemos preguntarnos—, si llegados a este punto las posibilidades del imputado de alterar las pruebas quedan excluidas o al menos sustancialmente reducidas, ¿por qué no hacer cesar no sólo su estado de aislamiento sino también el de prisión? ¿Por qué no abrir las puertas de la cárcel para hacerlo salir en vez de sólo para hacer entrar a sus conocidos y parientes? Excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro

efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos —la acusación, el actor civil u otros interesados— manipulen las pruebas. «Si esa clausura absoluta» —escribe Bentham en apoyo sólo del cese del aislamiento a partir del interrogatorio— «se prolongase hasta el día de la audiencia definitiva, el más inocente de los hombres llegaría al tribunal sin haberse podido hacer aconsejar ni reunir sus pruebas, y no estaría en condiciones de enfrentarse con sus acusadores»⁷³. ¿Pensamos quizá que sería muy distinta de ésta la condición de un preso, aunque no estuviera en total aislamiento, con los pocos contactos y las escasísimas posibilidades que existen en la cárcel de organizar investigaciones y recoger pruebas para la defensa? Por lo demás, si la prisión preventiva, como admite Bentham, no debe servir para aislar al imputado después del primer interrogatorio, ¿qué queda de su función procesal? Desde este punto de vista, en definitiva, la prisión preventiva después del interrogatorio puede valorarse positivamente sólo por quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio.

Todavía más infundado es el segundo motivo que para Beccaria justificaría la prisión preventiva: el peligro de fuga del imputado. Aceptando que la fuga temida podría producirse, una vez admitida la presentación coactiva ante el juez, sólo después del interrogatorio, es fácil advertir también en este caso la circularidad de la argumentación. El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse. Es «el rigor extremo de vuestro procedimiento criminal», exclamaba Voltaire hace dos siglos, «quien le obliga a esta desobediencia. Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible; no permitís el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya le hubieseis juzgado culpable. Los testigos que deponen contra él son oídos secretamente. Sólo los ve un momento en la confrontación... ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse?»⁷⁴. Y este miedo que lo empuja a la fuga, añadimos, ¿no es el signo de su justificada desconfianza en sus jueces, y por tanto de la ilegitimidad del procedimiento? «¡Oh jueces!», concluía Voltaire, «queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilitadle los medios de defenderse»⁷⁵.

Pero incluso de no tener en cuenta esta circularidad, ¿por qué el peligro de fuga de un imputado ya interrogado tendría que bastar para

justificar una violación, tan grave y perturbadora de todas las garantías penales y procesales, como es la pena anticipada sin juicio? La verdad es que semejante peligro no es un gran peligro. Sobre todo es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, sobre todo en los días inmediatamente anteriores a la sentencia. En segundo lugar, la fuga decidida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima, semejante a la antigua *acqua et igni interdictio* prevista por los romanos como pena capital⁷⁶. En tercer lugar, cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado, se habría conseguido en la mayor parte de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal. En definitiva, el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas. Un ordenamiento —por ejemplo— que previera la pena de muerte muy difícilmente podría renunciar por algún tiempo a poner las manos sobre el acusado para colocarle a buen recaudo después de la condena al verdugo. De ello se desprende que la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. En particular, la abolición de la pena privativa de libertad o incluso sólo la reducción de la duración máxima de la misma a diez años —propuesta en el apartado 31—, al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después la desaparición de la prisión preventiva.

4. *Un proceso sin prisión provisional.* Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas. La única necesidad procesal que puede justificar una coacción momentánea —la de evitar la contaminación de las pruebas antes del primer interrogatorio— se vería satisfecha, al menos en parte, por la presentación coactiva del imputado ante el juez, al objeto de hacer posible la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas sin la oportunidad de preparar alteraciones fraudulentas. Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y éste es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser.

Añadiré que la misma presentación, si se quiere que la leve restricción de la libertad que comporta no sea desproporcionada al valor de los bienes lesionados por el delito por el que se procede, se justifica sólo en los procesos por los delitos más graves y a partir de exigencias de la instrucción debidamente motivadas. Por otra parte, después del interrogatorio, pueden darse dos situaciones: o se estima que existen pruebas suficientes de culpabilidad y entonces no hay razón para diferir el juicio y no llevar al imputado ante el juez, para proceder al enjuiciamiento en las formas simplificadas previstas hoy para el juicio *directissimo* o para el juicio inmediato; o, bien, no existen tales pruebas y entonces el imputado tendrá derecho a no ser secuestrado durante el juicio y a defender en libertad su presunción de inocencia.

Es inútil decir que, en nuestro país, la abolición de la prisión preventiva aquí propuesta estaría favorecida hoy por la reciente reforma en sentido acusatorio de los demás aspectos del proceso penal. Además, técnicamente sería tanto más fácil y plausible cuanto más se acelerasen los tiempos del proceso: precisamente, cuanto más satisfecha fuera la regla de Bentham conforme a la cual una pena puede ser tanto menos severa cuanto más rápida e infalible sea su aplicación⁷⁷. Hoy, como veremos en el apartado 47 a propósito de nuestro ordenamiento, la infalibilidad y prontitud de la pena auspiciadas por Beccaria y Bentham han sido sustituidas por la inmediatez y la infalibilidad de la prisión provisional⁷⁸. Y ésta a su vez ha provocado la dilatación de los procesos exactamente en la misma medida en que se ha prolongado su duración máxima⁷⁹. Lo ideal sería, por el contrario, que el interrogatorio del imputado y su eventual presentación ante el juez coincidieran con el primer juicio; y que en todo caso se redujese al mínimo —los días necesarios para la notificación— el intervalo entre el envío a juicio y el juicio mismo. De ello se seguiría, con el acortamiento de los términos procesales, un seguro incremento de la eficacia judicial. Pero sobre todo resultaría reforzada la confianza en la magistratura y restaurada la certeza del derecho. La supresión de la cárcel sin proceso, al eliminar el miedo y rehabilitar las funciones cognitivas con respecto a las potestativas de la jurisdicción, resolvería, en suma, mejor que cualquier otra reforma, la crisis de legitimación del poder judicial y restituiría a los jueces su papel de garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos, actualmente desatendido.

No se me oculta que la propuesta que acaba de avanzarse puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras. La alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional. Puede ser que en ello haya algo de verdad: una parte de la opinión pú-

blica asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables. Una idea ésta exactamente opuesta tanto al sentimiento asimismo común de la justicia, a que antes me he referido, y que resulta ofendido por la privación de libertad de una persona sin pruebas, como a los principios de libertad y verdad que hemos reconocido como fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Esto quiere decir que las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes; y que es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción.

39. ¿Cuándo juzgar? El principio acusatorio

1. *La inderogabilidad del juicio. La ilusión panjudicialista y la inflación del proceso penal.* El principio de jurisdiccionalidad contenido en el axioma A7 *nulla culpa sine iudicio* no expresa únicamente la garantía de la presunción de inocencia del imputado. Tiene también el valor de una norma de organización sobre la *inderogabilidad del juicio* cuando el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena. La inderogabilidad del juicio penal postulada por primera vez en Inglaterra en 1689, por el art. 7 del *Bill of Rights*⁸⁰, quiere decir a su vez dos cosas, ambas conexas con el principio de *legalidad*: que el juicio es *indeclinable*, en el sentido de que el juez no puede sustraerse a él, sea cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es *fungible*, en el sentido de que no puede ser sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados. En el primer sentido, la inderogabilidad designa una obligación del juez, que en el ordenamiento italiano es correlativa a la de la acusación; en el segundo, designa el monopolio judicial de la represión penal, es decir, la necesidad de que ésta se desarrolle a través de las formas del juicio y sea encomendada a la competencia exclusiva del juez ordinario. En ambos sentidos remite a la organización de la actividad judicial: por un lado, a la distribución de funciones entre juez y acusación y a las condiciones que definen la figura del *juez*; por otro, a los procedimientos y métodos de averiguación que definen el *juicio*.

El principio de inderogabilidad del juicio, aunque esté acompañado, como en nuestro ordenamiento, por el de obligatoriedad de la acción penal, no significa que ningún delito deba quedar sin juicio e impune, sino sólo que el «si», el «cuándo» y el «cómo» del juicio no son discrecionales. La idea de perfección y plenitud de la intervención judicial es la primera ilusión que hay que abandonar. Fueron bien conscientes de ello los criminalistas de la Escuela Clásica, que advirtieron del carácter absurdo y funesto de la pretensión panjudicialista. «La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos», escribió Carrara, «lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror»⁸¹. Y Pagano puso en guardia contra el celo inquisitivo y las ideologías eficientistas, al denunciar «el arbitrario e immoderado poder» que «sería necesario» dejar «en las manos del juez» si se quisiera «que el más ligero fallo no quedase impune», así como el precio «de violencias necesarias y atentados contra la libertad del inocente» que sería necesario pagar por el descubrimiento de todo «delito oculto»⁸².

Por desgracia la ilusión panjudicialista ha emergido de nuevo en nuestros días a través de la concepción del derecho y del proceso penal como remedios al mismo tiempo exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones endémicas del tejido social y del sistema político, a las más minúsculas transgresiones de innumerables leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente, a causa de la conocida ineficacia de los controles y de las sanciones no penales. El resultado es un papel de suplencia general de la función judicial respecto de las demás funciones del estado —de las políticas y de gobierno a las administrativas y disciplinarias— y un incremento totalmente anómalo del número de asuntos penales. Hoy sería desde luego impensable una ley como la atribuida por Filangieri a Solón, que prohibía celebrar más de un juicio en un solo día⁸³. Si se piensa que el número de procesos tramitados anualmente en un país como Italia supera los tres millones, habrá que reconocer las dimensiones patológicas que ha asumido la inflación de la justicia penal. El fenómeno, como veremos en la parte cuarta, se debe a múltiples causas y a distintas responsabilidades. Pero lo cierto es que amenaza ya de forma radical el papel garantista de la justicia penal, comprometiendo su eficiencia y dirigiéndola hacia formas de derecho penal máximo y autoritario.

2. *Proceso acusatorio y proceso inquisitivo. Modelos teóricos y tradiciones históricas.* La definición del papel y de la colocación institucional del juez y, por otra parte, la determinación de los procedimientos que forman el *juicio* son, respectivamente, el objeto de las garantías *orgánicas*, de las que hablaré en el apartado 40, y de las garantías *procesales*, de las que lo haré en el apartado 41. Los dos ór-

denes de garantías, conectados entre sí lógicamente y funcionalmente, cambian en profundidad según el carácter *acusatorio* o *inquisitivo* del sistema procesal al que pertenecen y al que en su conjunto sirven para caracterizar. Por ello, se hace necesario hablar previamente de esta dicotomía.

La distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico. Es preciso señalar que las diferencias identificables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las detectables en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente. Por ejemplo, sí forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; no puede decirse lo mismo de otros elementos que, aun perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son lógicamente esenciales a su modelo teórico, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al poder ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios del jurado, etc. Por otra parte, si son típicamente característicos del sistema inquisitivo la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa y el carácter escrito y secreto de la instrucción, no lo son, en cambio, de forma tan exclusiva, institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva, como la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal, el carácter público de los órganos de la acusación, la pluralidad de grados de la jurisdicción y la obligación del juez de motivar sus decisiones. Esta asimetría ha sido fuente de muchas confusiones, habiendo dado lugar a que a menudo fueran considerados como esenciales de uno u otro modelo teórico elementos pertenecientes de hecho a sus respectivas tradiciones históricas, pero lógicamente no necesarios en ninguno de los dos o compatibles con ambos.

Como es obvio, la construcción teórica de los dos modelos y la decisión sobre lo que en ellos es esencial y lo que es, por el contrario, contingente, son ampliamente convencionales, apareciendo vinculadas tan sólo a la tendencial presencia de los elementos asumidos como constitutivos en las respectivas tradiciones históricas y, sobre todo, a su compatibilidad lógica. La selección de los elementos teóricamente esenciales en los dos modelos está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva. Todo esto hace todavía más esencial distinguir en el plano metodológico, con toda claridad, la noción teórica y convencional de los dos modelos, de la reconstrucción de sus rasgos empíricos en las diversas experiencias históricas, para evitar operaciones ideológicas de falsificación histórica, o construcciones teóricas lógicamente incon-

sistentes y axiológicamente inservibles. Aunque esta reconstrucción pueda aportar luz acerca de los nexos funcionales que ligan los diversos elementos de cada modelo teórico, en la experiencia práctica no aparecen nunca en estado puro, sino siempre mezclados con otros, que no son ni lógica ni axiológicamente necesarios. Ello depende de espontáneas y contingentes dinámicas histórico-políticas, o de explícitas opciones legislativas en forma de compromisos, o también del hecho de que muchos principios que responden a una u otra tradición han terminado por afirmarse en la época moderna como universalmente válidos y por figurar, en consecuencia, al menos sobre el papel, en todos los ordenamientos procesales evolucionados: piénsese, por ejemplo, en el carácter público y no privado de la acusación, de ascendencia inquisitiva, o bien en la libre convicción del juez, en el principio de contradicción y en los derechos de defensa, de extracción acusatoria.

Hechas estas indispensables consideraciones previas, me parece que la dicotomía «acusatorio/inquisitivo» es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de *juez*; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento.

Más complejos y articulados todavía son los rasgos históricos de las dos tradiciones, que han venido desarrollándose y aproximándose durante siglos, de forma paralela, a las cambiantes vicisitudes de los regímenes políticos —unas veces democráticos, otras despóticos—, de los que siempre han sido expresión⁸⁴. Es pacífico que el proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del

carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio⁸⁵. Si, en efecto, el paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y muy pronto público, la titularidad de la acusación permanece largo tiempo en manos de la parte ofendida o de su grupo familiar, para después, en una época posterior, transferirse a la sociedad y, por su cauce, a cada ciudadano particular⁸⁶. Es precisamente de esta naturaleza *privada* o *polar* —y en cualquier caso voluntaria— de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano *ordinario*, los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir, la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular. No por casualidad, las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio por los *delicta publica*, comenzando por los *crimina laesae maiestatis* de subversión y conjura, en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el estado⁸⁷. Una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, «la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia» y por la «oculta calumnia», que se convirtieron en un «instrumento de la tiranía»⁸⁸. Nació así, con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (los *irenarchi*, los *curiosi*, los *nunciatores*, los *stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura⁸⁹.

Tras la caída del imperio romano, el proceso se vuelve acusatorio, confundándose en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales⁹⁰, evolucionando después en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII⁹¹, y desarrollándose y consolidándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del *adversary system*⁹². Pero la inquisición reapareció en el siglo XIII, con las Constituciones de Federico II en los procesos por crímenes de lesa majestad⁹³ y, bajo formas todavía más terribles y feroces, en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería, donde el ofendido era Dios, y, por ello, la acusación era obligatoria y pública, y la investigación de la verdad no admitía incertidumbres, ni toleraba el contradictorio, exigiendo, en cambio, la colaboración forzosa del acusado⁹⁴. Al menos teóricamente, como ya en el derecho romano tardío, el rito inquisiti-

vo mantuvo siempre un carácter *extraordinario* respecto del acusatorio, que prevalecía sobre el primero siempre que se formulase acusación⁹⁵. Lo que interesa, sin embargo, es que —una vez que se afirmó el principio según el cual «*iudex ex officio procedere potest in criminalibus etiam absente accusatore*»⁹⁶— el proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundándose después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipos de delitos⁹⁷; complicándose a causa de la multiplicación de los fueros y lo incierto de las competencias⁹⁸; organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento⁹⁹; generando y, a su vez, alimentándose, de aquella «multitud de formalidades» de «intrigas y laberintos» inventados por las «milicias togadas» y las «doctorales legiones»¹⁰⁰ que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores¹⁰¹.

La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad de este proceso es uno de los motivos que animaron a la Ilustración reformadora. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, todo el pensamiento ilustrado fue concorde al denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, así como en el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano¹⁰². Fue por ello natural que la Revolución francesa adoptase —en la fase inmediatamente posterior al 89— el sistema acusatorio, basado en la acción popular, el jurado, el juicio contradictorio, la publicidad y oralidad del juicio y la libre convicción del juez¹⁰³. Pero la experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la Revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel «monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo», que fue el llamado «proceso mixto»¹⁰⁴, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

El modelo napoleónico del proceso mixto se difundió durante el siglo pasado en toda Europa¹⁰⁵, echando sólidas raíces sobre todo en Italia. Impuesto al reino de Italia contra el proyecto de codificación elaborado por Romagnosi en 1806¹⁰⁶, fue recogido por el código borbónico de 1819, el de Parma de 1820, el pontificio de 1831, el toscano de 1838 y los piemonteses de 1847 y 1859; y se conservó ininterrumpidamente, con variaciones sólo marginales, en el código italiano de 1865, en el de 1913 y, finalmente, en el código Rocco de

1930. La mezcolanza y el compromiso entre los dos modelos han tenido continuidad en la etapa republicana a través de la introducción de débiles elementos acusatorios en la fase instructoria, pero, al mismo tiempo, de mayores atribuciones judiciales conferidas a los órganos instructores¹⁰⁷. Con ello se ha producido una ulterior acentuación del carácter de juicio autónomo de la fase instructora y una progresiva pérdida de contenido de la fase de enjuiciamiento, reducida a mera y prejuzgada duplicación de la primera. El resultado, como veremos en la parte cuarta, ha alcanzado así unos caracteres de irracionalidad y despotismo sólo equiparables a los del proceso premoderno y sólo superados en parte por el nuevo código de procedimiento penal.

3. *La separación de juez y acusación. Publicidad y obligatoriedad de la acción penal. El ministerio público.* La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione*, es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico SG. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*—, sino también, y sobre todo, el papel de *parte* —en posición de paridad con la defensa— asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado¹⁰⁸. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.

Por el contrario, entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional, que sin embargo ha caracterizado siempre a la experiencia práctica —antigua y moderna— del proceso acusatorio. Para disipar el equívoco que se esconde tras de la idea de ese nexo y para comprender mejor los términos de la alternativa entre obligatoriedad y discrecionalidad de la acción penal conviene remontarse a los orígenes del proceso acusatorio. Es claro que en el antiguo proceso acusatorio, donde la iniciativa penal estaba atribuida a la parte ofendida o a cualquier ciudadano, el poder de acusación sólo podía ser discrecional. En un sistema de este género la discrecionalidad estaba, en efecto, no sólo lógicamente implicada, sino incluso axiológicamente justifi-

cada por el carácter privado o sólo popular de la acción, cuya omisión, en coherencia con el carácter todavía tendencialmente privado del mismo derecho penal sustancial, era indicativa de tolerancia o cuando menos falta de reacción social frente al delito.

Pero al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general no sólo de las venganzas sino asimismo de los delitos, también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos: primero, como se ha visto, mediante la atribución a cada ciudadano de la acción civil y popular por los *delicta publica*¹⁰⁹, y después, con la institución de un acusador o ministerio público¹¹⁰, ante los órganos judiciales. En la época de la Ilustración se discutió ampliamente sobre la oportunidad de confiar la acusación pública a un «vengador público», como lo llamaría Montesquieu¹¹¹, o bien restablecer su carácter popular, reservando a un órgano público, como propuso Filangieri, funciones sólo subsidiarias o supletorias¹¹². La primera solución se impuso en la Europa continental: en Austria, con la Constitución criminal teresina de 1768, que abolió la «acusación voluntaria»¹¹³, y, sobre todo, en Francia, con la Constitución del año VIII y después con el código de procedimiento de 1808 y el ordenamiento judicial de 1810, que instituyeron el monopolio de la acción penal atribuyéndoselo a un «ministerio público» de designación gubernativa, producido después más o menos íntegramente en Italia y en casi todo el continente europeo¹¹⁴. La segunda opción es la que se afianzó en los ordenamientos anglosajones, que terminaron también por confiar el ejercicio de la acción penal a órganos sustancialmente públicos (el *Director of Public Prosecutions* y el *Attorney General*), aunque en concurrencia con formas más o menos residuales de acción popular¹¹⁵. Pero en ningún caso volvió a ponerse en discusión el principio de *publicidad de la acción*, que a partir de entonces pasó a ser una adquisición pacífica de toda la experiencia procesal contemporánea.

La discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, que se ha conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios¹¹⁶, son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad —que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales— representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo mu-

chos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio¹¹⁷. El sistema —introducido también en Italia en la forma subrepticia de «negociaciones» sobre la pena o sobre el procedimiento, de lo que hablaré en el apartado 45.5— presenta sin duda la ventaja de la máxima eficacia, si es cierto que permite resolver más del 90% de los casos con el *guilty plea* y reservar sólo para los pocos casos restantes los cuidados perfiles garantistas del *trial by jury*. Pero esta ventaja se obtiene al precio de una pesada connotación policial y burocrática del grueso de la justicia penal y de una evidente discriminación en perjuicio de cuantos, por su situación económica, son obligados a renunciar, no sólo como entre nosotros, a una defensa adecuada, sino incluso a un justo proceso, como si se tratase de un lujo inaccesible.

Una vez excluido que el modelo teórico acusatorio suponga necesariamente la discrecionalidad de la acusación, debe entenderse, por el contrario, que comporta, lógica y funcionalmente, el principio opuesto de la *obligatoriedad* y la *irrevocabilidad* de la acción penal por parte de los acusadores públicos, bien se prevea como exclusiva o, por el contrario, en concurrencia con formas más o menos amplias de acción popular y voluntaria. En el plano lógico, este principio, expresado en nuestras tesis T25 y T50 *nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*, es una consecuencia de la inderogabilidad del juicio postulada por nuestras tesis *nullum crimen, nulla culpa sine iudicio* y por el mismo principio acusatorio *nullum iudicium sine accusatione*. En el plano funcional, es consecuencia de las mismas razones que la publicidad de la acusación, hoy ya presente en todos los ordenamientos evolucionados: la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.

Diré incluso que si el proceso mixto de tipo francés e italiano, nacido de la yuxtaposición de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio, es un «monstruo», no lo es menos el proceso anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Porque, en efecto, es completamente absurda la figura de un acusador *público* —poco importa que sea electivo— no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales sean merecedoras de persecución o también de predeterminar la medida de la pena negociando con el imputado. Es obvio que si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad de su ejercicio para los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendi-

dos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto¹¹⁸. Al contrario que en la tradición inquisitiva, donde la acusación era obligatoria para los ciudadanos y, de hecho, discrecional para los acusadores públicos¹¹⁹, la acción penal debe ser, en suma, un deber para los órganos del ministerio público y un derecho para los ciudadanos.

Por otra parte, por «obligatoriedad» de la acción penal no debe entenderse, como se ha dicho a propósito de la «inderogabilidad» del juicio, un irrealizable deber de proceder por el más «leve» u «oculto delito», sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución, cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad. En este sentido, la obligatoriedad de la acción penal es sólo un aspecto, o si se quiere un corolario, de otros rasgos estructurales y esenciales del sistema garantista SG: sobre todo de la *legalidad* o sujeción sólo a la ley de toda la función judicial, que excluye su activación conforme a criterios puramente arbitrarios y potestativos; en segundo lugar, de la *indisponibilidad* de las situaciones penales, que impide el valor dirimente de la confesión del imputado o el poder absolutorio de los órganos de la acusación y, en general, la relevancia de las transacciones, aceptaciones o renunciadas, entre las partes en causa; en tercer lugar, del principio de *igualdad* penal, que excluye toda disparidad de tratamiento de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso, o, peor aún, a valoraciones acerca del comportamiento procesal del imputado y en particular sobre su disponibilidad a entrar en tratos con la acusación.

Estos mismos principios y el de obligatoriedad de la acusación que de ellos se sigue exigen, en fin, la extensión a los órganos requirentes de las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales. También sobre este punto es necesario romper con un lugar común: la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, e incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, sólo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia.

4. *Procedibilidad de oficio y condiciones de procedibilidad.* La publicidad y la obligatoriedad de la acción penal no se ven negadas

por el hecho de que en algunos casos el ejercicio del poder de acusar esté subordinado a ciertas manifestaciones de voluntad configuradas por la ley como *condiciones de procedibilidad*, como la presentación de la *querrela* o *denuncia* por parte del ofendido, o bien de *petición* o *autorización* por parte de los órganos del poder ejecutivo. Todos estos actos son, en efecto, condiciones tanto necesarias como suficientes de la procedibilidad penal, de manera que, como no constituyen acciones en sentido propio, sino sólo circunstancias necesarias en ausencia de las cuales la acción carece de viabilidad, su presencia es suficiente para que los órganos de la acusación pública estén obligados a actuar. La discrecionalidad, en consecuencia, no es en tales casos del ministerio público, y menos aún del juez, sino sólo de la parte ofendida o de la autoridad pública, a los que el ordenamiento reserva el poder de decidir sobre la oportunidad de una tutela penal del bien ofendido por el delito.

Es útil distinguir entre *condiciones objetivas* y *condiciones subjetivas* de procedibilidad. Son condiciones objetivas las que se refieren a la naturaleza del *delito*: como la querrela, la denuncia y la petición, dejadas al criterio de la parte ofendida o del gobierno en función de la calidad del bien lesionado o del hecho de que el delito se haya producido fuera del territorio nacional. Son, sin embargo, condiciones subjetivas las que hacen referencia al carácter del *reo*: como la autorización para proceder contra parlamentarios o la vieja «garantía administrativa», que constituyen inmunidades reservadas a algunas personas.

El valor de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, expresado en el apartado 36.2 con la prohibición de normas penales cuasi constitutivas, y el principio de inderogabilidad del juicio enunciado con el axioma A7 en el primer punto de este apartado excluyen la legitimidad de todas las *condiciones subjetivas de procedibilidad*, es decir, de cualquier forma de *inmunidad* en favor de sujetos privilegiados. Tales inmunidades, aunque se remontan al derecho romano y tuvieron amplia difusión durante el *ancien régime*¹²⁰, recibieron una legitimación política precisamente de la Revolución francesa, que quiso con ellas tutelar —derogando el principio de igualdad, pero en nombre de la separación de poderes— la independencia de las funciones legislativa y ejecutiva de las interferencias del poder judicial¹²¹. La más odiosa de todas fue sin duda la llamada «garantía administrativa», es decir, la autorización del gobierno para proceder contra funcionarios públicos por actos concernientes a su oficio. Introducida en Francia por una serie de leyes de 1789 y 1790, y después por el art. 75 de la Constitución de 13 de diciembre de 1799, fue suprimida por un decreto de 19 de septiembre de 1870¹²². Pero pasó a Italia¹²³, donde permaneció hasta la República, aunque limitada a algunos funcionarios, como los prefectos, sub-prefectos, alcaldes y cuantos hacían sus veces, para los delitos cometidos con ocasión de su oficio (sobornos,

corrupciones, falsedades, etc.), en virtud de los arts. 8 y 110 de la ley de 20 de marzo de 1865, reproducidos fielmente por todas las sucesivas versiones de la ley municipal y provincial —n. 5921 de 10 de febrero de 1889, n. 164 de 4 de mayo de 1898, n. 269 de 21 de mayo de 1908, n. 148 de 2 de febrero de 1915 y n. 383 de 3 de marzo de 1934— y finalmente anulados por sentencia de la Corte constitucional n. 4 de 18 de febrero de 1965¹²⁴; a los oficiales y a los agentes de policía por hechos cometidos durante el servicio y relativos al uso de las armas, al amparo del art. 16 del viejo código de procedimiento penal, anulado por sentencia n. 94 de 18 de junio de 1963, de la misma Corte constitucional¹²⁵; a los oficiales y empleados públicos, por el falso testimonio, o las negativas a declarar cometidas para tutela de secretos de estado, en aplicación del art. 352 del mismo código, derogado por el art. 15 de la ley n. 801 de 24 de octubre de 1977. Las únicas inmunidades todavía previstas en nuestro ordenamiento, como en muchos otros contemporáneos, son la de los parlamentarios, del art. 68, 2.º y 3.º de la Constitución, que de ser garantía de los representantes del pueblo frente al poder del rey han pasado desde hace tiempo a transformarse en un privilegio de poder, y la análoga prevista para los jueces de la Corte constitucional por el art. 3 de la ley constitucional n. 1 de 9 de febrero de 1948¹²⁶.

Las *condiciones objetivas de procedibilidad*, que si bien desde diversos puntos de vista expresan simplemente la tendencia a la minimización del derecho penal, cuando faltan o desaparecen los fines que justifican la pena, responden a lógicas completamente diversas. Así, el fundamento de la querrela y de los demás institutos menores asimilables a ella (aunque menos justificables) —la autorización del ministro de justicia para algunos delitos contra el estado, la solicitud ministerial o la instancia de la parte ofendida para delitos cometidos en el extranjero— se identifica con la asunción de la finalidad de evitar que los perjudicados pudieran llegar a tomarse la justicia por su mano, no sólo como prioritaria, según lo que se ha dicho en el capítulo 6, sino como exclusiva. En particular, la querrela —que es indudablemente un residuo de la acción privada— se justifica con la antigua distinción, que se entiende todavía fundada, entre *delicta publica* y *delicta privata*: los primeros, lesivos de intereses intersubjetivos y de derechos subjetivos fundamentales e *indisponibles*; los segundos, lesivos de derechos e intereses *disponibles* y confiados por completo a la autonomía de su titular¹²⁷. Sería insensato, en una perspectiva de derecho penal mínimo, proceder de oficio en el caso de los delitos que ofenden derechos disponibles, cuando la parte ofendida no tiene interés en su persecución. El único problema —de justificación externa o política— es el de los criterios de determinación de los delitos en los que existe un interés público autónomo para proceder, con objeto de prevenir otros nuevos, y aquellos en los que tal interés está condicionado a la reacción de la parte ofendida.

Parecería evidente, en un modelo de derecho penal mínimo, que entre los delitos perseguibles en virtud de querrela deberían estar todos aquellos en los que el bien lesionado es *disponible*: en estos casos la querrela es una garantía esencial de la autonomía de la parte ofendida y más concretamente de su disponibilidad del bien. Pero el problema se desplaza en ese caso a la identificación de los bienes disponibles. ¿Qué bienes hay que valorar como disponibles y cuáles como indisponibles? Parece pacífico que la categoría más ejemplar de bienes disponibles tendría que ser la de los bienes patrimoniales privados; de modo que deberían resultar perseguibles a instancia de parte todos los delitos contra la propiedad privada: no sólo la apropiación indebida, la insolvencia fraudulenta o los daños, sino también el hurto, la estafa, la receptación, y otros similares. Tal, por ejemplo, fue la opinión de Condorcet¹²⁸, que permaneció extrañamente aislada y desatendida por casi todas las legislaciones. En efecto, ¿por qué el hurto, la estafa u otros delitos que lesionan bienes alienables y negociables por su naturaleza deben ser perseguibles de oficio? ¿Qué interés superior, que no sea ideológico o simbólico, se protege por el estado al proceder de oficio en materia de propiedad? Si no es al propietario concreto al que se intenta tutelar, dado que se procede incluso contra su voluntad, ¿no será quizá la idea o el valor abstracto de la propiedad lo que constituye el objeto de las normas sobre el hurto? Deberían, en cambio, ser juzgadas de oficio todas las lesiones personales, incluso las culposas, que produzcan menoscabo de ese bien indisponible y fundamental que es la integridad de la persona. Es evidente que el problema remite a la escala de bienes y de valores que se consideran merecedores de tutela penal incondicionada, o bien condicionada a la iniciativa de la parte ofendida. Y esta escala en la mayor parte de los ordenamientos expresa una injustificada valorización de la propiedad privada.

Existe además un segundo criterio de determinación de los delitos perseguibles mediante querrela, seguramente más problemático y controvertido que el de la disponibilidad de los bienes: es la tutela de la autonomía y del interés de la intimidad de la parte ofendida que podría resultar violentada por un proceso público como lo es el penal. El problema se ha planteado dando lugar a infinitas polémicas e incomprensiones, a propósito del reciente proyecto de ley contra la violencia sexual. En este caso está fuera de discusión el carácter indisponible y fundamental del bien lesionado, que justificaría la procedibilidad de oficio. Pero también es evidente la necesidad de tutelar la autonomía de la parte ofendida, que podría considerar como una segunda violencia un proceso que la obligase a enfrentarse públicamente con su agresor¹²⁹. La tutela de la autonomía de la parte ofendida es quizá el valor más importante. Pero como siempre ocurre en opciones de este tipo, existen argumentos tanto a favor como en contra de la querrela y la elección implica el sacrificio de algunos de los valores en conflicto¹³⁰.

Junto a las condiciones de improcedibilidad, por decirlo de algún modo, *originarias* y *negativas*, derivadas de la falta de las condiciones de procedibilidad hasta ahora examinadas, existen, en fin, condiciones de improcedibilidad *positivas* y habitualmente *sobrevenidas* respecto al ejercicio de la acción penal, como la muerte del reo, el desistimiento de la querrela, la prescripción del delito, la misma amnistía y el pago anticipado de la multa en las faltas (*oblazione*). La doctrina penal, siguiendo una innovación introducida por el código de 1930¹³¹, ha caracterizado a estas circunstancias como figuras de derecho material denominándolas de distintas formas: «causas de extinción del delito»¹³², «causas extintivas de la responsabilidad penal»¹³³, «causas extintivas de los efectos penales»¹³⁴ o «causas extintivas de la punibilidad»¹³⁵, aludiendo en todos los casos a un fenómeno improbable y misterioso, cual es la «extinción» del hecho-delito o de sus consecuencias jurídicas, que sería vano tratar de dilucidar empíricamente. Yo pienso que todas estas figuras deberían caracterizarse más propiamente como causas o *condiciones de improcedibilidad*, diferenciándose de la querrela, de la instancia, de la solicitud y de la autorización por el solo hecho de que no es su ausencia sino su presencia lo que paraliza el ejercicio de la acción penal impidiendo su iniciación o su prosecución. También éstas, como las condiciones que remueven las improcedibilidades originarias y negativas, consisten en hechos del todo extraños a la estructura del delito y posteriores a su producción. Y asimismo comportan —a diferencia de las causas sustanciales de exclusión del delito examinadas en el apartado 35.6— no ya la absolución del reo sino el sobreseimiento con la fórmula «no se debe proceder», porque, como dice nuestro código, «la acción no podía ser iniciada o no puede proseguirse»¹³⁶. Por lo demás, su fundamento axiológico no se diferencia del de las condiciones originarias de no procedibilidad. Por ejemplo, la justificación de la improcedibilidad por la prescripción es en buena medida la misma que hemos visto para la improcedibilidad por ausencia de querrela: el transcurso del tiempo sin que nadie haya ejercitado la acusación indica, en efecto, la pérdida de utilidad de las penas por la pérdida de toda su función preventiva y, en particular, de la función primaria, que es evitar que los perjudicados se tomen la justicia por su mano.

40. ¿Qué juez? Las garantías orgánicas

1. *Modelos de juez y modelos de proceso. Jueces ciudadanos y jueces magistrados.* ¿Quién debe ser el juez? ¿Quién es el sujeto legitimado para ejercitar esa compleja potestad que en el capítulo 3 he descompuesto en cuatro poderes —de interpretación de las leyes o de verificación jurídica, de valoración de las pruebas o de verificación fáctica, de connotación equitativa y de disposición discrecional—?

¿Cuáles son las cualidades subjetivas y la colocación institucional que se requieren para el juez a la vista de las funciones —la averiguación de la *verdad* y la tutela de las *libertades*— que constituyen las fuentes de su legitimación? Y ¿cuáles las que mejor garantizan la eficacia y la corrección de la otra potestad, no menos importante y delicada, que es la función acusatoria o requirente?

Estos interrogantes tienen claramente que ver con cuestiones *orgánicas* de justificación externa, previas a las más propiamente *procesales* de las formas y garantías del juicio, y no obstante funcionalmente conectadas con ellas. La elección del modelo de juez —de sus requisitos personales, las modalidades de selección y reclutamiento, su posición constitucional, los criterios de determinación de sus competencias y las formas de control de su actividad— está ligada al modelo de juicio por el que se haya optado y, por ello, a la fuente de legitimación asignada con carácter general a la jurisdicción. Este nexo entre personas y ritos, entre ordenamiento judicial y método procesal, ha estado siempre presente en la doctrina procesalista clásica. Giovanni Carmignani, por ejemplo, combatió duramente el instituto del jurado en nombre del valor garantista asignado por él a la motivación de las sentencias, que consideraba fuera del alcance de los jueces no técnicos o populares¹³⁷; mientras que Francesco Carrara sostuvo con no menos firmeza la tesis opuesta, en nombre del valor democrático asociado por él a los jueces populares y de las perversiones burocráticas e inquisitivas de los jueces profesionales¹³⁸.

La alternativa entre *jueces-magistrados* y *jueces-ciudadanos* ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial. Más allá de las formas múltiples y variadas de organización de la justicia, todos los jueces pueden reconducirse a una u otra de estas dos figuras opuestas: «personas privilegiadas», como los llamó Carrara, o «ciudadanos libres»; «jueces legistas» y «funcionarios» o «jueces populares»; jueces «a sueldo», «estables», «permanentes», «togados», «técnicos» o «de profesión» o bien «jueces temporales», «jurados» o «pares» del imputado, elegidos por el pueblo y/o entre el pueblo y expresión directa de todos los asociados¹³⁹. Se trata de una alternativa clara que recorre y caracteriza toda la historia del proceso penal y que es en buena medida correlativa a la de tradición acusatoria y tradición inquisitiva, que ya se ha examinado antes. Pues, en efecto, mientras al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del interés punitivo y, por ello, leguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación.

Así, ha sucedido, en la historia de las instituciones judiciales, que los dos modelos de juez —del mismo modo, por lo demás, que los dos modelos de acusación, popular y burocrática— se han reproducido de

forma más o menos paralela, según la alternancia entre método acusatorio y método inquisitivo. El juez, que era popular en Atenas y en la Roma republicana, cuando el proceso estaba estructurado de forma acusatoria¹⁴⁰, se convirtió en funcionario en la Roma imperial al afirmarse el método inquisitivo¹⁴¹. Volvió después a ser popular en la experiencia acusatoria alemana y sobre todo inglesa de la Alta Edad Media, con la institución de los jueces «pares» o «jurados», concebidos al principio como los «hombres probos del vecindario», llamados a dictar el *veredictum* o testimonio «jurado» sobre la acusación y transformados desde la época de la *Magna Charta* en el actual jurado¹⁴². Tornó de nuevo a ser magistrado en la época de la inquisición, hasta el umbral de la Edad Moderna, cuando la *jurisdictio* fue entendida como manifestación de la función soberana y por ello ejercida por el emperador o el papa, o por sus *delegati* o *commissarii* u *officiales*¹⁴³. Fue nuevamente ciudadano en la breve experiencia acusatoria a que dio lugar la Revolución francesa, que, en coherencia con el redescubrimiento ilustrado de la tradición romana clásica y anglosajona, introdujo el jurado junto con el sistema acusatorio¹⁴⁴. Y se volvió, en fin, nuevamente magistrado con la restauración de formas inquisitivas y burocráticas de jurisdicción en los códigos napoleónicos y, después, en el proceso mixto de tipo continental¹⁴⁵.

Los requisitos exigidos a la persona del juez fueron cambiando sucesivamente, de modo correlativo, en la cultura jurídica. En la tradición inquisitiva premoderna, *index illiteratus repellitur*¹⁴⁶: los jueces, se añadía, «non possunt esse viles, ignobiles aut filii clericorum»¹⁴⁷, pero debían ser, como los actuales jueces por oposición, *doctores legum*, esto es, juristas de profesión, a veces llamados de fuera para ejercitar su «competente» magisterio¹⁴⁸. Por el contrario, la cultura ilustrada rechazó de modo unánime la idea del juez técnico y de profesión, optando en su lugar por un juez no técnico y popular no muy distinto de la cocinera deseada por Lenin para el ejercicio de todo poder público: un hombre «de simple y ordinario buen sentido», como proyectó Beccaria¹⁴⁹; «todo hombre que no sea estúpido ni loco, y que tenga una cierta conexión en las ideas, con bastante experiencia del mundo», como propuso Filangieri¹⁵⁰; un «buen padre de familia» con las dotes comunes del «hombre natural», como escribió Bentham¹⁵¹; un «hombre moral» y dotado de «equidad», según Lauzé di Peret¹⁵²; una persona *peu savant* pero dotada de experiencia, como reclamó Voltaire¹⁵³; un ciudadano de «mediana educación», en palabras de Nicola Nicolini¹⁵⁴. Y antes aún, «las cosas que hacen de un hombre un buen juez», todas de carácter no técnico, habían sido así enumeradas por Hobbes: 1) «Un recto entendimiento de esa principal ley de naturaleza llamada equidad», que depende no «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...; 2) un desprecio por riquezas y honores innecesarios; 3) la capacidad,

a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, indignación, odio, amor y compasión; 4) paciencia para escuchar; diligente atención a lo que oye, y memoria para retener, digerir y aplicar lo que se ha oído»¹⁵⁵.

Fue en nombre de esta concepción popular de la jurisdicción como el pensamiento liberal clásico, recordando los horrores de la inquisición, se alineó preferentemente en favor del modelo de «juez ciudadano». «El poder judicial», escribió Montesquieu, «no debe darse a un senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año... Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que éste no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño»¹⁵⁶. «El pueblo se juzga a sí mismo», añade Kant, «a través de aquellos de sus ciudadanos que, mediante libre elección, son reconocidos como sus representantes, especialmente para ello, o sea, para cada acto»¹⁵⁷. A su vez, Francesco Carrara quiso identificar en el instituto del jurado uno de los fundamentos del «cuadrilátero de las libertades»¹⁵⁸ y no vaciló en manifestar «repugnancia» por los jueces burócratas, asalariados y dependientes del gobierno, tanto más cuanto menos motivasen sus decisiones¹⁵⁹. Y Lauzé di Peret llegó a llamar «ordinarios» sólo a los jueces populares y jurados, en cada uno de los cuales «el acusado ve un otro sí mismo», puesto que son «sus pares», es decir, «hombres similares a él»¹⁶⁰; llamó, sin embargo, «especiales» o «de excepción» a todos los jueces «permanentes» o «de profesión» que «no son iguales (pares) a los acusados»¹⁶¹ y, por tanto, cuando conforme a su libre convicción, y sin el vínculo de las pruebas legales, son como «dictadores sin riesgo público»¹⁶². Es cierto, admitían Carrara y Lucchini, que los jueces populares no tienen «conocimientos legales»¹⁶³, y esto hace problemática su capacidad de motivar. Pero los jueces magistrados, añadían, tienen el vicio más grave aun de «la costumbre»¹⁶⁴, que puede provocar la «fossilización intelectual», «la indiferencia» y la «perniciosa ligereza en el decidir»¹⁶⁵.

En la experiencia italiana, como en general en la europea continental, ha prevalecido desde las reformas del siglo XVIII, consolidándose después con la legislación napoleónica, la opción por los «jueces-magistrados»¹⁶⁶, asistidos sin embargo de la garantía de la independencia y obligados a la motivación de su libre convicción. La participación del pueblo en la administración de justicia, también prevista en nuestra Constitución, se ha limitado únicamente al escabinado (*corti d'assise*). En estos tribunales, se manifiesta la vocación italiana por lo «mixto», que produjo en 1931, la supresión del viejo jurado y su sustitución por un órgano compuesto de seis jueces populares y dos jueces togados, destinados éstos inevitablemente a tener ventaja sobre los primeros¹⁶⁷.

Para valorar hoy la figura del juez-magistrado no son en absoluto adecuados los criterios que en el siglo pasado puso en juego el pensa-

miento liberal. En primer término, como se dice en el apartado precedente, es necesario cuidarse, también en esta materia, de los esquematismos y las simplificaciones. A este respecto, hay que decir que no existe un nexo teórico —aparte del histórico— entre método acusatorio basado en la libre convicción de un juez espectador y juez popular que decide sin motivar. En el plano teórico, el problema estriba más bien en cómo conciliar, mediante las adecuadas garantías, imparcialidad y capacidad técnica, libre convicción y motivación, independencia y sujeción a la ley. En segundo lugar, hoy han cambiado completamente, respecto a la época liberal clásica, las formas de la investidura «popular» y de la mediación representativa. El problema, en consecuencia, es determinar si los mismos requisitos personales de los jueces apuntados por la tradición liberal clásica, y en particular la autonomía del poder ejecutivo, estarían mejor garantizados a través de su reclutamiento por una vía electiva o bien mediante concursos públicos. Son, por tanto, esos requisitos lo que habremos de redefinir ahora, antes de analizar el sistema de las garantías orgánicas y de los métodos de selección de jueces más idóneos para asegurarlas.

2. *Los caracteres distintivos de la jurisdicción y la imparcialidad del juez. Sujeción a la ley y contra-poder.* En la primera parte de este libro, y en particular en el capítulo 3, he caracterizado la actividad jurisdiccional, según el modelo axiológico SG, como una actividad cognoscitiva que incluye momentos decisionales y valorativos, en parte comunes a todas las actividades cognoscitivas y en parte propios de esa actividad investigadora específica que es el juicio penal. Y he definido el poder judicial como el conjunto de los espacios decisionales —la interpretación de las leyes, la inducción probatoria, la connotación equitativa y los juicios de valor discrecionales— reservados más o menos irreductiblemente a la actividad del juez. Según esto, he identificado el *grado de garantismo* de un sistema penal con el conjunto de los vínculos normativos que minimizan tales espacios y que dependen esencialmente de la semántica de los lenguajes legal y jurisdiccional. Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, aunque representen modelos límite y regulativos nunca plenamente realizables, han sido asumidos como las señas de identidad más características de todo sistema penal garantista en un «estado de derecho».

Estas señas de identidad —podemos añadir ahora— valen para distinguir la actividad judicial de cualquier otra forma de actividad jurídica, tanto pública como privada, bajo dos aspectos, uno estructural y otro funcional. En primer lugar, sólo la jurisdicción consiste en la aplicación de leyes a (o sea en la calificación legal de) hechos jurídicos. También las demás actividades jurídicas —como las contractuales, las legislativas y las administrativas— son actividades jurídicamente reguladas que, en general, aplican la ley. Sin embargo, las leyes que en ellas se aplican predeterminan sólo sus formas procedimentales u or-

ganizativas —los procedimientos, las competencias y hasta las relaciones de poder y de deber entre los sujetos legitimados para intervenir en las mismas— pero no la *sustancia* de las decisiones producidas. La jurisdicción, en cambio, dentro del sistema de estricta legalidad SG, es una *aplicación* de la ley a un *supuesto típico*, en el sentido de que está necesariamente mediada por la comisión de un hecho respecto del cual tiene carácter cognoscitivo¹⁶⁸; lo que implica una estructura del razonamiento judicial del todo diversa a la de cualquier otro razonamiento jurídico, aun con todas las limitaciones del silogismo práctico y del concepto de verdad procesal. Para expresarlo con terminología kelseniana, diremos que, en la jurisdicción, la relación entre ley y sentencia no es sólo nomodinámica sino también —aunque sea tendencial y axiológicamente— nomoestática: en el doble sentido de que el pronunciamiento judicial no es sólo *delegado* sino también *derivado* de la previsión legal, que es una de las premisas del razonamiento que concluye en su aplicación; y que su *validez* está condicionada por la *verdad*, siquiera aproximativa, de su motivación. Se puede expresar también esta diferencia, a la luz de cuanto se ha dicho en el apartado 28, afirmando que mientras las demás formas de actividad pública están sometidas al principio de *mera legalidad*, sólo la jurisdicción penal está sujeta al principio de *estricta legalidad*, que vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos, o sea, a su validez no sólo formal sino también sustancial.

En segundo lugar, y en consecuencia, la actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognoscitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos. Los demás órganos del estado —las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública—, aun operando con las formas y dentro de los límites establecidos por la leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía. Discrecionalidad y/o dependencia, autonomía y/o subordinación jerárquica, poder de dirección y/u obediencia a las directrices impartidas, caracterizan en consecuencia todas sus actividades, unas veces informadas por la voluntad de la mayoría, otras por el interés de la administración pública. Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino sólo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto. No sólo por razones estructurales, sino también por razones funcionales, mientras la actividad administrativa es discrecional o bien subordinada a directrices superiores, la jurisdiccional carece de dirección política en tanto que vinculada a la ley, no sólo formal sino también sustancialmente.

La *sujeción sólo a la ley*, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez. Esta colocación —*externa* a los su-

jetos en causa y al sistema político y *extraña* a los intereses particulares de unos y a los generales del otro— se hace patente en el requisito de la *imparcialidad* y tiene su justificación ético-política en los dos valores —la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales— antes asociados a la jurisdicción. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto «representativo», puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: como se ha visto en el apartado 37, al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías.

Lamaré *imparcialidad* (*terzietà*) a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; *independencia*, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; *naturalidad*, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio. Estos tres aspectos de la imparcialidad del juez requieren *garantías orgánicas* consistentes en otras tantas *separaciones*: la imparcialidad exige la separación institucional del juez respecto de la acusación pública; la independencia demanda su separación institucional de los otros poderes del estado y, por otra parte, la difusión de la función judicial entre sujetos no dependientes entre sí; la naturalidad requiere su separación de autoridades comitentes o delegantes de cualquier tipo y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias. Resulta, en fin, superfluo añadir que la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento.

Este conjunto de condiciones —orgánicas y culturales— definen la figura del juez que se deriva del principio de jurisdiccionalidad. Y determinan además una específica colocación política, tanto de los jueces como individuos, cuanto del orden judicial en su conjunto. El juez no es propiamente un órgano del estado-aparato, sino que ejerce sus funciones, como dice el art. 101 de la Constitución italiana, directamente «en nombre del pueblo». Y el poder judicial se configura, respecto a los otros poderes del estado, como un *contra-poder*, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos tanto como el de los administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado. «Para que no se pueda abusar del poder», escribió Montesquieu, «es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder»¹⁶⁹. Por ello, añade Carrara, «para un Estado que ambicione regirse por medio

de ordenamientos liberales y duraderos, y que quiera corresponder a los fines de la tutela jurídica (en la cual consiste íntegra la única razón de ser de la autoridad social), es de suprema necesidad que el poder judicial sea un obstáculo sólido y perpetuo para los posibles abusos del poder ejecutivo»¹⁷⁰. Y esta función de «rémora» o «freno» puede ser desarrollada por el poder judicial —*poder tercero*, además de *tercer poder*— precisamente porque no es representativo, sino sujeto únicamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, cualesquiera que fueren los sujetos juzgados y los contingentes intereses dominantes. En este sentido la función judicial es una «garantía» de todos los ciudadanos *frente* al mismo gobierno representativo: «los poderes que abandonan en manos de los que no son directamente responsables ante el pueblo», afirmó otro clásico pensador liberal, John Stuart Mill, «deben considerarse como precauciones que el poder dominante permite sean tomadas contra sus propios errores»¹⁷¹.

3. *La imparcialidad del juez y la forma triangular de la relación procesal. La recusabilidad de los jueces. El defensor público.* La separación del juez de la acusación, requerida por nuestro axioma A8 y ahora indicada como primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como *partes* en la causa, y el tercero *super partes*: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera señal de identidad del proceso acusatorio. Y es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos —el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa— que además corresponden a los dos fines, perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal. «Las partes que están en controversia acerca de un derecho», escribió Hobbes, «deben someterse al arbitraje de una tercera persona»¹⁷².

Esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional. Es necesario, en primer lugar, que el juez no tenga ningún interés *privado* o *personal* en el resultado de la causa: «nadie debe ser juez o árbitro en su propia causa» y por ello —son palabras de Hobbes— «nadie debe ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, material o espiritual, de la victoria de una parte que de la de la otra»¹⁷³. Como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la *recusabilidad* del juez por cada una de las partes interesadas. Y si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado¹⁷⁴. El juez, que, como se ha dicho en el apartado 37.5, no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos

que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial.

La aceptación de los jueces por parte de los reos ha sido, por lo demás, un rasgo característico del proceso acusatorio: en Roma, donde los jueces eran sorteados y después libremente recusados por las partes hasta reunir el número prescrito, de modo que Cicerón podía afirmar que «*neminem voluerunt maiores nostri... esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenissent*»¹⁷⁵; en el antiguo proceso acusatorio inglés, donde igualmente se permitía al reo la recusación *peremptoria*, es decir, inmotivada, de veinte de los jurados sorteados¹⁷⁶; en la breve experiencia acusatoria que tuvo lugar durante la Revolución francesa, cuando se concedió a las partes el derecho de recusar a uno de los jueces sin motivo, y a todos los demás sobre la base de motivos argumentados¹⁷⁷. Y fue reivindicada, frente a la introducción de la recusación motivada en el proceso inquisitivo y después en el mixto¹⁷⁸, tanto por Montesquieu¹⁷⁹ como por la mayor parte de los criminalistas de la Escuela Clásica italiana: desde Beccaria a Filangieri y Pagano, hasta Carrara, Lucchini y Pessina¹⁸⁰. Éstos limitaron generalmente la recusación libre a los jueces populares, excluyéndola para los jueces togados¹⁸¹. Pero tal limitación, al menos en el derecho penal, es a mi entender totalmente injustificada, pues el hecho de que los jueces togados no son «pares» del imputado, y de que es más difícil probar su sospechada parcialidad, es, en efecto, un motivo más para que se conceda al imputado el derecho de recusar libremente a alguno —pongamos uno en cada grado del juicio— y motivadamente a los demás.

En segundo lugar, para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés *público* o *institucional*. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter «cognoscitivo» o, como dice Beccaria, «informativo» y no degenerar en «proceso ofensivo», donde «el juez se hace enemigo del reo»¹⁸². No basta, sin embargo, para asegurar la separación del juez de la acusación, que las funciones acusatorias sean ejercidas en el proceso por un sujeto distinto del juez. Salvo la hipótesis aberrante del proceso ante el juez, esta separación se producía formalmente incluso en nuestro viejo proceso mixto. Se necesitan, además, otras específicas garantías procesales como son las relativas a la conducción de la instrucción, a la publicidad del juicio, a las modalidades del interrogatorio y, más en general, a las técnicas de formación y refutación de las pruebas, de las que hablaré en el siguiente apartado. Y se necesitan también ulteriores garantías orgánicas. Es preciso, sobre todo, que la función judicial no resulte en absoluto contaminada por la promiscuidad entre los jueces y los órganos

de policía, que sólo deben tener relaciones —de dependencia— con la acusación pública: «en la organización de las naciones siempre se observa», escribe Carrara, «el fenómeno de que bajo los gobiernos despóticos la función de policía se mezcla con el derecho punitivo, y de que bajo los regímenes libres tanto aquélla como éste se mantienen celosamente aparte»¹⁸³. Además es necesario que los órganos investigadores sean desplazados a un orden distinto del judicial, aunque tengan las mismas garantías de independencia, de modo que no pueda formarse entre ellos un espíritu de cuerpo común y, en vez de influenciarse, se controlen recíprocamente¹⁸⁴. Por último, las dos partes en causa deben contender en posición de igualdad para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias, o confusiones entre funciones de enjuiciamiento y funciones de acusación.

La paridad de las partes, sobre la que volveré a propósito de la garantía procesal de contradicción, requiere a su vez dos específicas condiciones orgánicas, relativas a su configuración y colocación institucional. La primera condición se refiere a la acusación. Si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, también es esencial que la acusación pública no tenga funciones judiciales. Y, por tanto, deben excluirse todos aquellos poderes típicamente judiciales —de la restricción de la libertad personal a la formación de las pruebas— en virtud de las cuales se ha desarrollado «la tendencia invasora del ministerio público»¹⁸⁵; éste, como dijo Carrara, «no debe tener otra atribución que no sea la de acusar; si se mezcla al proceso *inquisitivo*, si tiene poder para formar procesos o para dirigirlos, o para influir de algún modo en los procesos escritos que después tendrán contra el acusado mayor o menor valor probatorio, no será sino un simple *investigador*; y esta figura será siempre reconocida en él por los juristas, aunque se le dé el nombre que se quiera para engañar al vulgo»¹⁸⁶.

La segunda condición afecta a la defensa, que debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el ministerio público. Esta equiparación sólo es posible si junto al defensor de confianza se instituye un *defensor público*, esto es, un magistrado destinado a desempeñar el *ministerio público de defensa*, antagonista y paralelo al *ministerio público de acusación*. La institución de esta «magistratura» o «tribunado de la defensa», como orden separado tanto del de enjuiciamiento como del de la acusación, fue propuesta por Filangieri, Bentham y después por Carrara y Lucchini¹⁸⁷, desde el presupuesto de que la tutela de los inocentes y la refutación de las pruebas de culpabilidad constituyen funciones de interés no menos público que la de castigo de los culpables y recolección de las pruebas de cargo. Es claro que sólo de esta forma vendría a colmarse el desequilibrio institucional que existe de hecho entre acusa-

ción y defensa, y que confiere al proceso, todavía más que el secreto o la escritura, un carácter inquisitivo. Es obvio que un magistrado así no debería sustituir al defensor de confianza, sino que habría de situarse junto a él como órgano complementario, subsidiario y subordinado a la estrategia defensiva de éste. En cuanto dotado de los mismos poderes que la acusación pública sobre la policía judicial y habilitado para la recolección de las contrapruebas, garantizaría una efectiva paridad entre la función pública de la prueba y la no menos pública de la refutación. Y aseguraría, además, a diferencia de la actual función del «defensor de oficio», una igualdad efectiva de los ciudadanos en el ejercicio del derecho de defensa. Es fácil entender que una figura semejante encontrará siempre la oposición corporativa de los colegios de abogados. Pero sin ella resulta comprometida la igualdad de las partes, que es uno de los presupuestos esenciales del juicio contradictorio y del derecho de defensa.

4. *La independencia externa e interna. La separación de poderes y el nacimiento de la figura del juez moderno.* La independencia del juez de cualquier otro poder, identificada como la segunda garantía orgánica, es una adquisición del moderno estado de derecho conexas, tanto teórica como históricamente, a la afirmación del principio de estricta legalidad y de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción, por una parte, y de los derechos naturales o fundamentales de la persona, por otra. Si la legitimidad del juicio se funda en la verdad procesal, cuya decidibilidad depende de la determinación semántica de las leyes y por tanto de los vínculos exclusivamente legales de la jurisdicción, es claro que ésta requiere la independencia del juez no menos que su condición de tercero, para garantizar su imparcialidad y, en consecuencia, la igualdad de los ciudadanos. Por otro lado, si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes. Los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos —verdad y libertad— que legitiman la jurisdicción. Y exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes *externos* a ella y, en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías *internas* de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio. Lo mismo hay que decir respecto a la acusación pública, vinculada a su vez, en nuestro modelo garantista, a la legalidad y por tanto a la obligatoriedad de la acción penal y, por ello, no subordinada a poderes o intereses extraños a la administración de justicia.

Se ha querido encontrar la primera formulación del principio de independencia y de la separación de poderes en un pasaje de la

Política de Aristóteles donde se hacen loas al poder regio limitado y dividido entre varias autoridades¹⁸⁸. También se ha querido ver una división de poderes, según el esquema de los contrapesos, en la pluralidad de magistraturas y en la institución de los jurados en la Roma republicana¹⁸⁹. En realidad, para los ordenamientos de la antigüedad ni siquiera se plantea un problema de independencia de los jueces: bien porque en ellos el poder judicial se identifica con la potestad soberana, o, al contrario, porque, como sucede en el primer proceso acusatorio griego o romano, el juez es popular o colegial. El problema nace, precisamente, en el seno de la experiencia de los jueces-magistrados o permanentes propia del derecho europeo del período intermedio.

En el marco de esta experiencia, la figura del juez moderno se fue formando como consecuencia de dos procesos paralelos: la progresiva diferenciación entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, debida al fenómeno de la delegación de las funciones judiciales, y la correlativa autonomización de las funciones delegadas por las autoridades delegantes, como funciones *iure proprio*¹⁹⁰. La *iurisdictio*, inicialmente y por mucho tiempo, fue concebida, en la ideología medieval, como expresión de la función soberana, dividida como tal en potestad *ordinaria*, perteneciente *iure proprio*, o *ex nativo nomine*, a las supremas autoridades del papa o del emperador, y potestad *delegata*, ejercida *alterius commissione* o *ex dativo nomine* por jueces delegados¹⁹¹. *Iudices ordinarii* o *iure proprio*, en este sentido, lo fueron al principio sólo el papa y el emperador, mientras todos los demás eran *iudices delegati, missi* o *legati*¹⁹². Sucesivamente, sin que en teoría fuese nunca negada la *plenissima iurisdictio* del papa y del emperador, fue desarrollándose un proceso, primero, de enfeudamiento de la justicia y, más tarde, de apropiación de la misma, por parte de los municipios (*comuni*); de este modo, por concesión o por usurpación, feudatarios, obispos y alcaldes (*podestà*) comenzaron a ejercer *iure proprio* las funciones originariamente delegadas, y a delegarlas, a su vez, en sus *officiales* o *delegati*, en un proceso del todo similar a aquel por el que ellos habían recibido su poder¹⁹³. Por fin comenzó a discutirse si la «iurisdictio plena» correspondía sólo al emperador y a sus inmediatos delegados o también a estos magistrados, convertidos a su vez en *iudices ordinarii*, sobre todo en los municipios donde habitualmente eran llamados de fuera por su competencia profesional¹⁹⁴. Las innumerables jurisdicciones que se desarrollaron en el derecho intermedio tienen, en suma, un origen delegado y las expresiones *iudex delegatus* o *iudex ordinarius* tuvieron por mucho tiempo un significado relativo al momento de formación y después de estabilización de alguna jurisdicción.

Los términos de la cuestión cambian algo con la formación de los estados nacionales. Sobrevive durante mucho tiempo la vieja distinción: «duplex est iudicis species; alius enim dicitur ordinarius, alius

vero delegatus», escribe el cardenal De Luca todavía en el siglo XVII¹⁹⁵. Cambian, sin embargo, las autoridades supremas, que si, para el italiano Sciacca, siguieron siendo el papa y el emperador «a quibus iurisdictio profluit et refluit, tamquam rivuli ad marem»¹⁹⁶, en Inglaterra y en Francia fueron sustituidas por el rey, según la máxima de Henry Bracton que lo califica de *fons iustitiae*¹⁹⁷, y que fue recibida en la fórmula francesa *toute justice émane du roi*¹⁹⁸. Pero sobre todo resulta definitivamente adquirida la distinción entre *iurisdictio* y *gubernaculum*, de modo que se comenzó a negar a los príncipes la calificación de *iudices* y a llamarlos sobre todo *domini*¹⁹⁹. Es éste el momento en que puede situarse el nacimiento del juez moderno. Oscurecida la noción medieval de la *iurisdictio* como poder soberano, la soberanía se identificará sobre todo en el poder legislativo y en el ejecutivo; y la jurisdicción, al mismo tiempo que se subordina a la legislación, se diferencia y autonomiza, especializándose y separándose, gracias también a la creciente tecnificación y profesionalización de las funciones de gobierno.

El problema de la independencia se manifiesta precisamente en esta fase. En toda Europa, y particularmente en Francia y en Inglaterra, los viejos jueces delegados acabaron por desposeer a los viejos titulares, como en 1720 en París, donde al preboste le fue negado por sus suplentes el derecho a sentarse en su tribunal²⁰⁰. E incluso el rey, aunque reconocido siempre como *fons iustitiae*, vio como se le negaba, con la calificación de *iudex*, también la concreta potestad *iuris dicendi*. Fueron memorables los conflictos que en los siglos XVII y XVIII enfrentaron a jueces y rey en Inglaterra y en Francia. En 1612, el gran jurista Sir Edward Coke, Chief Justice de la *Court of Common Pleas*, sostuvo en presencia de Jacobo I que éste, precisamente porque era *fons iustitiae*, no tenía la potestad de juzgar en el caso concreto, como él pretendía en nombre de la misma calificación²⁰¹. Idéntica tesis, según cuenta Montesquieu, fue mantenida en 1639 por el Presidente del Parlamento de París, Nicolas de Bellièvre, frente a Luis XIII, que quería juzgar personalmente al Duque de La Valette por una acusación formulada contra él por Richelieu²⁰². Sobre todo en Francia, donde la independencia de los jueces tenía como sólido fundamento material la venalidad de los oficios²⁰³, el conflicto asumió formas de abierta rebelión: recuérdese la huelga y después el exilio en masa y la posterior amnistía y reintegración de todo el Parlamento parisino, cuando se opuso en 1732 a las continuas intromisiones de Luis XV, que se había visto obligado cada vez con más frecuencia a hacer valer sus prerrogativas recurriendo a las *lettres de jussion* o tomando asiento en el Parlamento en su *lit de justice*²⁰⁴. Precisamente a causa de estos conflictos, el rey trató de reapropiarse de la jurisdicción en Francia, a través de formas de *justice retenue* que, más que en intervenciones personales directas²⁰⁵, se expresaron por medio de delegaciones comisariales destinadas a desplazar a las magistraturas per-

manentes²⁰⁶. La expresión *iudex delegatus* pasó así a designar al juez «especial» o «extraordinario», encargado por el rey de actuaciones procesales concretas o bien de algunos procesos o materias. Y la antigua relación entre «ordinarios» y «delegados» resultó invertida, de manera que «juez ordinario» pasó a ser sinónimo del actual «juez natural», investido de las funciones judiciales de forma legal y estable, mientras que «juez delegado» lo fue de «comisario» del rey, encargado excepcionalmente de algunos procesos.

Fue a partir de este lento y laborioso proceso de autonomización como el pensamiento jurídico ilustrado teorizó la independencia de los jueces en el marco de la doctrina de la separación de poderes: primero, en la formulación de Locke, como técnica de división del poder llamado «ejecutivo» y comprensivo del judicial y del legislativo, con objeto de garantizar la imparcialidad de ambos y, sobre todo, de frenar sus inevitables tentaciones totalitarias²⁰⁷; después, en la más clásica versión de Montesquieu, como teoría de la separación del poder judicial tanto del legislativo como del ejecutivo, como garantía de su sujeción a leyes preestablecidas y para tutela de los derechos de los ciudadanos frente a la opresión política²⁰⁸. «Todo estaría perdido», exclama Montesquieu, «si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares», dado que «si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor»²⁰⁹. Y Beccaria, explicitando todavía mejor el nexo entre independencia, tutela de los derechos del imputado y verdad procesal, añade: «El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuándo uno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación, y otra por el acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares»²¹⁰.

De este modo, la diferenciación entre poderes recibía como fundamento no sólo el saludable principio aristotélico de que el poder es tanto menos despótico cuanto más dividido, sino también la diversidad y especificidad de las fuentes de legitimación política del poder judicial respecto a los otros poderes del estado. Y la independencia de la magistratura venía a configurarse como una garantía funcional a los derechos de los ciudadanos en cuanto esencial para su tutela frente a todos los poderes, tanto públicos como privados, políticos o económicos, oligárquicos o de mayoría. Es éste el sentido en que separación

de poderes e independencia de los jueces fueron sancionados solemnemente en las declaraciones de derechos del siglo XVIII. «Los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben estar separados y ser distintos del poder judicial», establece el art. 5 de la Constitución de Virginia; «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución», dice el art. 16 de la Declaración francesa de 1789. Desde entonces, el principio de la independencia de los jueces será siempre proclamado en todos los estatutos y Constituciones europeas, convirtiéndose en uno de los fundamentos del estado de derecho. Y servirá para fundar la moderna organización unitaria y separada del orden judicial, según el modelo, diseñado por Bentham, de la unidad de la jurisdicción y de la universalidad de las competencias²¹¹.

El principio, sin embargo, aparte de la breve experiencia del jurado y de los jueces electivos en la Francia revolucionaria, no pasó de ser poco más que una proclamación ideológica en todo el siglo pasado. Repudiado expresamente por Hegel²¹², convivió de forma ambigua en las Constituciones decimonónicas —desde las francesas de 1814 y 1830 al estatuto albertino del 1848— con el viejo principio del *ancien régime* de que *toute justice émane du roi*. En Francia, en particular, se afirmó al fin con la ley napoleónica de 20 de abril de 1810, y se ha mantenido hasta hoy, la regla del nombramiento de los jueces por parte del ejecutivo y de su dependencia sustancial del ministro de justicia²¹³. Este modelo burocrático y jerarquizado fue recibido también en el resto de Europa, incluida Italia, donde se vio atemperado desde 1859 por el reclutamiento de los jueces mediante concurso público. El resultado fue la transformación de la magistratura en un cuerpo de funcionarios cuya independencia, no obstante la garantía de la inamovilidad, no pasó de ser un simple artificio a causa de los poderes que, por un lado las jerarquías internas y por otro el ministro, a través del ministerio fiscal, tenían sobre sus carreras²¹⁴.

Sólo en la segunda posguerra y, en particular, después de los años sesenta, los jueces llegarán a alcanzar —sobre todo en Italia— una sustancial independencia. Cambia, sobre todo con el art. 101 de la Constitución de 1948, el sujeto en cuyo nombre se ejerce el poder judicial: ya no es el rey, sino el *pueblo*, de quien la función judicial obtiene legitimación, inmediatamente, sin mediaciones representativas²¹⁵. La magistratura es además reconocida, en el art. 104 de la Constitución, como «un orden autónomo independiente de cualquier otro poder» y cuyo *autogobierno* se confía a un *Consiglio Superiore della Magistratura*, elegido en sus dos tercios por los jueces y un tercio por el Parlamento e instituido en 1956. A la clásica garantía de la *inamovilidad*, prevista en el art. 107, 1.º, se añadió en el art. 106 la del reclutamiento de los jueces por *concurso*, salvo «el nombramiento también electivo de magistrados honorarios», limitado

a tribunales unipersonales. Finalmente, mediante una larga serie de leyes promulgadas durante los años sesenta y setenta, fue suprimida toda forma de carrera y jerarquía entre magistrados²¹⁶.

Naturalmente, dado que la independencia es un hecho cultural más que institucional, la autonomización de la magistratura como poder independiente ha ido madurando a través de un proceso lento, laborioso y no sin discusión. Todavía en los años cincuenta y sesenta siguieron prevaleciendo los aspectos de continuidad en la tradición prerrepública²¹⁷. Sólo en los últimos veinte años la magistratura italiana ha desarrollado —cierto que en medio de muchas desviaciones debidas a las también muchas carencias y debilidades de las garantías procesales— hábitos de relativa independencia que, por primera vez en su historia, la han hecho entrar en conflicto con los diversos potentados de nuestro sistema económico y político, convirtiéndose, al menos en parte, en aquel contrapoder que el pensamiento liberal clásico había previsto.

Los factores de este proceso, parcialmente producido también en Francia y España, han sido múltiples y variados: la renovación generacional del escalafón judicial, ya sin el obstáculo de filtros políticos²¹⁸; la vivacidad intelectual y política de las asociaciones de jueces; la politización, en sintonía con los movimientos del 68, de una parte minoritaria de la magistratura; las luchas emprendidas por ésta contra los viejos centros de poder, internos y externos, y el fuerte compromiso colectivo asumido, también por ese sector, en la reflexión sobre el papel independiente de la jurisdicción²¹⁹. Por desgracia, esta emancipación ha coincidido con un incremento de los ya enormes poderes impropios conferidos a los jueces por las leyes, y por otra parte, con una ulterior pérdida de imparcialidad, es decir, de la primera de nuestras garantías orgánicas. Y se ha visto oscurecida, como se expondrá en la parte cuarta, por la crisis de legitimidad de la jurisdicción subsiguiente al debilitamiento de todo el sistema de garantías, tanto penales como procesales.

5. *El juez natural y la prohibición de jueces extraordinarios. Preconstitución e inderogabilidad de las competencias.* El nacimiento del juez moderno, se ha dicho, puede situarse en el momento en que se invierte la relación originaria entre los viejos jueces ordinarios o delegantes y los viejos jueces delegados y estos últimos reivindican también la titularidad formal y exclusiva de la potestad jurisdiccional en nombre de la estabilidad de hecho de sus funciones. Este fenómeno marca también la primera afirmación del principio del «juez natural», es decir, de la tercera de las garantías orgánicas. Cuando Sir Edward Coke discutió a Jacobo I la concreta *potestas iuris dicundi* y los jueces franceses hicieron lo mismo con el rey de Francia o impidieron al preboste de París formar parte del tribunal, no expresaron sólo una instancia de independencia de la autoridad delegante, sino también

una protesta contra la lesión de los valores de imparcialidad y certeza del juez, producida por alteraciones *post factum* del régimen normal de competencias, virtualmente relacionadas con el contenido del juicio.

La garantía del «juez natural» indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia «la medida de la jurisdicción» de que cada juez es titular²²⁰. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales²²¹. En el primer sentido, expresado por ejemplo por el art. 25 de la Constitución italiana, el principio designa el derecho del ciudadano a un proceso no prejuzgado por una elección del juez posterior al delito y por eso ordenada a la obtención un determinado resultado. En el segundo sentido, extraíble con alguna inexactitud del mismo art. 25 y del art. 102, 1.º, designa la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales. En el tercer sentido, expresado por el art. 102, 1.º de la Constitución pero derogado por las jurisdicciones especiales previstas por el art. 103, así como por la justicia política reservada por los arts. 90 y 134 a los delitos presidenciales, es un principio de organización que postula la unidad de la jurisdicción y su monopolio en manos de un único orden. Mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad, al estar dirigidas a impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es, sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos.

La garantía del juez natural, en los tres sentidos que se acaba de ilustrar, es, como la de independencia, una adquisición moderna. Ha sido infructuoso el intento de situar su origen en la *Magna Charta*: ésta, en los arts. 20, 21, 39, 52 y 56, se limita a establecer para la condena de cualquier ciudadano «el juicio legal de sus iguales»; donde la condición de que los jurados sean «iguales» o también «hombres probos del vecindario» indica solamente una cualidad de los jueces y a lo sumo un criterio de competencia territorial, pero no tiene nada que ver con la prohibición de la institución del juez *post factum*²²². Esta prohibición se afirma sólo en el siglo XVII, al mismo tiempo que las primeras manifestaciones de independencia y los conflictos entre jueces y soberanos ya recordados. En polémica con los abusos de la justicia comisarial, los puntos 3, 7, 8 y 9 de la *Petition of Rights* de 1628, y después el art. 3 del *Bill of Rights* de 1689, reivindican por primera vez la inderogabilidad de la «justicia ordinaria» y, con ella, la nulidad de cualquier «comisión» o «comisario regio» instituidos *post factum*, a causa de su carácter «ilegal y pernicioso»²²³.

La formulación más madura del principio se debe, sin embargo, al pensamiento ilustrado francés del siglo XVIII y, después, a las declaraciones revolucionarias de derechos. Contra los jueces «comisarios nombrados» por el rey «para juzgar a un particular» se pronunció, obviamente, Montesquieu²²⁴. Y en 1766 la expresión «juez natural» hizo su primera aparición en la voz «*Juge (Jurispr.)*» de la *Encyclopédie*, para designar precisamente, y en oposición a los jueces comisarios o extraordinarios, al «juez ordinario» dotado de competencias legalmente establecidas y no instituido después de la ejecución del hecho²²⁵. Pero el principio fue sancionado en todos los sentidos antes elucidados, sobre todo por el art. 4, cap. V, tít. III de la Constitución francesa de 1791, según el cual «los ciudadanos no pueden ser separados de los jueces que la ley les asigna por ninguna comisión ni otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por las leyes»²²⁶. En efecto, en apoyo de la reserva absoluta de ley en la preconstitución taxativa de las competencias, esta norma contiene las tres prohibiciones correspondientes a las tres garantías en las que antes hemos articulado el principio del juez natural: la prohibición de *comisión*, es decir, de institución *post factum* de jueces extraordinarios o comisarios extraños al orden judicial; la prohibición de *avocación*, es decir, de asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al orden judicial pero diversos de los asignados por la ley; la prohibición de *atribución*, es decir, de institución de jueces especiales no para un hecho determinado sino para materias especiales y, por tanto, la supresión, en nombre de la unidad de jurisdicción y de la «competencia universal de cada tribunal», del intrincado «laberinto» de fueros y competencias que había caracterizado a la justicia del *ancien régime*²²⁷.

En las Constituciones francesas que siguieron a la de 1791 el principio sufrió un progresivo debilitamiento. En efecto, el art. 204 de la Constitución de 22 de agosto de 1795 previó las prohibiciones de comisión y de atribución pero no la de avocación²²⁸. Y los arts. 61 y 62 de la Carta constitucional de 4 de junio de 1814, como, por lo demás, el art. 53 de la Constitución de 1830 y el art. 4 de la Constitución de 1848, contemplaron sólo la prohibición de comisión, esto es, de institución de jueces extraordinarios, omitiendo tanto la prohibición de avocación como la de atribución o institución de jueces especiales²²⁹. De esta manera, es decir, reducido exclusivamente a la prohibición de instituir jueces extraordinarios *post factum*, el principio pasó a las Constituciones de Bélgica, a las de los estados italianos preunitarios y, finalmente, al estatuto albertino²³⁰, de modo que, en nuestro país, no pudo impedir la introducción del «tribunal especial para la defensa del estado» durante el fascismo²³¹. Fue seguramente a causa de este famoso precedente por lo que el art. 102, 2.º de la Constitución republicana añadirá, a la prohibición de jueces extraordinarios *post factum*, también la de «jueces especiales». Pero no ex-

plicitará con la misma claridad la prohibición de avocación, eludida por el ejercicio discrecional del poder de distribución de las causas por parte de los jefes de los órganos judiciales, sólo parcialmente atenuado por la adopción —primero de hecho en muchos tribunales y después de forma general, conforme al art. 4 de las nuevas normas sobre adecuación del ordenamiento judicial, destinadas a entrar en vigor con el nuevo código de procedimiento— de «criterios objetivos y predeterminados, establecidos de forma general por el Consejo Superior de la Magistratura y aprobados al mismo tiempo que la composición de las salas».

El principio del juez natural, por el contrario, impone que sea la ley la que predetermine tales criterios de forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida cualquier elección *post factum* del juez o tribunal a quien le sean confiadas las causas; y exige además que tal predeterminación afecte también a los órganos del ministerio público, para que tampoco las funciones de acusación puedan ser manipuladas o de cualquier forma condicionadas por órganos extraños al proceso. Diría incluso que, superado totalmente el poder de comisión en el que se manifestaba históricamente la injerencia regia en la administración de justicia, el problema del juez natural hoy guarda relación esencialmente con el poder de avocación, es decir, con el peligro de condicionamientos previos de los procesos a través de la designación desde arriba de los magistrados competentes para su conocimiento, sean jueces o fiscales; y que el único modo de dar pleno cumplimiento al principio sería la preconstitución legal de criterios objetivos de determinación de la competencia de cada magistrado, y no sólo de los órganos a los que pertenecen²³².

Por lo que se refiere a la naturaleza de los criterios predeterminados —cuestión ésta ciertamente secundaria, respecto a la de su preconstitución legal—, parece evidente que mientras los criterios de competencia de cada magistrado en particular, al estar encaminados únicamente a permitir la distribución automática de los procesos, deben ser puramente *formales* (sorteo, orden alfabético, sucesión cronológica de las causas y similares), los criterios de competencia de los órganos, como justificados por el objeto del juicio, tienen un carácter bastante más *sustancial*. Una vez que han perdido vigencia las discriminaciones premodernas de los fueros según las condiciones personales de los justiciables, estos criterios sustanciales son en la actualidad de dos tipos: intrínsecos, o por razón de la materia, y extrínsecos, o por razón del territorio.

El criterio de la *materia*, que es inevitable y cierto cuando discrimina a partir de la distribución en grandes áreas por disciplinas —civil, penal, o también mercantil, concursal, etc.— se hace más injustificado e incierto cuando diferencia las competencias según la gravedad de los delitos o la medida de las penas, pues, en efecto, esta diferenciación, mientras crea el riesgo de favorecer la formación

de jerarquías impropias entre los órganos judiciales y los jueces que los componen, puede, por su carácter opinable, permitir a la acusación la elección del juez competente, agravando o atenuando las imputaciones. Bastante más justificado está el criterio del *territorio*, que en la Edad Media osciló durante mucho tiempo entre la referencia al lugar del domicilio o de la vecindad civil del reo y el de la realización del delito, que finalmente prevaleció²³³: «juzgar los hechos en el lugar donde se producen», afirma el art. 18 de la Constitución de Maryland de 1776, «representa una de las mayores garantías de las vidas, la libertad y la propiedad del pueblo», y la idea de que los jueces deban ser elegidos entre «los hombres del vecindario» y que el juicio se realice en «el pueblo» del imputado es, desde la *Magna Charta*, uno de los principios más arraigados y resistentes de la tradición procesal anglosajona²³⁴. Es obvio que en la actual sociedad de las comunicaciones de masas y de la sobrecarga de información, el valor garantista de este principio se ha atenuado notablemente. Pero no hay duda de la mayor objetividad del criterio territorial respecto a cualquier otro, en materia de competencia.

6. *Modelos de responsabilidad judicial y modelos de juez: jueces electivos, profesionales y por concurso. La responsabilidad política.* Imparcialidad, independencia y naturalidad, si por un lado son condiciones indispensables de la sujeción de los jueces *solamente* a la ley, hacen, por otro lado, particularmente difícil y problemática la individualización de formas apropiadas de responsabilidad por sus desviaciones de tal *sujeción*. Nos encontramos aquí frente a una aporía a la que la reflexión jurídica y política ha dedicado buena parte de su tiempo. Por una parte, existe un nexo indisoluble entre sujeción a la ley, independencia y responsabilidad de los jueces, de manera que sería una paradoja que la independencia de los jueces, justificada únicamente por el hecho de que su función está «sujeta sólo a la ley», no llevase consigo como corolario la más rigurosa responsabilidad por las violaciones de las leyes a las que están subordinados. Por otra parte, toda forma de responsabilidad por la falta de sujeción a la ley parece aludir a alguna forma de fiscalización sobre el contenido concreto de la función judicial y, por tanto, a alguna forma de dependencia respecto a los órganos llamados a ejercerla. Es el clásico problema planteado por la pregunta de Juvenal *quis custodiet custodes?*²³⁵, agravado por el carácter funcional que en este caso tiene la independencia de los *custodes*.

Existe, además, una segunda aporía, vinculada a la primera pero de carácter más propiamente epistemológico. En la misma medida en que decrece la tasa de garantismo del sistema, aparece un problema de responsabilidad por las desviaciones del poder judicial: en el sistema ideal SG, como se ha visto en el capítulo 3, los espacios de acción del juez abiertos a las desviaciones son únicamente los conexos a

los poderes de denotación jurídica, de verificación fáctica y de connotación equitativa; sin embargo, en los demás sistemas existe también un poder más o menos amplio de disposición. Podemos llamar *garantías fuertes* a las garantías de nuestro sistema SG, que comportan directamente la nulidad de las desviaciones, la minimización de la discrecionalidad de los poderes de investigación y la supresión de los poderes de disposición impropios, cuyo ejercicio es fuente inevitable de abusos: como el poder privar de libertad al imputado, el secreto instructorio inmotivado y por tiempo indeterminado, las negociaciones con el imputado y todos los demás mecanismos potestativos que como veremos aquejan todavía a nuestro ordenamiento procesal. Llamaré, por el contrario, *garantías débiles* a las que prevén la responsabilidad de los jueces en forma de sanciones por las desviaciones cometidas en perjuicio de los ciudadanos y que son, obviamente, bastante menos importantes que las fuertes, ya porque éstas eliminan de raíz las desviaciones, o por la bien conocida ineficacia de cualquier sistema de sanciones dirigido a hacer valer la responsabilidad de un órgano de poder. Ahora bien, si es verdad que la necesidad de las garantías débiles se manifiesta sobre todo en ausencia de las fuertes, es también cierto que sólo en presencia de las garantías fuertes se pueden hacer valer con éxito las débiles: piénsese en la dificultad para reconocer una desviación ilícita en el ejercicio de uno de tantos poderes discrecionales y desviados —la valoración de la gravedad de los indicios, de la peligrosidad del sospechoso, del peligro de fuga, que son presupuestos de la prisión; o de los criterios de negociación, etc.— que en nuestro país son por ley legalmente inherentes al poder judicial. Las garantías débiles, además de carecer de la radicalidad y la eficacia de las fuertes, son, en definitiva, inútiles cuando podrían hacerse valer y de difícil y a veces imposible aplicación cuando serían necesarias.

Las garantías débiles de la responsabilidad mediante sanciones, aunque secundarias, ineficaces e insuficientes, son en todo caso indispensables, en defecto de garantías fuertes, para vincular a los jueces a la sujeción a la ley y al papel de garantes de los derechos de los ciudadanos. Pero ¿cuáles son los tipos de responsabilidad que, sin prejuzgar la independencia del juez, permiten un control sobre sus desviaciones culpables? Podemos distinguir dos formas, históricamente concebidas y experimentadas unas veces como concurrentes, otras como alternativas: la responsabilidad *política*, que puede ser *hacia abajo* si el juez es electivo o *hacia arriba* si es nombrado por órganos del poder político; y la responsabilidad *jurídica*, que puede ser *civil*, *penal* o *disciplinaria* según el carácter del ilícito, de la sanción o de los procedimientos aplicados. Añadiré, además, una tercera forma de responsabilidad, que llamaré *social*, y que se manifiesta en la transparencia de la actividad judicial y en su más amplia sujeción a la crítica y al control de la opinión pública.

Se comprende la importancia, teórica y práctica, del tipo o tipos de responsabilidad elegidos. Los distintos sistemas de responsabilidad remiten, de hecho, a diversos modelos de juez: en cuanto a las formas de reclutamiento, a las fuentes de legitimación política, a la colocación institucional respecto a la sociedad y a los otros poderes del estado. Las opciones más importantes son sin duda las que tienen que ver con la *responsabilidad política*: si es admisible o inadmisibles y, en el primer caso, si debe darse directamente ante al pueblo o ante otros sujetos del sistema político. Se trata, en otras palabras, de la opción entre *juez electivo*, *juez de designación política* y *juez por concurso*. ¿Es compatible una responsabilidad política del juez ante sus electores o ante los órganos que lo han nombrado, con las específicas fuentes de legitimación asignadas aquí a la jurisdicción? Y ¿la sanción de la no reelección o de la no confirmación puede considerarse razonablemente eficaz? En fin, ¿cuál de los tres modelos de juez se configura como más independiente y menos integrado en el sistema político?

El primer modelo —el del juez electivo, responsable políticamente frente al electorado— tiene hoy una ejemplificación en la elección directa por sufragio universal de los «jueces estatales» de los Estados Unidos. Es claro que esta forma de responsabilidad está virtualmente en contraste con las particulares fuentes de legitimación de la jurisdicción analizadas en los apartados 9, 10, 37 y 40.2. El juez, a diferencia de los órganos del poder legislativo y del ejecutivo, no debe representar mayorías ni minorías. Y el consenso del electorado no sólo no es necesario sino que puede incluso ser peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él. La sanción de la no reelección por la pérdida de la confianza popular, en la que debería manifestarse la responsabilidad política, está, pues, en contraste con la sujeción del juez únicamente a la ley, que impone que él decida contra las orientaciones de la mayoría e incluso de la totalidad de sus electores, cuando éstas entren en conflicto con las pruebas adquiridas y con los derechos de los justiciables confiados a su tutela. Por lo demás, la misma experiencia americana ha terminado por abandonar en muchos estados el clásico sistema de la *partisan election* entre varios candidatos concurrentes, sustituyéndolo por sistemas *non partisan* dirigidos a reducir la representatividad de los elegidos, para moderar la influencia ejercida sobre ellos por las fuerzas políticas y reforzar, por el contrario, sus dotes de independencia y de capacidad profesional²³⁶.

En un país como Italia, donde el monopolio de la representación política corresponde en exclusiva a los partidos políticos, un sistema semejante sería todavía más inadecuado para una efectiva responsabilización. En efecto, los jueces electivos serían designados como candidatos de las burocracias de partido, vinculados de hecho a su confianza, no inamovibles pero revocables en cada vuelta electoral y, en

fin, no independientes tampoco de estos poderes y sujetos a carreras y promociones no sólo dentro del orden judicial sino también, transversalmente, en el conjunto del sistema político, dado el papel de los partidos en la formación tanto del legislativo como del ejecutivo. La misma sanción de la no reelección sería de este modo totalmente ilusoria: reelecciones, no reelecciones o promociones responderían de hecho a las lógicas que presiden las carreras de partido más que a la valoración de las actuaciones de los jueces.

Todo esto vale con mayor razón para la responsabilidad política indirecta que caracteriza al segundo tipo de juez antes señalado: el nombrado por órganos representativos del sistema político, sean parlamentarios o gubernativos, en virtud de una relación de confianza política o profesional. Es el caso de los jueces ingleses: de las altas magistraturas, como los *Law Lords* y los jueces de la *Court of Appeal*, nombrados por el rey a propuesta del jefe de gobierno y revocables a propuesta del Parlamento; de los jueces de la *High Court* y de los *stipendiary*, nombrados por el rey y asimismo revocables a propuesta del Lord Chancellor de acuerdo con las indicaciones de los comités locales²³⁷. Pero es también el caso de los jueces federales americanos, nombrados por el Presidente con el consenso del Senado, así como de los jueces de casi todos los países de América Latina, que son nombrados conjunta o separadamente por las cámaras y por el presidente²³⁸. Es claro que en todos estos casos la integración en el sistema político y la lesión del principio de la división de poderes es todavía más patente que en el sistema del juez electivo. Y donde no está del todo excluida cualquier responsabilidad, como es el caso de los jueces federales de los Estados Unidos, de carácter vitalicio, la situación se resuelve en una subordinación de los jueces al poder ejecutivo o en cualquier caso a las fuerzas políticas dominantes. Es obvio que, en países como Inglaterra o los Estados Unidos, dotados de fuertes tradiciones liberales, esta subordinación se encuentra mitigada por el respeto general que rodea la función judicial y por la fuerte conciencia del papel que distingue a la figura del juez. Pero también en ellos la independencia del poder judicial resulta fuertemente comprometida por los filtros políticos que excluyen preventivamente del acceso a la función a quienes no se caracterizan por la adhesión a los valores consolidados, por las verdaderas y propias progresiones o promociones a que los jueces están sujetos, por los vínculos ideológicos y de solidaridad política y cultural que ligan a los jueces con la clases del gobierno²³⁹.

Queda el tercer modelo, el del juez nombrado por concurso. Éste ha sido etiquetado, injustamente a mi juicio, como «burocrático»: hasta el punto de que como tal ha sido contrapuesto al juez inglés nombrado por el ejecutivo y caracterizado, en cambio, como «profesional»²⁴⁰. La calificación de los jueces como «funcionarios» estaba, ciertamente, del todo justificada en nuestro ordenamiento prerrepu-

blicano y lo está todavía en Francia, donde, efectivamente, dependen del ministro de Justicia en el reclutamiento, en la carrera y en todas las vicisitudes relativas a su *status*²⁴¹. Pero no tiene fundamento cuando va referida a los actuales jueces italianos, totalmente carentes de responsabilidad política ante los otros poderes del estado²⁴² y, sobre todo, cubiertos, como se ha visto, por las garantías del autogobierno, inamovilidad, ausencia de carrera y prohibición de control sobre sus orientaciones políticas en el acto del concurso para el ingreso en la magistratura²⁴³.

Por lo demás, la alternativa entre jueces electivos y jueces por concurso se plantea hoy en términos bastante distintos respecto al siglo pasado y sólo aparentemente coincide con la distinción entre jueces ciudadanos y jueces magistrados ilustrada por Francesco Carrara. Lo que hace de un juez-ciudadano un juez imparcial es su natural independencia: del exterior, en la medida en que no es parte del sistema político, y del interior, al no ser un funcionario condicionado por la carrera o por vínculos de subordinación jerárquica. En cambio, lo que hace de un juez-magistrado un burócrata es exactamente lo contrario: su integración en el sistema de los poderes públicos y su pertenencia a un aparato más o menos jerarquizado.

Si esto es verdad, resulta difícil ver a un simple ciudadano en un juez expresión de las fuerzas políticas dominantes y más o menos directamente vinculado a su confianza; y resulta no menos difícil negar que un juez nombrado por concurso y que cuente con apropiadas garantías de independencia es bastante más externo o extraño al sistema político y más «igual» a los demás asociados que un juez de partido. Al margen de la impropiedad de una legitimación mayoritaria de la jurisdicción, es, de hecho, cada vez menos plausible la asociación entre la posesión de una licenciatura en derecho y la pertenencia a estratos sociales dominantes, que fue pacífica en algún tiempo²⁴⁴. Si acaso, el concurso, con la garantía del anonimato de los candidatos y libre de cualquier filtro político sobre sus cualidades personales, se parece cada vez más a una forma de sorteo confiada, antes que al azar, a la selección de las competencias²⁴⁵: competencias, por lo demás, no secundarias, dado que, en contra de lo imaginado por la utopía ilustrada, de hecho se requiere un conjunto no simple de conocimientos técnicos para satisfacer la irrenunciable garantía de control sobre las resoluciones judiciales que, como veremos, es la motivación.

7. *La responsabilidad jurídica de los jueces: penal, civil y disciplinaria.* Excluida la legitimidad de cualquier forma de responsabilidad política, el único tipo de responsabilidad institucional apropiada a las funciones judiciales que queda es, pues, la responsabilidad jurídica: una responsabilidad que, como se ha apuntado, podrá hacerse valer con tanta mayor agilidad y eficacia, cuanto mayores sean las garantías fuertes del propio SG y más patentes por tanto las violaciones de la

ley, es decir, de las obligaciones y las prohibiciones impuestas al juez por la que en el apartado 26.4 he llamado «incorporación limitativa».

La responsabilidad jurídica, es decir, la sujeción del juez a sanciones jurídicas impuestas mediante proceso, se ha configurado de las formas más dispares, según las múltiples figuras de juez que, como se ha visto, se han sucedido en el tiempo y en el espacio en la experiencia procesal occidental. Alessandro Giuliani y Nicola Picardi han trazado una diferenciación entre los dos modelos fundamentales de responsabilidad, al menos en parte correlativa a la existente entre los dos modelos de juez —ciudadanos o magistrados— que antes se han distinguido: por un lado, la responsabilidad *profesional* del juez ciudadano o de cualquier modo independiente del poder político; por otro, la responsabilidad *disciplinaria* del juez magistrado o funcionario, delegado o de cualquier forma ligado al poder de gobierno²⁴⁶. En efecto, el árbitro de la antigua Grecia, como resulta de las oraciones de Esquines y Demóstenes y sobre todo de las tesis aristotélicas, estaba sujeto a una responsabilidad profesional no sólo por las injusticias intencionales, sino también por las cometidas con culpa o negligencia, en coherencia con el ideal de igualdad entre jueces y justiciables que informaba la democracia griega. Lo mismo ocurrió con el *iudex privatus* del derecho romano honorario, que también respondía, según las reglas de la responsabilidad ordinaria, tanto penalmente *si litem suam fecerit*, como civilmente, *licet per imprudentiam*, por los daños causados en el ejercicio de sus funciones. En el derecho estatuario local, en fin, donde los jueces eran forasteros llamados por sus competencias profesionales, regía asimismo, junto a la responsabilidad penal, una responsabilidad judicial por culpa, *licet per imperitiam*, del todo idéntica a la común a que estaban sometidos los médicos o los arquitectos²⁴⁷. Esta responsabilidad profesional, afirman Giuliani y Picardi, se desvanece en la edad moderna en conexión con dos fenómenos: el nacimiento de las monarquías absolutas y el desarrollo del iusnaturalismo racionalista, que marcan, uno en el plano institucional y el otro en el terreno filosófico, la afirmación de la primacía de la legislación estatal y, correlativamente, de la subordinación del juez a la ley. El principio de la irresponsabilidad de los magistrados sustituye así a la vieja responsabilidad judicial según las normas del derecho común, como reflejo, primero, de la irresponsabilidad regia y, después, de la irresponsabilidad legislativa. Y este modelo termina por prevalecer también en el actual estado de derecho, donde la principal forma de responsabilidad resulta ser la «disciplinaria», mientras que la responsabilidad civil, según una fórmula que se remonta al código napoleónico de 1806, recuperada por toda la experiencia continental, queda limitada a los casos de «dolo, fraude o concusión» que integran habitualmente también casos de responsabilidad penal.

Aun siendo sugerente, esta contraposición entre responsabilidad profesional y responsabilidad disciplinaria no me parece hoy utiliza-

ble. El modelo del «juez profesional», si es que se puede usar esta expresión en el mismo sentido en que se usa para la experiencia de los municipios medievales, hoy sólo se encuentra en el mundo anglosajón, donde los jueces son electivos, o sea, elegidos por sus capacidades profesionales. Pero, justo en estos ordenamientos, los jueces están totalmente libres de responsabilidad jurídica de tipo profesional, al hallarse cubiertos por una total «inmunidad» por cualquier acto o palabra pronunciada en el ejercicio de sus funciones: tanto en Inglaterra, desde el famoso caso *Floyd and Barker* de 1608, como en los Estados Unidos, que siguen en este aspecto la tradición inglesa²⁴⁸. Para estos jueces, como se ha visto, debe hablarse, más bien, de una responsabilidad política ante el electorado o, incluso, según el esquema del *ancien régime*, ante el poder ejecutivo. Por el contrario, una responsabilidad civil, aunque normalmente limitada a los casos de dolo, sólo existe en los ordenamientos donde el juez es nombrado por concurso; y se extiende incluso a los casos de culpa grave (*faute lourde*) en el ordenamiento francés, donde el instituto de la *prise à partie* se integró a la perfección en una organización judicial ciertamente de las más centralizadas y burocratizadas de la experiencia europea²⁴⁹.

Si después se considera el problema en el plano teórico, que es el que aquí interesa, las relaciones entre las formas de responsabilidad jurídica —penal, civil y disciplinaria— se plantean hoy en términos totalmente distintos que en la experiencia premoderna, debido a la distinta colocación del juez en la estructura del actual estado de derecho. La responsabilidad penal no crea ningún problema. Es claro que en caso de violaciones intencionales de la ley es justo que el magistrado responda penalmente y que pueda llegar a ser expulsado del orden judicial. Y esto debe valer no sólo para los jueces sino también para los órganos del ministerio público, conforme al principio, mantenido desde Montesquieu a Filangieri, de que la más severa responsabilidad por las acciones calumniosas es una garantía esencial de la libertad de los ciudadanos²⁵⁰. El único problema será el de una rigurosa tipificación de los ilícitos penales del juez más allá de las fórmulas excesivamente genéricas de los delitos de corrupción, omisión e interés privado en actos del oficio propios de cualquier funcionario público: tanto para orientar la responsabilidad penal sobre todo a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuanto para impedir formas de control impropio sobre la justicia, como las que se derivan de tipos penales carentes de estricta legalidad.

Bastante más problemático es el instituto de la responsabilidad *civil*, en torno al cual se encendió en Italia la más áspera de las polémicas políticas, que desembocó en la celebración de un referéndum popular. Esta forma de responsabilidad, al llevar consigo sanciones patrimoniales equivalentes a la medida del daño económico provocado, es, a mi juicio, la más inapropiada y perversa de todas. En efecto, la relación entre daño patrimonial y culpa es pertinente en los nego-

cios, pero no para la administración de justicia. Y en un estado de derecho basado en la igualdad esto debería ser cuidadosamente evitado: en el doble sentido de que los daños de los ciudadanos —todos los daños injustos, prescindiendo de la culpa— deberían ser resarcidos por el estado, y las culpas de los jueces —todas las culpas, prescindiendo de los daños provocados— deberían ser sancionadas. Al menos la justicia, con todas sus imperfecciones, debería permanecer a salvo de la lógica del mercado y no medir por el patrimonio su grado de responsabilidad frente a los ciudadanos²⁵¹.

Una responsabilidad civil por el daño crearía el riesgo de intimidar y paralizar la función judicial frente a toda la alta y adinerada criminalidad de los poderosos; y de producir, más que una mayor responsabilización, una huida de los jueces de la responsabilidad del juicio. Sobre todo en Italia, donde la criminalidad está cada vez más vinculada al capital financiero, sería imposible pedir a un juez que arriesgara inviables resarcimientos al proceder por uno de los innumerables delitos de quiebra fraudulenta, malversación, falsedades contables, abusos inmobiliarios y corrupciones de los que está hecha hoy la ordinaria administración de nuestro sistema político y económico. El peligro de tener que resarcir la totalidad del daño comprometería el sereno y desinteresado ejercicio de la función judicial, involucrando al juez en los intereses de las partes en conflicto y haciendo retroceder a la justicia a formas de discriminación clasista en la dirección única de la delincuencia de los pobres. Sin contar que la acción civil contra el juez podría transformarse en un instrumento impropio de la impugnación de sus sentencias o, peor aún, en un medio fácil de recusación. Por lo demás, como se ha visto, una responsabilidad así está excluida, o limitada, únicamente a las infracciones dolosas en todos los ordenamientos; y, allí donde está prevista, se encuentra subordinada al filtro de previas autorizaciones para proceder por parte de las autoridades judiciales o hasta de las gubernativas, para impedir acciones resarcitorias puramente instrumentales²⁵². Incluso en nuestro país, donde la abrogación por referéndum de toda limitación de la responsabilidad civil habría requerido la introducción de una responsabilidad del juez por la totalidad del daño, se ha prescindido de semejante solución y la entidad del resarcimiento debido por los magistrados ha quedado establecida en la medida de un tercio de su sueldo, sin perjuicio de la responsabilidad del estado por la parte restante del daño²⁵³. Esto quiere decir que una responsabilidad así es sólo aparentemente una responsabilidad civil, quedando sustancialmente en una forma de responsabilidad disciplinaria, pues la pérdida de una parte del sueldo preestablecida rígidamente es sólo en apariencia una sanción civil de carácter resarcitorio y constituye en realidad una sanción disciplinaria.

La responsabilidad *disciplinaria*, con las adecuadas garantías, es precisamente la que representa la forma más apropiada de responsa-

bilidad jurídica de los jueces, por lo que habría que reforzarla. Sobre todo previendo como ilícitos disciplinarios hipótesis taxativas de violaciones judiciales de los derechos de defensa (omisión de interrogatorios dentro del plazo legal, ausencia de careos, privaciones de libertad injustificadas, etc.) y excluyendo, en cambio, tipos indeterminados de lesión del «prestigio» de la magistratura y otros parecidos que han permitido, durante muchos años, la desnaturalización del juicio disciplinario, dirigiéndolo a intimidaciones inaceptables para la independencia de los jueces en razón de sus orientaciones políticas y jurisprudenciales²⁵⁴. En segundo lugar, atribuyendo directamente al ciudadano que se considere injustamente lesionado el poder de acción disciplinaria y, por tanto, de acusación, ante los órganos de la justicia disciplinaria (en Italia el Consejo Superior de la Magistratura). Es claro que una responsabilidad de este tipo, que en los casos más graves puede llegar a la expulsión, es más eficaz y, sobre todo, más pertinente que una improbable responsabilidad civil: más eficaz, porque un juicio público y solemne promovido por la parte ofendida ante el Consejo Superior, del que forman parte también miembros ajenos a la magistratura, tiene seguramente una mayor resonancia y está también menos expuesto a la solidaridad corporativa que un juicio civil; más pertinente, porque no compromete el desinterés y la imparcialidad del juez y porque es justo que el magistrado culpable, en el caso de infracciones graves, sea separado antes que condenado a imposibles resarcimientos.

8. *La responsabilidad social del juez y el control popular sobre la justicia.* Más allá de las formas de responsabilidad jurídica, desgraciadamente destinadas a padecer una debilidad intrínseca, la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es la que he llamado *responsabilidad social*, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública.

Este control, expresado de forma general por la «prensa» y en particular por la «vigilancia por parte de juristas libres», fue señalado por Francesco Carrara como un factor esencial de responsabilización democrática y a la vez de educación del juez en un hábito de independencia: «la curia y la prensa libres», afirmó contra la costumbre de acatamiento de la jurisprudencia dominante también entonces en el mundo de los juristas, «al vigilar o al aplaudir, con conocimiento de causa, la obra de los jueces, aumentan la fuerza de éstos y su independencia del poder ejecutivo»²⁵⁵. La bondad de la administración de la justicia, había escrito John Stuart Mill, «está en razón compuesta del valor moral de los jueces y del peso de la opinión pública que influye sobre ellos y puede residenciarlos»²⁵⁶. Y antes aún Bentham había encontrado en el control de la «opinión pública» y en la sustitución de las «miradas del soberano» por las del «público» el principal factor de probidad, de responsabilidad y de independencia de los jue-

ces²⁵⁷. La crítica pública de las actividades judiciales —no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones— expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón; y es tanto más eficaz si proviene también de otros magistrados, por la ruptura que provoca de la solidaridad corporativa y de las apariencias técnico-jurídicas que envuelven siempre las decisiones. Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.

Es obvio que esta forma de responsabilización de los jueces requiere una serie de presupuestos sociales e institucionales. Los presupuestos sociales son los generales de la democracia: la maduración civil y política de los ciudadanos en torno a las cuestiones de la justicia; su atención y participación constante en la vida pública; su conflictividad social y su solidaridad civil y política con los derechos lesionados; la plenitud, la independencia y la corrección de la información judicial por parte de la prensa; el compromiso civil y el hábito de oposición de la cultura jurídica²⁵⁸. Los presupuestos institucionales son más simples pero no menos esenciales: sobre todo, la obligación de la *motivación* analítica de toda resolución judicial, sin la que, como escribía Carrara, «esta vigilancia será del todo imposible»²⁵⁹; en segundo lugar, la supresión de cualquier forma de penalización de la *libertad de crítica* y de censura en relación con los magistrados, como es todavía en Italia la previsión del delito de desacato contra el orden judicial; en tercer lugar, la generalización del principio de *publicidad* a todas las fases del proceso y la abolición o, al menos, la máxima limitación del secreto sumarial.

Por último, una cuarta condición institucional de la responsabilización social de los jueces es la *personalización* de todas las funciones judiciales, sean decisorias o de acusación: a través de la institución del juez monocrático de primer grado y la consiguiente supresión de la distinción entre tribunales y preturas y, por otro lado, mediante la introducción de la obligación de dar cuenta, en todas las decisiones colegiadas, del eventual disenso de uno o varios componentes del tribunal y de sus votos particulares²⁶⁰. Porque, en efecto, uno de los principales factores de la irresponsabilidad de los jueces, es el anonimato en el que a veces se esconde su actividad. Con la personalización de las funciones judiciales, la paternidad de los juicios no estaría referida a entidades anónimas como el Tribunal, la Corte de Apelación, la Corte de Casación, la Sección Instructora, la Magistratura y otras abstracciones similares, sino a los magistrados concretos que toman

las decisiones, o que participan en ellas, y que, así, quedarían expuestos personalmente al juicio y a la crítica de la opinión pública. Especialmente, el voto particular en las decisiones colegiadas comporta la corresponsabilización de todos los integrantes del órgano colegiado, sin posibilidad para ninguno de instalarse cómodamente en las decisiones de la mayoría o bajo la cobertura de la minoría. Y, sobre todo, es un decisivo factor de ruptura de la coartada del puro «tecnicismo» y «neutralidad» de la decisión, al hacer posible que salga al exterior, no, como ahora sucede, una sola «verdad» —es decir, una sola interpretación de la ley y una sola valoración de los hechos y de las pruebas— sino verdades distintas y en contraste, capaces de suscitar la atención, el debate, la crítica informada y, de ese modo, el control público sobre las actuaciones de los jueces.

De lo expuesto resulta que esta forma de responsabilidad social es la única idónea para evidenciar los márgenes irreductibles de ilegitimidad política que, como se ha visto en los apartados 12.2 y 37.5, marcan la actividad del juez: no sólo por sus más o menos culpables desviaciones o errores, sino por el insuprimible poder de disposición de que está investido, en contraste con su exclusiva sujeción a la ley, a causa de la imperfección estructural de todo sistema penal positivo. Este contraste no debe ser negado por los jueces, sino conscientemente explicitado, al ser su reconocimiento un elemento fundamental de su deontología judicial. Los jueces, se ha dicho, son investigadores exclusivos y solitarios de la verdad procesal: ésta es una convención necesaria, requerida por las garantías de certeza y preconstitución natural del juez, por la necesidad de asegurar veredictos no contradictorios y también por el valor de la separación entre funciones represivas y ciudadanos. Pero esto no elimina la relatividad de sus juicios y de su verdad, ni tampoco la relativa arbitrariedad de su designación como jueces. De aquí se deriva no sólo el carácter esencial de la crítica pública, sino también la necesidad de que el juez se exponga a ella constantemente, asumiendo también él el *punto de vista externo* de los ciudadanos carentes de poder, que es el fundamento de su independencia política y cultural *frente al poder* y de la legitimidad misma de sus funciones²⁶¹.

41. ¿Cómo juzgar? Las garantías procesales

1. *El proceso como garantía de verdad y de libertad. Cognición e inquisición.* Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva. «*Alii cives latronum telis, alii iudicum sententia pereunt*», lamentaba Carrara con

palabras de Paolo Risi, advirtiendo que «la justicia penal», en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos «peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables»²⁶². Por otra parte, el proceso, como la pena, se justifica precisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas. «Las bárbaras naciones», escribía Francesco Pagano, «no conocen el proceso. Sus causas se deciden con el hierro en la mano o con el parecer y arbitrio de un senado compuesto por los jefes de la nación y de un rey, caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz»: el paso a la civilización, añadía, así como el grado de libertad y de despotismo, se miden por la «manera de juzgar»²⁶³.

Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes²⁶⁴. Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y que el segundo pone sobre la otra. Es obvio que ni el proceso inquisitivo desconoce la cuestión de la tutela del inocente, ni tampoco el acusatorio descuida el fin de la represión de los culpables. Los dos métodos se distinguen sobre todo por partir de dos concepciones diversas tanto del poder judicial como de la verdad. Mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. De ello se deriva que el primero confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario.

Es éste el sentido en que las diferencias entre modelo teórico inquisitivo y modelo teórico acusatorio, trazadas en el apartado 39.2, pueden considerarse como expresiones de dos opuestas epistemologías del juicio: *dictum* de un solo sujeto o contienda entre varios sujetos; relación vertical inquisidor-inquirido, o relación triangular entre dos partes y un tercero *super partes*; operación unilateral del juez o bien

actus trium personarum, iudicis, actoris et rei: el juez como sujeto tercero separado de la acusación, como exige nuestro axioma A8, el actor como parte de acusación sobre el que pesa la carga de la verificación según nuestro axioma A9, y el reo como parte de defensa que tiene el derecho a la refutación según nuestro axioma A10. En ambos casos el proceso tiene como fin el «descubrimiento de la verdad, síntesis y compendio de los dos supremos intereses procesales», antes apuntados²⁶⁵. Pero son diversos los modos de entender la verdad y los métodos empleados para alcanzarla. Precisamente, mientras el método inquisitivo se funda sobre una epistemología sustancialista y decisionista, el método acusatorio puede ser considerado como la transposición jurídica de la epistemología falsacionista delineada en el capítulo tercero. Y las tres garantías A8-A10 que lo componen, puesto que equivalen a las condiciones epistemológicas de fiabilidad del juicio identificadas en los puntos 7 y 8 del apartado 10, pueden ser consideradas al mismo tiempo como garantías de una *verdad* controlada por las partes en causa y de la *libertad* del inocente frente al error y al arbitrio²⁶⁶.

Es obvio que esta concepción cognoscitiva del proceso penal y del método acusatorio es una adquisición moderna, al estar relacionada —lógicamente, más que históricamente— con el principio de estricta legalidad penal y el correspondiente proceso de formalización y tipificación de los delitos y de las penas. En efecto, como hemos visto en la primera parte, sólo la rígida determinación semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado no en decisiones potestativas, sino en la prueba empírica de hechos predeterminados. Recuperando la distinción entre jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta, realizada en el apartado 37.2, diremos que el método inquisitivo está caracterizado sólo por el primer principio, requiriendo únicamente un juicio, cualquiera que sea, como condición necesaria de la pena; mientras que el método acusatorio se distingue también por el segundo, en la medida en que exige además que el juicio se desarrolle con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y la refutación. Como hemos demostrado, esto depende de la relación de derivación y no sólo de delegación —nomoestática y no sólo nomodinámica— que la estructura normativa del estado de derecho moderno ha instaurado entre ley y juicio en materia penal: en la misma medida que el principio de estricta legalidad vincula las hipótesis legales de delito a la taxatividad y por tanto a su verificabilidad, el principio de estricta jurisdiccionalidad vincula el juicio penal a su verificación; en el sentido de «correspondencia», aunque sea aproximativa, entre denotación jurisdiccional y denotación legal. De ello se sigue la ya indicada connotación epistemológica de la validez en la jurisdicción penal: las sentencias penales son los únicos actos jurídicos cuya validez depende de su verdad.

Los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria o falsacionista tienen, así, su fundamento en el método de la prueba y refutación —por *modus ponens* y por *modus tollens*— ya tratado en el apartado 10.6, cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y el reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión. De este modo resulta una estructura triádica o triangular²⁶⁷, normativamente asegurada por las tres garantías procesales antes enunciadas: la *formulación de la imputación*, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la *carga de la prueba* de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el *derecho de defensa* atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*). A estas tres garantías, que designan otras tantas actividades cognoscitivas y que por ello podemos llamar *primarias* o epistemológicas, hay que añadir otras cuatro, no enunciadas de manera autónoma en SG porque aseguran la observancia de las primeras respecto de las cuales son, por decirlo así, de segundo nivel o *secundarias*: la *publicidad*, que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la *oralidad*, que comporta la intermediación y la concentración de la instrucción probatoria; la *legalidad* de los procedimientos, que exige que todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un *rito* legalmente preestablecido; la *motivación*, que para cerrar el sistema documenta y garantiza su carácter cognoscitivo, es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas.

2. *La formulación de la acusación y el interrogatorio del imputado.* Es útil distinguir, como ha propuesto Giovanni Conso, entre acusación como *actividad* y acusación como *acto* introductorio del juicio²⁶⁸. En el primer sentido, la disciplina de la acusación es una cuestión orgánica, que afecta a la organización de los sujetos encargados de su ejercicio; en el segundo, es una cuestión procedimental que mira a la forma de instauración del proceso. Nuestro axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione* expresa conjuntamente, junto a la garantía orgánica de la separación funcional y subjetiva de juez y acusación, que como se ha visto es una condición del carácter acusatorio del proceso y de la imparcialidad del juez, también la garantía procedimental de la formulación de una acusación determinada contra el imputado como acto previo y de delimitación del juicio.

Esta garantía procedimental puede ser articulada en una larga serie de reglas. Sobre todo, como se ha dicho en el apartado 9.3, la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el

objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo²⁶⁹. En segundo lugar, la acusación debe contar con el apoyo de adecuados indicios de culpabilidad: en efecto, la acusación, como dice Carrara, si es un «teorema» para el acusador, es un «problema» para todos los demás y se justifica, por tanto, si no con la prueba, necesaria para la condena, al menos con la «probabilidad» de la culpabilidad del acusado²⁷⁰. En tercer lugar, debe ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea «escondido de cuanto se prepare para su daño o de cuanto se hace, o se hará, para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia, que siempre le asiste»²⁷¹. En cuarto lugar, debe ser oportuna, es decir, debe dejar al imputado el tiempo necesario para organizar su defensa y a la vez proveer a cualquier otro acto instructorio de su interés²⁷⁷. Por último, la notificación de la acusación ha de ser, además de expresa y formal, sometida a refutación desde el primer acto del juicio oral que es el *interrogatorio* del imputado.

En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba «el comienzo de la guerra forense», es decir, «el primer ataque» del fiscal contra el reo²⁷³ para obtener de él, por cualquier medio, la confesión. De aquí no sólo el uso de la tortura *ad veritatem eruendam*²⁷⁴, sino también la recomendación al juez de no notificar al inquirido el título del delito atribuido, ni su calidad, ni sus circunstancias específicas, ni los indicios recogidos previamente²⁷⁵. De aquí, más en general, la elaboración de una sofisticada *ars interrogandi et examinandi reos* y de una densa serie de reglas sádicas de deslealtad procesal informadas únicamente por el principio *non curamus de modo, dummodo habeamus efectum*²⁷⁶. «*Felicitas interrogantis est extorquere quod rei nolunt*», enseñaba por eso Chartarius en su tratado sobre el interrogatorio que en dos siglos tuvo cinco ediciones²⁷⁷. Y añadía: «*iudex debet reis vultum ostendere terribilem dum eos interrogat*»²⁷⁸; y puede tender trampas «*quando a reo vult confessionem extorquere, fingens scire veritatem totius facti*»²⁷⁹; y después hacer falsas *promissiones impunitatis* que no serán mantenidas «*quia hic dolus bonus est, ed ad publicam pertinet utilitatem... Item quia in male promissis fides servanda non est*» y, además, porque «*lex permittit adversus delinquentes dolos et fraudes instrui, ut delicta ipsa puniantur*»²⁸⁰. Es obvio que si el interrogador sólo tenía poderes, el interrogado tenía sólo deberes y, por ello, «*reus tenetur iudici respondere*»²⁸¹, «*et potest pluribus modis cogi et compelli ad respondendum: vel mulcta indicta quia factis tribus monitionibus, sub poena ipsum mulctabit; vel captis pignoribus, vel per torturam... At vero in atrocibus sceleribus tormentis rei res-*

pondere cogendi sunt»²⁸²; y debe responder sólo «affirmative vel negative, ut nulla arte verborum a reo veritas offuscetur»²⁸³, aunque después el juez valorará «an aliqua ex dictis rei variatio sit, trepidatio et vultus pallor, et omnia haec per notarium annotari faciat»²⁸⁴.

Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. *Nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés²⁸⁵. De ella se siguen, como corolarios, la prohibición de esa «tortura espiritual», como la llamó Pagano, que es el juramento del imputado²⁸⁶; el «derecho del silencio», según palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas²⁸⁷; la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia²⁸⁸, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales²⁸⁹; el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales²⁹⁰.

Por otra parte, en el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin. El interrogatorio, precisamente por hallarse encaminado a permitir la defensa del reo, debe estar sujeto a toda una serie de reglas de lealtad procesal: la prontitud o, en cualquier caso, su realización en un plazo razonable²⁹¹; la comunicación verbal no sólo de las acusaciones, sino también de todos los argumentos y los resultados de la instrucción que se opongan a las deducciones defensivas²⁹²; la prohibición de preguntas sugestivas y la claridad y univocidad de las preguntas que se formulen²⁹³; la prohibición de cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los imputados para inducirlos al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación²⁹⁴; la redacción autógrafa del acta del interrogatorio por parte del interrogado en caso de proceso escrito y la grabación de sus declaraciones en el oral²⁹⁵; la tolerancia con sus interrupciones o intemperancias²⁹⁶; la obligación de «seguir a las comprobaciones que el indagatorio designe»²⁹⁷; y, sobre todo, la libertad personal del imputado, que es lo único que garantiza la igualdad con la acusación, la serenidad de las declaraciones y la capacidad de autodefensa²⁹⁸.

En definitiva, el esquema triádico y la epistemología falsacionista,

propias del garantismo procesal acusatorio, excluyen cualquier colaboración del imputado con la acusación que sea el fruto de sugerencias o negociaciones, tanto más si se hubieran desarrollado en la sombra. Contra tales prácticas alzaron sus voces, aunque con argumentos y tonos diversos, Beccaria²⁹⁹, Diderot³⁰⁰, Filangieri³⁰¹, Paganò³⁰², Romagnosi³⁰³ y, con particular firmeza, Carrara, que calificó como «inmoralidades» e «infamias» todas las seducciones del reo que se manifiesten en promesas o halagos, calificándolas como un «abuso de autoridad» penalmente sancionable³⁰⁴. Todas las garantías penales y procesales —y no sólo el papel del interrogatorio como medio de defensa— resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado que tenga por objeto la prueba y la pena: el nexo retributivo entre pena y delito, ya que la pena y su medida se hacen depender de la conducta procesal del reo más que de la gravedad del delito; el principio de estricta legalidad, por el carácter totalmente indeterminado y opinable del grado de fiabilidad y de relevancia de la colaboración prestada y, por ello, de los presupuestos de la bonificación en la pena; el principio de materialidad, dado el carácter eminentemente subjetivo de la actitud colaboracionista o, aún peor, del «arrepentimiento» o de la «disociación» requeridas al imputado, sobre quien además se desplaza la carga acusatoria de la prueba; el principio de contradicción, a causa de la confusión de papeles entre las partes y por el carácter de monólogo que se imprime a toda la actividad procesal; las garantías de defensa y publicidad, porque la colaboración del imputado con la acusación requiere un *tête à tête* entre investigador e investigado que no tolera la presencia de terceros extraños y que, al contrario, por el carácter desigual de la relación entre los contratantes, se degrada a turbias transferencias de confianza del tipo «siervo y patrón»; el principio, por último, de la igualdad penal, dado que sólo pueden colaborar, tratar y lucrarse los culpables y tanto más si lo son gravemente, mientras que no podrían hacer otro tanto los inocentes o los que tienen responsabilidades marginales y que, por no saber nada del delito y al no poder aportar ninguna contribución acusatoria, resultan doblemente penalizados. Legalidad, jurisdiccionalidad, inderogabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio³⁰⁵.

Por desgracia, la práctica de la contratación y del intercambio entre confesión y delaciones por una parte e impunidad o reducciones de pena por otra, ha sido siempre una tentación recurrente en la historia del derecho penal³⁰⁶: de la legislación y, más todavía, de la jurisdicción por la tendencia de los jueces y sobre todo de los instructores a hacer uso de su poder de disposición para obtener de cualquier modo la colaboración de los imputados. La única forma de erradi-

carla sería la absoluta prohibición legal de atribuir alguna relevancia penal al comportamiento procesal del imputado, incluso a los fines de la determinación judicial de la pena dentro de los límites legales, prohibición que, a largo plazo, acabaría por convertirse en una regla de deontología profesional de los magistrados. El legislador italiano, sugestionado por los peores aspectos de la experiencia americana, ha elegido, en cambio, el camino opuesto, legitimando la negociación, primero, con las leyes de emergencia sobre los «arrepentidos» y, después, todavía con mayor amplitud, con la reciente reforma del código de procedimiento penal. El resultado, como haré ver en los apartados 45 y 54, es, inevitablemente, la corrupción de la jurisdicción, la contaminación policial de los procedimientos y de los modos de investigación y de juicio y la consiguiente pérdida de legitimación política o externa del poder judicial.

3. *La carga acusatoria de la prueba. Fuentes y medios de prueba.* Las diferencias entre sistema inquisitivo y sistema acusatorio que se manifiestan en el interrogatorio del imputado no son más que un reflejo de la alternativa epistemológica entre las dos concepciones opuestas de la verdad procesal que caracterizan a los dos sistemas y que condicionan en general los medios de prueba.

La verdad deseada y perseguida por el proceso inquisitivo, concebida como absoluta o sustancial y, en consecuencia, *única*, no puede ser de parte y no admite, por tanto, la legitimidad de puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial. Así, resulta que el sistema inquisitivo no sólo no exige, sino que excluye, el control desde abajo y en particular el del imputado. Secreto, escritura y, sobre todo, ausencia de contradicción y de defensa son los corolarios de su epistemología eminentemente sustancialista, que remite exclusivamente a la capacidad y potestad investigadora del juez-inquisidor para la obtención de la verdad. A la concepción monista de la verdad corresponde el carácter monista y monolítico de la actividad procesal, cuyo único protagonista es el juez, que es al mismo tiempo acusador y exige, además, la colaboración del imputado. Se entiende que sobre esta base no tenga sentido hablar de carga de la prueba para la acusación, sino a lo sumo de *necesidad de la prueba*: exigida, pretendida —o arrancada sin más—, al propio acusado.

Por el contrario, la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos. En el conflicto, por otra parte, el

primer movimiento incumbe a la acusación. Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. De aquí el corolario de la *carga acusatoria de la prueba* expresado por nuestro axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por otro lado, la rígida separación de papeles entre los actores del proceso, que como se ha visto en los apartados 10.7 y 39.3 constituye la primera característica del sistema acusatorio, impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas. De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación, siendo inadmisibles la confusión de funciones entre los dos sujetos que, por el contrario, caracteriza al proceso mixto, donde el ministerio público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación.

Toda la doctrina garantista de la prueba deriva de esta concepción epistemológica de tipo falsacionista. Ya he analizado en el apartado 10 la estructura lógica y las condiciones epistemológicas de la «prueba adecuada» o «convinciente» requeridas por el axioma A9. Excluidas, por un lado, las pruebas legales, cuya idoneidad convencional para sostener deductivamente la conclusión del razonamiento probatorio es un residuo de epistemología mágico-ordálica, y, por otro, el criterio potestativo de la libre convicción como condición positiva de la condena, he reformulado la relación entre *pruebas* y *convicción* de culpabilidad, considerando a las primeras como condiciones necesarias pero nunca suficientes por sí solas para justificar la segunda, que, en este sentido (pero sólo en este sentido), puede por tanto ser reputada «libre». Precisamente, he mostrado cómo la libre convicción, mientras equivale a un principio autoritario cuando permite, como ocurre según los cánones corrientes, la formación del juicio de culpabilidad con independencia de las pruebas, representa una garantía en la medida en que, por un lado, somete cualquier medio de prueba a la libre valoración del juez privándole de todo carácter presuntamente probatorio, y, por otro, permite el juicio de culpabilidad sólo si «adecuadamente probado», es decir, confirmado por *modus ponens* por una pluralidad de pruebas y no desmentido por *modus tollens* por ninguna contraprueba. El juez, según este principio, puede, en suma, condenar no simplemente *secundum conscientiam* sino *ex informata conscientia*, justificando su convicción *iuxta alligata atque probata*³⁰⁷.

Naturalmente, es imposible aquí apuntar siquiera los innumera-

bles problemas ligados a la valoración de cada uno de los medios de prueba y a sus condiciones de admisibilidad o de exclusión. Me limitaré a recordar que, según una clasificación de manual, las pruebas se distinguen en confesiones, testimonios y documentos, y se diferencian de los indicios en que éstos se conciben como «subrogados de prueba»³⁰⁸. Vimos en el apartado 10.2 la falta de fundamento epistemológico de esta segunda distinción, que reformulamos con referencia a la naturaleza —presente o pasada— del hecho probante: «prueba», en este sentido, equivale a «medio de prueba». Podemos, en cambio, conservar la tripartición de las pruebas en confesiones, testimonios y documentos, si incluimos también las pericias, los reconocimientos y los careos en los testimonios y en los documentos cualquier pieza de convicción, aunque no sea escrita, que esté dotada de fuerza inductiva.

Los principales problemas hacen referencia a las confesiones y a los testimonios, aunque sólo sea porque unas y otras comportan una actividad investigadora ejercida directamente sobre personas. Es en estas actividades donde se manifiestan los diversos estilos procesales: del estilo acusatorio, en el que es una máxima la imparcialidad del juez, simple espectador del interrogatorio que desarrollan la acusación y la defensa, al mixto, en el que los espectadores son las partes y es el juez quien conduce el interrogatorio, hasta el inquisitivo, donde el juez se identifica con la acusación y por eso interroga, indaga, recoge, forma y valora las pruebas. Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines en el proceso: la primacía del fin de una verdad máxima, obtenida por cualquier medio, en el proceso inquisitivo, y la primacía de los medios, en cuanto garantías de una verdad mínima pero lo más cierta posible, en el proceso acusatorio. Y son el reflejo de un contenido distinto del principio de legalidad procesal en los dos sistemas: mientras en el proceso acusatorio la valoración es libre pero el método de obtención de la prueba está vinculado, en el proceso inquisitivo la valoración de las pruebas está vinculada pero es libre su método de formación.

Así, la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio pero vincula legalmente el juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc.³⁰⁹, y, sin embargo, carece de todo valor legal decisorio³¹⁰. Más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de algún otro elemento de juicio, porque resulta inverosímil que, si es auténtica, el sedicente protagonista del delito no pueda aportar algunas otras confirmaciones; y tendrá valor probatorio en la medida en que vaya avalada por una pluralidad de datos y confirmaciones, según el principio de la fecundidad de las pruebas fiables ilustrado en el apartado 10.7. Asimismo, los testimonios, arrancados por el juez y dotados de valor probatorio legal en la inquisición, en el

proceso acusatorio se remiten de manera exclusiva a la iniciativa de las partes, expuestas a interrogatorio cruzado, vinculadas a la espontaneidad y al desinterés de los testigos, delimitadas en el objeto y en la forma por la prohibición de preguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas o dirigidas a obtener apreciaciones o juicios de valor³¹¹. El interrogatorio de los testigos por el juez o, peor aún, por la acusación sin presencia del juez; la transcripción de los testimonios hecha al dictado del juez o de la acusación; el poder ilimitado del juez para admitir o rechazar pruebas; y, en fin, ese sucedáneo moderno de la tortura consistente en coartar a los testigos mediante la incriminación y la condena, salvo retractación, por falso testimonio o negativa a declarar, son residuos inquisitivos.

4. *El derecho de defensa y el contradictorio*. El desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el *derecho de defensa* para el imputado, expresado en el axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantía es la transposición jurídica de la que en el apartado 10.8 he identificado como la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes. La epistemología falsacionista que está en la base de este método no permite juicios potestativos sino que requiere, como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas.

Esta concepción del proceso como contienda o controversia se remonta, como se dijo en el apartado 10.4, al paradigma de la *disputatio*, elaborado por la tradición retórica clásica y recibido, a través de la experiencia inglesa, en el proceso acusatorio moderno. Y expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica —además de la fecundidad lógica— de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado. Es obvio que el presupuesto epistemológico de la defensa —como del resto de la prueba— es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias, como se ha demostrado ampliamente en los capítulos precedentes, deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley, puesto que las aserciones de significado indeterminado, y menos aún los juicios de valor («Ticio ha cometido malos tratos», «actos obscenos», «subver-

sivos», o bien «es peligroso», y similares), no son verificables ni refutables y no permiten refutaciones sino todo lo más invocaciones de clemencia.

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos.

La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público. En un ordenamiento cuyas «leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos», escribió Bentham, cada cual podría «dirigir y defender su causa en justicia como administra y dirige sus demás negocios» y sería por tanto suficiente la *auto-defensa*³¹². Pero «en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades», es necesaria la *defensa técnica* de un abogado de profesión «para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición»³¹³ del imputado. Fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a «un arte baja de intrigas»³¹⁴, asumió la forma moderna de la asistencia legal obligatoria³¹⁵. Naturalmente, «defensa técnica obligatoria» no quiere decir que la asistencia de un abogado dotado de capacidad profesional sea una obligación para el imputado, sino que es un derecho, al que puede renunciar libremente, sin perjuicio de la obligación del estado de asegurarla gratuitamente si aquél no dispone de medios para beneficiarse de ella³¹⁶. En lo que respecta a la paridad de poderes, es claro que supone que la acusación pública no tenga ningún poder sobre el imputado, pues todos los poderes de una parte sobre la otra acaban por «darles muerte a las libertades civiles»³¹⁷; pero exigiría también, según las indicaciones ilustradas recordadas en el apartado 40.3, la *defensa pública* de un magistrado, junto a la defensa profesional del defensor privado, subordinada a sus estrategias defensivas, pero dotada de las mismas funciones y potestades investigadoras que el ministerio público.

La segunda condición, relativa a la esfera de intervención del imputado y su defensor, es todavía más importante. El pensamiento ilustrado, en coherencia con la opción acusatoria, reivindicó la presencia de uno y otro en todas las actividades probatorias. Voltaire protestó contra la posibilidad de que el careo entre el imputado y los testigos de la acusación quedase a la discrecionalidad del juez en lugar de ser algo obligatorio³¹⁸. Filangieri sostuvo que, al imputado, el

legislador «debería permitirle que contase con el auxilio de uno o más abogados en todos los trámites del proceso»³¹⁹. Bentham propugnó la presencia del defensor en el interrogatorio no sólo del imputado sino también de los testigos³²⁰. Y otro tanto hizo Pagano, que quiso que los testigos de la acusación «se interrogaran *ex integro* en presencia del reo» y subrayó «cuánto ayuda a conocer la verdad esa contradicción»³²¹.

Estos dos órdenes de expectativas —la equiparación de la defensa y la acusación y su intervención en todos los actos de la instrucción— se vieron frustrados en la experiencia procesal decimonónica. La figura del «ministerio público de defensa» no fue nunca instituida, mientras que la del «defensor de oficio» no pasó de ser un simulacro. Sobre todo después, en el proceso mixto inaugurado por el código francés de 1808 y difundido en toda la Europa continental, los derechos de la defensa fueron neutralizados durante toda la fase de instrucción, que volvió a ser inquisitiva, es decir, confiada a la iniciativa del juez, escrita, secreta, sin contradicción, totalmente dominada por la acusación. De ello se derivó una disparidad entre la defensa y el ministerio público³²² —colocado junto al juez instructor en el rito formal y ocupando su lugar en la instrucción sumaria— que fue abiertamente teorizada por el ministro Rocco en la exposición de motivos del código de procedimiento de 1930: «No es admisible el principio que equipara al ministerio fiscal con el imputado, hasta exigir que a cada facultad del primero corresponda una facultad del segundo. Este principio descende de un concepto de igualdad que, si puede admitirse en el proceso acusatorio puro, en el que acusador e imputado son personas privadas, es manifiestamente erróneo en el derecho procesal vigente, en el que el acusador es un órgano público»³²³.

En la fase de instrucción el defensor fue consecuentemente excluido, en continuidad con la tradición inquisitiva³²⁴, hasta de la asistencia al interrogatorio del imputado. Y sus poderes se redujeron, en esta fase, a la facultad de entrevistarse con su defendido después del interrogatorio, de asistir a los experimentos judiciales, a las pericias, a los reconocimientos y a los registros domiciliarios, así como de tener vista del sumario una vez concluida la instrucción. Durante los años de la república el sistema ha sido objeto de continuas reformas y contrarreformas que han acrecentado su carácter híbrido e irracional: así, en Italia, con las reformas de 1955 y 1971, se introdujo, como en Francia a partir de una ley procesal de 1897, el derecho del defensor a asistir al interrogatorio del imputado. Pero poco después, como se verá en la parte cuarta, este derecho se suspendió: primero, para los delitos de terrorismo por un decreto-ley de 1978, y después, con carácter general, en los arts. 350.5 y 364.5 del nuevo código de procedimiento penal se permite el interrogatorio del imputado sin defensor, con amplios márgenes de discrecionalidad, tanto a la policía como a la acusación pública.

5. *La publicidad y la oralidad. La media oralidad y la media publicidad del proceso en dos fases.* Para que sea posible el control sobre el respeto de las garantías procesales examinadas hasta ahora, es necesario un segundo conjunto de garantías, instrumentales o secundarias respecto de las primeras: la publicidad y la oralidad del juicio, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones. Se trata de garantías que cabe calificar de segundo grado, es decir, de *garantías de garantías*: sólo si la instrucción probatoria se desarrolla en público y, por consiguiente, de forma oral y concentrada, si además es conforme al rito previsto con ese objeto y si, en fin, la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas y contrapruebas que la motivan, es posible, en efecto, tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo. En cuanto a las garantías de la motivación y de la ritualidad, no pertenecen específicamente al método acusatorio, habiendo sido concebidas, más bien, en el marco de la tradición inquisitiva; pero son en todo caso esenciales a cualquier método procesal, sea acusatorio, inquisitivo o mixto.

La primera de estas garantías —la *publicidad*— es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio. Presente en la tradición clásica, tanto en Grecia como en la Roma republicana³²⁵, entró en crisis con la afirmación del proceso inquisitivo en la Roma imperial, cuando la sala de audiencias (*secretarium*) comenzó a estar cerrada por una cortina (*velum*) que se levantaba (*levato velo*) cuando se quería dar publicidad al proceso³²⁶. Y desapareció del todo en la experiencia procesal medieval, no sólo en la inquisitiva sino incluso en la acusatoria, rígidamente caracterizada, salvo en Inglaterra, por el secreto y la escritura tanto de las acusaciones como de las pruebas³²⁷.

La polémica contra el secreto y la reivindicación de la publicidad en todas las fases del proceso como dique frente al arbitrio son, por lo demás, una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado a la reforma en sentido acusatorio del proceso penal moderno. «Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito», escribió Beccaria, «para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos»³²⁸. «Entre

nosotros todo se hace en secreto. Un solo juez, con su secretario, oye a los testigos uno después del otro..., y, encerrado con ellos, puede hacerles decir todo lo que quiere», lamentaba Voltaire contraponiendo este proceso al «noble y leal» de los romanos, donde «los testigos eran oídos públicamente en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles por sí mismo, o ponerlos en confrontación con un abogado»³²⁹; y preguntaba: «¿De verdad el secreto conviene a la justicia? ¿No debiera ser sólo propio del delito el esconderse?»³³⁰. Igualmente, Filangieri denunció el «método absurdo y feroz» derivado de la connivencia entre «un secreto misterioso y arbitrario», que ha acompañado «los primeros y más importantes pasos de nuestro modo de enjuiciar», con el «estado de violencia y de tormento» de la prisión preventiva cuando «el ciudadano... ignora lo que se trama contra él; y si está inocente, no puede ni aun sospechar la tempestad que le amenaza»³³¹. Romagnosi denunció «el escandaloso contrasentido» de la endiada «justicia y secreto», subrayando «la monstruosidad y la iniquidad» de una «justicia administrada en la sombra»³³². Y lo mismo hizo Pagano, que protestó con palabras hoy más actuales que nunca contra el carácter ficticio y discriminatorio del «misterioso arcano de los juicios criminales»: ya que «todo proceso es desde el principio conocido para todos los reos, excepto para los pobres. Los abogados, el ministerio público y todo el mundo forense no lo ignora. Hágase, entonces, por ley y para beneficio público lo que hoy se hace por corrupción y con opresión sólo del pobre»³³³.

«La publicidad es el alma de la justicia», declaró, en fin, Bentham³³⁴, al que se deben las páginas tal vez más penetrantes contra el secreto: no sólo porque «es la más eficaz salvaguardia del testimonio», del que asegura, gracias al control del público, la «veracidad»³³⁵, sino sobre todo porque favorece la «probidad» de los jueces al actuar «como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar»³³⁶, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una «opinión pública», de otro modo «muda o impotente sobre los abusos» de los jueces³³⁷, funda «la confianza del público»³³⁸, y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el «espíritu de cuerpo»³³⁹. Por el contrario, escribió Bentham, «cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado», ya que «la inocencia y el misterio nunca van juntos, y quien se oculta está más que a medias convicto. He aquí el principio según el cual actúan. ¿Por qué no servirse de dicho principio contra ellos mismos? Su conducta ¿no ofrece idénticas apariencias de culpabilidad? Si fuesen inocentes, ¿tendrían miedo de parecerlo? Si no tuviesen nada que temer de las miradas del público, ¿por qué se encerrarían en un recinto de tinieblas? ¿Por qué harían del palacio de justicia una cueva tan secreta como la de los ladrones? Y al hacerles reproches injustos, ¿pueden quejarse?»³⁴⁰.

Existe, en definitiva, un nexo indisoluble entre publicidad y de-

mocracia en el proceso. «Me cuesta trabajo concebir», afirmó también Bentham, «que se pueda utilizar un lenguaje como éste: ‘Creed ciegamente en mi integridad, pues estoy por encima de toda debilidad, de todo error, de toda tentación; yo soy mi propia caución; conceded una fe implícita a virtudes sobrehumanas’. El verdadero honor de un juez consiste en no reclamar jamás tal confianza, en rechazarla si se le quisiese acordar, en ponerse por encima de las sospechas impidiéndolas nacer y en dar a todo el público la custodia de su virtud y de su conciencia»³⁴¹. La opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias. No por casualidad, el principio de publicidad, introducido durante la Revolución francesa, con los decretos 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 septiembre de 1791, fue abolido, junto a la breve experiencia acusatoria, por la reacción termidoriana y después por la codificación napoleónica³⁴². Y, en el siglo pasado, el valor de la publicidad, reivindicado con fuerza por toda la Escuela liberal Clásica³⁴³, fue rechazado de forma concordante por todas las orientaciones regresivas del pensamiento jurídico en nombre de gastados argumentos de eficacia³⁴⁴ o, peor aún, del valor asociado al anonimato de la justicia como signo de su universalidad³⁴⁵.

Naturalmente, la publicidad del proceso no tiene nada que ver con su resonancia o espectacularidad, que muy bien pueden conciliarse con el secreto en la obtención y formación de las pruebas. Precisamente de este tipo es la *media publicidad* asegurada por el «proceso mixto» de origen napoleónico, introducido en Italia con el código Rocco y perpetuado, en este aspecto, por el nuevo código: público y solemne en la fase del juicio oral, protegido por el secreto, pero abierto a indiscreciones incontroladas, en la vieja fase instructoria y ahora en las investigaciones preliminares. Es claro que esta híbrida unión de secreto y resonancia comporta para el imputado tanto las desventajas del secreto como las de la publicidad. El rumor en torno al proceso, enormemente acrecentado por la ambigua relación instaurada en estos años entre *mass media* y actividad investigadora, es, en efecto, inversamente proporcional a la efectiva cognoscibilidad de los actos procesales, que la fuga de noticias permite de forma distorsionada durante la instrucción y que la mole creciente de las actuaciones judiciales impide de hecho durante el enjuiciamiento³⁴⁶. En este sentido, la media publicidad del proceso mixto acaba siendo una publicidad sólo de las acusaciones —la incriminación, la privación de libertad o quizá las pruebas de cargo— y no también de las defensas, transformándose así su función de garantía frente el arbitrio en instrumento añadido de penalización social preventiva. En la parte cuarta haré ver cómo este cambio señala el prevailecimiento de la función intimidatoria y estigmatizadora del proceso sobre la de la pena en la moderna estrategia del control penal; y que una confirmación de esta tendencia viene dada por la progresiva reducción cuantitativa del volumen de las

penas frente a la paralela inflación de los procesos, así como por la prevalencia, en la población carcelaria, del número de presos en espera de juicio sobre el de los que cumplen condena. Pero es ya claro que esta anómala función punitiva del proceso es un aspecto inquietante de la apuntada transformación del derecho penal, de sistema de control retributivo en sistema de control preventivo³⁴⁷.

La *oralidad* del juicio está estrechamente vinculada a la publicidad, de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos, deben ser puestas por escrito; y el secreto, si quiere ser conservado, implica la forma escrita, no pudiendo asociarse a la oralidad, sino que requiere la formación de pruebas con anterioridad al juicio público. Por eso Montesquieu relacionó históricamente con la difusión de la escritura el paso de la forma pública a la secreta en el proceso: «el uso de la escritura fija las ideas y puede ser causa de que se introduzca el secreto: pero cuando no existe tal uso, sólo la publicidad del procedimiento puede fijar dichas ideas»³⁴⁸. Y es obvio que la alternativa axiológica entre forma oral y forma escrita, al igual que entre publicidad y secreto, refleja la diversidad de los métodos probatorios propios del sistema acusatorio y del inquisitivo: mientras la forma escrita es inevitable en un sistema procesal basado en las pruebas legales, la oral lo es, en cambio, en los sistemas informados por el principio de contradicción y la libre convicción.

Fue así como el principio de oralidad, dominante en el proceso acusatorio romano³⁴⁹ y desaparecido en el período intermedio³⁵⁰, fue redescubierto por el pensamiento ilustrado³⁵¹ y por la experiencia del proceso acusatorio en la Francia revolucionaria, para ser después nuevamente abandonado en el proceso mixto introducido por el código francés de 1808 y exportado con éste a Italia y a otros ordenamientos europeos³⁵². Es claro que la *media oralidad* de este sistema de compromiso —instrucción escrita y juicio oral— no tiene mayor valor que su *media publicidad*: las declaraciones orales producidas en el juicio están indudablemente prejuzgadas por las escritas recogidas durante la instrucción, de las que a menudo terminan por ser una confirmación ritual. A esto se une que en nuestro ordenamiento, incluso formalmente, la oralidad del juicio se ha visto reducida en muchos casos a mera ficción, en virtud de una ley de 17 de febrero de 1987, recogida en gran parte por el nuevo código, que, transformando en una mera «indicación» y reenvió a las actuaciones escritas del sumario la vieja y ritual «lectura de los autos», ha privado de contenido asimismo a la publicidad del juicio, reduciéndola a simple puesta en escena del material probatorio recogido con anterioridad.

La media publicidad y la media oralidad y las perturbadoras consecuencias que se han seguido de ellas son, a mi entender, un producto inevitable de la estructura bifásica del proceso mixto. El valor del

principio de oralidad, según las enseñanzas de Chiovenda y de Calamandrei, reside esencialmente en sus corolarios de la *inmediación* y la *concentración*³⁵³ del juicio, que precisamente la separación en dos fases del proceso mixto hace imposible. La oralidad, en efecto, sólo vale para garantizar la autenticidad de las pruebas y el control del público y del imputado sobre su formación si comporta, en primer lugar, el tratamiento de la causa en una sola audiencia o en varias audiencias próximas y, por tanto, sin solución de continuidad; en segundo lugar, la identidad de las personas físicas de los jueces desde el inicio de la causa hasta la decisión; en tercer lugar, y consecuentemente, el diálogo directo entre las partes y con el juez para que éste conozca de la causa «no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida»³⁵⁴. Resulta claro que la división del proceso en dos fases desarrolladas ante jueces diversos, y quizá a distancia de meses o de años una de otra, es exactamente lo contrario de todo esto: por un lado exige la escritura, por otro permite el secreto.

Debemos entonces preguntarnos cuáles son las funciones de la estructura bifásica del proceso, reproducida en formas nuevas —investigación y audiencia preliminar en lugar de la vieja instrucción— por el nuevo código de procedimiento italiano. Me parece que estas funciones son esencialmente dos: garantizar la asunción por un juez de algunas pruebas urgentes, no susceptibles de aplazamiento hasta el juicio sin riesgo de dispersión; permitir una rápida definición de la mayor parte de los procesos a través de un pronunciamiento de sobreseimiento o, como se ha previsto por el nuevo código, mediante un trámite especial basado en la negociación. Estas dos funciones corresponden a las dos nuevas figuras de juez introducidas por el nuevo código: el juez de las investigaciones preliminares, competente para los incidentes probatorios y para la adopción de medidas cautelares, y el juez de la audiencia preliminar, competente para acordar el sobreseimiento, las negociaciones y el envío al juicio.

De estas dos funciones sólo la primera me parece insuprimible, si bien limitada a los incidentes probatorios y a algunas medidas cautelares de carácter personal o real, pero no a la prisión preventiva, cuya ilegitimidad he puesto de manifiesto en el apartado 38. La segunda función es, sin embargo, del todo impropia dentro de un modelo acusatorio y garantista. Los pronunciamientos de no haber lugar a proceder podrían, en efecto, quedar reservados para el juez de las investigaciones preliminares: tanto más cuanto que en esta fase la persona sometida a las mismas no tiene ni siquiera «la calidad de imputado», cuya asunción se remite, por el art. 60 del nuevo código, al momento de la solicitud de envío a juicio o de juicio especial. Los envíos a juicio que, con derogación del principio *ne procedat iudex ex officio* y recuperando el viejo esquema del juez instructor, el nuevo código confía al juez de la audiencia preliminar, deberían en cambio haber sido rigurosamente reservados al monopolio de la acusación pú-

blica. En cuanto a las negociaciones, que tal vez son la verdadera razón de la introducción de la audiencia preliminar, no sólo no justifican la pérdida de eficacia que se sigue de la duplicación del proceso ordinario, sino que representan, como haré ver en el apartado 45.5, las innovaciones más perversas del nuevo régimen, que contrastan con todo el conjunto de garantías penales y procesales.

Todo esto quiere decir que las garantías de la publicidad y la oralidad pueden ser admitidas sin términos medios una vez que se ha entrado, sin reservas ni compromisos, en la vía del proceso acusatorio puro. Es evidente que las investigaciones de policía deben efectuarse en secreto, bajo la dirección de la acusación pública. Pero esto sólo significa que no deben realizarse por el juez y han de preceder al juicio, so pena de desnaturalización en sentido policial tanto del juez como del juicio; que, por otra parte, debe estar vedada a la acusación, y más aún a la policía, la formación de las pruebas, que, por el contrario, deben producirse en régimen de contradicción con el imputado ante el juez del juicio oral y sólo excepcionalmente en forma de incidente previo; que, en fin, la formalización de la acusación deberá constituir el acto introductorio del ministerio público mediante el que se llama a las partes a confrontar sus tesis y sus argumentos probatorios en condiciones de paridad.

6. *El rito y el método legal de formación de las pruebas.* La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el *rito* fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez³⁵⁵, y «la sanción natural de todos los preceptos que constituyen el procedimiento es la nulidad de cualquier acto que lo viole. Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviere, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege»³⁵⁶. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia³⁵⁷.

Las formas procesales de mayor relevancia son obviamente las que condicionan la validez de las pruebas al *método legal* de su formación. Éstas impiden, entre otras cosas, que pueda tener relevancia la «ciencia privada» del juez a los fines de la convicción de culpabilidad, que debe producirse *secundum acta et probata*, a diferencia de la convicción de inocencia que, por la estructura lógica de la prueba analizada en el apartado 10.7, es posible con independencia de cualquier

prueba³⁵⁸. Es útil precisar que la legalidad del método de formación de las pruebas, aunque sea un condicionamiento jurídico-normativo de la verdad procesal y, por consiguiente, como se dijo en el apartado 4.4, un factor de divergencia del modelo ideal de la correspondencia, no tiene nada que ver con la legalidad de su valoración que caracteriza el sistema de las pruebas legales. Precisamente, el primado de los medios que caracteriza al modelo garantista exige, en efecto, que las pruebas, aun siendo libre su valoración, sean asumidas con un método legal; y que, por tanto, se rechace la máxima *male captum est bene retentum*, que en el método inquisitivo postula por el contrario la indiferencia de los medios respecto al fin de la prueba, vinculado, sin embargo, a la valoración legal de ésta.

Otro problema es el de la naturaleza de las formalidades, del que ya he hablado en los apartados 2.4 y 4.4: garantías frente el arbitrio cuando vinculan al juez y a las partes al respeto de reglas y criterios epistemológicos encaminados a la obtención de una verdad procesal mínima pero lo más acreditada posible por pruebas y contrapruebas; dañosos estorbos y oropes cuando tienen el único efecto de complicar inútilmente los procedimientos, haciéndolos más gravosos, dilatóndolos y dificultando su comprensión y el control por parte del imputado y de la opinión pública. Paradójicamente, las formas solemnes y las liturgias del rito son tanto más legitimadoras cuanto más inútiles e incomprensibles: «nuestros magistrados», escribió Pascal, «han conocido bien este misterio. Sus togas rojas, los armiños en los que se envuelven como gatos, los palacios donde juzgan, las flores de lis, todo este aparato augusto era muy necesario»³⁵⁹. Pero se trata, evidentemente, de una legitimación impropia e inaceptable en un ordenamiento democrático.

7. *La motivación. Verdad y validez en el proceso.* La última garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG, es la obligación de la *motivación* de las decisiones judiciales. Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición³⁶⁰ y antes aún en la de los magistrados romanos³⁶¹, el principio de la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno. Encarecida por Bacon³⁶² y después por el pensamiento ilustrado³⁶³, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 septiembre 1774³⁶⁴; después por el art. 3 de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI de 1 de mayo de 1788³⁶⁵; posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos³⁶⁶. Mayores resistencias encontró la obligación de motivar en los sistemas anglosajones de tradición acusatoria a

causa de la discutible idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados³⁶⁷.

Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la «validez» de las sentencias resulta condicionada por la «verdad», aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el «poder tan inhumano»³⁶⁸ puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el «saber», también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación. Tanto la argumentación jurídica como la fáctica, tal como han sido analizadas en los apartados 9 y 10, responden efectivamente a la *lógica judicial, deductiva e inductiva*, respectivamente. Y son vicios lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por *modus tollens*, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por *modus tollens* las contrahipótesis defensivas³⁶⁹.

La presencia y, sobre todo, la exposición al control de la motivación gracias a su forma lógica y semántica tienen por consiguiente el valor de una discriminación entre métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de derecho penal: entre lo que Carrara llamaba «convicción autocrática» porque estaba basada en la «mera inspiración del sentimiento» y la «convicción razonada», por haberse expuesto las «razones» tanto jurídicas como fácticas³⁷⁰ y, en consecuencia —según la alternativa enunciada desde el comienzo de este libro—, entre cognoscitivismos y decisionismos penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal. Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad³⁷¹. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.

NOTAS

1. Recuérdese la distinción en el antiguo derecho griego entre delitos «voluntarios» e «involuntarios» correlativa a la división de las competencias entre el Tribunal del Areópago y el Tribunal de los Efidios (Paladio y Delfinio) en los que se articulaba la organización judicial ateniense (*supra*, nota 94 del cap. 8); la transformación inquisitiva del proceso penal romano producida, en la época imperial, por la represión de los *crimina laesae maiestatis*, cuya determinación escapa al principio de estricta legalidad y en consecuencia al de estricta jurisdiccionalidad; la análoga transformación del proceso en el derecho canónico medieval producida por la persecución de los delitos de herejía, asimismo en contraste con los dos principios enunciados.

2. La obligación viene impuesta, en general, por el art. 111 de la Constitución («Todas las resoluciones, judiciales deben ser motivadas») y por las particulares disposiciones de los arts. 125.3, 292, 409.1, 460, 546 y 606 del código de procedimiento penal.

3. *La democracia en América*, cit., II, p. 34.

4. Después de recordar los pasajes de *Mateo*, 7, 1 («Nolite iudicare, ut non iudicemini») y de san Pablo, *Romanos*, 14, 4 («Tu qui es, qui iudicas alienum servum?»), santo Tomás distingue entre juicios sobre hechos y cosas y juicios sobre personas y afirma que sólo los primeros, en cuanto verdaderos o falsos, son inocuos: «Aliud est iudicare de rebus, et aliud de hominibus. In iudicio enim quo de rebus iudicamus non attenditur bonum vel malum ex parte ipsius rei de qua iudicamus, cui nihil nocet qualitercumque iudicemus de ipsa: sed attenditur ibi solum bonum iudicantis si vere iudicet, vel malum si falso... Sed in iudicio quo iudicamus de hominibus praecipue attenditur bonum et malum ex parte eius de quo iudicatur, qui in hoc ipso honorabilis habetur quod bonus iudicatur, et contemptibilis si iudicetur malus» (*Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LX, arts. 2 y 4).

5. Esta tesis, enunciada en el apartado 12.2, se desarrollará en el capítulo 13, donde se pondrá en relación con el ineludible desfase entre deber ser y ser o entre normatividad y efectividad que caracteriza a cualquier criterio de legitimación desde abajo —no sólo la garantía de los derechos de los ciudadanos, sino también la representación democrática de su voluntad— y que afecta a todos los poderes del estado tanto más cuanto más altas son las expectativas creadas por los valores políticos incorporados a su constitución. Sobre la ilegitimidad política del juicio *extra legem*, recuérdense los escritos contra el despotismo de los jueces de Montesquieu, Beccaria, Condorcet, Filangieri y Pagano citados en las notas 23-24 del cap. 1 y la caracterización del juez no sujeto a la ley como «dictador sin riesgo público» por parte de Lauzé di Peret (nota 135 del cap. 3). Véase también la voz *Juge (Droit moral)* de Louis de Jaucourt en la *Encyclopédie*, cit., IX, p. 5: «Una sentencia injusta, dictada arbitrariamente, es un atentado contra la ley, más grande que cualquiera de los hechos particulares que la violan».

6. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Florencia, 1895, p. 15. El principio refleja además una concepción positiva y optimista del hombre basada en una valoración probabilista: «la base de la presunción», afirmaba Carmignani, «es lo que acontece de ordinario. Ahora, como sucede con mayor frecuencia que los hombres se abstengan de delinquir, por ello la ley consagra y defiende la presunción de inocencia para todos los ciudadanos» (*Elementos del Derecho Criminal*, cit., 515, p. 208). Con este optimismo liberal se enfrentará, sosteniendo la negación del principio, el pesimismo antropológico fascista, argumentando con la tesis exactamente opuesta de la mayor probabilidad de que un imputado sea culpable y no inocente: «y ¿se querrá admitir ahora», pregunta Vincenzo Manzini, «que la experiencia histórica colectiva enseña que la mayor parte de los imputados es inocente?» (*Trattato di diritto processuale*

italiano, cit., vol. I, pp. 180-181). Carmignani, por otra parte, a partir de la idea optimista de la improbabilidad de los delitos atroces, invierte el viejo aforismo de Claro *in atrocissimis leviora indicia sufficiunt* y afirma que «cuanto más atroz es un delito tanto mayor fuerza adquiere dicha presunción de inocencia. Sin embargo, si a alguno se le atribuye un crimen atroz, las presunciones ordinarias, legales, o de hombre, pierden en gran parte su valor, por manera que se necesitan que concurran en número mayor» (*ibid.*, 516, p. 208).

7. «Todo castigo de súbditos inocentes, ya se trate de un castigo grande o pequeño, va contra la ley de naturaleza porque el castigo es sólo debido a una transgresión de la ley, y, por tanto, no puede castigarse al inocente» (Th. Hobbes, *Leviatán*, XXVIII, p. 253).

8. P. I. Lauzé di Peret, *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 39. La razón de esta opción la explica bien F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., II, 816, pp. 278-279, que contraponen el «mal cierto y positivo» representado por la condena del inocente al «mero peligro» (de delitos futuros) representado por la absolución del culpable. Y añade, contra quien denuncia un «escándalo político» por cada absolución que deja impune un delito: «Verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les pareciere cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan afebrados y suspiran como infelices al firmar una absolución, aunque ni tiemblan ni suspiran al firmar una condena. Esto sí sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar en el pueblo, más hondamente, la justa idea de que los jueces criminales ocupan su sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Con esto se daría muerte a la confianza que pueda tenerse en la justicia humana, al tomarse como motivo de la condena, no el haber sido declarado culpable sino el haber sido acusado. Las sentencias absolutorias prueban todo lo contrario; honran a la magistratura y refuerzan la confianza en las sentencias condenatorias... consolidan en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad».

9. *Del espíritu*, cit., XII, 1-2, p. 173. La misma tesis se expresa en F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, cit., V, p. 29.

10. Montesquieu, *ibid.* p. 173. «Un hombre a quien se procesa y debería ser colgado al día siguiente sería más libre en un estado donde existiesen las mejores leyes posibles, que un bajá de Turquía» (*ibid.* p. 173). Sobre el nexo entre libertad y legalidad en la literatura ilustrada, véase nota 5 del cap. 1.

11. «Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la Nación esté empleada en defenderlas... haced que los hombres las teman y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el temor de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos. Los hombres esclavos son más sensuales, más desenvueltos y más crueles que los hombres libres» (C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., XLI, pp. 105-106). Análogamente Montesquieu, o. c., XI, 6, p. 227: «Para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer a otro»; *ibid.*, p. 229: «No se tiene delante continuamente a los jueces, se teme a la magistratura y no a los magistrados».

12. Recuérdense los escritos de Trajano: «Staius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare» (Ulpianus, *10 de officio proconsulis*, D. 48.19.5); la máxima de Pablo (69 *ad edictum*): «ei incumbit probatio qui dicit non qui negat» (D. 22.3.2.); los brocardos medievales: «affirmanti non neganti incumbit probatio» y «actore non probante reus absolvitur». Sobre la carga de la prueba en la tradición romana y alto medieval y sobre el principio *in dubio pro reo*, véanse las notas 25 del cap. 2 y 45, 47 y 50 del cap. 3.

13. Cf. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XVII-XIX, pp. 88, 91 y 94-96, donde se denuncia la presunción de culpabilidad que en el proceso inquisitivo gravitaba de hecho sobre el acusado; N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle Due*

Sicilie, cit., pp. 319 ss., según el cual la presunción de inocencia fue invertida en la época de la Inquisición por el principio opuesto de presunción de la culpabilidad. Sobre la cultura del principio de presunción de la culpabilidad que imperó en la época de la Inquisición, véanse las densas páginas de F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 625-658; Id., *La fabbrica della peste*, Laterza, Roma-Bari, 1984.

14. Cf., *supra*, el apartado 10.3 y la nota 28 del cap. 3.

15. Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., p. 124.

16. S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. VIII, cap. III, 7, donde la pena se define como «malum quod antea denunciatum et post cognitionem delicti fuit impositum».

17. *De los delitos y de las penas*, cit., XVI, p. 52. Pero también Beccaria alguna vez duerme: «Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro» (*ibid.* XXIV, p. 67). Se recordará que Beccaria (*supra*, nota 34 del cap. 3) se había pronunciado a favor de las pruebas legales positivas, distinguiéndolas en «perfectas» e «imperfectas» (*ibid.* XIV, p. 49). En apoyo de la presunción de inocencia véase, además, G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, caps. XII, XIV, pp. 146-147 y 154; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 19: «Que nadie sea castigado sin proceso». Pero tampoco Pagano acaba de sustraerse a la tentación de querer castigar a los sospechosos: «para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino» (*ibid.* XXX, p. 156).

18. «Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales» (Declaración de derechos de Virginia, apart. 8, últ. parte); «Nadie puede ser acusado, arrestado o detenido más que en los casos determinados por la ley y según la forma que esta prescribe» (Declaración francesa de 1789, art. 7); «Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable» (art. 9); «Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus bienes, sino después de un procedimiento legal» (Constitución de los Estados Unidos de 1791, V enmienda). Pero el principio se estableció en Inglaterra con el ya mencionado art. 39 de la *Magna Carta*.

19. F. Carrara, *Derecho penal y procedimiento penal* (1873), en *Opúsculos* cit., V, pp. 14-15: «Pero el postulado del cual parte la *ciencia* en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, como en la primera parte, no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: 'protejo a este culpable para que no lo castigáis más allá de la justa medida, violando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida'. Aquí la *ciencia* dice lo contrario, y con frente levantada afirma: 'protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos'... La metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad». Del «postulado» de la presunción de inocencia Carrara hace derivar, además de la carga acusatoria de la prueba, la «estricta adhesión a la competencia», la «oportuna intimación de los cargos», la «moderación en la custodia preventiva», la «crítica imparcial en la apreciación de los indicios» (*ibid.*, pp. 14-15). El valor del «postulado lógico y jurídico» de la presunción de inocencia fue sostenido también por A. Stoppato, *Studi scientifici di procedura penale. I. Sul fondamento scientifico della procedura penale*, en «*Rivista penale*», 1893, p. 314, así como por L. Lucchini, *ibid.*

20. R. Garofalo, *La detenzione preventiva*, en «La Scuola Positiva», II, 1982, p. 199: «A los que repiten la consabida, vacía y absurda frase de la *presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva*, respondo que muchas veces el juicio se anticipa y la condena se pronuncia por el Tribunal de la opinión pública». En coherencia con esta premisa, Garofalo recomienda una extensión amplísima de la prisión preventiva y una máxima restricción de la libertad provisional, que él quería además siempre condicionada al pago de fianzas muy elevadas conforme al principio sobreentendido de que la peligrosidad decrece con el crecimiento del patrimonio (*Criminologia*, cit., pp. 329-339). Enrico Ferri, a su vez, después de admitir en la presunción de inocencia un «fondo de verdad», la juzga «ilógica» cuando sea «absoluta e indiscriminada», esto es, aplicada también a los reincidentes y en general a los que «los indicios orgánicos y psíquicos ofrecidos por la antropología y la estadística criminal, los hagan aparecer como culpables. Los mismos delincuentes, interrogados por mí a estos fines», añade Ferri, reclamando tal vez una acomodación de la ciencia penal a las subculturas criminales «reconocen la racionalidad de la presunción contraria: ‘me han condenado sin pruebas, sólo por mi capacidad de delinquir —me decía un ladrón habitual— y han hecho bien; jamás condenan al que no ha robado nunca; y si en alguna ocasión no se es culpable, vaya por las otras veces en que siéndolo no nos descubren’» (*Sociologia criminale*, cit., pp. 729-731).

21. «Nada tan burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de prisión preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Dado que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad (V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., I, 40, pp. 180). Y más adelante, como si la presunción no lo fuera hasta la prueba en contrario: «Si se debe presumir la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces se procede contra él?».

22. *Ibid.*, p. 181: «La susodicha presunción de inocencia no es justificable ni siquiera como correlativa de la obligación de probar la acusación... desde el momento en que la acusación misma está ya probada en parte por los indicios que determinan la imputación». En idéntico sentido G. Novelli, *Custodia preventiva*, en *Nuovo Digesto Italiano*, cit., IV, 1938, p. 513: «cuando existe un procedimiento en curso no hay una presunción de inocencia, porque en una sociedad civil la inculpación de un delito no se toma en consideración sino existen suficientes indicios». Más moderadas y problemáticas, aunque en parte coincidentes con las de Manzini, son las tesis de S. Longhi, *Commento al codice di procedura penale*, Utet, Turín, 1923, lib. II, pp. 82-93, donde entre otros se refleja el rico debate sobre la cuestión que acompañó a la elaboración del código de procedimiento de 1913.

23. *Trattato*, cit., pp. 180-181 (el pasaje está recogido en nota 6).

24. *Relazione ministeriale sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, en *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22. Sobre la ideología fascista de la libertad individual como «interés social» y «concesión del estado», subyacente a esta liquidación de los principios del 89, véanse las palabras de Alfredo Rocco y de Vincenzo Manzini recogidas en la nota 50.

25. El art. 27, 2.º de la Constitución dice que «el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva». La norma aprobada por la I subcomisión decía sin embargo: «La inocencia del imputado se presume hasta la condena definitiva». La disputa sobre el significado de «no culpable» y de «inocente» se retrotrae al derecho intermedio: «Bene dixit Bartolus *non repertum culpabilem* absolvebam, et non dixit *innocentem*: quia hoc verbum innocens praesuppone et denotat omnimodam immunitatem et carentiam criminis et doli, quamvis non desint qui subtilizando in via disputativa tenere velint idem denotari per verbum innocens et per verbum non culpabilis» (P. Ghirlandus, *De relaxatione carcesatorum*, cit., rubr. *De absoluteione innocentis*,

n.º 4-5, p. 268). Sobre el intento de gran parte de la doctrina de vaciar de significado el art. 27 de la Constitución incidiendo en el carácter ambiguo de su formulación, cf. G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 20-24. La sustancial identidad de significado entre «presunción de no culpabilidad» y «presunción de inocencia» es sostenida entre otros por M. Valiante, *Il nuovo processo penale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 152 ss. En todo caso, el principio «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida» fue acogido por el art. 6, 2.º de la Convención europea de derechos del hombre, firmada en Roma el 4.11.1950, y ratificada por Italia con la ley 848 de 4.8.1955 (sobre sus implicaciones, cf. E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1967, p. 868).

26. Me limito a recordar a M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, en «Foro penale», 1965, pp. 1 ss.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milán, 1967; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXIV, 1974, pp. 315 ss.; Id., *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 3-4 y 24-25; A. Ghiara, *Presunzione d'innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1974; G. Illuminati, o. c.

27. La distinción está en G. Illuminati, o. c., p. 15.

28. C. Th. 9.2.3. «Nullus in carcerem, priusquam convincatur, omnino vinciatur». La misma disposición, dictada el 30.12.380 por los emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio, establecía que al acusado que residiera lejos del lugar del proceso le fueran concedidos treinta días antes de comparecer «ad disponendas res suas componendosque maestos penates». La prisión preventiva del imputado en espera de juicio está, sin embargo, acreditada por la célebre máxima de Ulpiano, recordada en el apartado 29.3, «carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet» (D. 48.19. 8.9). Seguramente ésta se previó en la época imperial para los reos confesos antes de la sentencia: «Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiendus est» (Saturninus, *2 de iudiciis publicis*, D. 48.3.5). Se dispuso, de todas formas, contra la dilación de los tiempos procesales, que su duración fuera lo más breve posible: «De his quos tenet carcer id aperta definitione sancimus, ut aut convictum velox poena subducatur, aut liberandum custodia diuturna non maceret» (CI. 9.4.5). Por otro lado, una Constitución de Constantino de 30.6.320 (C. Th. 9.3.1 y CI. 9.4.1) —recordada por G. Pugliese, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo romano* (1969), en *Scritti*, cit., II, p. 617— había establecido que el proceso debía desarrollarse inmediatamente después de la exhibición del imputado (*reo exhibito*) y había prohibido que a éste, en espera de juicio, le fueran aplicados cepos o la detención en lugares oscuros o insalubres («Interea vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet... Nec vero sedes intimae tenebras pati debet inlusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi»). Una Constitución de Justiniano del 529 (CI. 9.4.6) había previsto, quizás por la inobservancia de la prohibición del 380, una suerte de *habeas corpus*: la prohibición de encarcelar sin mandamiento judicial, la posibilidad de libertad condicional mediante fiadores, la duración máxima de seis meses de la prisión preventiva (salvo los casos, no obstante, de gravísimos indicios de culpabilidad). Por otra parte, como dice Ulpiano (7 *de officio proconsulis*) la libertad provisional garantizada mediante fiadores había sido introducida por un precedente rescripto: «Divus Pius rescriptis non esse in vincula coiendum eum, qui fideiussore dare paratus est» (D. 48.3.3).

En la Edad Media el instituto de la fianza, que todavía condiciona pesadamente el *habeas corpus* en la experiencia procesal angloamericana, se reafirmó nuevamente:

«Comprehensus autem, si fidejussores habere potuerit, a ministris comitis custodietur et ad mallum perducatur» (*Capitulare Karoli II* de 4.1.873, 229, a cargo de G. H. Pertz, Hannover, 1825). Amplias referencias sobre la libertad provisional con fianza (*custodia libera*) alternativa a la *custodia non libera in teterrimo carcere*, en Roma y después en la experiencia medieval, se encuentran en F. Carrara, *Programa. Parte General*, cit., II, 896, nota pp. 372-375 y en Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., II, pp. 382 ss. Sobre la detención preventiva en la Edad Media y sobre la prohibición de prisión para las mujeres en el derecho romano y en el intermedio véanse las notas 128 y 127 del cap. 7.

29. Véanse las numerosas fuentes citadas por A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., vol. VI, *Storia della procedura*, parte II, 2.^a ed. a cargo de P. del Giudice, pp. 146 ss., y en G. Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., parte II, pp. 385 ss. Cf. también V. Manzini, o. c., I, pp. 37-38; U. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., I, pp. 230 ss.; G. Amato, o. c., pp. 61-73; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., pp. 3-4 y 24-25.

30. *Leviatán*, cit., XXVIII, pp. 252 y 259.

31. *De los delitos y de las penas*, cit., XIX, pp. 60-61. Estas dos mismas justificaciones se retoman por G. Carmignani, *Elementos*, cit., 616, pp. 249-250.

32. *Prix de la justice et de l'humanité*, cit., art. XXV, p. 583.

33. *Observations sur le traité des délits et des peines*, par M. Diderot, en apéndice a C. Beccaria, o. c., p. 397: «Otra atrocidad. Si resulta que el hombre es inocente, ha sido encarcelado, ha perdido su crédito y su fortuna, sus relaciones se han visto perturbadas, él está, a veces, destrozado por el asunto, su salud está alterada, y es absuelto sin indemnización. La ley toma todo al culpable y no restituye nada al inocente. Uno puede sentirse muy dichoso escapando de ella».

34. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. VI, pp. 71 y ss., donde Filangieri, tras una apología del derecho romano que había desconocido la prisión preventiva, dirige el apasionado llamamiento «a los legisladores de Europa» contra el «uso bárbaro» de la prisión preventiva que se ha recogido en la nota 128 del cap. 7 y propone «tratar al acusado como ciudadano» y que cuando esté preso se le mantenga en un lugar separado de las cárceles ordinarias (*ibid.*, VII, p. 81).

35. *Notes sur le Code criminel publié à Florence le 30.11.1786*, cit., art. XV, p. 426: «Los otros artículos relativos al encarcelamiento, a las solicitudes de los prisioneros para pedir la libertad, parecen, en general, muy vagos, dejan demasiado a la arbitraria decisión de los jueces. Hubiera deseado también... que se hubiese fijado un plazo muy corto, más allá del cual estuviera prohibido retener en prisión a todo hombre que no se encuentre en el caso del art. XXII».

36. Véase la exaltación del *habeas corpus* inglés, en virtud del cual «si la pena no es la capital se deja al reo bajo fianza y, como decimos nosotros, se le consigna», en F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., VII, p. 45.

37. *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., t. I, lib. III y cap. XIV pp. 226-229, donde Bentham protesta contra el aislamiento del imputado posterior al interrogatorio, que —dice— debe ser inmediato aunque pueda prolongarse durante varias sesiones.

38. «Si la prisión puede ser necesaria para tener en seguridad a las personas acusadas de un delito, esta severa medida, siendo sólo una precaución (porque no hablo de la reclusión como pena legal), debe limitarse a la que sea indispensable para obtener aquel fin. Cuanto exceda los límites de la más estrecha necesidad, es una injusticia» (B. Constant, *Commento sulla «Scienza della Legislazione» de G. Filangieri*, cit., VII, p. 593). La tesis sigue el art. 9 de la Declaración de derechos del 89: «Porque todo hombre es presunto inocente hasta que no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea el necesario para asegurar su persona debe ser severamente castigado por la ley».

39. «¡Cuántos sufrimientos largos, inútiles, injustos! En un recinto tenebroso, entre cuatro paredes que exhalan una humedad insostenible, bajo un techo donde se acumulan densos vapores visibles..., allí estáis, víctima desventurada de la calumnia... El poder de la iniquidad os ha colocado, os mantiene, os consume en ese lugar de muerte. Un día el poder de la justicia se dará cuenta de que estáis allí; y si ello se produce a tiempo, es decir, si no morís antes, conseguiréis salir. Entretanto esperáis. Oh, cuán largo es el tiempo para el inocente que está entre rejas... Horrible poder del hombre sobre sus congéneres. La naturaleza no ha llegado jamás a tales excesos, ni siquiera cuando ha querido destruir... sólo el hombre ha encontrado el medio de consumirnos por meses y años, de prolongar, incluso para la inocencia, las suplicios, de hacer la vida de los infelices más lenta, fría e inconsolable, de alterarla, confundirla, de destruirla con la desesperación del tiempo y del futuro que se hace para ellos más lento que la eternidad» (o. c., p. 69).

40. «La custodia preventiva no es tolerable sino en graves delitos o en aquellos que, aunque sean menos graves, dan causa a sospechar posibles reincidencias y pueden llamarse delitos habituales» (*Programa. Parte General*, cit., II, 897, p. 375). Más aún, Carrara llega a llamar «tormento disfrazado» a la prisión preventiva encaminada a obtener la confesión (898, p. 377, véase la cita entera en nota 70 *infra*); y polemiza ásperamente contra la expresión «libertad provisional» (mantenida en Italia hasta la ley n. 330 de 5.8.1988, que la ha sustituido con la de «puesta en libertad»), «ya que, respecto al hombre al cual todavía le asiste la presunción de inocencia, es repugnante llamar *provisional* el estado de libertad, y *normal* el estado de detención» (899, p. 380, nota). Véase además F. Carrara, *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*, en *Opúsculos*, cit., IV, pp. 223-231; y, del mismo, *El encarcelamiento preventivo y la aplicación de la pena*, *ibid.*, II, pp. 371-377. De «tortura lenta del tiempo» en lugar de la «tortura real» habla también a propósito de la prisión en espera de juicio N. Nicolini, o. c., p. 506, y así también G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., lib. IV, cap. XII, pp. 204-205, que califica la «soledad a la que conviene reducir a un hombre, para cortarle todo medio de dar o tener noticias relativas a un hecho, del que se quiere conocer la verdad más genuina posible», como «al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura».

41. La expresión es de F. Carrara, *Programa*, cit., 896, p. 373.

42. La cita es de F. Saluto, *Commenti al Codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Bocca, Turín, 1882, II, p. 390.

43. Th. Hobbes, *ibid.*, 252.

44. *De los delitos y de las penas*, cit., XXIX, p. 81. Tal afirmación fue reprochada a Beccaria por un opúsculo de A. Giudici, *Apologia della giurisprudenza romana o note critiche al libro intitolato: Dei delitti e delle pene*, Galeazzi, Milán, 1784, donde se subrayaba, entre otras cuestiones, que «sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano» (p. 158).

45. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. VII, p. 81.

46. B. Constant, *ibid.* Aún más genéricamente, en el *Corso di politica costituzionale*, cit., *Sviluppamenti*, XIV, p. 203, Constant admite que la detención «antes del juicio es necesaria como medida de seguridad».

47. J. Bentham, *ibid.*, t. 2, p. 229.

48. *Considerazioni*, cit., XXX, pp. 154-155. En la reforma procesal propugnada por él, Pagano propuso la prisión preventiva sólo para los delitos más graves, es decir, «cuando la pena sea de diez años de prisión mayor» (XXXII, p. 166); la libertad con fianza (o también sin ella cuando se trate de pudientes sobre cuyos bienes podrá el estado resarcirse en caso de fuga) para los delitos castigados con menos de 10 años (p. 165); la libertad sin condiciones incluso cuando «el acusado no posea nada, ni

pueda prestar caución alguna» para los delitos castigados con pena de hasta 3 años (XXXIII, p. 172); y además que «para cualquier reo» se «pida en vez de la cárcel la custodia por soldados a sus expensas en su propia casa, consiguiéndose la seguridad, si se debe acordar» (*ibid.*, p. 175). Sin contar la propuesta de exilio para los sospechosos de graves delitos (*vid.* XXX, p. 156) ya recordada en la nota 17. En fin, un apoyo sustancial a la custodia preventiva se expresa en *La logica dei probabili*, cit., XVII, p. 48, donde a propósito de los delitos de lesiones Pagano se empeña en un razonamiento complicado sobre la probabilidad de la muerte o graves secuelas de la víctima o bien su curación como criterios para mantener o no al imputado en situación de prisión preventiva. Véanse también en favor de la custodia preventiva, a pesar de las palabras aquí citadas en la nota 40, N. Nicolini, *ibid.*, que sin embargo la permite sólo como expediente «brevísimo y nunca torturante»; y el más desconcertante de todos, G. Carmignani, o. c., lib. IV, pp. 213-214, según el cual, aunque se pueda decir que el uso de la cárcel secreta «como *experimento* con el imputado o con el testigo... equivale a la antigua tortura», «estos nombres perjudiciales no alteran la índole no perjudicial de las cosas»: «Cuando un hombre es considerado como medio de prueba en las respuestas a las preguntas que se le hacen», afirma Carmignani, ilustrando con brutal franqueza las llamadas finalidades instructorias del instituto, «si este hombre con sus respuestas críticas parece expresar la falsedad, resulta un documento sospechoso y así como las reglas ordinarias de la prudencia obligan a tener bajo custodia un documento escrito de equívoca fe y a no entregárselo a quien habiéndolo dado parece sospechoso de haber querido engañar, también obligan a vigilar a un documento parlante. Así como sería absurdo decir que este expediente es un experimento del documento escrito y que custodiarlo es torturarlo, también sería absurdo decirlo en referencia a un documento que habla». Naturalmente, esta tesis implica la, de signo netamente inquisitivo, de que el imputado no tiene el derecho de callar o de responder en falso: «para destruir este razonamiento» —prosigue Carmignani— «convendría probar que un hombre interrogado en el juicio penal debe gozar de una libertad ilimitada de responder según le convenga: que cualquiera que sea el método dirigido a encaminarlo por la vía de la verdad, si es atentatorio contra su libertad es abusivo y tiránico: proposición extravagante y absurda que tendería a suplantar el derecho de interrogar. Así como el de obtener respuestas coherentes con la verdad».

49. *Programa*, cit., t. II, 897, p. 375. Esta función trivalente de la prisión preventiva se había expresado sintéticamente en la definición dada por Faustin Hélie como «una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena, y un medio de instrucción» (*Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du Code d'instruction criminelle*, vol. V, *De l'Instruction écrite et de la détention préalable*, Hingray, París, 1853, cap. XIV, 379, p. 748); la misma fórmula se retoma en G. Burdeau, *Les libertés publiques*, Pichon et Durand-Auzias, París, 1972, p. 152.

50. La crisis del principio, que como se ha visto llega a su negación, es una consecuencia explícita de la ideología fascista de la funcionalización del individuo respecto del estado. Cf., por ejemplo, V. Manzini, o. c., p. 183: «El Estado fascista, a diferencia del Estado democrático-liberal, no considera la libertad individual como un derecho preeminente, sino más bien como una concesión del Estado acordada en interés de la colectividad»; y, casi con las mismas palabras, D. Pafundi, *Mandato di accompagnamento, di arresto, di catture e di comparizione*, en *Nuovo Digesto italiano*, cit., VIII, 1939, p. 97: «La tutela de la libertad individual según la concepción fascista, y por contraste con la del Estado democrático-liberal, no es un derecho preeminente del individuo sino una concesión que el Estado hace al individuo en relación y subordinación al interés social». Son tesis que remiten al *Discorso* del ministro Alfredo Rocco, pronunciado en Perugia el 30.8.1925 y citado por Manzini y Pafundi: «A la fórmula de

las doctrinas democráticas, liberales y socialitas: la sociedad para el individuo, el fascismo opone otra: el individuo para la sociedad. Pero con esta diferencia: que mientras aquellas doctrinas anulaban la sociedad en el individuo, el fascismo no anula individuo en la sociedad. Lo subordina... La libertad, por tanto, es concedida al individuo y a los grupos en interés de la sociedad. Como todos los derechos individuales, también la libertad es una concesión del Estado».

51. V. Manzini, *Trattato*, cit., III, p. 467.

52. G. Novelli, *o. c.*, p. 514.

53. *Ibid.* Novelli, después de haber caracterizado la prisión preventiva como «un instituto procesal y carcelario al mismo tiempo», le asigna únicamente finalidades de defensa social, señalando como sus presupuestos «fundamentales» sólo «la gravedad del delito y la peligrosidad del imputado». Posiciones como ésta se han expresado incluso después de la Constitución: véanse las obras citadas en la nota 68 sobre las funciones de defensa social de la prisión preventiva y, en particular, por su extremismo, G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 1965, I, p. 526, según el cual la prisión preventiva tendría el fin de asegurar, «la inmediatez o la celeridad del efecto reactivo de la comunidad jurídicamente organizada frente al delito cometido»; y C. U. del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Utet, Turín, 1962, pp. 75 y ss., que exalta también «su función ejemplar... tanto más temible si golpea al delito cuando se está cometiendo o inmediatamente después»; así como la de «anticipar el efecto intimidatorio de la pena» y de reparación de la «perturbación causada por el delito». A propósito de esta función tranquilizadora de la alarma social —que evoca las doctrinas declamatorias de la pena y las terroristas de la intimidación por el ejemplo, con la agravante de que aquí no se trata ni siquiera de pena sino de prisión *ante iudicium*—, Vittorio Grevi recuerda el art. 5 de la ley nazi de 28 de junio de 1935, que introdujo como motivo autónomo de captura el hecho de que «por la gravedad de la acción cometida y por la tensión provocada en la opinión pública, no fuera tolerable dejar al imputado en libertad» (*o. c.*, p. 32).

54. La excepción venía representada por los sujetos indicados en el art. 206 del código de procedimiento: «los ociosos, vagabundos, mendigos y otros sospechosos», ya «desacreditados por crímenes o delitos» o «condenados a penas». Sólo para aquéllos se establecía en el art. 182, en el caso de delitos castigados con pena «superior a tres años», orden de prisión obligatoria, prevista sin embargo para otros casos como facultativa. Para los delitos castigados con pena inferior se excluía la citada orden de prisión, salvo para los sujetos citados en el art. 206, para los que estaba prevista como facultativa.

55. Los artículos 325-327 del código de 1913 establecieron, para la fase instructora, términos máximos de prisión preventiva extraordinariamente breves, si se comparan con los largos años de la posterior regulación: veinte días para los delitos de competencia del pretor, cincuenta días para los de competencia del Tribunal y noventa para los de la Corte de apelación en todos los casos en que se admitía la libertad provisional (excluida sólo después del envío a juicio y sólo para los delitos castigados con pena «no inferior en el mínimo a tres años»); y treinta días para los delitos de competencia del pretor, cien para los de competencia del Tribunal y ciento ochenta para los de competencia de la Corte de apelación en los casos en que la libertad provisional no era admisible. Todos estos términos se podían prorrogar al máximo del doble y, en los últimos dos casos, hasta un año, a propuesta del instructor motivada por la «dificultad de las investigaciones» y con acuerdo asimismo motivado de la acusación. El resultado es que la duración máxima de la prisión preventiva era de seis meses para los delitos muy graves prorrogables por un año con resolución motivada. Sobre la experiencia de la prisión preventiva entre el código de procedimiento de 1865 y el de 1913, cf. G. Amato,

o. c., pp. 191 ss.; V. Grevi, *ibid.*, pp. 8-13. Véanse también, sobre la disciplina de la prisión preventiva en el código de 1865 y en la ley de 30 de junio de 1876, F. Saluto, *Commenti*, cit., II, pp. 389-568, y sobre la prisión preventiva en el código Finocchiaro Aprile de 1913, S. Longhi, *Commento*, cit., pp. 954-1037.

56. El código de procedimiento de 1913 no sólo había previsto como regla, como el de 1865, la captura sólo facultativa —estableciéndola como obligatoria para los imputados «sujetos» a medidas de prevención o sin «domicilio o residencia fijas» o reincidentes específicos (art. 314)— sino que, en el art. 313, había restringido fuertemente también sus presupuestos: ya no los delitos castigados con pena «mayor de tres años» sino los castigados con pena «no inferior en el mínimo a tres años», además de varios otros delitos graves previstos específicamente. Al contrario, el código Rocco estableció, en su formulación original del art. 253, la obligatoriedad de la orden de captura para todos los delitos contra la personalidad del estado castigados con «reclusión no inferior en el mínimo a dos años y en el máximo a diez» y para todos los delitos comunes castigados con pena «no inferior en el mínimo a cinco años y en el máximo a diez»; y extendió la orden de captura facultativa a todos los delitos para los que la pena del tipo fuera «no inferior en el mínimo a un año o en el máximo a tres» (o, si fueran imprudentes, «en el mínimo a dos años o en el máximo a cinco»), así como a todos aquellos (cualquiera que fuese su pena) atribuidos a las personas indicadas en el art. 314 del código de 1913. Sobre las sucesivas y complejas vicisitudes del instituto y sobre la actual regulación, véase, *infra*, el apartado 47.

57. La previsión de los límites máximos de duración de la prisión preventiva, prescrita después en el art. 13 de la Constitución, se juzga «aberrante e insidiosa» en la *Relazione sul progetto preliminar* en cuanto «lesiona el interés público, y no al magistrado que hubiera descuidado cumplir con la debida diligencia su propio deber».

58. «Los individuos», afirma la *Relazione sul progetto preliminar*, en apoyo de esta discriminación, «tienen un diferente valor moral y social y algunos no tienen ninguno; sería, en consecuencia, incoherente, inmoral y antijurídico tratarlos a todos del mismo modo, especialmente cuando se aplican restricciones precautorias, manifiestamente inútiles y por tanto inicuas a aquellos que por su personalidad ofrecen seria confianza de sumisión a la Autoridad judicial. En la delicadísima materia de la libertad personal del imputado, el nuevo Código se ha inspirado por eso en la más inflexible severidad con los no merecedores de consideración y en una iluminada humanidad con aquellos para quienes, por particulares condiciones personales o por las circunstancias del hecho, la equidad aconseja un tratamiento más benévolo».

59. El texto originario del art. 272 del código de procedimiento se limitaba a establecer que después de cuatro meses de arresto (treinta días para los delitos de competencia del pretor) el juez instructor «debe hacer relación» sobre los motivos del retraso al Presidente del Tribunal, el cual «tomará las medidas oportunas para acelerar el procedimiento y en cuanto el caso lo requiera para averiguar la responsabilidad del retraso». Una garantía procesal del imputado venía así sustituida por una acentuación de la organización jerárquica de la oficina judicial: «Abolida por aberrante e insidiosa la fijación de términos perentorios», dice la *Relazione* citada, «he creído que el medio más lógico y eficaz para prevenir los retrasos injustificados es la vigilancia disciplinaria, en el ejercicio de la cual los magistrados a los que se confía sabrán responder con enérgica diligencia a la confianza con que les honra la ley... quitando al juez la preocupación por el transcurso de los plazos (para la excarcelación automática), se les hace constantemente presente la *responsabilidad disciplinaria* que se asume si no se procede con la debida diligencia y celeridad». Las mismas argumentaciones se retoman por V. Manzini, o. c., III, pp. 487-488, y por G. Novelli, en o. c., pp. 514-515. Todavía más expresivo U. Aloisi, *Gli studi di diritto penale e processuale penale in Italia nel ven-*

tennio fascista, en *Il pensiero giuridico italiano*, Roma, 1914 (citado por V. Grevi, o. c., p. 18): «el legislador tiene confianza en la abnegación de sus jueces» y por tanto «en la práctica resultará justificado de ordinario el retraso en la conclusión de la instrucción».

60. «Contra la orden por la que el juez provee sobre la petición de excarcelación», afirma la *Relazione al Re del ministro guardasigilli*, 103, «sólo cabe apelación por el ministerio público. La Comisión parlamentaria propone permitir también al imputado la impugnación de la resolución que deniega la excarcelación. Pero yo he considerado que no puede admitirse que el imputado, en la fase instructoria, tenga que discutir si existen o no suficientes indicios contra él, porque tal vez no tenga noticia de todos los indicios existentes. En el caso en que se trate de establecer si la ley permite o no la orden de prisión, hay que señalar también que no compete al imputado establecer el título del delito sobre el que se funda la imputación».

61. La ley n. 517 de 18.6.1955 estableció, sólo para la instrucción los límites máximos de prisión preventiva: tres meses para los delitos más leves, dos años para los más graves. Sucesivamente, el decreto-ley n. 192 de 1.5.1970 estableció la excarcelación del imputado si después del doble del plazo máximo previsto para la instrucción no se hubiera dictado sentencia definitiva. De las innumerables modificaciones sucesivas de estos plazos hablaré en el apartado 47.

62. Cf. G. Amato, o. c., pp. 423-424; V. Grevi, o. c., pp. 131-142; G. Illuminati, o. c., p. 52; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pp. 107-108 y 136 ss. Contra la orden de detención obligatoria se pronunciaron también G. Vassalli, *La riforma della custodia preventiva*, en «Rivista di Diritto processuale penale», 1954, pp. 350 ss.; G. D. Pisapia, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, en «Rivista di Diritto processuale», 1965, pp. 77 y 86; E. Amodio, *La tutela della libertà personale*, cit., p. 864; M. Pisani, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 4; Id., *La custodia preventiva: profili costituzionali*, en «Indice penale», 1970, p. 192. A esta orientación de la doctrina se opuso la jurisprudencia: tanto de la Casación (de la que pueden verse los numerosos pronunciamientos mencionados por V. Grevi, o. c., pp. 132-133 y por F. Cordero, o. c.) como de la Corte constitucional (sentencias n. 64 de 4.5.1970, n. 21 de 30.1.1974, y n. 1 de 23.1.1980).

63. Pero ya el art. 1, 3.º de la ley Reale (n. 152 de 22.5.1975) había establecido que «al conceder la libertad provisional en los casos permitidos, el juez valora que no... subsista la probabilidad, a tenor de la gravedad del delito y la personalidad del reo, de que éste, una vez libre, pueda cometer nuevamente delitos que pongan en peligro las exigencias de tutela de la colectividad». Sobre la «historia feliz» de la prisión preventiva en nuestro país, véase F. Cordero, *Procedura...*, cit., pp. 105-166; Id., *Criminalia*, cit., pp. 98-104; Id., *Guida alla procedura penale*, Utet, Turín, 1986, pp. 259-262.

64. Véanse, con matices y acentos diversos acerca de la preeminencia de uno o del otro de los dos peligros, G. de Luca, *Custodia preventiva*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XI, 1962, pp. 588-589; G. Amato, o. c., pp. 380-383; V. Grevi, o. c., pp. 40-69; G. Illuminati, o. c., pp. 41-49; F. Cordero, *Guida*, cit., pp. 258-259. Gran parte de la doctrina permanece anclada a la idea carrariana de la función trivalente de la prisión preventiva, comprendida la de defensa social: cf. *infra*, nota 68.

65. *Tratatto*, cit., vol. I, p. 181.

66. Así Giulio Illuminati, que estigmatiza como «tendenciosas» aquellas «interpretaciones que se atienen a la letra de la disposición constitucional para llevarla hasta sus últimas consecuencias y hacer explotar la contradicción señalada» (o. c., p. 34); y además advierte: «si se puede afirmar con suficiente seguridad que la Constitución excluye toda función de prevención general o especial asignada a la prisión preventiva, las numerosas dudas que suscitan también las demás hipótesis estudiadas parecerían impedir una solución razonable del problema. Con el resultado de que se podría sólo

tomar en consideración la existencia de una contradicción insubsanable, dando la razón a los que han sostenido que la presunción de inocencia no encuentra espacio en el sector de la libertad del imputado o, en todo caso, que está derogada por el reconocimiento constitucional de la prisión preventiva» (*ibid.*, p. 45).

67. Esta falacia —fruto del señalado constitucionalismo ético de nuestra doctrina progresista, proclive a calcar sobre la Constitución el horizonte axiológico de la ciencia y de la crítica del derecho positivo vigente— es advertible en la programática renuncia a toda valoración acerca de la coherencia del instituto de la prisión preventiva con el conjunto de principios profesados, una vez admitida la «compatibilidad» con el art. 27, 2.º de la Constitución. Véanse, por todos, G. Illuminati, *o. c.*, y V. Grevi, *o. c.*, pp. 39 ss. y 56. De esta manera el apelar a la Constitución, que además de la presunción de no culpabilidad menciona la prisión preventiva en los arts. 13 y 68, 2.º aunque sea sólo para delimitarla, ha operado como factor de legitimación política —y no sólo jurídica— y de parálisis de la crítica del instituto.

68. La función polivante de la prisión preventiva ya señalada por Carrara, y en concreto la de prevención de nuevos delitos de parte del imputado, han sido sostenidas por un amplio sector de la doctrina: G. Vassalli, *La riforma della custodia preventiva*, Giuffrè, Milán, 1954 y pp. 59 y 122; L. Granata, *La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 1957, p. 57; G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Jovene, Nápoles, 1961, p. 259; C. U. Del Pozzo, *loc. cit.*; G. Foschini, *loc. cit.*; T. Grimaldi, *La libertà personale dell'imputato e le sue garanzie costituzionali*, en «Temì napoletana», 1962, III, pp. 309 ss.; A. Marucci, *Polemiche vecchie e nuove sulla custodia preventiva*, en «Giurisprudenza italiana», 1971, II, pp. 145 ss.; A. Malinverni, *Principi del processo penale*, Utet, Turín, 1972, pp. 374 ss.; M. Chia-vario, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, Milán, 1982, II, pp. 246, nota, y 261-272. La función sustancial de defensa social de la prisión preventiva se ha tenido en cuenta varias veces por la jurisprudencia constitucional (sentencias n. 14 de 1974, 88 de 1976 y 1 de 1980), a la que se ha acomodado totalmente también la de Casación: hasta la célebre sentencia de 4.5.1970 n. 64 después de admitir que «la prisión preventiva se regula de manera tal que no contraste con una de las fundamentales garantías de la libertad del ciudadano, la presunción de no culpabilidad del imputado» y que, por tanto, se «dispone únicamente para la satisfacción de exigencias de carácter cautelar estrictamente inherentes al proceso», declara contradictoriamente que «no se puede excluir que la ley pueda (dentro de los límites no revisables de racionalidad) presumir que la persona acusada de un delito particularmente grave y señalada por suficientes indicios de culpabilidad, esté en condiciones de poner en peligro los bienes para cuya tutela está prevista la prisión provisional». Para una crítica de esta finalidad preventiva, cf., además de las obras citadas en la nota 64, G. D. Pisapia, *Orientamenti*, cit., p. 79; M. Pisani, *La custodia preventiva*, cit., p. 190; A. Ghiara, *o. c.*, p. 89; M. Valiante, *Il nuovo processo penale*, cit., pp. 307 y ss.; G. Galli, *Delitti di violenza e tutela della vittime*, en *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 103.

69. En este sentido cf., por todos, V. Grevi, *o. c.*, pp. 52-54; Id., «*Nemo tenetur se detegere*», Giuffrè, Milán, 1972, pp. 61 ss.; G. Illuminati, *o. c.*, pp. 44-45. Al tema se dedica el apartado 41.4.

70. *Programa*, cit., t., II, 898, pp. 377-378. «Sea que se lleve al reo a confesar mediante sufrimiento físicos» —prosigue Carrara—, «sea que se le lleve a ello por medio de sufrimientos morales, y de la desesperación de no ver nunca el término de un estado de aislamiento que se vuelve horrible, siempre será tortura, la tortura predicada en el siglo XIX. Estoy muy de acuerdo con que el calabozo eterno, cuyo término no ve el solitario reo sino después de su confesión, sea señalado por la experiencia como utilísimo para lograr que confiese; pero también afirmo que es una iniquidad llegar hasta

allí por estos medios, y agregó que la *experiencia* muestra igualmente que por tales medios confiesan inocentes y culpables, y que el *calabozo* usado con ese objeto reúne al abandono de la tortura el defecto de dejar dudas acerca de la verdad de lo confesado».

71. *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., t. I, lib III, cap. XIV, p. 288.

72. *Ibid.* «Podrá pretextar algunos errores», prosigue Bentham, «algunas omisiones, cambiar determinados detalles, pero su testimonio original es un elemento de comparación con el cual se confrontan las declaraciones subsiguientes. Y aun admitiendo la posibilidad de variaciones considerables, se ve fácilmente de qué lado se hallan las características de la verdad y de cual las de la mentira».

73. *Ibid.*

74. *Comentario sobre el libro «De los delitos y las penas»*, cit., 22, p. 156.

75. *Ibid.*

76. «Si huyendo éste del juicio se escapa de la pena, el perpetuo destierro de la patria, la pérdida de sus bienes equivale a la pena que debiera cumplir. Exiliado y mendigo, al cambiar una cierta y segura existencia por otra incierta y dudosa, expiará su delito» (F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXXII, pp. 165-166).

77. «Cuando menos cierta sea la pena, tanto más grave debe ser... Luego es también cierto que cuanto más puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto más se puede disminuir la gravedad de ella. Y ésta es otra utilidad que resultaría de una legislación simplificada, y de una buena forma procesal» (J. Bentham, *Principios del Código Penal*, cit., t. III, lib. III, p. 298). La tesis retoma la célebre máxima de Beccaria: «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas» (o. c., XXVII, p. 71).

78. No ha faltado quien teorizase explícitamente sobre el valor de esta prontitud e infabilidad de la prisión preventiva: recuérdense las tesis de Foschini y Del Pozzo citadas en la nota 53.

79. Cf., *infra*, las notas 12 y 13 del cap. 11.

80. «Ningún criminal, de cualquier condición que sea, puede estar exento de las formas de la justicia ordinaria, ni evitar la pena que le impongan las leyes o los estatutos»: lo que quiere decir no sólo inderogabilidad del juicio y por tanto ilegitimidad de las inmunidades personales, de la que hablaré más adelante, sino también la inderogabilidad de la jurisdicción «ordinaria» y por tanto la prohibición de jueces extraordinarios o *post factum*, que, como se verá en el apartado 40.5, es uno de los contenidos de la garantía del juez natural. Desde el punto de vista del juez, el principio de la inderogabilidad del juicio se encuentra expresado por primera vez, en forma de prohibición de la denegación de justicia, en el art. 4 del código napoleónico: «El juez que rehuse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia».

81. *Programa. Parte especial*, cit., I, p. 14.

82. *Considerazioni*, cit., V, p. 25. El mismo ataque a la ilusión panjudicialista está en G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XXVII, p. 313, y en Carrara, *Programa. Parte especial*, cit., I, p. 14.

83. G. Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, cit., parte II, 1, p. 388.

84. La correlación entre sistema acusatorio y regímenes democráticos y entre sistema inquisitivo y regímenes absolutistas y el consecuente «carácter jurídico y político al mismo tiempo» de la ciencia procesal fueron subrayados con vehemencia por L. Lucchini, *Elementi*, cit., p. 19, y todavía antes por G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. IV, cap. IV, pp. 46 y ss. (que además propugnaba, como se verá en la nota 102, un singular modelo garantista-inquisitivo) y por F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., II, pp. 297 ss. El nexó ha sido eficazmente reafirmado recientemente por F. Cordero,

Procedura penale, cit., pp. 17 ss. Sobre la ideología del *adversary system*, cf. M. Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Cedam, Padua, 1979, cap. V, pp. 259 ss.

85. El carácter acusatorio del proceso en los ordenamientos antiguos —de los juicios, los egipcios, los griegos y sobre todo los romanos— se recuerda por G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, caps. II, pp. 12 ss. y III, pp. 29 ss., y también por G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, caps. IV, pp. 37 ss. y XIV, pp. 236 ss. Sobre el proceso acusatorio ateniense véanse J. J. Thonissen, *Le droit pénal de la République Athénienne*; F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., 841, p. 297; G. Vacca, *Atto d'accusa*, en *Digesto italiano*, cit., V, 2, 1893, pp. 326; A. Biscardi, *Diritto greco antico*, cit., pp. 297-301. Sobre el proceso acusatorio en la Roma republicana y en la primera edad imperial, cf. Th. Mommsen, *Le droit pénal romain*, cit., I, pp. 202-257 y II, pp. 34-114; F. Carrara, o. c., 861, p. 318; L. Lucchini, o. c., pp. 31-34; G. Vacca, o. c., pp. 326-328; S. Longhi, o. c., pp. 6-9; V. Manzini, o. c., I, pp. 3 ss.; P. Bonfante, *Storia del diritto romano* (1902, '1934), Giuffrè, Milán, 1959, I, pp. 446-453; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto Romano* (1937), Jovene, Nápoles, '1945, pp. 146 ss.; G. Pugliese, *Processo privato e processo pubblico* (1948), en *Scritti giuridici scelti*, cit., I, pp. 1-17; Id., *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, cit., pp. 657-659; P. Fiorelli, *Accusa e sistema accusatorio. Diritto romano e intermedio*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, pp. 330-332. Véanse también, *supra*, las referencias contenidas en el apartado 10.4 y en las notas allí citadas.

86. Del carácter público y popular de la antigua magistratura penal en Grecia y Roma, hablaré en el apartado 40,1. En cuanto a la legitimación activa en el primitivo proceso romano, existió seguramente, junto al proceso acusatorio y fundamentalmente privado *per leges actiones*, un procedimiento de calificación incierta —llamado *coercitio* o *animadversio*, o también *cognitio* pero nunca *iurisdictio*— caracterizado en sentido inquisitivo por la iniciación de oficio por un magistrado que asumía también las funciones de juez; pero esta situación evolucionará enseguida, gracias a la *provocatio ad populum*, hacia el proceso comicial basado en la neta separación entre juez y acusación. El juicio penal ordinario, sin embargo, se articula en dos tipos de proceso, ambos acusatorios, y regulados, en el 17 a.C., por la *lex Iulia iudiciorum privatorum* y por la *lex Iulia iudiciorum publicorum: iudicia privata*, cuya iniciativa se atribuía sólo a la parte ofendida, y *iudicia publica*, que podía promoverse por *quivis ex populo* (cf. G. Pugliese, *Processo*, cit., pp. 6-23 y 29-30). Por otra parte, aunque *quivis ex populo*, el ciudadano acusador en los *iudicia publica* obtenía del pretor una *lex*, o autorización, que lo investía de los poderes inquisitivos de recogida de las pruebas e incluso de arresto cautelar: es lo que sucede en el célebre proceso de Cicerón contra Verres, recordado por F. Carrara, o. c., 844, pp. 299-300. Sobre la acción popular en Roma, introducida posiblemente por una *lex Servilia* del 111 a.C., véase la literatura citada en nota 109.

87. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., IX, pp. 51-52, encuentra el primer caso importante de inquisición (aparte las antiguas formas de *cognitio* recogidas en la nota precedente) en el proceso promovido por Cicerón, esta vez contra la conjura de Catilina: «Pero bajo los más crueles emperadores» —añade inmediatamente,— «como crece la sospecha de la conjura, así adquiere nuevo vigor el sistema de la inquisición», cuyas «fuentes» fueron por tanto «la desconfianza de los Emperadores, que cuanto más indignos se creían de la estima pública, más temían las ocultas conjuras... pero más todavía la pérdida del interés público y del amor al bien común con la pérdida de la libertad».

88. *Ibid.*, pp. 52-53. «En la república libre» —dice Pagano— «el interés por el celo del bien público animaba a los ciudadanos a la acusación... Cuando el imperio estaba en manos del pueblo, los calumniadores no venían promovidos por el gobierno. El pueblo no temía, ni con la calumnia oculta trataba de deshacerse de los ciudadanos sos-

pechosos. Pero aquellos que cambiaron el estado, no pudiendo valerse siempre de la violencia abierta, recurrieron a la calumnia. Alumbraron el infecto género de los denunciantes. Así, para que delitos, que con la esclavitud se habían multiplicado, no quedarán impunes, fue conveniente que se encargara a los magistrados la investigación de los delitos ocultos». Los mismos nexos entre libre acusación y virtud civil en la república libre y entre delación y bajos oportunismos, en el imperio fueron reconocidos por Montesquieu, que señala, en la nota 111, su predilección por el instituto del ministerio público: «En Roma estaba permitido que un ciudadano acusase a otro. Se había establecido esto siguiendo el espíritu de la República, en la que cada ciudadano debe observar un celo ilimitado por el bien público, y donde se supone que cada ciudadano tiene todos los derechos de la patria en sus manos. En tiempo de los emperadores romanos se siguieron las máximas de la República y se vio aparecer un tipo de individuos funestos, un ejército de delatores. Cualquiera que tuviese vicios y talentos, un alma baja y un espíritu ambicioso, buscaba a un delincuente cuya condena pudiera agrandar al príncipe; éste era el camino que llevaba a los honores y a la fortuna, cosa que no sucede entre nosotros» (*Del espíritu*, cit., lib. VI, cap. VIII, pp. 103-104).

89. Sobre el proceso inquisitivo en la Roma imperial, desarrollado tras mucha resistencia a partir del siglo III en la forma de la *cognitio* extraordinaria, cf. todavía G. Pugliese, *Processo*, cit., pp. 31 y ss.; Id., *Linee generali*, cit., pp. 651-720; P. Bonfante, o. c., I, pp. 454 ss.; V. Arangio-Ruiz, o. c., pp. 271-275. Sobre la prohibición de la tortura en la época republicana y sobre su introducción en la época imperial —a partir del principado de Tiberio para los imputados y después, bajo Setimio Severo también para los testigos—, véanse entre otros títulos *De quaestionibus*, en D. 48.18 y Cl. 9.41, las fuentes ofrecidas por N. Nicolini, o. c., pp. 375-380, en Th. Mommsen, o. c., II, pp. 80-84, en V. Manzini, o. c., I, p. 5 y en P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria*, cit., I, p. 16-52. También en la época imperial se hace uso de la tortura con cautela y desconfianza: «In criminibus cruendis quaestio adhiberi solet. Sed quando, vel quatenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum, et divus Augustus constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam» (Ulpianus, *8 de officio proconsulis*, 48.18.1); «Quaestioni fidem non semper, nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt; alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint; ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminantur. Praeterea inimicorum quaestioni fides haberi non debet quia facile mentiuntur. Praeterea inimicorum quaestioni fides haberi non debet quia facile mentiuntur» (*ibid.*, 48.18.1.23). Sólo para los delitos políticos la tortura no fue la excepción, sino la regla: «Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personam Principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur», incluso si se tratase «de minore quattuordecim annis», para los cuales, en los delitos comunes, «quaestio habenda non est» (Charisius, *Sing. de testibus*, 48.18.10 pr. 1).

90. A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., parte I, pp. 336 ss.; G. Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., I, pp. 207-344 y 415-423. Sobre los juicios ordálicos, véanse también los trabajos de la nota 30 del cap. 3.

91. Véase el apartado 10.4, en particular las notas 41-52. Sobre el proceso acusatorio en la Edad Media, cf. V. Manzini, o. c., I, pp. 23-31, que subraya, además, la amplia utilización tanto de la escritura como del secreto; G. Vacca, o. c., pp. 328-330; G. Salvioi, o. c., II, pp. 349-356; P. Fiorelli, *Accusa*, o. c., pp. 332-334; G. Alessi, *Processo penale (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVI, 1987, pp. 363-368.

92. Sobre la tradición procesal-penalista inglesa, se encuentran amplias referencias: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press,

Oxford, 1765-1769, IV; K. J. Mittermaier, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt* (1845), trad. it., *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni*, Calderini y Zanichelli, Módena, 1852, pp. 43-64 y *passim*; J. F. Stephen, *A History of English Law*, Methuen, Londres, 1903, vols. I, IX y XII; S. F. Harris, *Principii di diritto e procedura penale inglese*, trad. it. de la 6.ª ed. inglesa de E. Bertola, Tedeschi, Verona, 1898, pp. 200-346; D. Veall, *The Popular Movement for Law Reform, 1640-1660*, cit., pp. 17 ss., donde se ponen también en evidencia los rasgos inquisitivos (secreto, forma escrita, falta de contestación al auto de acusación del imputado) adoptado en el siglo XVII también por el procedimiento inglés. Sobre el actual *adversary system* anglosajón, cf. N. Fini, *Appunti di diritto comparato su processo accusatorio e sul processo inquisitivo*, en «Archivio penale», 1965, pp. 40-96; A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 189-205; Id., *Prova (filosofia)*, cit., pp. 547-549; M. Scaparone, «*Common Law*» e *processo penale*, Giuffrè, Milán, 1974; M. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 233 y ss.; G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, I, estos últimos con amplias referencias a la literatura inglesa y americana.

93. F. M. Pagano, o. c., XI, pp. 64-65, que subraya el carácter mucho más primitivo que respecto a la inquisición de la *cognitio extra ordinem* en la Roma imperial tuvo el proceso de Federico II: «La primera no tuvo otro objeto que suplir la falta de acusadores. No produjo otro desorden que el de encarcelar al ciudadano con sólo el informe inquisitivo. No alteró el orden de los juicios. Después del informe de los inquisidores comenzaba el juicio desde el principio y se trataba con las antiguas formalidades. La inquisición introducida por Federico ocupa el lugar del proceso acusatorio y con ella se procede sólo a la condena. Ni siquiera se concedía al reo la facultad de defenderse, al no entregársele copia del proceso inquisitivo. En la terrible Constitución *Hi qui per inquisitiones* se ordena que a los reos con mala fama no se les dé copia del informe, sino sólo de los 'nombres' de los testigos. Ello introdujo ya el fatal arcano, el mortal misterio que sustituyó la publicidad de los juicios antiguos por el taciturno e insidioso secreto». También Giovanni Carmignani y Francesco Carrara evidenciaron esta diferencia entre los aspectos inquisitivos del procedimiento romano de la época imperial y la inquisición medieval: hasta el punto de identificar en la *cognitio extra ordinem* más bien una anticipación del actual proceso mixto que un verdadero proceso inquisitivo (G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. XVI, pp. 283 ss.: F. Carrara, o. c., 850, pp. 307-308). Recuérdese también que el proceso inquisitivo romano no conoce el uso sistemático de la tortura que configuró sin embargo la inquisición medieval. Por lo demás, como demostró Carmignani, también el proceso acusatorio romano fue bastante más liberal y garantista que el de tradición inglesa (o. c., lib. IV, cap. XIV, pp. 234-235).

94. «Ese celo paterno, que inspiró nuestra santa religión a sus ministros, ese pastoral ministerio... degeneró con el tiempo en un espíritu de inquisición, aplicable a la inocencia igual que al delito fatal» y «los ministros de la religión, cuando tuvieron conciencia de su poder temporal, cambiaron la vigilancia pastoral por la inquisitoria opresión» (F. M. Pagano, o. c., XII, p. 70). Pagano recuerda en particular las decretales *De accusationibus* de Inocencio III, que «de la vigilancia pastoral dedujo el fatal derecho de interrogar» basándolo sobre textos del Evangelio y del Génesis, así como la decretal XIII *De Judicis*, donde «el mismo Inocencio III arroja los fundamentos de la monarquía universal, y trata de someter el cetro a la tiara, al erigirse en juez de una contienda entre el Rey de Francia y el de Inglaterra». Y «dice que a cualquier hecho humano en que haya pecado se extenderá la jurisdicción papal, hasta donde deba conocer» (*ibid.*, pp. 70-71). Sobre los orígenes de la Inquisición eclesiástica —cuya extensión será en toda la Edad Media objeto de continuos conflictos con la autoridad seglar, pero a quien siempre per-

tenecieron los delitos de herejía, sacrilegio, blasfemia, brujería, bigamia y adulterio—, cf. G. Salvioli, *o. c.*, I, pp. 358 ss., que subraya como el caso más antiguo uno por simonía, de 1198, donde *accusator* y *iudex* fue el papa, que delegó la *inquisitio* en el obispo de Milán. Pero bastante más masiva fue la *inquisitio haereticae pravitatis*, en vista de la cual el Concilio de Verona de 1184 y después el de Letrán de 1215 ordenaron a los obispos que inspeccionaran periódicamente sus diócesis e hicieran jurar a toda la población sobre la presencia de sujetos sospechosos de herejía, y para lo cual Inocencio III dictó con sus decretales la primera disciplina orgánica, completada en 1252 por la *Ad extirpanda* de Inocencio IV, que prescribía (art. 25) la tortura para los sospechosos de herejía. Sucesivamente, como se dice en la nota 86 del cap. 7, el exterminio de los herejes y de las brujas se desarrolló sin freno sobre la base de una colaboración y división de papeles entre autoridad eclesiástica y autoridad civil. Voltaire recuerda así el fanatismo furibundo que inspiró esta «caza de los herejes y los impíos» promovida por los obispos mediante argumentos capciosos y sofismas: «Aquéllos gritaron *allali* de una parte de Europa a la otra. Cambiaron los principios por perros de caza que hundieron sus fauces en la sangre de sus presas. Y aquellos príncipes que opusieron resistencia fueron también ellos sacrificados, desde el emperador Enrique IV hasta el otro Enrique IV de Francia, el mejor de los reyes y de los hombres. Fue durante estos siglos de ignorancia, superstición, fraude y barbarie cuando la Iglesia, que sabía leer y escribir, dictó sus leyes a toda Europa, que no sabía más que beber, combatir y confesarse con los curas. La Iglesia hizo jurar a los príncipes que habrían de exterminar a todos los herejes: lo que quiere decir que cada soberano hizo solemne juramento de matar a casi todos los habitantes del universo, a la vista de que casi todos tenían una religión distinta de la suya. La herejía resulta el crimen más grave... Se quemaba inexorablemente a los enemigos de Dios porque no se dudaba de que Dios mismo los habría quemado en el más allá, llevando al infierno sus cuerpos terrenales o bien sus almas invisibles. Todos los jueces estaban segurísimos de que quemar impíos era parecerse a Dios; que con ello sólo se anticipaba el infierno unos pocos momentos; que no había una música celeste más grata a Dios, autor de nuestra vida, que los gritos de familias enteras de herejes en medio de las llamas» (*Prix de la justice*, cit., art. VIII, pp. 547-548). Véase también, de Voltaire, *Inquisition*, en *Dictionnaire philosophique* (1769), Garnier, París, 1967, pp. 252-255, donde se cuenta el origen fraudulento de la Inquisición eclesiástica en Portugal.

95. El principio del carácter supletorio de la inquisición *ex officio* se enuncia por Andrea D'Isernia, *Commenta*, cit., p. 156: «Si accusator nolit persequi accusationem, iudex debet finire eam ex suo officio et punire accusatorem», y es rebatido, todavía en el siglo XVI por H. de Marsiliis, *Practica causarum criminalium*, Officina Jacobi, Lugduni, 1535, *Postquam*, pár. 92, f. 18r: «Pendente inquisitione, si ante sententiam superveniat accusatio, tunc cesat inquisitio tamquam remedium extraordinarium». Vicenzo Manzini (*o. c.*, p. 32) recuerda entre otras la constitución *Cura nobis* con la que Roberto, rey de Nápoles, al principio del siglo XIV ordenó que para los crímenes públicos se procediese de oficio cuando no se presentara algún acusador o delator. Otras fuentes en relación con el mismo principio están en A. Pertile, *o. c.*, vol. VI, parte II, pp. 10-12. Por otra parte, el primitivo proceso bárbaro no había estado, en los siglos XI y XII, suspendido propiamente, sino sólo «dejado aparte» y progresivamente sustituido por el romano-canónico (*ibid.*, parte I, p. 4).

96. F. Chartarius, *Theoriae et praxis interrogandorum reorum, libri quattuor*, apud Antonium Zanneattum, Roma, 1594, lib. I, cap. I, p. 4.

97. Sobre la difusión del proceso inquisitivo en Italia, España y Francia, cf. G. Salvioli, *o. c.*, pp. 378 ss., sobre su progresiva extensión a todos los delitos, salvo los leves. Véase A. Pertile, *o. c.*, VI, t. II, pp. 2 ss. Véase además G. Alessi, *o. c.*, pp. 370-383.

98. Sobre la red intrincadísima de las jurisdicciones y de las competencias, véase

N. Nicolini, o. c., parte I, 280, p. 84 ss., donde cita 86 magistraturas distintas operando en Nápoles antes de la reforma de Fernando I; A. Pertile, o. c., vol. VI, parte 1, pp. 37-197; G. Salvioli, o. c., II, pp. 95 ss.; V. Manzini, o. c., I, pp. 21-23; F. Cordero, *Criminalia*, cit., pp. 75 ss.

99. Las atrocidades del proceso «inquisitorial» del siglo XVI al siglo XVIII, y en particular la tortura, son objeto de una literatura amplísima. Baste recordar aquí —además de los escritos de los ilustrados citados en la nota 102— C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, cit., pp. 34-52 y 208-229; F. Carrara, o. c., 942, pp. 422-425; A. Pertile, o. c., parte I, pp. 427-460; G. Salvioli, o. c., II, pp. 373-395 y 476-486; G. Andrich, *Tortura*, en *Digesto italiano*, cit., XXIII, 1916, pp. 1565 ss.; V. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit.; V. Manzini, o. c., pp. 31-61 y, en particular sobre la tortura, pp. 41-45; F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 392-423 y 625-654; Id., *La fabbrica della peste*, Laterza, Roma-Bari, 1984. Sobre tortura, véanse también las notas 33 del cap. 3 y 89, 94, 102 y 272 de este capítulo.

100. Son también palabras de F. M. Pagano, o. c., XIII, pp. 71-74, que describe así el origen y el papel nefasto de la praxis forense y de la cultura inquisitiva al hacer «complicada» la «simple máquina de los juicios públicos»: «Abolida la forma de pedir razones con la espada en la mano, se establecen los juicios legales, donde es necesario y obligado el estudio de las leyes. Sólo la espada comunicaba antes la nobleza. A la espada sucedió la toga. Los doctores y los magistrados fueron iguales a los guerreros; tuvieron el especioso título de *Milites*. Surgió la milicia togada... En ausencia de las artes, del comercio, de las ciencias, ante el incremento de la población, ¿a qué estudio debían dedicarse los hombres, si no al de las leyes, que era el único que se conocía entonces y que llevaba a la opulencia y a la gloria? Ésta es la razón por la que una corriente de Doctores inundó Europa entera. Pero fue sobre todo en Italia donde crecieron las doctorales milicias. El activo ingenio de los italianos pedía una ocupación. Sólo el Código y las glosas de los doctores se la ofrecían. La Corte de Roma aspiraba a la Monarquía universal. Sus armas eran las leyes, las glosas, las cartas: lo que promueve el estudio de las leyes. La única ciencia (si merece tal nombre) que en los siglos bárbaros reinaba era la escolástica, que, a la sofística de los antiguos griegos y al genio erístico de los ociosos clérigos, añadía la barbarie y la tosquedad de los pueblos septentrionales. Ésta, vacía de ideas sólidas, rica de sutilezas arábicas, había experimentado una increíble expansión. Los innumerables ociosos que se acuartelaban en los claustros para huir del aburrimiento, pena inseparable del ocio, para adquirir los honores de bachilleres, se ocupaban de aquellas vanas sutilezas y jeroglíficos. Enseguida comprobaremos cuanto daño hizo al proceso esta escolástica metafísica que, injertándose en la legal, pasó de los claustros al Foro para hacer allí recluta de nuevos atletas. A las citadas razones universales se puede añadir una más especial, cual es el gran empeño de los españoles de envolver a los inquietos y cambiantes ingenios de los naturales del reino en las redes del Foro. Por todas estas causas, todo el Foro se transforma en laberinto forense».

101. Sobre el papel y la responsabilidad de los juristas —Claro, Ghirlando, Tabor, Carpzov, Alberto de Gante, Farinaccio, Gómez, Menochio, Carerio, Follerio y otros— en la barbarie de las prácticas inquisitorias y en el desarrollo de la tortura, hay que recordar las opiniones opuestas de Pietro Verri y de Alessandro Manzoni. Según el primero, «nada está escrito en nuestras leyes», de modo que el uso de la tortura «fue apoyado únicamente por las doctrinas de los criminalistas citados. Hombres oscuros, ignorantes y feroces... con tristísimo refinamiento redujeron a sistema y publicaron gravemente la ciencia de atormentar a los hombres, con la misma tranquilidad con la que se describe el arte de remediar los males del cuerpo humano: y fueron obedecidos y considerados como legisladores y se les hizo objeto de un serio y pacífico estudio y fueron acogidos en las librerías legales los crueles escritores que enseñaron a descoyuntar

con industrioso afán los miembros de los hombres vivos y a refinarlos con parsimonia y con el añadido de más tormentos, para hacer aún más desoladoras y agudas la angustia y el exterminio. Tales libros, que habrían debido recubrir con razón a sus autores de una eterna ignominia... tuvieron crédito en la oscuridad y adquirieron veneración ante los mismos tribunales y, si bien estaban exentos de la impronta de la facultad legislativa siendo meros pensamientos de personas privadas, adquirieron fuerza de ley, de ley ilegítima en origen y sirven todavía para el exterminio de reos sospechosos, incluso en el seno de la bella y gentil Italia» (*Ossezzazioni sulla tortura* [1776], Rizzoli, Milán, 1961, XIII, pp. 100-102, trad. cast. de M. de Rivacoba, *Observaciones sobre la tortura*, Depalma, Buenos Aires, 1977). Para Manzoni, al contrario, aquellos juristas tuvieron el mérito de recomendar a los torturadores «en nombre de la ciencia, no menos que en el de la conciencia, la moderación, la benignidad, la mansedumbre. Palabras que indignan, referidas a semejante cosa; pero que al mismo tiempo permiten ver si la intención de los escritores era azuzar la fiera o amansarla», ya que «es verdad que en sus libros o, mejor dicho, en algunos, se describen, más que en las leyes, las diferentes especies de tormentos; pero como costumbres establecidas y enraizadas en la práctica, no como hallazgos de los escritores... Fueron los escritores, es verdad, los que plantearon la cuestión del número de veces que se podía repetir la tortura, pero para imponer límites y condiciones al arbitrio... Fueron ellos, es verdad, los que trataron del tiempo que duraría la tortura, pero para imponer, también en eso, alguna medida a la infatigable crueldad, que no tenían por la ley, 'a ciertos jueces, tan ignorantes como inucos, que torturaban a un hombre durante tres o cuatro días', dice Farinacci; 'a ciertos jueces inocuos y perversos, elevados por el populacho, privados de ciencia, de virtud, de razón, quienes, cuando tienen en su poder a un acusado (*forte indebito*), sólo le hablan en el tormento; y si no confiesa lo que ellos querrían, lo dejan colgado de la soga, durante un día, durante una noche entera', había dicho Marsili, aproximadamente un siglo antes» (*Storia della colonna infame* [1840], en A. Manzoni, *Opere*, R. Bacchelli [ed.], Ricciardi, Milán, 1953, cap. II, pp. 979-980; trad. cast. de E. Gallego, *Historia de la columna infame*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 38-39). Sobre la literatura penalista del período inquisitivo, véase, en fin, de F. Cordero, *Criminalia*, cit., pp. 459-512.

102. Contra la tortura escribieron M. Montaigne, *Essais*, cit., lib. II, cap. V, pp. 404-405; V. Grocio, *Epistolae quotquot reperiri potuerunt*, Blaeu, Amsterdam, 1687, ep. 693; Ch. Thomasius, *De tortura ex foris christianorum proscribendam*, Zeitler, Halle, 1705; Ch. Montesquieu, o. c., lib. VI, cap. XVII, p. 111; Federico II de Prusia, *Dissertation*, cit., pp. 114-115; C. Beccaria, o. c., XV-XVII, pp. 34-46; P. Verri, o. c.; Voltaire, *Prix*, cit., arts. VIII-XI, pp. 546-563 y XXIV, pp. 580-582; Id., *Commentario*, cit., XII, pp. 627 ss., XVI, pp. 634 ss. y XXII, pp. 643 ss.; Id., *Torture* (1769), en *Dictionnaire philosophique*, cit., pp. 408-410; C. de Jaucourt, *Inquisition*, en *Encyclopédie des sciences*, cit., t. VIII, 1773, pp. 704-706; G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. I, pp. 5-47; lib III, caps. V-XI, pp. 59-146; F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXX, pp. 150-154; Id., *La logica dei probabili*, cit., XIII, pp. 33-35; J. Sonnenfels, *Von der Abschaffung der Tortur* (1775), trad. it. de F. Venturi, en apéndice a C. Beccaria, o. c., pp. 592-596; B. Constant, *Commento*, cit., II, pp. 578 ss. y IX-X, pp. 597 ss. En defensa de la tortura escribieron en la mitad del siglo XVIII D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, cit., II, pp. 474 ss. y P. F. Muyart De Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, cit., pp. 60 ss. Contra la tortura se alineó obviamente Carmignani, al que se debe una singular defensa en clave liberal y garantista del método inquisitivo: «bella alma en un cuerpo deforme», «científico», «analítico», «todo en poder de la ley», contrariamente al método acusatorio considerado en cambio «instintivo», «sintético», «todo en poder del hombre» y, por tanto, expuesto al «arbitrio» (*Teoria*, cit., lib. IV, cap. III, pp. 31 ss. y cap. V, pp. 61, 79 y *passim*).

103. Las etapas de esta breve experiencia, recordada en el apartado 10.4, fueron los decretos de agosto de 1789, que abolieron las justicias señoriales; el decreto de 8.10.1789, que sancionó la publicidad de los juicios y los derechos de defensa del imputado; la ley de 16-29.8.1790, que introdujo el jurado y la elección de los jueces y colocó junto a «los oficiales del ministerio fiscal, agentes del poder ejecutivo» acusadores públicos electivos; la ley de 16-29.9.1791, que definió la estructura acusatoria del nuevo proceso penal, suprimiendo las pruebas legales e introduciendo los principios de libre convicción, oralidad e intermediación del juicio; los decretos de 18.8.1792 y de 20.10.1792, que abolieron enteramente las acusaciones públicas de designación gubernamental confiando sus poderes a los acusadores electivos. Sobre todo ello, cf. E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*, en *Enciclopedia*, cit., II, pp. 564-579; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 147 ss.; Id., *Accusa e burocrazia. Profilo storico-istituzionale*, en G. Conso (a cargo de), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 104-112; P. Ferrua, *Oralità del giudizio e lettura di disposizioni testimoniale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 8-41.

104. Véase F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XV, p. 80. También, el cap. XIX, pp. 92-101 y el cap. XXII, p. 119, donde el proceso mixto es llamado «monstruosa mezcolanza de proceso inquisitivo y acusatorio». Del *Code des délits et des peines* de 25.10.1795, que introdujo en el sistema del jurado una instrucción secreta y escrita precedente al juicio oral, he hablado ya en el apartado 10.4. La burocratización de la acusación pública fue, en cambio, el resultado de una larga serie de disposiciones napoleónicas con las que se recorrió en sentido inverso el proceso reformador de la Revolución: la Constitución del año VIII (13.12.1799), que confió las funciones de acusación pública a un «comisario del gobierno» de (art. 63) nombrado, como «todos los jueces criminales y civiles» excepto los de paz y de casación, por el primer cónsul (art. 41); las leyes de 18.3.1800 y de 27.1.1801, que reformaron el ordenamiento judicial en actuación de la Constitución del año VIII y pusieron las primeras bases de la futura «instrucción sumaria»; por último, el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que definió las formas del actual «proceso mixto» y del papel preeminente atribuido en éste al ministerio público, organizado después en forma jerárquica y burocrática por los decretos sobre ordenamiento judicial de 6.7 y de 18.8.1810. Contra el proceso mixto se pronunció de modo unánime toda la Escuela Clásica italiana: además de Pagano en las *Considerazioni* citadas, G. Carmignani, *Saggio teorico-pratico sulla fede giuridica*, cit., que habló como de una «ingeniosa estratagema» y de un «artilugio político», con el que el gobierno mediante «la extensión de los poderes conferidos al Procurador imperial... influía sobre aquellos magistrados a los que la ley declaraba inamovibles»; Id., *Teoria*, cit., lib. IV, cap. XVII, p. 305 y cap. XVI, p. 283, donde el proceso mixto se descalifica como una «mezcolanza infeliz» y como «el más funesto donativo que el derecho romano había hecho a la especie humana»; F. Carrara, *o. c.*, p. 300, que denunció sus «formas híbridas y peligrosas», señalando «su depuración» como «tarea de la generación presente»; L. Lucchini, *Elementi*, cit., p. 40, que también estigmatiza la «índole ecléctica, híbrida, anfibia» debida a una «verdadera duplicación» de los dos sistemas: «primero el inquisitivo, en la instrucción, con el secreto, con la escritura, con la exclusión de la defensa, con la prisión preventiva, con la invasión del juez y del ministerio público; y después el acusatorio, con la oralidad, la publicidad, la contradicción y hasta con el jurado. Y, en medio, una cantidad de excepciones, de jurisdicciones, competencias, instancias, gravámenes y complicaciones y duplicaciones de actos, con un orden infinito de formalidades y de disposiciones que con frecuencia se contradicen; un trabajo continuo de hacer y deshacer, de dar y reformar, para que, después de un largo y laborioso camino, la justicia resulte desviada, la sociedad cansada, no satisfecho

ningún interés social, el fin del proceso incumplido, dudas sobre la culpabilidad o inocencia del reo, los ciudadanos expuestos a continuos peligros y vejaciones y la mayor parte de los delincuentes, impunes».

105. Éste fue adoptado en Holanda y en Bélgica desde 1808; en España, donde fue importado por la dominación francesa y después confirmado por el código de 1882; en Portugal, donde se reprodujo en el código de 1832; en Prusia, con la ley 17.7.1846; en Luxemburgo, Serbia, Rusia, Grecia, Rumanía, Egipto, México y Japón. De corte preferentemente inquisitivo fueron los códigos de Austria (1803), Prusia (1805) y Baviera (1813). Pero Austria, gracias a la obra de M. Glaser, se dio el 23.5.1873 un código de procedimiento de carácter acusatorio y de gran refinamiento técnico, que mereció los elogios de Carrara (*o. c.*, 851, p. 308, nota, y 910, p. 389) del que se hizo una traducción italiana promovida y anotada por él (en apéndice a C. A. Weiske, *Manuale di procedura penale*, trad. it. de los abogados Zei y Benelli, Cammelli, Florencia, 1874, pp. 265-448). Otro tanto hizo Alemania con el código de 1.2.1877, donde no obstante el modelo acusatorio está mucho más contaminado por elementos inquisitivos.

106. El proyecto de código Romagnosi, presentado el 2.8.1807 por el ministro Giuseppe Luosi al virrey Eugenio Beauharnais y aprobado por éste el 8 de septiembre del mismo año, está hoy reeditado en *Le fonti del codice di procedura penale del regno italico*, a cargo de E. Dezza, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 165 ss.

107. Como se verá en la cuarta parte, la primera innovación se produjo por el pronunciamiento de la Corte constitucional y por las minirreformas legislativas de los años 1969 al 1972, que extendieron a la fase instructoria muchas de las garantías de defensa; la segunda se debe, sin embargo, a la legislación de emergencia del último decenio, que ha ampliado enormemente los poderes de privación de libertad y la discrecionalidad de los órganos instructores en la actividad de adquisición de las pruebas (piénsese, en particular, en las normas premiales en favor de los imputados, «arrepentidos»).

108. «Un sistema de juicio criminal en el que el juez debe hacer las funciones de acusador, es vicioso por sí mismo» (G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. V, p. 60). «Característica del poder judicial es la de no poder actuar más que cuando se recurre a él o, según la expresión legal, cuando se apela a él... Por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se denuncia un delito y se castiga al culpable. Se le 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 actuase por sí mismo...» (A. Tocqueville, *La democracia en América*, cit., t. I, parte I, cap. VI, p. 101).

109. Sobre la acción popular en Roma, cf., además de G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. II, pp. 13-23, también F. Carrara, *o. c.*, 861, pp. 317-334; C. Fadda, *L'azione popolare*, Utet, Turín, 1894; T. Bruno, *Digesto italiano*, cit., IV/2, 1893-1899, pp. 952 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., p. 147; G. Pugliese, *Processo*, cit., pp. 6 ss. y 29 ss.

110. Los orígenes de un «público» acusador, inquisidor o ministerio fiscal, se confunden, como se ha visto, con los del rito inquisitivo: así, en Roma, la acusación pública se ejerció en la época imperial por el *praefectus urbis* y por el *praefectus praetorii* y en la provincia por el *praesides* y por los *proconsules* asistidos por la variada servidumbre de los *irenarchae*, *curiosi*, *legati*, *frumentarii*, *nunciatores*, *stationarii*; en la Edad Media, en cambio, encontramos los *missi domini* de Carlomagno y, después, los *avogadori del comun* vénéto, los *avvocari reali* de Nápoles, los *procuratores fiscales* o *advocati fisci* del Piamonte, las *gens du roi* en Francia, los *procuratores regi* y sus *substituti* también en Francia, y en las demás monarquías absolutas (de aquí la moderna no-

menclatura: *procuratori generali, procuratori del Re, procuratori della Repubblica, sostituti*), donde actuaron desde el siglo XIV y organizados jerárquicamente. Cf., además de otros escritos citados en la nota 114, G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. XVI, pp. 284-287; F. Carrara, o. c., 845, pp. 301-303 y pp. 865-869, pp. 337-344; L. Lucchini, *Elementi*, cit., pp. 35 y 214; A. Pertile, o. c., parte II, pp. 21-29; G. Salvio, o. c., II, pp. 23 ss. y 376 ss.

111. Después de haber ilustrado las degeneraciones de la acusación voluntaria bajo los emperadores romanos (*supra*, nota 88), Montesquieu observa, con excesivo optimismo, que: «cosa que no sucede entre nosotros. Tenemos en nuestros días una ley admirable: aquella que dispone que el príncipe, instituido para hacer cumplir las leyes, proponga un fiscal en cada tribunal para perseguir en su nombre todos los delitos, de manera que la función del delator es desconocida entre nosotros. Y si se sospechase que este vengador público abusara de su ministerio, se le obligaría a nombrar a su denunciante» (o. c., lib. VI, cap. VIII, p. 104). La misma tesis —a favor del instituto del ministerio público y contra la acción popular— se sostiene, en polémica con Filangieri, por B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. I, pp. 575 ss. y caps. III-IV, pp. 582-592, y, sin excluir la acción popular pero sólo con carácter extraordinario o subsidiario, por J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación* (1791), trad. cast. de B. Anduaga Espinosa, Madrid 1853, caps. XIX-XX, pp. 85-105. A favor de la institución de «un justo e imparcial inquisidor» configurado como «ejecutor de las leyes» que «no puede en lo más mínimo dispensar o alterar la ley» estuvo también F. M. Pagano, o. c., XVIII, pp. 89 ss. y XXIII, p. 112.

112. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, caps. III-IV, pp. 29-66, donde Filangieri polemiza áspidamente (pp. 348-354) contra la figura del «vengador público» elogiada por Montesquieu y admite, pero sólo en vía subsidiaria y extraordinaria, la institución de los «magistrados acusadores», que serían no menos responsables por calumnia que los ciudadanos de a pie (pp. 361-364). En favor de la acción popular por parte del ministerio público se manifestó en el siglo pasado F. Carrara, o. c., 861, pp. 317-334 y L. Lucchini, o. c., pp. 79, 92 y 213-215.

113. Art. 24, 3: «Después que la experiencia ha enseñado que las acusaciones privadas derivan casi siempre en deseos de venganza, ira, ímpetu, cólera o enseñanzas maliciosas, y que con invenciones astutas perjudican gravemente al acusado; o que, por el contrario, siendo incluso verdadera la acusación, muchas veces bajo mano, con secretas complicidades a favor del actor se oculta el verdadero estado de la causa, o se suele bajo pretextos varios desistir de la acusación intentada, por todo ello no se puede esperar en general de esta especie de acusación voluntaria ningún efecto saludable sino más bien desorden y dilaciones, por ello queremos que resulte *enteramente abolido* el proceso voluntario de acusación por los mencionados y por otros relevantes motivos y dificultades» (en V. Manzini, o. c., I, p. 31).

114. Sobre los orígenes franceses del actual ministerio público y de su organización jerárquica, véanse D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, I, Debure père, París, 1771, pp. 630 ss.; J. H. C. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Nève, París, 1837; J. L. E. Ortolan y L. Ledeau, *Le ministère public en France. Traité et Code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Fanjat, París 1831, 2 vols.; F. Hélie, *Traité*, cit., I, *Histoire et théorie de la procédure criminelle*, pp. 74 ss.; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, París, 1882, pp. 10 ss.; E. Seligman, *La justice en France pendant la révolution*, 2 vols., Plon-Nourrit, París, 1901-1913; M. L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Pichon et Durant-Auzias, París, 1967; A. Laingui y A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*,

II, *La procédure criminelle*, Cujas, París, s.f., pp. 58-59, 81-82, 89-91 y 135-141; M. Nobili, *Accusa e burocrazia*, cit.; F. Molinari, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 195-216; F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 361-364; Id., *Procedura penale*, cit., p. 28; Id., *Guida*, cit., pp. 47 y 155 ss. Véanse también *supra* las notas 103, 104, 110 y 111. Sobre la figura del ministerio público en Italia antes de la Constitución republicana, cf. F. Siracusa, *Il pubblico ministero*, Utet, Turín, 1929, pp. 115-134; Id., *Pubblico ministero (Diritto processuale penale)*, en *Nuovo Digesto italiano*, cit., X, 1939, pp. 978 ss.; G. Sabatini, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Jovene, Nápoles, 1943. Sobre el ministerio público actual, véanse G. Foschini, *L'ufficio della pubblica accusa*, en «Archivio penale», 1965, que todavía configuraba al ministerio público como «representante del poder ejecutivo» (pp. 211-215); M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, 2 vols., Zanichelli, Bolonia, 1965-1970; G. Cerminara y O. Pesce, *Il problema del pubblico ministero*, en «Il Ponte», 1968, 6-7, pp. 833-841, donde se reivindican la independencia y la personalización de la oficialidad; V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, en G. Conso (ed.), o. c., pp. 3-29; A. Pizzorusso, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, en «Questione Giustizia», 1982, 3, pp. 513 ss.; L. Pepino, *Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo*, en A. Pignatelli y C. Viazzi (ed.), *La professione del giudice*, Angeli, Milán, 1986, pp. 138-172; P. M. Bellone, *Pubblico ministero (Diritto processuale penale)*, en *Novissimo Digesto italiano. Appendice*, cit., VI, 1986; M. Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXVII, 1988, pp. 1094-1112.

115. Sobre el papel de la acusación pública en Inglaterra y en los Estados Unidos, cf. B. Huber, *La posizione degli organi di accusa in Gran Bretagna*, en G. Conso (ed.), o. c., pp. 238-255; V. Vigoriti, *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti e negli USA, prospettive di riforma*, en «Questione giustizia», 1983, 1, pp. 191 ss.

116. El «principio de oportunidad» en la función de acusación —excluido rigíidamente por la Constitución italiana— está presente no sólo en el proceso inglés (B. Huber, o. c., pp. 248 ss.) y americano (V. Vigoriti, o. c., pp. 261 y ss.) sino también en el alemán para los delitos bagatela (F. Molinari, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, en G. Conso [ed.], o. c., pp. 223 ss.) e igualmente en el francés, donde se atempera con diversos controles (Id., *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, cit., pp. 208 ss.).

117. La observación es de G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio*, cit., 2.2, que subraya los gravosos reflejos del sistema en los métodos de investigación: «la acusación», observa, «prepara el caso no tanto para el juicio, cuanto para contratar el *plea* desde una posición de fuerza; la defensa trata de descubrir las carencias de la investigación para obtener mayores ventajas. También las *exclusionary rules* se utilizan, en esta perspectiva, como medio de intercambio más que en su función de criterios lógicos para el juicio». Sin contar las infinitas negociaciones con los imputados para obtener denuncias de cómplices, gracias a una libertad dispositiva incomparablemente mayor que la que hemos experimentado en nuestro país, con los efectos deformantes de que se hablará en la parte cuarta, a causa de la legislación sobre «arrepentidos» por los delitos de terrorismo. Véanse también, sobre efectos perversos del sistema en el proceso penal, M. Taruffo, *Il processo civile «adversary»*, cit., pp. 233-245; A. Zingale, o. c.; R. Gambini, *Il «plea bargain» negli U. S. A.: più inconvenienti che vantaggi*, en «Rivista italiana de Diritto e Procedura penale», 1982, I, pp. 115-127. Según un cálculo estadístico referido por H. C. Bassiouni, *Linee del processo penale negli USA*, en *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1978, p. 52, el *jury trial* se reserva sólo para el 6% de los procesos penales.

118. La tesis de la perfecta compatibilidad entre la acusación pública y obligatoria del ministerio público y la popular de cualquier ciudadano fue ampliamente demostrada por J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., cap. XX, pp. 89 ss. También en Italia el monopolio de la acción penal del ministerio público se derogó por la acción popular prevista para los delitos electorales por el art. 100 del DPR n. 570 de 16 de mayo de 1960. Nada impediría extender esta hipótesis hoy aislada, para conseguir la autotutela de intereses colectivos tan importantes y difusos como los violados por los delitos electorales. Además, una forma indirecta de acción popular subsidiaria orientada a evitar la inercia del ministerio público, o en todo caso a propiciar su control, se introdujo por los arts. 408 y 410 del nuevo código de procedimiento, que han instituido la «oposición a la propuesta de archivo» ejercitable dentro de los 10 días por la parte ofendida que en la denuncia, o sucesivamente, haya declarado querer ser informada. Es interesante también la solución ofrecida por el código de procedimiento alemán de 1975, que desarrolla las indicaciones contenidas en el código austriaco de 1873 y en el alemán de 1877 (específicamente apreciadas en una larga nota de F. Carrara, o. c., 861, pp. 317-334): en aquél se prevé la «acción penal privada subsidiaria» en los casos de delitos leves para los que la acción pública no es obligatoria (apartados 374-394 StPO). Así como la «co-acusación» para los que hayan ejercitado con éxito el recurso contra la inercia del ministerio fiscal en todos los demás casos (apartados 395-397 StPO). Sobre los diversos sistemas de acusación popular «subsidiaria» en el siglo pasado, véase G. Vacca, o. c., pp. 349-357.

119. Sobre la obligación de denuncia por parte de los ciudadanos en la época de la Inquisición y sobre la práctica de las denuncias secretas, cf. G. Salvioli, o. c., p. 376; A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp. 18 ss.; V. Manzini, o. c., pp. 34 ss., que recuerda las «bocas de la verdad» destinadas a recoger las denuncias anónimas e instituidas en el Medioevo en varias ciudades italianas como Venecia, Florencia y Pistoia. Contra las acusaciones anónimas y secretas (abolidas en Toscana por Pietro Leopoldo en 1786) elevaron sus voces C. Beccaria, o. c., XV, pp. 50-52 y G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. III, pp. 39-41. Contra la discrecionalidad de los acusadores públicos y la legitimidad de sus «turbias» connivencias con el reo, se expresaron vigorosamente F. M. Pagano, o. c., XXII, pp. 111-112 y F. Carrara, o. c., 861, p. 322: «la autoridad social sí es tiránica cuando en algún caso se niega al individuo la facultad de perseguir, inclusive de manera legal, las ofensas inferidas a su propio derecho; y es tiránica, porque despoja al derecho primitivo de su contenido necesario, es decir, de la potestad de defenderse»; pp. 329-330: «si a la autoridad social se le concede el monopolio de la persecución de los delitos para alcanzar el mejor amparo de los derechos individuales, condición necesaria de esta facultad debería ser que la autoridad social la ejerciera de manera efectiva». Sobre la cuestión volveré en el apartado 41.2 y en las notas 299-306, a propósito de la impunidad de los llamados «arrepentidos».

120. Recuérdese la Constitución de Valente y Valentiniano de 22.1.365 que en el bajo imperio prescribió a los jueces, en caso de acusación contra altos funcionarios, dar cuenta al príncipe, el cual se reservaba la autorización del proceso con un acto que también contenía las normas particulares para el juicio (C. Th. 9.2.2); también las *avocaciones* con las que el rey, en la Francia del *ancien régime*, reclamaba a su Consejo todas las controversias en las que estaban implicados directa o indirectamente sus funcionarios o agentes. Para mayores referencias, cf. A. Namias, *Autorizzazione a procedere*, en *Digesto italiano*, cit., IV, parte II, 1893, pp. 449 ss.; L. M. Giriodi, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, en V. E. Orlando (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milán, 1990, pp. 405 ss.

121. Véanse, contra esta legitimación paradójica, las palabras de Tocqueville ya apuntadas en la nota 159 del capítulo precedente y las más suaves de Carrara, o. c.,

861, pp. 323-324, 871, p. 346 y de Lucchini, *o. c.*, p. 97. A favor de la «garantía personal de los funcionarios públicos» además de la «constitucional» del «*antagonismo costituzionale*» y de la «*independencia* de los opositores y de los tutores constitucionales» se había pronunciado en cambio G. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa* (1815), en *Opere scelte*, Reale Accademia d'Italia, Roma, 1937, II/1, parte I, 29, pp. 60-61 y 51, p. 113.

122. Art. 7, sec. III, de la ley de 22.12.1789: «Ellas (las administraciones de los departamentos y de los distritos) no podrán ser entorpecidas, en el ejercicio de sus funciones administrativas, por ningún acto del poder judicial»; art. 13, tít. II, de la ley de 16-24.8.1790: «Las funciones judiciales son claras y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, entorpecer, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por motivo de sus funciones»; ley de 7-14.10.1790: «Ningún administrador puede ser citado ante los tribunales por razón de sus funciones públicas, a menos que haya sido llevado ante ellos por la autoridad superior, conforme a las leyes». Por último, el art. 75 de la Constitución del 13.12.1799 dispuso: «Los agentes del gobierno que no sean ministros no pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones más que en virtud de una decisión del Consejo de Estado; en este caso las actuaciones tienen lugar ante los tribunales ordinarios». Después de la derogación del instituto en el 1870 por parte del gobierno de Defensa nacional se instituyó, con un Decreto de 26.7.1873, un tribunal especial de conflictos, dirigido a resolver las controversias y a tutelar la separación entre poder judicial y poder ejecutivo, donde la intervención del primero se configurase como control de un acto de segundo. Véanse, para ulteriores referencias, E. Laferrière, *Traité de la jurisdiction administrative et de recours contentieux*, Berger-Levrault, París, 1887, I, pp. 156 ss.; A. Namias, *o. c.*, p. 450; L. M. Giriodi, *o. c.*, pp. 406 ss.; M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public* (1910), Sirey, París, ¹⁰1921, pp. 968 ss.; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Utet, Turín, 1933, I, p. 455; L. Ferrero, *Garanzia amministrativa*, en *Nuovo Digesto Italiano*, cit., VI, 1938, p. 204.

123. Introducido por Murat según el ejemplo francés del Reino de las Dos Sicilias con decreto de 24.1.1812, el instituto se conservó bajo los Borbones, que lo regularon en los arts. 138-141 de la ley de 12.12.1816. Fue recogido en el Reino de Cerdeña limitado para los alcaldes, gobernadores e intendentes, por el art. 9 de la ley divisional y municipal de Carlos Alberto de 7.10.1848 y luego por el art. 8 de la ley de 25.10.1849 y por los arts. 8 y 105 de la ley municipal y provincial de 23.10.1859, reproducidos después por la ley de 1865 y por sucesivos textos únicos. El instituto fue, sin embargo, abolido muy pronto en otros países de Europa: en Bélgica por el art. 24 de la Constitución de 7.3.1831, en Austria por el art. 12 de la ley fundamental de 21.12.1867, en España por la Constitución de 1.6.1869, en Suiza por el art. 117 de la Constitución federal de 29.5.1874 y en Alemania por el art. 97 de la Constitución prusiana de 31.1.1850 y después por el art. 11 de la ley de 27.1.1877. En Inglaterra y en Estados Unidos no se ha previsto nunca ninguna garantía administrativa.

124. A pesar de que la garantía administrativa sobrevivió en Italia casi un siglo después de su supresión en el resto de Europa, contra ella se ha manifestado casi siempre la opinión de la doctrina: cf., además de los autores citados en las notas 120-122, G. Zanobini, *L'amministrazione locale* (1932), Cedam, Padua, ²1935, p. 85; Id., *Corso di diritto amministrativo* (1935), Giuffrè, Milán, ⁶1958, III, pp. 102-103; C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la costituzione* (1951), en *La costituzione italiana, saggi*, Cedam, Padua, 1954, p. 111; E. Casetta, *L'illicito degli enti pubblici*, Utet, Turín, 1953, p. 297; Id., *Garanzia amministrativa*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., VII, 1961, pp. 750 ss. Aunque las autorizaciones

para proceder se han negado muy raramente, es evidente que la sola existencia del anacrónico instituto operó hasta 1965 como un obstáculo de la acción penal respecto de los administradores locales y que su tardía supresión ha representado una causa no precisamente secundaria del relevante aumento, en el último veinteno, de las intervenciones penales de la magistratura italiana contra los administradores públicos.

125. Por estos mismos delitos los arts. 27 y 30 de la ley Reale, de 22.5.1975, confirieron a los procuradores generales un poder especial de avocación. Cf., *infra*, el apartado 51.2.

126. Me refiero, obviamente, a la inmunidad parlamentaria de tipo procesal y no a la absoluta o sustancial prevista en el primer apartado del art. 68 de la Constitución «por las opiniones expresadas y por los votos emitidos» por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones y que no es una condición de procedibilidad, sino una exigencia objetiva y, precisamente, una causa de exclusión del elemento objetivo del delito de carácter análogo a las del ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber previstas en el art. 51 del CP italiano. Sobre los orígenes ingleses (art. 8 del *Bill of Rights* de 1689) y franceses (la moción sobre la inviolabilidad de los diputados aprobada por la Asamblea nacional en junio de 1789, los arts. 7-8 del tit. III, cap. I, secc. V de la Constitución de 1793 y los arts. 110-123, 265 y 348 de la Constitución de 1795) de las inmunidades parlamentarias y sobre su posterior uso y abuso en nuestro ordenamiento, véase Zagrebelsky, *Le immunità parlamentarie. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, Turín, 1978. Cf. también G. Tranchina, *L'autorizzazione a procedere*, Giuffrè, Milán, 1967.

127. La distinción —de origen romano, y en parte correlativa a la de *iudicia publica* y *iudicia privata* (*supra*, nota 86)— ha sido inoportunamente abandonada por la doctrina moderna. Le asignaron todavía relevancia teórica, tanto en el plano penal como procesal, G. Filangieri, o. c., t. IV, lib. III, cap. XLII, p. 206, que la fundó, según el esquema romanístico, en la procedibilidad con base en la acción popular de cualquier ciudadano o en la privada del ofendido; J. Bentham, *Principios del Código penal*, cit., pp. 226 ss., que distingue entre «delitos contra sí mismo», «delitos privados», «delitos semipúblicos» y «delitos públicos»; G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. I, cap. XIV, pp. 230-232; F. Carrara, o. c., 864, pp. 335-337, que la reformuló precisamente según su perseguibilidad de oficio o a instancia de parte.

128. *Notas*, cit., p. 424, en particular para el hurto.

129. Véanse las perplejidades expresadas —a propósito de la procedibilidad de oficio prevista para tales delitos por la propuesta de ley popular de 1980 por una parte del movimiento feminista— por Tamar Pitch, *Tra diritti sociale e cittadinanza. Il movimento della donne e la legge sulla violenza sessuale*, en «Problemi del socialismo», 27-28, 1983, pp. 192-214; Id., *La nuova legge sulla violenza sessuale. Alcune considerazioni*, en «Dei delitti e delle pene», 1984, 2, pp. 317 ss.; y por L. Saraceni, *Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali*, en «Questione Giustizia», 1985, 1, pp. 23 ss.

130. Merece señalarse, a propósito de la discusión parlamentaria desarrollada en Italia sobre la ley contra la violencia sexual, la que tal vez habría sido la mejor solución a los opuestos problemas irresueltos de la procedibilidad de oficio pura y de la querrela: la posibilidad para la parte ofendida —propuesta por una enmienda de Bassanini-Gramaglia— de oponerse al procedimiento de oficio promovido por terceros y de esta manera detener el proceso.

131. Mientras el código penal de 1889 hablaba correctamente, en los arts. 85-103 de «extinción de la acción penal», los arts. 15-170 del código de 1930 y la rúbrica del título relativo hablan de «extinción del delito y de la pena».

132. Es la fórmula usada por el código y adoptada también por muchos autores que reconocen su impropiedad: cf., entre otros, G. Ragno, *Estinzione del reato e della*

pena, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, p. 954 y, por último, G. Fiandaca y E. Musco, *Diritto penale*, cit., p. 461.

133. G. Vassalli, *La confisca dei beni*, Cedam, Padua, 1951, pp. 63 ss.; A. Pecoraro-Albani, *L'estinzione delle situazioni soggettive penale*, Jovene, Nápoles, 1967.

134. F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 61; G. Spagnolo, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Jovene, Nápoles, 1963.

135. F. Antolisei, *Manuale*, cit., pp. 522 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, pp. 736 ss.

136. La naturaleza procesal más que sustancial de tales circunstancias —reconocida por el código penal de 1889 y desconocida por el código vigente que la coloca desafortunadamente, como se ha visto, entre las llamadas causas extintivas del delito y de la pena— se admite indirectamente en el art. 531 del nuevo código de procedimiento, que para las llamadas «causas de extinción del delito» prevé (como el art. 479.4 del viejo código) que el juez del enjuiciamiento pronuncie «sentencia de no haber lugar a proceder» y no la «sentencia de absolución» prevista en el art. 529 (y art. 479.1 del viejo código) para los casos de sobreseimiento y, además por el art. 128, que en el caso de concurso entre una llamada «causa de extinción del delito» y otras causas evidentes de sobreseimiento, se ve obligado a precisar (como en el viejo art. 152) la preferencia de éstas y la adopción de la fórmula correspondiente.

137. Cf. G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, caps. XIV y XVII, el cual, oponiéndose a la «ignorancia» y al «arbitrio» que hacen del juicio por jurado un acto de «fuerza» más que un acto de «sabiduría», afirmó que cuando menos, a falta de motivación y de pruebas legales, debería permanecer la regla de la unanimidad en el voto (pp. 253-255): «La íntima convicción del hombre, que en un siglo de ignorancia era el único cálculo de probabilidades, se convirtió en una *probabilidad* como no podía ser menos en una reunión de hombres destinados a decidir sobre la suerte del acusado; sistema en el cual si los individuos que componen el colegio forman otras tantas y diversas probabilidades, la reunión de todas para la absolución o para la condena sólo podía representar la *certeza*... No es por tanto en el *Jury* la unanimidad del voto... una institución baladí, aparecida por casualidad entre los hombres, y que pueda ser abandonada a capricho, sustituyéndola por el criterio de la mayoría precisa o por el de los dos tercios. Esta institución es característica esencial del *Jury*: es la fórmula con la cual la ley, que es la única que puede y debe decidir sobre la suerte del acusado, expresa su propia certeza moral... Cuando la credibilidad de la prueba dependía del oscuro e indefinible dato de la íntima convicción del hombre, un solo juez disidente de todos los demás formaba una probabilidad contraria a la verdad de sus votos reunidos».

138. Véase, en polémica con Carmignani, F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., II, *Introducción a la Sección Tercera. Jurados y jueces*, pp. 232-235. Sobre la correlación entre tipo de juez y tipo de proceso, cf., también, p. 233 y apartado 786, pp. 257-258, así como L. Lucchini, o. c., p. 175.

139. F. Carrara, o. c., pp. 228, 233-235; L. Lucchini, o. c., pp. 179-180.

140. Según Carrara, no tiene sentido buscar el origen del jurado, por ser obvio lógica, antes que históricamente, que nació primero la figura arbitral del juez ciudadanao que la del juez magistrado (o. c., pp. 227-228). Sobre los distintos tipos de jueces populares —los heliastas en Atenas (así llamados porque sus sesiones, como consecuencia de su gran número, se tenían al aire libre, bajo el sol), los comicios en la Roma republicana, los escabinos en Alemania (que se sentaban junto a jueces togados en colegio mixto del tipo de la italiana *Corte d'assise*), el *Jury*, en Inglaterra—; cf. G. Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. XVI, pp. 174 ss.; G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. II, pp. 12-22 y cap. XIV, pp. 234 ss.; F. Carrara, o. c. pp. 351-353; L. Lucchini, o. c., pp. 183-197; Th. Mommsen, o. c., t. II, p. 153; A. Biscardi, *Diritto greco*, cit., pp. 51-66;

G. Pugliese, *Diritto penale romano*, cit., pp. 264-267 y 269 ss. Sobre la lista de ciudadanos (senadores y caballeros) entre los cuales en Roma se elegían los jueces para la fase del juicio *apud iudicem*, véase Th. Mommsen, o. c., t. I, pp. 236-257; C. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Utet, Turín, 1913, vol. I, pp. 61 ss.; C. Gioffredi, *Iudex*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., IX, 1963, pp. 334-335; F. de Martino, *Storia della costituzione romana*, Jovene, Nápoles, 1973, III, pp. 147 ss.; G. Pugliese, o. c., pp. 276 ss.

141. Th. Mommsen, o. c., t. I, pp. 304-347; C. Bertolini, o. c., pp. 49 y ss.; C. Pugliese, o. c., pp. 302 ss. y 324 ss.

142. Sobre el origen de los «jurados» como *giuratori* o *attestatori* del hecho, cf. G. Carmignani, o. c., lib. IV, pp. 16 y 250 ss.; K. J. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio*, cit., p. 472; F. Carrara, o. c., pp. 228 ss. y 394; L. Lucchini, o. c., p. 184; A. Pertile, o. c., VI, t. I, pp. 220 ss. Este originario carácter testimonial del *veredictum*, convertido muy pronto en el juicio de las personas estimadas del lugar, está acreditado por el art. 20 de la *Magna Carta*, que habla de «testimonio jurado de los hombres probos del vecindario sobre la transgresión». También es advertible, por otra parte en el testimonio jurado sobre los sospechosos de herejía, que en la originaria inquisición eclesiástica, regulada por los concilios de 1184 y de 1215, venía impuesto por los obispos a las personas del lugar en sus visitas de inspección (*supra*, nota 94).

143. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., I, pp. 9, 18 ss. y 31 ss., A. Pertile, o. c., VI, t. I, pp. 127-237; G. Salvioi, o. c., parte II, pár. I; N. Picardi, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, en *L'ordinamento giudiziario. III: Materiali per una riforma*, a cargo de A. Giuliani y N. Picardi, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 21-73 (y también «*Rivista di Diritto processuale*», 1985, 4, pp. 758-810).

144. Constitución del 3.9.1791, tít. III, art. 5: «El poder judicial está delegado en jueces elegidos con carácter temporal por el pueblo»; la norma se repite en el art. 2 del cap. V del mismo título, dedicado al poder judicial, donde se instituye también el jurado popular (arts. 9, 18 y 26). La electividad de los jueces fue revalidada por el art. 209 de la Constitución de 1795 y, limitadamente a los jueces de paz, por el art. 60 de la de 1799; el jurado fue de nuevo previsto en el art. 96 de la Constitución de 1793, por los arts. 237-239 de la Constitución del 95 y, como jurados de acusación, por el art. 62 de la Constitución de 1799. De las Constituciones francesas, el instituto del jurado de acusación pasó de manera efímera a la Constitución de la República Cisalpina, de 8.7.1797; y reapareció nuevamente en Lombardía con la ley de 14 de mayo de 1849, derogada el 31.12.1851. Más estable fue en cambio el jurado introducido en el Piemonte con la ley n. 695 de 26.3.1848, que duró en Italia hasta su supresión durante el fascismo (*infra*, nota 167).

145. La formación de un orden de jueces estables y de nombramiento estatal se remonta en Toscana a la reforma leopoldina de 1786; en Francia, como se verá en la nota 211, a la reforma Maupeou de 1771 abortada en 1774 y a la más importante legislación revolucionaria del bienio 1790-1791, así como a la napoleónica, coronada por el ordenamiento judicial de 20.5.1810; en Nápoles, a la ley orgánica de 20.5.1808. Véase sobre la estatalización del orden judicial, V. Manzini, o. c., pp. 65-66; G. Salvioi, o. c., parte II, pp. 138-147; L. Ingber, *Le model napoleonien du juge et son influence en Belgique*, en *L'ordinamento giudiziario*, cit., I. *Documentazione storica*, pp. 134-195; N. Picardi, *La formazione del giudice in Italia (Costruzione e crisi di un modello)*, en *L'educazione giuridica. I: Modelli di università e progetti di riforma*, a cargo de A. Giuliani y N. Picardi, Librería Universitaria, Perusa, 1975, pp. 430-460; N. Picardi-A. Giuliani, *La responsabilità del giudice: dallo stato liberale allo stato fascista*, III. *La responsabilità del giudice*, pp. 505-563.

146. Gratia Aretinus, *Summa de iudiciario ordine*, cit., tít. I, párs. 1 y 2. Sobre

los requisitos del juez en la tradición inquisitiva, cf. G. Salvioi, *o. c.*, parte II, pp. 738 ss., que recuerda, entre otras cuestiones, la ausencia de sueldo (salvo las modestísimas cantidades que daban los litigantes), que duró hasta el siglo XVIII.

147. Andrea D'Isernia, *Commenta*, cit., p. 292.

148. Sobre el significado originario de la «competencia» como «capacidad técnica o profesional», cf. N. Picardi, *Il giudice ordinario*, cit., pp. 32-34, 39 y 53. Véase también, sobre el desarrollo del *droit savant* después del siglo XIII en Italia, Francia, Países Bajos, Inglaterra, España, Portugal y Alemania, C. Lefebvre, *Le développement de l'organisation judiciaire en Europe (13^e au 16^e s.) et l'apport des juristes savants*, en *L'ordinamento giudiziario*, I, cit., pp. 31-82. De hecho, aunque el oficio de juez fue cubierto por los mayores glosadores y comentaristas, no faltaron (y fueron mayoría si se piensa en las infamias de la inquisición) los jueces crueles e ignorantes: recuérdense las inyectivas de Farinaccio y de Ippolito de Marsiliis contra «aliquos inquistissimos et sceleratissimos iudices, a fece levati, qui omne carent scientia, vir ute et ratione naturali» (*Practica causarum criminalium*, cit., en *Expedita*, p. 86, f. 64v).

149. *De los delitos y las penas*, cit., 14, p. 49.

150. *Ciencia*, cit., t. III, lib. III, cap. XIX, p. 244.

151. *Tratado de las pruebas*, cit., t. I, lib. I, cap. III, pp. 17-18.

152. *Trattato della garanzia individuale*, cit., p. 64.

153. *Prix de la justice*, cit., art. I, p. 535.

154. *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, cit., p. 311.

155. *Leviatán*, cit., XXVI, p. 228.

156. *Del espíritu de las leyes*, cit., XI, 6, pp. 152-153. La garantía del juicio *inter pares* fue defendida —dentro del horizonte premoderno de las desigualdades de estamento y de fuero— también por C. Beccaria, *o. c.*, XIV, p. 49: «Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano deben callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el infeliz mira al superior. Pero cuando el delito sea ofensa de un tercero, entonces los jueces deberían ser mitad iguales del reo y mitad del ofendido; así, balanceándose todo interés, que modifica aun involuntariamente las apariencias de los objetos, hablan sólo las leyes y la verdad». La misma tesis se había expresado por Montesquieu, en perjuicio de su mismo principio de la división de poderes: «Los grandes están siempre expuestos a la envidia, y si fueran juzgados por el pueblo, podrían correr peligro, y además no serían juzgados por sus iguales, privilegio que tiene hasta el menor de los ciudadanos de un Estado libre. Así, pues, los nobles deben ser citados ante la parte del cuerpo legislativo compuesto por nobles, y no ante los tribunales ordinarios de la nación» (*o. c.*, XI, 6, p. 156). Con criterio mucho más moderno Bentham propugnó en cambio el principio de la paridad y la remoción de todas las desigualdades procesales, sosteniendo simultáneamente la electividad de los jueces (*Tratados sobre organización judicial*, cit., XVII, pp. 78-83) y la «competencia universal» de cada Tribunal (*ibid.*, V, pp. 27-33; cf., *infra*, nota 221).

157. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 148. «Por consiguiente», añade Kant, «sólo el pueblo —aunque sólo sea mediatamente— puede juzgar a alguien en su seno por medio de sus representantes, delegados por él mismo (el jurado)».

158. «El cuadrilátero de las libertades constitucionales se levanta sobre la guardia nacional, los jurados, la prensa libre y el parlamento» (F. Carrara, *o. c.*, p. 238). «Los combates contra la institución de los jurados», añade Carrara, son «la vanguardia de la lucha preparada contra la libertad»: «hoy es la hora del jurado, y el grueso del ejército se dirige a destruirlo; mañana será la hora de la prensa, y luego le tocará su

turno al parlamento»; por eso «creo que los animadores de estas huestes enemigas mantienen en mefistotélico secreto, como único fin, este lema sagrado: destruir el liberalismo moderno» (*ibid.*, pp. 239-240). En favor de los jueces populares, cf. también L. Lucchini, *o. c.*, pp. 179-182 y 189-195. Contra los jueces populares y electivos se habían pronunciado, sin embargo, G. Romagnosi, *Della Costituzione*, cit., parte I, 34-36, pp. 70-75; G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, *passim*; J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861), trad. it. de F. P. Fenili, *Il governo rappresentativo*, Tipografia della Rivista dei Comuni Italiani, Turín, 1865, cap. XIV, pp. 253-256, trad. cast. de M. C. C. Iturbe, presentación de D. Negro, *Del gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 155 ss.

159. «Excita repugnancia, por el peligro evidente en que se ponen las libertades civiles, el gobierno que les dice a los ciudadanos: “Seréis declarados culpables y, como tales, condenados a trabajos forzados, a la deportación y a algo todavía peor, por *mis propios jueces*; y estos jueces: 1.º serán *elegidos* por mí, de modo que podré, a mi talante, escogerlos entre los que hayan hecho profesión de fieros principios y de deferencia a los deseos del gobierno, así como también a mi talante removeré a los que se opongan a mis deseos; 2.º recibirán de mí el *estipendio* necesario para su alimentación y para su familia, y así podré, cuando me plazca, determinar sus ascensos de lugar y de clase, y honrarlos conforme a la amplitud de conciencia que muestren al condenar y a la crueldad con que castiguen; 3.º estarán habilitados para declararlos culpables, tan sólo afirmando su *convicción*, sin que las leyes les señalen preventivamente el valor jurídico de las pruebas, y sin obligación de exponer los motivos ni de indicar las pruebas que a su afirmación los condujeron; de modo que a un condenado, aunque sea inocente, la propia rehabilitación le resulte, si no imposible, sí difícil y casi milagrosa”» (F. Carrara, *o. c.*, p. 251). Hay que recordar que Carrara, siguiendo a Montesquieu, fundaba el carácter electivo de los jueces en la doctrina de la separación de poderes y en la teoría de los contrapesos (pp. 241-245), que contrasta con la moderna democracia fundada en los partidos; y que, por otra parte, su aversión se dirigía sobre todo contra los jueces-magistrados, que deciden conforme a la libre convicción en el sentido potestativo aquí criticado y examinado en el apartado 10: es decir, contra un sistema que incluso Carmignani, firme defensor de la figura del juez-magistrado y del sistema inquisitivo basado en las pruebas legales, consideró «aún más monstruoso» que el método acusatorio puro, en el que la libre convicción se confía a jueces populares (*Teoria*, cit., lib. IV, cap. XVIII, pp. 308-311).

160. *Trattato*, cit., pp. 6 y 24. «Si el hombre es libre», argumenta Lauzé, «no puede ser juzgado por nadie más que por sí mismo»: los jurados o pares son «el expediente audaz» y «sublime» concebido para obviar «la imposibilidad de admitir que el hombre se juzgue a sí mismo y, en consecuencia, según sus propias pasiones, o que fuera juzgado por otros hombres y, en consecuencia, según las pasiones de éstos» (pp. 19, 23, 20). En efecto, «la sentencia que dicten sobre este hombre otros hombres parecidos a él, que forman parte de la misma ciudad, que se encuentran en la misma situación en todo menos en el delito sobre el que han de tomar una decisión, debe mirarse como la sentencia que habría pronunciado también él sobre cualquier otro distinto de sí mismo» (p. 24): ésta es «un acto inmediato de soberanía» (p. 34). La garantía del juicio por «pares» fue prevista por los arts. 21 y 39 de la *Magna Charta*, y después por todas las sucesivas declaraciones de derechos inglesas y americanas. Sobre el juicio de «pares» en la Italia meridional, en Cerdeña, entre los ostrogodos y los visigodos, y después en la Iglesia, véase A. Pertile, *o. c.*, I, pp. 225 ss.

161. *O. c.*, pp. 28 y 7. Por esto, como se recordará (*supra*, notas 58 y 70 del cap. 3), Lauzé reserva el criterio de la libre convicción sólo a los jurados; en cambio, para los jueces de profesión requiere, como Carmignani, que al menos sus condenas estén con-

dicionadas, además de por la libre convicción, por las pruebas legales negativas (pp. 40 ss. y 51 ss.)

162. *Ibid.*, p. 37. El pasaje se recoge en la nota 135 del cap. 3.

163. F. Carrara, *o. c.*, 917, p. 396; L. Lucchini, *o. c.*, pp. 190 ss. Pero «esta objeción», afirma Carrara, va hasta las raíces mismas de los sistemas constitucional y republicano, pues si se admite como cierta, en el parlamento y en los comicios *únicamente* deberían tener asiento los *legistas*. ¡Dios nos libre de ello!» (*ibid.*, p. 397). Éste es, en realidad, el «acostumbrado estribillo» con el que «los demoleedores» imputan a las «novedades liberales» tener «la ignorancia por bandera, así como otras veces se ha dicho, soñando que los ciudadanos guerreros no tenían habilidad para las empresas bélicas; como hoy se dice que los ciudadanos honrados no tienen habilidad para decidir si hay que prestarles fe a los testigos honrados o negársela a los testigos bribones; y así como se dirá en el futuro que los particulares no sirven para juzgar en los periódicos las obras y las especulaciones de la burocracia, o que la legislatura, compuesta de unos cien hombres ayunos de toda ciencia legal, no puede producir sino leyes malas. El cuadrilátero liberal tiene por base los mismos principios y se le atacará con los mismos argumentos. Pero dejemos que Aníbal pase el Trasimeno, y lo encontraremos en Cannas» (*ibid.*, p. 239).

164. *O. c.*, p. 234 y apartado 917, p. 396, donde a «la *costumbre* de un funcionario», Carrara contraponen «las *impresiones* de un corazón virgen». No se ha dicho, no obstante, que estas «impresiones» no favorezcan actitudes todavía más culpabilistas que las de los jueces de profesión. Sobre los «prejuicios» y demás «afecciones morales que alteran el sentido de la imparcialidad en los juicios por jurados», cf. Romagnosi, *Della costituzione*, cit., 35, pp. 72-73.

165. L. Lucchini, *o. c.*, p. 180. *Id.*, pp. 192-193: «la insistente y continua repetición de actos produce, otro fenómeno: la indiferencia por los actos mismos. Así, ocurre que en el magistrado profesional, dedicado de forma permanente a juzgar y, como debe ser, las más de las veces, a condenar, se forma una *costumbre*, un hábito, una disposición natural o propensión a reconocer en el imputado a un culpable, y a admitir fácilmente la prueba de la culpabilidad». Por eso y porque «el largo ejercicio y la indefinida continuidad en este oficio ofrecen más peligros y daños que ventajas», Lucchini propuso la temporalidad de todos los cargos judiciales (*ibid.*, p. 180) además de la supresión de cualquier forma de carrera, jerarquía o distinción de órdenes y grados entre magistrados.

166. Véanse las notas 145 y 211.

167. Esto garantiza, no obstante, la posibilidad de la motivación. En contraste insubsanable con la institución de los jueces populares está, en cambio, la forma escrita y secreta de la instrucción y la consiguiente formación de «fascículos» procesales, cuyo conocimiento está destinado, de hecho, a ser reservado sólo a los jueces togados; éstos, por otra parte, según una *costumbre* del todo arbitraria que se ha afirmado en la praxis italiana, son también los únicos que formulan las preguntas. La composición mixta de nuestras cortes *d'assise* viene del R. D. n. 249 de 23.3.1931, que suprimió el viejo jurado de doce ciudadanos instituido por la ley n. 695 del 26.3.1848 e introdujo en su lugar un tribunal de dos magistrados de carrera y de cinco asesores de nombramiento ministerial, después sustituidos, por ley de 10.4.1951, n. 287, por seis ciudadanos elegidos por sorteo. Sobre las vicisitudes legislativas y el debate político que tuvieron lugar en el siglo pasado en torno a nuestro jurado, cf. M. D'Addio, *Politica e magistratura* (1848-1876), Giuffrè, Milán, 1966, pp. 84-104. En defensa del «sorteo» como mejor criterio de elección de jueces, véase B. Constant, *Corso*, cit., V, p. 102 y *Sviluppamenti*, IX, p. 189.

168. Esto vale, obviamente, para el juicio contencioso, tanto civil como penal, pero no para la jurisdicción voluntaria, que tiene, en defecto de lo que he llamado

«principio regulativo», carácter sustancialmente administrativo y sólo formalmente jurisdiccional.

169. *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 150.

170. *Programa*, cit., p. 250.

171. J. S. Mill, *Del gobierno representativo*, cit., p. 55. La idea va unida a la concepción negativa del poder como «mal necesario» y de la libertad como «protección contra la tiranía de los gobiernos políticos» situados «necesariamente en una posición antagónica a la del pueblo que gobernaban... Por esto, el fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad» (Id., *Sobre la libertad*, cit., Introducción, p. 56).

172. *Del ciudadano*, cit., III, 20, p. 95. Análogamente C. Beccaria, *o. c.*, III, p. 30: «Es, pues, necesario, que un tercero juzgue la verdad del hecho».

173. *O. c.*, 21-22, p. 95. Recuérdese también la caracterización beccariana del juez como «investigador indiferente de la verdad» y del juicio como «investigación indiferente del hecho» (*o. c.*, XVII, pp. 58-59). Sobre la «indiferencia requerida en los juicios», sobre los obstáculos que se le oponen y sobre sus dificultades prácticas, cf. L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., cap. XII, pp. 130-141.

174. En este sentido, cf. F. Carrara, *Programa*, cit., II, 918, pp. 398-399 que contra la tesis de «la perfecta paridad» entre acusación y defensa en materia de recusación sostuvo «que en este caso se confunde la *igualdad* con la *simetría*; que en el ministerio público no puede haber motivos de antipatía o circunstancias de *relaciones personales* entre él y algún jurado, por las cuales lo tema como contrario suyo; que el derecho del ministerio público para recusar debe ser *fundado en razones*; que el funcionario que representa a la ley no debe obrar nunca por afecto; que, por consiguiente, la recusación del ministerio público debe ser ilimitada en el *número*, pero limitada en la *causa*, es decir, debe estar *motivada* sobre circunstancias especiales, definidas *a priori* por la ley, como serían el parentesco con el acusado, las relaciones íntimas existentes entre ellos, la divulgación del voto, y otras semejantes».

175. Cicerón, *Pro Cluentio*, XLIII, 120. Sobre recusación libre en el derecho romano, cf. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., VII, pp. 39 ss.; F. Benevolo, *Astenzione e ricusazione dei giudici (materia penale)*, en *Digesto italiano*, cit., IV, parte II, 1983, p. 128.

176. Filangieri y Pagano recuerdan las tres formas de «repulsa» que estaban vigentes en Inglaterra: además de la mencionada de los 20 jurados recusables sin motivo antes del sorteo, la «universal» que, en base a «motivos legales» afectaba al «presidente» o *sheriff* y excluía con él a los 48 jueces de la lista propuesta por él, y otra «por causa», también motivada, relativa a jueces de la lista individualmente determinados. G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XIX, art. 9, pp. 248-250; F. M. Pagano, *o. c.*, t. III, lib. IV, cap. XIX, art. 9, pp. 248-250.

177. Cf. F. Benevolo, *o. c.*

178. La recusación motivada se introdujo en Francia por la Ordenanza de 26 de abril de 1667 y se reprodujo, después del brevísimo paréntesis revolucionario, en casi todos los códigos del siglo XIX (F. Benevolo, *o. c.*, pp. 128-129).

179. «Es preciso incluso que, en las acusaciones graves, el reo, conjuntamente con la ley, pueda elegir sus jueces, o al menos que pueda recusar tantos, que los que queden puedan considerarse de su elección» (*o. c.*, XI, p. 152).

180. C. Beccaria, *o. c.*, XIV, pp. 49-50; G. Filangieri, *loc. ult. cit.*; F. M. Pagano, *o. c.*, XXXII, p. 167, que propuso que le fuese reconocido al imputado el derecho «a la recusación libre de dos jueces»; F. Carrara, *loc. ult. cit.*; Id., *Jurados. Recusación* (1876), en *Opúsculos*, cit., VII, pp. 97-107; E. Pessina, *I principi moderatori delle isti-*

tuzioni giudiziarie in materia penale, en *Enciclopedia*, cit., parte II, *Procedura*, vol. I, p. XXIII; L. Lucchini, o. c., p. 188.

181. Cf. por ejemplo L. Lucchini, o. c., p. 315. Carmignani excluye, en cambio, de la libre recusación a los jueces que conocen tanto del hecho como del derecho (*Elementos*, cit., apartados 476-477, p. 193).

182. *De los delitos y de las penas*, cit., XVII, p. 59. Contra la idea del imputado como enemigo, cf. también Montesquieu, o. c., XI, 6, p. 156; Voltaire, *Comentario*, cit., XXII, p. 156.

183. *Programma*, cit., I, p. 21.

184. Sobre la separación de papeles y carreras entre magistrados que juzgan y magistrados acusadores, como condición de imparcialidad del juicio, insiste particularmente J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, cit., XIX, pp. 85-87.

185. F. Carrara, o. c., II, 861, nota, p. 329: en virtud de esta tendencia, añade Carrara, el ministerio público «poco a poco se va arrogando el dominio del derecho».

186. *Ibid.*, 845, nota, p. 303. El texto sigue diciendo: «Y si 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 éste* por encima de la *voluntad de la ley*». *Ibid.*, 855, p. 311: «Pero este funcionario (a lo menos en el concepto científico de su institución) no es un irenarca, ni un abogado fiscal que sólo busca lo que pueda perjudicar al indagado, sino que es un *ministerio público* que representa a la ley, y que por esto debe asumir la imparcialidad de ésta y mostrarse siempre *indiferente ante los resultados* de sus pesquisas, con tal que estos resultados aparezcan de acuerdo con la verdad externa». Sobre los requisitos de imparcialidad e independencia del ministerio público, que «tiene que ser cauto para no confundir el celo por la condena con el celo por la justicia», véanse también *ibid.*, 867-869, pp. 338-343. En sentido contrario se lamenta Carrara en una nota al apartado 868 (p. 343) de que «los ordenamientos judiciales dados últimamente a Italia trasladaron acá a ese nuevo Briareo, haciéndolo en lo posible más rico de brazos, de ojos y de narices para introducirlos en todas partes, como perpetuo obstáculo de todas las libertades civiles... A esta figura no le convienen ciertamente ni los límites de los poderes, ni las obligaciones que en este sitio me complacía en describir... Es una creación enteramente francesa, del todo moderna, hija legítima del despotismo, que pretende esconder a sus centuriones bajo la toga, cuando ya no se atreve a armarlos de yelmo y coraza».

187. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XX, pp. 276-277; Bentham, o. c., XIX, p. 85; Carrara, o. c., 867, pp. 338-341; L. Lucchini, o. c., p. 219, los cuales hablan de «defensor público», «ministerio público de defensa» o «tribunado de la defensa» como magistratura pública simétrica al ministerio público de la acusación e instituida con los mismos poderes «para la protección de la inocencia».

188. *Política*, cit., V, 11, 1313a, p. 238: «En particular, las realezas se conservan haciéndose más moderadas. Pues necesariamente, cuanto más reducida es la autoridad que ejercen, tanto más tiempo permanece intacta esa magistratura, ya que los reyes se hacen menos despóticos, más iguales en carácter a los demás ciudadanos, y provocan menos envidia en sus súbditos. Ésta es la razón de que la realeza durara mucho tiempo entre los lacedemonios, donde desde el principio el poder se repartió entre dos, y más adelante Teopompo lo moderó aún más mediante diversas medidas y especialmente con el establecimiento del eforado; quitando poder a la función real le dio más duración en el tiempo, de suerte que en cierto modo no disminuyó su importancia, sino que la aumentó». A Aristóteles se debe también la primera previsión de una magistratura de vigilancia, separada de la magistratura decisoria y dedicada únicamente a la ejecución de

la pena, merced a una oportuna diferenciación de funciones: «quizá la más necesaria y la más difícil de las magistraturas es la que se ocupa de la ejecución y aplicación de las penas... y la custodia de los presos. Es difícil porque acarrea muchos odios... Que sea una la magistratura que condene y otra la que ejecute la sentencia... Porque cuantos menos odios se atraigan los ejecutores, tanto más se cumplirán las sentencias. Que sean los mismos los que condenan y los que ejecutan la sentencia es una doble causa de odio, y si los mismos juzgan todos los delitos, se hacen enemigos de todos. En muchos lugares la magistratura que ejerce la custodia es distinta de la que ejecuta la sentencia, como en Atenas la que se llama de los Once. Es mejor dividir también ésta y buscar también para ella el mismo artificio» (*Política*, cit., VI, 8, 1321b, p. 263).

189. F. Carrara, o. c., pp. 230, 248 y 252, afirma que «si hay alguna aseveración desprovista de todo fundamento de verdad y contradicha por la historia, es la de que la aplicación de la *teoría de los contrapesos* a la justicia penal es un hallazgo del liberalismo moderno», y recuerda «esa bella institución de Rómulo, quien, para tener *sabia justicia*, la entregó como privilegio a los patricios; y, para tener *buena justicia*, le confió a la plebe la elección anual de los jueces».

190. Véase, sobre este doble proceso, el óptimo estudio de N. Picardi, *Il giudice ordinario*, cit.; cf. también, sobre la noción medieval de *iurisdicchio*, P. Costa, *Iurisdicchio, semantica del potere politico nella publicistia medioevale* (1100-1433), Milán, Giuffrè, 1969.

191. El principio general que rige las esferas de competencia y las relaciones entre jueces de distinto nivel es el enunciado por santo Tomás, según el cual «nullus potest iudicare alicquem nisi sit aliquo modo subditus eius vel per commisionem, vel per potestatem ordinariam» (*Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXVII, art. 1). Sobre las distintas figuras de juez y sus varias denominaciones —*ordinari*, *iure proprio* o *ex nativo nomine* y *delegati*, *ex dativo nomine*, *dativi* o *pedanei*; *dottori*, o *giurisperiti* y *morum periti*, *laici*, *idioti*, *giurati* o *probi viri*; *conti*, *scabini*, *vicari*, *locopositi*, *missi dominici* —cf. A. Pertile, o. c., VI, t. I, pp. 197-237, G. Salvioi, o. c., parte I, pp. 54-102, y, sobre todo, N. Picardi, o. c., pp. 24 ss. La oposición entre *iudex ordinarius* y *iudex delegatus* se conocía también en derecho romano: CI. 1.37.2, titulado de *iudicibus ordinarius*; CI. 3.1.5, titulado de *iudice delegato* («A iudice iudex delegatus, iudicis dandi potestatem non habet, cum ipse iudicario munere fungatur: nisi a Principe iudex datus fuerit»); CI. 3.1.16, donde *iudex ordinarius* se contrapone a *ex imperiali nomine iudex delegatus est*.

192. N. Picardi, o. c., p. 26, que trae a colación la máxima de Alano Aglico: «papa est iudex ordinarius omnium», y, en lo que respecta a la justicia imperial, distingue entre la ejercida personalmente por el emperador o a través de su vicario el conde palatino en el «tribunal palatino» y la delegada en *missi* o *legati*.

193. *Ibid.*, pp. 26 ss. Es frecuente encontrar la expresión *iudex ordinarius* tanto a propósito de los condes como de los obispos y los alcaldes (A. Pertile, o. c., VI, t. I, pp. 57 ss.). Sobre este proceso de enfeudamiento de la justicia, cf. también C. Calisse, *Feudo*, en *Digesto italiano*, cit., XI/2, 1892, p. 143, y G. Salvioi, o. c.

194. Picardi (o. c., pp. 28-29) recuerda la polémica que enfrentó, todavía a principios del siglo XIII, a Azón, que sostenía que la potestad jurisdiccional pertenecía *proprio iure* también a los magistrados delegados y a Lotario de Cremona, que la atribuía en cambio sólo al emperador, que, interviniendo en la disputa, dio obviamente la razón a Lotario. La tesis de Lotario fue retomada en Inglaterra por Henry Bracton, naturalmente con referencia al rey, calificado por él de *fons iustitiae* (*De legibus et consuetudinibus Angliae* [1256], trad. ingl. de G. E. Woodbine, *On the Laws and Customs of England*, Harvard Univ. Press, Cambridge [Ma.], 1968, lib. III, pp. 107-108). La tesis de Azón (*Summa per codicem*, a cargo de M. Viora, Officina Erasmiana, Turín,

1966, pp. 64-65) —ya sostenida por su maestro Giovanni Bassiano, según el cual el juez delegado para la totalidad de la actividad judicial «non erit delegatus sed legatus et ordinarius» (*Libelus de ordine iudiciorum*, apartado 10, en *Scripta anecdota glossatorum*, a cargo de G. Tamassia y G. Palmerio, Virano, Bolonia, 1892, vol. II, p. 213) — fue en cambio defendida por Guglielmo Durando, quien afirmó que «potestates et rectores qui in Italia eliguntur habent iurisdictionem ordinariam» y resolvió la cuestión definiendo con un criterio moderno que «iudex ordinarius qui iure suo, vel principis beneficio universaliter iurisdictionem exercere potest» y reservando la calificación de «iudex delegatus» sólo al juez que actualmente llamamos extraordinario y que «ex alterius commissione alicuius causae recipit iudicalem missionem» (*Speculum iuris* [1260], Haeredes Nicolaj Bevilaqua, Lugduni, 1578, lib. I, f. 41r-v).

195. G. B. de Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Roma, 1629, lib. XV, *De iudices et de praxi curiae romanae*, III, 2, p. 12 (citado por N. Picardi, o. c., p. 34). Véase, sobre la distinción, también J. Menochius, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo*, Antonium De Franciscis, Venetiis, 1624, lib. I, quaestio XII, pp. 21-22.

196. S. Sciacca, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, Venetiis, 1596, I, cap. XVI, n. 1.

197. H. Bracton, *De legibus*, cit., p. 107. Sobre la formación del ordenamiento judicial inglés después de la crisis de la jurisdicción feudal y la afirmación de la regia, véase N. Picardi, o. c., pp. 49-56. El doble poder judicial del rey —ordinario y delegante— que como se verá será contestado cinco años después por Sir Edward Coke, se expresó bien por F. Bacon, *A view of the Differences in question betwixt the King's Bench and the Council in the Marches* (1607), trad. it., *Esposizione delle divergenze nella controversia tra il Banco del Re e il Consiglio delle Marche*, a cargo de E. de Mas, Utet, Turín, 1971, vol. II, pp. 45-46: «Además decimos que en la prerrogativa del Rey hay un doble poder. Un poder que está delegado a sus jueces ordinarios en la Cancillería o Ley común y otro poder que es inherente a su propia persona por el cual él es juez supremo en el Parlamento y en todas las demás Cortes... Y este poder que le es inherente, y lo que participa de él, está por eso libre del control de cualquier Corte de justicia». Una descripción detallada de la organización judicial inglesa y del doble poder regio está también en Th. Hobbes, *Diálogo*, cit., pp. 36 ss.

198. La fórmula francesa *toute justice émane du roi* así como la inglesa *rex fons iustitiae* o *fountain of all justice*, fue la expresión, en el *ancien régime*, de la exigencia —indudablemente progresiva— de conferir una apariencia de unidad a la complicadísima red de las *jurisdictions royales* y las innumerables (del orden de decenas de miles) *jurisdictions seigneuriales*, las de «derecho común» y las de *d'exception*, así como a todas las formas de *justice déléguée* y *justice retenue* (mediante las *lettres*, de las que se hablará en la nota 205, o la práctica de *jugements par commissaires*). Pero esta fórmula se mantuvo, incluso después de la Revolución francesa, en el art. 57 de la Carta *octroyée* el 4 de junio de 1814 y en el art. 48 de la de 14 de agosto de 1830. Y pasó al art. 251 de la Constitución española de 1812, al art. 30 de la Constitución belga de 1831, al art. 86 de la Constitución prusiana de 1850, al art. 1 de la Ley constitucional austriaca de 21.12.1867, al art. 74 de la Constitución española de 1876 y también a los ordenamientos italianos preunitarios, donde la fórmula «la justicia emana del rey» figura en todos los estatutos de 1848: en el art. 68 del Estatuto albertino, en el art. 81 de la Constitución del Reino de las dos Sicilias, en el art. 19 del Estatuto del Gran Ducado de Toscana y en el art. 3 del Estatuto fundamental del gobierno temporal de los Estados de la Iglesia. Sólo la Constitución de la República romana de 1849 abolió la fórmula, estableciendo en el art. 49 que «los jueces en el ejercicio de sus funciones no dependen de ningún otro poder del Estado». Una dura crítica de la idea de que el rey es «fuente de la justicia» —defendida todavía por P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, Guillaumin,

París, 1828, vol. IV, lecc. 92— fue expresada por J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., III, p. 23, que la consideró «un residuo de la barbarie feudal, una rama de aquel árbol que ha producido tanta ponzoña, y que la asamblea constituyente destruyó con gloria suya hasta las raíces».

199. N. Picardi, o. c., pp. 36 y 43 ss.

200. M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française dès origines à nos jours*, Plon, París, 1957, I, p. 83.

201. El episodio ha sido descrito por Pound en *El espíritu del «Common Law»*, cit., III, pp. 73-74: «En una memorable mañana de domingo, el día 10 de noviembre de 1612, los jueces de Inglaterra fueron requeridos para que comparecieran ante el rey Jacobo I, con motivo de una queja formulada por el arzobispo de Canterbury. Resultaba que la alta Comisión, que era un tribunal administrativo establecido para el gobierno de la Iglesia, había comenzado a conocer de asuntos temporales y a ocuparse de infractores laicos. No sólo se trataba de un tribunal desconocido por completo del *common law*, sino que resolvía sin ajustarse a reglas fijas y sin quedar sometido a ninguna apelación. Por ello, cuando intentó mandar su oficial de armas a la casa de alguna persona seglar para arrestarla a consecuencia de una demanda de naturaleza completamente profana, el Tribunal de causas comunes (*Court of Common Pleas*) ordenó la suspensión del procedimiento con un *writ of prohibition*. Para hacer frente a esta in-sistencia judicial sobre la supremacía del Derecho, se insinuó que el rey podía privar a los jueces del conocimiento de cualquier causa que quisiera recabar para sí. Precisamente se trataba, en la expresada mañana de domingo, de tener una reunión con los jueces para exponerles tal sugerencia y escuchar las razones que pudiera oponer. El Arzobispo expuso la supuesta prerrogativa real y afirmó que los jueces no eran más que los delegados del rey, por lo que éste podía hacer por sí mismo, cuando le pareciera oportuno, lo que de ordinario tenía conferido a esos delegados. Añadió que sobre ello no cabía ninguna duda, por lo menos según las Sagradas Escrituras. A lo cual contestó Coke por parte de los jueces que, según el Derecho de Inglaterra, el rey no podía resolver ninguna causa personalmente; todos los casos, civiles y criminales, han de ser decididos en algún tribunal de justicia según el derecho y la costumbre del reino. 'Pero', repuso el rey, 'yo creía que el derecho estaba fundado en la razón, y que yo y otros la tenemos tanto como los jueces'. 'En verdad es cierto', repuso Coke, 'que Dios ha dotado a Su Majestad con un conocimiento sobresaliente y con grandes cualidades por naturaleza; pero Su Majestad no está instruido en las leyes de su Reino de Inglaterra, y las causas que se refieren a la vida, a la herencia, a los bienes o al patrimonio de sus súbditos no han de resolverse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio acerca de lo que es el Derecho, pues éste consiste en un arte que requiere mucho estudio y experiencia antes de que un hombre pueda alcanzar a conocerlo'. El rey se irritó gravemente al oír estas palabras, por entender, como afirmó, que si tal cosa fuera cierta quedaría sometido al Derecho, lo cual era tanto como traicionarle. Coke contestó con las palabras atribuidas a Bracton acerca de que el rey no debe estar sometido a ningún hombre, pero sí subordinado a Dios y al derecho. Pero esta no fue la última de las reuniones en que se discutió el asunto, hasta que finalmente Coke, que no estaba dispuesto a ceder y hacer otra cosa que administrar el Derecho de la manera que corresponde a un juez, fue depuesto de su cargo».

202. El hecho es narrado por Montesquieu, o. c., VI, 5, p. 102: «Cuando Luis XIII quiso ser juez en el proceso del duque de la Valette, llamó a su gabinete a algunos ministros del Parlamento y a algunos consejeros de Estado, obligándoles a opinar sobre el Decreto de prendimiento. Entonces el presidente Bellièvre dijo 'que veía en aquel asunto una cosa muy extraña: un príncipe opinando en el proceso de uno de sus súbditos; que los reyes se habían reservado los indultos y que tenían a otros para que les impu-

sieran las condenas. ¿Le gustaría a Vuestra Majestad ver ante su presencia a un hombre en el banquillo, quien, por vuestro juicio, iría a la muerte una hora después? El rostro del príncipe, portador del indulto, no puede soportar esto, que sólo su vista alzaba el entredicho de las iglesias; y que todos deben retirarse contentos de la presencia del príncipe'. Cuando se juzgó el fondo de la cuestión, el mismo presidente dijo 'que un juicio en el que el rey de Francia, en calidad de juez y por su voto haya condenado a muerte a un hombre, es un juicio sin ejemplo, y aun contra todos los ejemplos del pasado».

203. A favor de la venalidad de los cargos judiciales como factor de estabilidad y de independencia se expresa Montesquieu, *o. c.*, V, 19, pp. 96-97 (en contradicción con el ya recordado rechazo de que la justicia deba «darse a un senado permanente» en lugar de a «personas del pueblo», *ibid.*, XI, 6, p. 152). Sobre la «independencia total del juez» producida por la venalidad de su profesión, toda vez que «no había país en Europa donde, como en Francia, los tribunales fueran independientes del gobierno», véase además, A. Tocqueville, *La rivoluzione democratica in Francia*, cit., pp. 648 y 656. «Lo que sobre todo daba a los oprimidos un medio para hacerse entender», añade Tocqueville (*ibid.*, p. 710), «era el ordenamiento de la justicia. Las instituciones políticas y administrativas habían hecho de Francia un país de gobierno absoluto, pero los franceses se habían mantenido libres en virtud de las instituciones judiciales. La justicia del antiguo régimen era complicada, lenta y cara; defectos gravísimos, cierto, pero en ella no se encontraba nunca aquel servilismo frente al poder que no es sólo una forma de venalidad, sino la peor. Ese vicio capital que no sólo corrompe al juez, sino que contamina todo el cuerpo social, le era completamente extraño. El magistrado era inamovible y no trataba de hacer carrera, dos cosas necesarias para salvaguardar la independencia». Más aún: «Estos jueces, cuya organización no podía conservarse, tenían no obstante un mérito raro que los tribunales mejor constituidos, como los que se han creado hoy, no tienen de hecho. Estas cortes eran independientes: no obedecían otras pasiones que las suyas» (*ibid.*, p. 943). Un juicio análogo se había expresado por B. Constant, *Corso*, cit., cap. II, pp. 56-57. Antes aún David Hume escribió de este modo a Montesquieu: «Todos los retóricos que existen en Francia claman contra la venalidad de los cargos de los que vos habláis en el mismo capítulo, pero vos juzgáis la materia sobre principios más verdaderos y profundos», dado que los cargos venales «permiten a vuestro juicio conservar la libertad y la independencia» (*Lettera al Presidente di Montesquieu*, del 10.4.1749, en *Lettere*, a cargo de M. del Vecchio, Angeli, Milán, 1983, p. 103). Al contrario, Voltaire, *Dialogues et Anecdotes philosophiques* (1787), Garnier, París, 1966, XXVII, pp. 265-266, ironizaba así: «Es cierto que Montesquieu tiene la debilidad de decir que la venalidad de los cargos es buena en los Estados monárquicos. ¿Qué quiere que le diga?, él era presidente con birrete en provincia. Nunca he visto un birrete, pero me imagino que es un adorno magnífico. Es muy difícil, aun para el espíritu más filosófico, no pagar su tributo al amor propio». Sobre las vicisitudes a través de las que se afirmó en Francia la venalidad de los cargos —aparecida en los siglos xv y xvi, y autorizada y disciplinada en líneas generales por un edicto de 1604 que impuso un tributo anual (la llamada *paulette* por el nombre de su inventor Paulet)—, cf. G. Pagès, *La venalitiè des offices dans l'ancienne France* (1932), trad. it. en *Lo stato moderno. II. Principi e ceti*, a cargo de E. Rotelli y P. Schciera, Il Mulino, Bolonia, 1973, pp. 227-244; M. Rousselet, *Histoire de la justice*, P.U.F., París, 1968, pp. 27 ss.; J. Ellul, *Histoire des Institutions* (1956-1969), trad. it. de G. Ancarani y E. Nicolini, *Storia delle istituzioni*, Mursia, Milán, 1976, vol. III, pp. 32-38; P. Alatri, *Parlamentari e lotta politica nella Francia del Settecento*, Laterza, Bari, 1977, pp. 176-240.

204. Cf. N. Picardi, *o. c.* pp. 70 ss.; P. Alatri, *o. c.*, parte II, donde se reconstruyen los numerosos conflictos entre rey y *parlements*, desde el primer exilio en masa a

Pontoise del Parlamento parisino por orden del regente, duque de Orleans, el 17.7.1720 hasta la última y definitiva crisis en vísperas de la Revolución. Recuérdese, en particular, la huelga y la destitución del Parlamento de París en el 1770-71, a las que siguió el intento de reforma Maupeou de 1771 abortado tres años después (*infra*, nota 211); y además la destitución de 1787, seguida del exilio de todo el Parlamento a Troyes y su llamada a París después de apenas un mes. Los dos episodios son contados por A. Tocqueville, *o. c.*, pp. 710-711, 755 y 919-948, como pruebas ya nunca repetidas de la independencia de los jueces del Ejecutivo: «Cuando, en 1770, el Parlamento de París fue destituido, los magistrados que lo integraban sufrieron la pérdida de su grado y función sin que se viera a uno solo plegarse individualmente a la voluntad del Rey. Incluso, varios colegios de otro tipo, como la *Cour des aides*, que no fueron afectados ni amenazados, se expusieron voluntariamente a los mismos rigores cuando éstos ya se habían demostrado como ciertos. O todavía mejor: los más eminentes abogados que ejercían ante el Parlamento quisieron compartir deliberadamente su suerte; y, renunciando a todo lo que les procuraba riqueza y boato, se condenaron al silencio con tal de no comparecer ante jueces desacreditados y deshonrados. Confieso que no conozco nada más grande, en la historia de los pueblos libres; y sin embargo estos hechos ocurrían en pleno siglo xviii, junto a la corte de Luis XV».

205. El principal instrumento de intervención eran las *lettres*, similares a los *royal writs* ingleses y acordadas *sur requête* o *du propre mouvement du roi*, en forma *patente* o *close*: las *lettres de cachet*, que eran resoluciones judiciales con las que el rey directamente castigaba u ordenaba el arresto de un súbdito; las *lettres de justice*, con las que el rey acordaba privilegios, atenuaba penas, acordaba aplazamientos de pagos, prescribía a los tribunales juzgar según equidad, o establecía máximas de decisión; las *lettres de grâce*, con las que concedía el perdón o disminuía o conmutaba las penas; las *lettres de jussion*, con las que prescribía el registro de oficio contra las *remonstrances* de los parlamentos, a los que competía el poder de *enregistrement*, tanto de las cartas como de los actos legislativos del rey; el recurso, en fin, después de reiterados intercambios de *lettres de jussion* y de *lettres de remonstration*, al *lit de justice*, sobre el que el rey tomaba asiento en el Parlamento y desde el que él proveía personalmente a las decisiones y, en particular, al *enregistrement d'autorité* de sus edictos (como ocurrió el 6.8.1787 cuando Luis XVI ordenó el registro de un impuesto de timbre que el 17 de junio el Parlamento había rechazado reivindicando la competencia en materia fiscal de los Estados Generales y que aquél declaró ilegal provocando la histórica crisis vencida por el Parlamento y recordada en la nota precedente).

206. «Es también verdad», observa Tocqueville (*o. c.*, p. 710) a propósito de los juicios por comisarios, «que el poder regio había conseguido sustraer a los tribunales ordinarios el conocimiento de casi todas las causas en las que la autoridad pública estaba interesada; pero el hecho mismo de quitárselas acreditaba el temor que se tenía. Si el gobierno les impedía juzgar, no siempre osaba prohibir que ellos recibieran las instancias y expresasen su parecer; y dado que el lenguaje judicial conservaba todavía los modos del francés antiguo, complacido en llamar a las cosas por su nombre, sucedía a menudo que los magistrados calificaban, claramente, como actos despóticos y arbitrarios los pronunciamientos gubernativos. La indebida intervención de los órganos judiciales en las cosas de gobierno, que con frecuencia dañaba la buena administración, constituía a veces una salvaguardia de la libertad: era un gran mal que limitaba otro peor». Sobre la popularidad de los parlamentos, alimentada por el odio al absolutismo regio y concluida con sus crisis, cf. Tocqueville, *o. c.*, pp. 939-948.

207. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., 143, pp. 150-151: «Y como, debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes y el de ejecutarlas

para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen; y como podrían también tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad y del gobierno, es práctica común en los Estados bien organizados (donde el bien de todos es debidamente considerado) que el legislativo sea puesto en manos de diversas personas, las cuales, en formal asamblea, tienen cada una, o en unión con las otras, el poder de hacer leyes; y una vez que las leyes han sido hechas, la asamblea vuelve a disolverse, y sus miembros son entonces simples súbditos, sujetos a las leyes que ellos mismos han hecho; lo cual es nuevo y seguro modo de garantizar que tengan cuidado de hacerlas con la mira puesta en el bien público».

208. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6, p. 151: «Hay en cada Estado tres clases de poderes... Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo». Cf. también *ibid.*, VI, 5-6, pp. 101-103. La tesis se reproduce por Diderot en la voz *Liberté civile*, en *Encyclopédie*, cit., IX, p. 427: «No hay libertad en los estados en los que el poder legislativo y el poder ejecutivo están en las mismas manos. Ni existe, con mayor razón, en aquellos en los que el poder de juzgar está unido al legislativo y al ejecutivo». El esquema de Montesquieu fue retomado por I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 142: «cada Estado contiene en sí tres poderes, es decir, la voluntad universal unida en una triple persona (*trias política*): el poder soberano (la soberanía) en la persona del legislador, el poder ejecutivo en la persona del gobernante (siguiendo la ley) y el poder judicial (adjudicando lo suyo de cada uno según la ley) en la persona del juez (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*)».

209. *Del espíritu de las leyes*, cit., XI, 6, pp. 151-152.

210. C. Beccaria, *o. c.*, III, p. 30. En el mismo sentido, G. Romagnosi, *Della costituzione*, cit., 50, pp. 11-112: «Es de necesidad que el orden judicial sea dependiente de la ley en sus funciones e independiente de las pasiones armadas del poder», de modo que prevalezca únicamente «un sentimiento personal de verdad y de justicia»; G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. IV, pp. 6 y 40-46, que califica al juez como «tercera fuerza»; F. Carrara, *o. c.*, pp. 227 ss. y 805-806, pp. 273-274.

211. J. Bentham, *Tratado sobre la organización judicial*, cit., V, pp. 29-30, donde la supresión de la pluralidad de fueros y tribunales especiales y el principio de la «competencia universal» de cada tribunal ordinario se sostiene sobre la base de cuatro argumentos: 1) la inutilidad de los innumerables tribunales especiales; 2) su paradójica insuficiencia numérica respecto a los que se necesitarían para asegurar todo tipo de tribunal especial en todas las regiones del país; 3) la incertidumbre de las competencias y la imposibilidad para el ciudadano de orientarse en el «laberinto de la justicia» sin la guía de un «experto»; 4) el debilitamiento de la publicidad por la imposibilidad para la opinión pública de prestar atención a todas las diversas especies de tribunales. A estos argumentos Bentham añade el de la desigualdad de tratamiento, de método judicial y de jurisprudencia consecuentes a las innumerables «demarcaciones artificiales de la justicia» que forman un reducto de «feudalismo». La primera actuación del modelo benthamiano de la universalidad de las competencias —contra el que había escrito Montesquieu, que en nombre del valor asociado al juicio por los pares defendió el fuero especial de los nobles y el también especial de los ministros (*o. c.*, XI, 6, p. 156)— fue realizada por la Revolución francesa con la ley de 16-24.4.1790 sobre el ordenamiento judicial, con la de 27.11-1.12.1790 sobre el Tribunal de casación y con el capítulo V del título III de la Constitución del 3.9.1791, que formalizó, como veremos en el epígrafe que sigue, la figura del juez ordinario como juez «natural»; y fue después conso-

lidad por la legislación napoleónica, comenzando por el senadoconsulto de 18.5.1804 hasta la ley sobre ordenamiento judicial de 20.4.1810. Pero no ha de olvidarse la reforma judicial que toma el nombre del canciller de Luis XV, Maupeou, que con los decretos de 23.2 y 13.4.1771 había tratado de romper la oposición de los parlamentos aboliendo la venalidad de los cargos, instituyendo un orden de jueces nombrados por el rey y pagados por el Estado, y haciendo de la justicia un servicio gratuito. La reforma, abortada tres años después por su impopularidad, que obligó a Luis XVI, en el *lit de justice* de 12.11.1774, a restaurar el viejo régimen de los parlamentos, es comúnmente reconocida como el primer intento de modernización en sentido progresivo de la organización judicial (cf. N. Picardi, *o. c.*, pp. 71-72; P. Alatri, *o. c.*, pp. 401-402, y A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Turín, 1982, p. 31). Sin embargo, no se puede negar que la misma se manifestó y fue entendida como un experimento de justicia comisarial, dirigida a doblegar la independencia de los jueces que se habían sublevado el año anterior y a sustituirlos por «jueces desacreditados y deshonrados», como los llamó Tocqueville en el pasaje reproducido en la nota 204, a causa de su dependencia del ejecutivo.

212. Hegel distingue tres poderes —el poder del soberano, el poder gubernativo y el poder legislativo— y coloca el judicial junto al de policía, dentro del poder gubernativo: «Se distingue de la decisión el cumplimiento y la aplicación de las resoluciones del príncipe, y en general la prosecución y el mantenimiento de lo ya decidido, de las leyes existentes, de las instituciones y establecimientos de fin común, etcétera. Esta tarea de *subsunción* concierne al *poder gubernativo*, en el cual están también comprendidos los poderes *judicial* y *policial*, que se relacionan de modo inmediato con lo particular de la sociedad civil y hacen valer en esos fines particulares el interés general» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 287, pp. 374-375).

213. Sobre la persistencia en el siglo pasado del principio de que «la justicia emana del rey», véase la nota 198. Ninguna que las Constituciones francesas del siglo XIX, ni siquiera las que introdujeron el sistema parlamentario, reconocería en el orden judicial la dignidad de un «poder del Estado». En la III República, como pone de manifiesto Georges Burdeau, «la justicia no es siquiera nombrada en las leyes constitucionales de 1875 y resulta un simple servicio, en el mismo plano que la instrucción o la limpieza urbana: 'el judicial' ha dejado de ser un poder en el sentido en que la filosofía política del siglo XVIII entendía esta palabra» (*Les libertés publiques*, cit., p. 138).

214. La independencia de los jueces fue calificada como «mentira vacía», poco antes del fascismo, por P. Calamandrei, *Governo e magistratura* (1921), en *Opere giuridiche*, Morano, Nápoles 1966, II, p. 197. Contra la burocratización del poder judicial y la carrera de los jueces se había expresado la Escuela penal Clásica: cf., por todos, L. Lucchini, *o. c.*, pp. 180-182. Véase, de la amplia literatura sobre la organización judicial en la Italia prerrepública, L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Barbera, Florencia, 1896; E. Piola Caselli, *Magistratura*, en *Digesto Italiano*, cit., XV/1, 1903, pp. 121-271; Id., *Ordinamento giudiziario*, cit., XVII, 1904, pp. 941-974; Id., *La magistratura*, Utet, Turín, 1907; F. S. Merlino, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia* (1925), a cargo de N. Tranfaglia, Feltrinelli, Milán, 1974, pp. 245-311; P. Jannelli, *Ordinamento giudiziario*, en *Nuovo Digesto Italiano*; Id., *La giustizia dopo l'unità*, en *Amministrazione della giustizia e poteri di polizia dagli stati preunitari alla caduta della destra*, Istituto per la Storia del Risorgimento italiano, Roma, 1986, pp. 325-360; M. Battaglini, *Notizie di alcuni documenti inediti sull'ordinamento giudiziario piemontese*, cit., pp. 409-424; P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1925*, Giuffrè, Milán, 1967; G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura*, Laterza, Bari, 1972; Id., *La magistratura e il fascismo*, en *Fascismo e società italiana*, Einaudi, Turín, 1973;

P. Piasenza, *L'irresponsabilità politica della magistratura nello stato liberale. Il Piemonte e lo statuto (1848-1851)*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, pp. 533-633; A. Pignatelli, *I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista*, en «Politica del diritto», 1975, I, pp. 103-126; A. Giuliani y N. Picardi, *La responsabilità del giudice: dallo stato liberale allo stato fascista*, cit.

215. La fórmula del art. 101 de nuestra Constitución «la justicia se administra en nombre del pueblo» —en vez de «en nombre del rey» como decían el estatuto albertino y las demás cartas del siglo XIX citadas en la nota 198— aparece por primera vez en el art. 81 de la Constitución de la Segunda República francesa de 4 de noviembre de 1848. Es clara la importancia de la fórmula como fundamento político de la independencia de los jueces: por un lado, en conexión con el principio del juez natural sancionado por los arts. 25 y 102, vale para excluir cualquier fórmula de justicia *reteneat*; por otra parte, ésta confiere al poder judicial una legitimación basada directamente en la soberanía popular y por ello autónoma de cualquier otro poder del estado.

216. La literatura italiana sobre las garantías procesales de la independencia *externa* a través del autogobierno del orden judicial, e *interna* por la inamovilidad, el nombramiento por concurso y la ausencia de carrera, es inmensa. Una bibliografía hasta 1973 se encuentra en Renato Moretti, *L'ordinamento giudiziario*, a cargo de A. Pizzorusso, Il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 544-563. Véanse también, en la parte IV del mismo volumen, los escritos de Marco Devoto, de Sergio Bartole, de Giuseppe Volpe y de Sergio Ortino. Entre los escritos posteriores, cf. G. Giacobbe, *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Giuffrè, Milán, 1973; S. Senese y otros, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1978; Id., *Il Consiglio superiore della magistratura: difficoltà del autogoverno e difficoltà della democrazia?*, en «Questione Giustizia», 1983, 3, pp. 1-65; V. Denti, *Il potere giudiziario*, en Varios, *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979, pp. 173-206; G. Volpe, *Ordinamento giudiziario generale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXX, 1980, pp. 836-837; A. Pizzorusso, *Organi giudiziari*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXI, 1981, pp. 83-108; Id., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit.; Id., *Ordinamento giudiziario*, en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, cit., vol. V, 1984, pp. 530-548; S. Bartole, *Consiglio Superiore della Magistratura*, *ibid.*, vol. II, 1981, pp. 459 ss.; Id., *Il potere giudiziario*, en *Manuale di diritto pubblico*, a cargo de G. Amato y de A. Barbera, Il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 721-758; C. Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padua, 1981; V. Onida, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, en P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bolonia 1982, pp. 159-195; E. Gallo, *Il Consiglio superiore della magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, en «L'indice penale», 1986, 1, pp. 5-27; M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Esi, Nápoles, 1984; G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria. Lezioni introduttive*, Giappichelli, Turín, 1986, cap. II; P. Bonifacio y G. Giacobbe, *La magistratura. Art. 104-107*, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de G. Branca, Zanichelli, Bolonia, 1986.

217. Cf., sobre los aspectos institucionales y culturales de la continuidad, A. Battaglia, *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari, 1954; Id., *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en *Dieci anni dopo*, Laterza, Bari, 1955; Id., *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962; G. Pavone, *La continuità dello stato. Istituzioni e uomini*, en Varios, *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Giappichelli, Turín, 1974, pp. 137-290; R. Canosa y P. Federico, *La magistratura en Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bolonia, 1974; L. Ferrajoli, *L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano*, en «Quale giustizia», 1973, n. 21-22, pp. 505-515; S. Senese, *La magistratura italiana*, cit., pp. 5-31.

218. Una circular del Consejo Superior de la Magistratura del 7.7.1962 prohibió la inclusión en los concursos de todas las informaciones de naturaleza política que hasta entonces eran recogidas por la policía sobre la base del art. 8 del ordenamiento judicial del 41 (que entre los requisitos para la admisión preveía «la intachable conducta civil, moral y política»). Sobre las intervenciones de censura del CSM también con respecto a otras informaciones relativas a la moralidad de los candidatos (*ex art. 124 del ordenamiento judicial*), cf. G. Volpe, *La carriera dei magistrati*, en A. Pizzorusso (ed.) *L'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 357-390.

219. Además de los trabajos citados en la nota 52 del cap. 12, me limito a citar, de la literatura más reciente sobre las vivencias político-culturales de la magistratura italiana, S. Senese, *o. c.*, pp. 39-87; A. Pizzorusso, *L'organizzazione*, cit., pp. 38-51; S. Pappalardo, *Gli iconoclasti. Magistratura Democratica nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Angeli, Milán, 1987; además de las relaciones de Salvador Senese, Giovanni Palombarini y Franco Ippolito respectivamente en los últimos cinco congresos de Magistratura Democrática (Urbino, 20-30.9.1979 y Giovinezza, 6-8.11.1981; Sorrento, 26-29.1.1984 y Rímimi, 1-4.5.1986; Palermo, 27-30.10.1988), en «Quale giustizia», 1978, 47-48, pp. 699-719, y en «Questione Giustizia», 1982, n. 2, pp. 415-455, 1983, n. 3, pp. 623-672, 1986, n. 1, pp. 199-253 y 1988, n. 3, pp. 603-694. Véanse también sobre el sistema judicial español, después de la caída del franquismo, los óptimos estudios de P. Andrés Ibáñez y C. Movilla Álvarez, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986; P. Andrés Ibáñez, *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988.

220. La definición es de L. Lucchini, *o. c.*, p. 202.

221. Sobre estos tres significados, cf. M. Pisani, *La garanzia del giudice naturale nella Costituzione italiana*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1961, pp. 416-417; C. Taormina, *Giudice naturale e processo penale*, Bulzoni, Roma, 1972, pp. 48-52; R. Romboli, *Il giudice naturale*, I, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 10-11; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pp. 216 ss.; M. Nobili, *Il 1.º comma dell'art. 25*, en *Commentario della costituzione*, cit., *Rapporti civili*. Artt 24-26, pp. 134-226. En el primer significado el principio incluye también la prohibición, frecuentemente ignorada por la doctrina, de la asignación discrecional de los procesos por parte de los Presidentes de los órganos judiciales.

222. C. Taormina, *o. c.*, pp. 24 ss. *Lo mismo se puede decir* —recuerda Taormina— de la experiencia constitucional americana, que en las Constituciones de Connecticut, Carolina del Norte y Vermont se limita a recibir el principio de la indefectibilidad del *iudicium parium suorum* establecido en los arts. 21 y 39 de la *Magna Charta*; y en las Constituciones de Virginia, Pennsylvania, Maryland, Massachusetts y New Hampshire no va más allá de la connotación de tal principio como simple criterio de competencia territorial dirigido a asegurar que el juicio se lleve a cabo por «hombres de la vecindad», «del pueblo» del acusado o «del lugar donde se cometió el hecho».

223. Precisamente la *Petition of Rights* de 1628, mientras en el artículo 3 reafirma el principio de la *Magna Charta* de la indefectibilidad del juicio legal por los pares, el art. 7 establece que «ningún criminal, sea cual fuere su condición, puede quedar exento de las formas de la justicia ordinaria, ni evitar las penas que imponen las leyes o los estatutos del reino»; y después de haber lamentado en el art. 8 las condenas a muerte ilegales impuestas en el pasado por «comisiones bajo el gran sello de V.M.», en el art. 9 declara éstas «contrarias a las leyes y a los estatutos de vuestro reino» y exige que «sean revocadas y anuladas y no vuelvan a ser deliberadas de modo semejante». De forma más perentoria, el art. 3 del *Bill of Rights* de 1869 dispuso que «la ex corte de los comisarios y cortes de análoga naturaleza son ilegales y perniciosas».

224. *Del espíritu de las leyes*, cit., XII, 22, p. 185.

225. «Juez ordinario es el *juez natural* del lugar, y el que tiene el pleno ejercicio de la jurisdicción, salvo lo que de ella puede ser sustraído por atribución o privilegio; a diferencia de los jueces de atribución o de los privilegios y de los comisarios establecidos para juzgar algunos litigios, que solamente son jueces extraordinarios» (A. G. Boucher D'Argis, *Juge [Jurisp.]*, en *Encyclopédie*, cit., IX, p. 13). «Juez extraordinario, *seu quasi extra ordinem naturalem*, es el que no tiene la jurisdicción ordinaria, sino solamente una jurisdicción de atribución, como los tribunales de subsidios, elecciones, depósitos de sal, losas de mármol, maestrías, cónsules; o como los jueces de privilegio, tales como demandas de casa señorial o de palacio, el preboste, los jueces conservadores de los privilegios de las ferias y las universidades» (*ibid.*, p. 11).

226. Antes aún el art. 17, tít. II, de una ley de 16-24.8.1790 había hecho uso, por primera vez en un texto legislativo, de la expresión «juez natural», estableciendo que «los justiciables» no pueden ser «sustraídos a sus *jueces naturales* por ninguna comisión, ni otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por la ley».

227. J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., V, pp. 29-30. Contra la institución de los jueces extraordinarios, cf. también B. Constant, *Corso*, cit., V, pp. 105-107 y *Sviluppamenti*, X, pp. 193-195.

228. «Nadie puede ser sustraído a los jueces asignados por la ley por medio de comisión alguna ni de atribuciones distintas de las determinadas por una ley anterior» (en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale 1789-1875*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 486).

229. Véanse los textos en A. Saitta, o. c., pp. 576, 583, 628, 678. El principio desaparece del todo en los sucesivos textos constitucionales franceses.

230. Recuérdense las enunciaciones del principio —además del art. 71 del estatuto albertino— en el art. 224 de la Constitución de la República Cisalpina de 1797 también, en el art. 204 de la Constitución de la República Romana de 1798, en los arts. 163-164 de la Constitución napolitana de Murat de 1815, en el art. 237 de la Constitución del Reino de las Dos Sicilias de 1820, en los arts. 8 y 94 de la Constitución belga de 1831, en los arts. 25 y 83 de la Constitución del Reino de las Dos Sicilias de 1848, en el art. 4 del estatuto del Gran Ducado de Toscana de 1848, en el art. 4 del estatuto del Estado Pontificio de 1848, en el art. 4 de la Constitución de la República Romana de 1849.

231. Instituido por ley n. 2008 de 25.11.1926 y prorrogado por la n. 674 de 4.6.1931, por r.d.l. n. 2136 de 15.12.1936 y finalmente «hasta nueva disposición» por r.d.l. n. 1386 de 9.12.1941. El carácter de «no extraordinario» y la «legitimidad» del tribunal especial fueron avaladas por toda la doctrina del tiempo: véanse V. Manzini, *Trattato di diritto procesuale penale*, cit., vol. II, pp. 9 y 16; E. Massari, *Le dottrine generali del processo penale*, Jovene, Nápoles, 1930, pp. 150-151; S. Longhi, *Tribunale speciale permanente*, en «Rivista penale», 1935, p. 817; G. B. de Mauro, *Tribunale speciale per la difesa dello stato*, en *Nuovo Digesto italiano*, cit., XVIII, 1940, pp. 487-495.

232. Sobre la cuestión, véase en particular S. Senese, *Giudice naturale e nuovo processo del lavoro*, en «Foro italiano», XCVII, IV, 1974, pp. 117 ss.; A. Pizzorusso, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1895, pp. 15 ss.; S. Mattone, *Il giudice naturale*, en A. Pignatelli y C. Viazzi (eds.), *La professione del giudice*, Angeli, Milán, 1986, pp. 23-49.

233. Cf. F. Carrara, o. c., aparts. 879-880, pp. 352-353, que recuerda los conflictos en la Edad Media entre las jurisdicciones de los barones, que mantenían el criterio del *domicilio*, y las jurisdicciones regias, que sostenían en cambio el criterio *local*: este segundo criterio prevaleció en Francia sólo en el siglo XVI, con la ordenanza de Moulins de Carlos IX. La cuestión ha perdido hoy toda relevancia política. Sería su-

mamente relevante sin embargo —en cuanto vendría a realizar plenamente el principio benthamiano de la universalidad de las competencias, excluyendo toda manipulación de su orden mediante la formulación de las imputaciones— la exclusión del criterio de la «materia» y la asunción del territorio como exclusivo y exhaustivo.

234. Cf., *supra*, nota 222.

235. La clásica pregunta es de Juvenal, *Satirae*, VI, 347. De ella toma la inspiración el ensayo sobre la responsabilidad de los jueces de G. Astuti y U. Nicolini, *Custodire i custodi*, Giuffrè, Milán, 1975.

236. Sobre los distintos sistemas de elección adoptados en los diversos estados —*partisan*, con más candidatos de partidos concurrentes; *non partisan*, con otros candidatos no de partido; *non concurrent*, cuando gracias al sistema *non partisan* se llega a la presentación de un solo candidato; método llamado *Missouri Plan*, cuando el candidato lo designa el gobernador y lo propone al electorado sobre la base de una terna seleccionada por una comisión de juristas—, cf. V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice*, Il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 25-31.

237. Cf., de la amplísima literatura sobre el actual ordenamiento judicial inglés, R. M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1977; M. Zander, *Coses and Materials on the English Legal System*, Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1980; V. Varano, *Organizzazione e garanzia della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 53 ss.; R. Rudd, *Responsibility of Judges in England*, en *L'educazione giuridica. III: La responsabilità del giudice*, cit., pp. 331-384; L. Moccia, *Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi*, en *L'ordinamento giudiziario. II: Documentazione comparativa*, (eds.) A. Giuliani y N. Picardi, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 281 ss.; A. Pizzorusso, *Profili di giustizia inglese*, en «*Questione Giustizia*», 1983, 4, pp. 1025-1034; V. Vigoriti, *o. c.*, pp. 20-23.

238. Sobre el nombramiento de los jueces federales estadounidenses, véase S. Volterra, *Il modo di nomina dei giudici federali negli Stati Uniti in rapporto all'indipendenza della Corte*, en G. Maranini (ed.), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Florencia, 1966, pp. 321-345; V. Vigoriti, *o. c.*, p. 24. Análogo sistema de nombramiento de los jueces tienen los países latinoamericanos. Por ejemplo, en Brasil los jueces federales son nombrados por el Presidente de la República a propuesta de la Corte Suprema y los de los Estados por los respectivos gobernadores, previa aprobación en todos los casos por las correspondientes Asambleas legislativas. En Argentina, los jueces de la Corte Suprema y de los demás «tribunales inferiores» son nombrados por el Presidente con el acuerdo del Senado. Lo mismo sucede en México, donde los nombramientos presidenciales se consideran aprobados si la Cámara de diputados no se opone en un plazo de diez días. En Chile los jueces son nombrados por el Presidente a partir de listas de candidatos designados por las distintas Cortes. En Colombia los jueces de la Corte Suprema son nombrados por las Cámaras sobre ternas formadas por el Presidente; y lo mismo ocurre en Nicaragua, según la reciente Constitución de 1987, que atribuye además a la Corte Suprema el nombramiento de todos los demás jueces. En Venezuela y Costa Rica, los jueces de la Corte de Casación y de la Corte Suprema de Justicia se eligen periódicamente por el Congreso. De forma análoga, en Bolivia los jueces de la Corte Suprema se eligen por la Cámara de diputados sobre ternas propuestas por el Senado, los jueces de distrito por el Senado sobre ternas propuestas por la Corte Suprema y los demás sobre ternas propuestas por las cortes de distrito.

239. Cf., sobre esto, L. Moccia, *o. c.*, pp. 291-330; V. Vigoriti, *o. c.*, pp. 22-23. Sobre los nexos entre justicia y política en Inglaterra, véase la investigación histórica de R. Stevens, *Law and Politics, The House of Lords as a Judicial Body 1800-1976*, Weidenfelds and Nicholson, Londres 1979; J. A. G. Griffith, *The Politics of the Judiciary* (1977), trad. it. de M. Chiti, *Giudici e politica en Inghilterra*, Feltrinelli,

Milán, 1980. «Sin embargo, se trata de saber», escribía John Stuart Mill, «si en la situación particular de un juez... la irresponsabilidad no ofrece menos tendencias a pervertir su conducta que la responsabilidad hacia el gobierno o hacia un voto popular» (*Del gobierno representativo*, cit., XIV, p. 162).

240. Me refiero a las conocidas tesis desarrolladas por Alessandro Giuliani y Nicola Picardi en los trabajos citados *infra* en la nota 246.

241. Sobre la estructura burocrática de la magistratura italiana prerrepública, véase la literatura citada en la nota 214. Sobre la magistratura francesa, cf. J. Kieffer, *L'organisation judiciaire française: formation et recrutement des juges*, en *L'ordinamento giudiziario. II: Documentazione comparativa*, cit., pp. 108-136; V. Vigoriti, o. c., pp. 18-20 y —en apéndice, pp. 165-181— los textos de los arts. 505-516 del código de procedimiento civil sobre la responsabilidad de los magistrados, los arts. 64-65 de la Constitución de 4.10.1958 y las leyes sobre el estatuto de los magistrados y sobre el Consejo Superior de la Magistratura. Baste pensar, para comprender la posición subalterna de la magistratura en el sistema constitucional francés, en el principio del *ancien régime* enunciado en el art. 64 de la Constitución de 1958: «El Presidente de la República garantiza la independencia de la autoridad judicial. Es asistido por el Consejo Superior de la Magistratura». El Consejo, dispone el art. 65, está presidido por el Presidente de la República, lo integran nueve miembros nombrados por él y, además, el ministro de Justicia. Es de su competencia el nombramiento, la promoción y la disciplina de los magistrados.

242. Cf., en el sentido de ausencia de una «responsabilidad política» de los jueces italianos, U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 116 ss.; A. Pizzorusso, *Introduzione a L'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 46-48; V. Ferrari (ed.), *Garanzie processuali o responsabilità del giudice*, Angeli, Milán, 1981, y, en particular, los trabajos de M. Ramat, de V. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1982, I, pp. 792 ss.; N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, en «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1982, pp. 1283 ss.; V. Vigoriti, o. c., pp. 15 ss. En sentido completamente distinto se ha hablado de «responsabilidad política» para designar la exposición de las opciones discrecionales (o «políticas») de los magistrados al control de la opinión pública y la consiguiente responsabilidad frente a la soberanía popular: cf., por ejemplo, M. Ramat, *Responsabilità politica della magistratura*, en «Foro amministrativo», 1969, III, pp. 15 ss.; E. Cheli, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 143-149; A. Pignatelli, *Applicazione del diritto e responsabilità politica del giudice*, en «Quale giustizia», 45-46, 1978, pp. 472-474. Para evitar equívocos terminológicos inútiles, usaré para este segundo tipo de responsabilidad la expresión «responsabilidad social» (*infra*, en el punto 8 de este apartado).

243. Cf., *supra*, las notas 216 y 218. La primera propuesta de garantizar la independencia de los jueces frente al ejecutivo mediante el «autorizado apoyo» de un órgano de autogobierno se remonta a Giandomenico Romagnosi: «La principal razón por la cual se da preferencia a los jurados es su independencia moral de la acción del gobierno... Pero esta independencia moral ¿no se puede obtener también con la institución cautelar de tribunales permanentes? Y cuando se temiera en particular algún peligro, ¿no se podría tal vez recurrir a un apoyo autorizado?... Es verdad que los jueces nombrados bajo la dependencia del gobierno, para complacer a la autoridad de quien dependen, deben presumirse inclinados a secundar su voluntad; pero si hacéis que la destitución o la suspensión de un juez deje de estar en manos del gobierno y dependa del voto de una tercera autoridad; si sometéis las discusiones a una solemne publicidad, no sólo dejáis libre e imparcial en el corazón de los jueces ese sentido moral al que naturalmente repugna sujetar a un ciudadano a la tiranía; sino que daréis al juez mismo un

punto de apoyo que lo haga capaz de hacer frente y no tener en cuenta las injustas indignaciones ministeriales» (*Della costituzione*, cit., 34-36, pp. 71-75).

244. Cf., por ejemplo, R. Miliband, *The State in Capitalist Society* (1969), trad. it. de L. Trevisani, *Lo stato nella società capitalistica*, Laterza, Bari, 1970, pp. 162 ss., (hay trad. cast. de F. González Aramburu, *El Estado en la sociedad capitalista*, Siglo XXI, México, 1970), donde se analizan «las múltiples influencias y sobre todo el condicionamiento del origen y la colocación de clase, la instrucción y los prejuicios profesionales» sobre las «élites judiciales», las cuales «provienen preferentemente de estratos elevados y medios de la sociedad» o «van a formar parte de ellos cuando asumen su función».

245. Véase, en este sentido, G. Borré, P. Martinelli, L. Rovelli, *Unità nella giurisprudenza* (1971), en *L'ordinamento giudiziario*, a cargo de A. Pizzorusso, cit., p. 265: «El mecanismo de la oposición», si por un lado «confirma que el poder judicial no es un instrumento del gobierno, del que no recibe la investidura; ni de la mayoría parlamentaria, que no tiene poderes electivos», por otro «opera como selección de la preparación técnica, pero no de las opiniones o puntos de vista personales, sobre los cuales actúa como una suerte de muestreo que reproduce naturalmente (con algún desplazamiento, originado preferentemente por el tipo de selección universitaria) la diversidad existente en los sujetos de los que se toma la muestra. Y puesto que el concurso está abierto a todos los ciudadanos, es natural que a través de este muestreo ingresen en la magistratura (tanto más cuanto el derecho al estudio resulte una realidad) todas las opiniones de partida que concurren en la realidad del país».

246. A. Giuliani y N. Picardi, *La responsabilità del giudice: Problemi storici e metodologici*, en *L'educazione giuridica. III. La responsabilità del giudice*, cit., pp. 3-74; Id., *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*, *ibid.*, pp. 564-617; Id., *I modelli storici della responsabilità del giudice in L'ordinamento giudiziario. I: Documentazione storica*, cit., pp. 268-269; Id., *Professionalità e responsabilità del giudice*, en «Rivista di Diritto processuale», 1978, 2, pp. 249-299 (con amplia referencia a la literatura del último decenio).

247. Sobre estos modelos premodernos de responsabilidad profesional por culpa y también por «impericia», véanse, además de los escritos de Giuliani y Picardi señalados en la nota precedente, G. Astuti, *Indipendenza e responsabilità del giudice*, en *L'educazione giuridica. III. La responsabilità del giudice*, cit., pp. XV ss.; G. Pugliese, *Riflessioni riassuntive e finali*, *ibid.*, pp. 625 ss. Véase además U. Nicolini, *Il principio di legalità nella democrazia italiana*, cit., pp. 367-392; P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., vol. II, pp. 175-201; A. Padoa Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Giuffrè, Milán, 1970, vol. II, pp. 201 ss.

248. R. Rudd, *Responsibility of Judges in England*, en *L'educazione giuridica. III*, cit., pp. 331-384; J. H. Merryman, *Judicial Responsibility in the United States*, *ibid.*, pp. 260-330; G. Pugliese, *Riflessioni*, cit., *ibid.*, p. 625; V. Vigoriti, o. c., pp. 58-68.

249. La *prise à partie* prevista en los arts. 505-516 del viejo *Code* napoleónico de 1806, extendida a los casos de *faute lourde* por una ley de 1933, parecería suprimida después de que una ley de 5.7.1972 introdujera la responsabilidad civil del estado salvo repetición contra el juez culpable y, sobre todo, después de que una segunda ley sobre el *statut* de los jueces, de 18.1.1979, dispusiese que los ciudadanos perjudicados pueden accionar sólo contra el Estado. Cf., sobre el problema, A. de Vita, *La responsabilità del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, en «Foro italiano», 1979, V, 181 ss.; F. Terré, *La responsabilité des juges en droit français*, en *L'educazione giuridica. III*, cit., pp. 446-461; V. Vigoriti, o. c., pp. 55-58 y 165 ss. Una responsabilidad por culpa está prevista en España tanto por el código de procedimiento civil (por «negligencia o ignorancia inexcusable») como por la Ley Orgánica del Poder Judicial,

cf. S. Sentis Melendo, *La responsabilidad del juez en España y en Argentina*, en *L'educazione*, cit., pp. 390-394; P. Andrés Ibáñez y C. Movilla Álvarez, *El poder judicial*, cit., pp. 342-374. Se inspiraron en el modelo francés los códigos de procedimiento italianos de 1865 (art. 783) y de 1942 (art. 55), así como el belga de 1867 (art. 1140), que reproducen la fórmula de responsabilidad civil por «dolo, fraude y cohecho» y por «denegación de justicia» contenida en el art. 505 del código napoleónico de 1806. Más restrictivo es el sistema alemán, en el que los arts. 34 de la Constitución y 839, 2.º del código de procedimiento civil reservan la responsabilidad por daños solamente al estado, admitiendo la repetición contra los jueces sólo en caso de que exista también responsabilidad penal (W. Grunsky, *La responsabilità del giudice nel diritto tedesco*, en *L'educazione*, cit., pp. 223-241; D. Beer, *La responsabilità dei giudici per attività giurisdizionali nella Germania Federale*, en «*Questione Giustizia*», 1986, 4, pp. 1013-1018). A la responsabilidad del juez en la Unión Soviética, Polonia, Grecia, Egipto y Argentina se dedican otros capítulos en el ya citado *L'educazione giuridica*. III.

250. Cf. Montesquieu, o. c., lib. XII, cap. XX, p. 184; G. Filangieri, o. c., t. III, caps. II-IV, pp. 12-59; B. Constant, *Commento*, cit., cap. VI, pp. 590-592. «Mientras haya en el estado», escribe en particular Filangieri (cap. IV, p. 54), «quien pueda calumniarme impunemente, no puedo contar con mi libertad». Sobre la responsabilidad penal de los jueces en la Alta Edad Media y en el período intermedio, que comportaba desde penas pecuniarias hasta la de muerte, cf. A. Pertile, o. c., vol. VI, t. I, pp. 7-8 y t. II, pp. 416-417. En particular sobre las penas para el juez en caso de denegación de justicia, de sentencia dolosa y de negligencia, véase G. Salvio, o. c., t. I, pp. 336-344 y t. II, p. 739. Una responsabilidad penal draconiana fue defendida por ejemplo por T. Campanella, *La città del sole*, cit., cap. XXIV, 7, p. 1163: «que todo juez que no ha juzgado según la ley, sea decapitado, *etiam in mimis*».

251. Es singular que esta exigencia de poner al juez a resguardo del temor de daños económicos personales como consecuencia de sus pronunciamientos fuese advertida por el pensamiento liberal paleocapitalista bastante más que por el moderno. Bentham llega hasta a proponer la intangibilidad del sueldo del magistrado incluso en caso de destitución: para que, por un lado, la oportunidad de la sanción no se inhibiera por escrúpulos humanitarios y, por otro, la autonomía del juez no fuese frenada por su interés económico (*Tratados sobre la organización*, cit., cap. XVIII, pp. 83 ss.). Entre las numerosas intervenciones críticas sobre la responsabilidad civil de los magistrados promovida por el referéndum celebrado en nuestro país en 1987, me limito a recordar M. Pivetti y A. Rossi, *I referendum sulla giustizia*, en «*Questione Giustizia*», 1986, 1, pp. 8-20; Id., *La responsabilità civile dei magistrati (Riflessioni a margine del disegno di legge governativo e proposte alternative)*, *ibid.*, 4, pp. 901-931; A. Pignatelli, *Responsabilità civile e indipendenza dei magistrati*, *ibid.*, pp. 576-587; N. Bobbio, *Le ragioni di un dissenso*, en «*Micromega*», 1987, 4, pp. 21-30. Cf. también, para una reflexión completa sobre el problema, E. Fassone, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, en «*Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*», 1980, pp. 6 ss.; G. Giacobbe, *Quale responsabilità del magistrato?*, en «*Diritto e Società*», 1981, pp. 183-194; G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, en «*Giurisprudenza costituzionale*», 1982, I, pp. 780-795.

252. El hecho de que la autorización para proceder civilmente contra los jueces no naciera como un privilegio sino como un filtro encaminado a impedir recusaciones impropias se deriva del dato de que aquella no estuvo nunca acompañada de una autorización para proceder penalmente, es decir, de una inmunidad penal del tipo introducido, desde la legislación de la Francia revolucionaria y después la napoleónica, no sólo para los parlamentarios sino también para los funcionarios del poder ejecutivo (cf., *supra*, el apartado 39.4 y las notas 122-126). Se produjeron así, desde el siglo pasado,

dos regímenes simétricamente opuestos de responsabilidad de los funcionarios públicos y de los magistrados: para los primeros, como se temieran interferencias del poder judicial en el poder ejecutivo, se dispuso una inmunidad penal bajo forma de autorización para proceder y ninguna responsabilidad civil; para los segundos, temiéndose lesiones en el desinteresado ejercicio de la función judicial y sobre todo el riesgo de su paralización, en virtud de injustificadas acciones por daño, mientras no se previó ninguna inmunidad penal, se limitó la responsabilidad civil a los casos de dolo, sometiéndola al filtro de la autorización. La responsabilidad penal, aparte de la mayor gravedad de sus presupuestos, no comporta ninguno de los riesgos a los que la función judicial está expuesta por la responsabilidad civil: sobre todo, mientras una denuncia penal infundada equivale a una calumnia y no puede, pues, ser utilizada impunemente para desembarazarse del juez incómodo, la demanda igualmente infundada en una causa civil no comporta ninguna sanción y carece por tanto de efectos disuasorios; además, mientras una denuncia claramente infundada puede ser inmediatamente archivada, una causa civil debe ser siempre instruida con los plazos amplísimos del proceso civil. Por ello el filtro de la autorización a la acción civil está presente en casi todos los ordenamientos que admiten una responsabilidad civil del juez, incluso sólo por dolo. Lo único que cambia, en los distintos sistemas, es el órgano al que se confía la autorización: el tribunal competente para juzgar la causa en el código de procedimiento francés de 1806 y en el italiano de 1865; el ministro de Justicia en el código italiano de 1942; el primer Presidente de la Corte de apelación o, según los casos, de la Casación en la ley francesa de 7.2.1933. También en Italia, a pesar del voto popular derogatorio de los límites de la responsabilidad civil de los jueces, el art. 5 de la ley de reforma ha introducido un juicio preventivo sobre la no manifiesta falta de fundamento de la demanda, confiándolo, como el código de 1865, al juez competente para conocer de la causa en primera instancia.

253. La solución adoptada por la ley n. 117 de 13.4.1988 fue la introducción de una responsabilidad híbrida que tiene todos los defectos y ninguna de las ventajas tanto de la responsabilidad civil como de la responsabilidad disciplinaria. Por un lado, como se ha dicho, ésta no es una verdadera responsabilidad civil, al estar limitada a una parte del sueldo de forma similar a las sanciones disciplinarias, y, sin embargo, comporta la confrontación directa entre el juez y la parte perjudicada por él, merced a la intervención adhesiva que le está permitida en el juicio entre el ciudadano y el estado. Por lo demás no es una verdadera responsabilidad disciplinaria, puesto que se hace valer, además indirectamente, bajo las formas del juicio civil. Para un análisis de la ley, véase A. Rossi, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali*, en «*Questione Giustizia*», 1988, 2, pp. 241-270; Id., *La nuova disciplina della responsabilità civile del magistrato: le prime decisioni della Corte costituzionale*, *ibid.*, 1989, 1, pp. 231-241.

254. Sobre jurisprudencia disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura, véanse los tres volúmenes publicados por el CSM, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1972, 1976, 1981. Sobre sus desviaciones en tema de disenso, cf. el librito *Magistrati scomodi*, Dedalo, Bari, 1974, con introducción de Carlo Galante Garrone. Sobre responsabilidad disciplinaria, véanse: G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, en «*Rivista di Diritto processuale*», 1975, pp. 418 ss.; A. Galasso, *La responsabilità del giudici nel contesto politico-istituzionale*, en «*Questione Giustizia*», 1982, 3, pp. 501 ss.; A. Pignatelli, *Il problema della responsabilità disciplinare*, *ibid.*, 4, pp. 715-743; Id., *Tipicizzazione degli illeciti e titolarità dell'azione disciplinare*, en *La professione del giudice*, cit., pp. 212-230; E. Fortuna, *La responsabilità disciplinare del giudice*, «*Quaderni della giustizia*» 1982, 9, pp. 20 ss.

255. F. Carrara, *Programa. Parte general*, cit., II, X, pp. 252-253. Carrara concibe la participación del pueblo en la justicia a través del juicio de jueces populares y electivos y, además, por la «acción *vigilante* por medio de la docta censura de jurisconsultos libres, sinceramente informados de las funciones especiales de los jueces», y cifra en ese control la condición esencial para que el poder judicial se encuentre «emancipado del poder ejecutivo» (*ibid.*, p. 251).

256. *Del gobierno representativo*, cit., cap. II, p. 22.

257. *Tratado de la pruebas judiciales*, cit., t. I, lib. II, cap. X, pp. 143-144: ¿Con qué podría sustituirse la publicidad? ¿Con apercebimientos, 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 apercebimientos 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 sólo existe a ese precio. El espíritu de cuerpo siempre hará penoso al superior el castigo de un colega. El público 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 su autoridad. Por otra parte, ¿de qué sirve apelar de 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 el segundo y si se mantienen secretas las diligencias del segundo, apenas ofrece mayor seguridad que el primero. Y en la apelación, ¿qué es lo que se lleva a un tribunal superior? Después de todo no es otra cosa que el esqueleto del procedimiento... La audiencia es la verdadera corte de apelación donde las decisiones del tribunal se juzgarán y apreciarán en su justo valor. Lo que un tribunal superior no haría sino en base de muchos gastos y lentitud, y de manera imperfecta, esa gran reunión de público lo ejecuta sin dilación, sin gasto y con una probidad incorruptible; porque la probidad del pueblo, que nace de su interés mismo, ofrece la mayor seguridad que puede obtenerse. Las miradas del soberano, ¿reemplazarían a las del público? Sería tanto como preguntar si el príncipe tiene la posibilidad de revisar todos los procesos. Dejemos aparte el interés de los tribunales, el peligro del favoritismo, la improbabilidad de que un mal ministro que ha elegido un mal juez confiese el error de su elección y le inflija un castigo que repercutiría sobre sí mismo. ¿Quién guardará a los guardianes? Es una pregunta que se repite sin cesar mientras no se pueda fiar en la nación misma». Sobre el valor atribuido por Bentham al control popular como condición esencial de imparcialidad e independencia de la justicia, volveré en el apartado 41.5 y en las notas 334-341, dedicados a la «publicidad». También Beccaria había insistido sobre el papel de la publicidad de los juicios y del control de la opinión pública «para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza de las pasiones» (o. c., XIV, pp. 50); y así también Filangieri, según el cual «no hay cosa alguna en el Estado que iguale a la fuerza de la opinión pública» (o. c., t. II, lib. VI, caps. II y XLIX, pp. 22 y 60, respectivamente).

258. J. Bentham, o. c., pp. 153-155: «cuando el tribunal del público se abstiene de juzgar es cuando, por exceso de ignorancia o de desaliento, cae en una indiferencia absoluta. Esa 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». Y no se diga que «el tribunal del público carece de luces para un razonamiento justo», si después con el secreto «hay que sustraerlo del co-

nocimiento de todo cuanto lo pondría en condiciones de juzgar mejor. Se establece su ineptitud para despreciarlo, y se parte de ese desprecio para perpetuar su ineptitud. Tal es el círculo en el cual se gira. Círculo tan vicioso en lógica como en moral. Eso es lo mismo que proceder con una nación como aquel tutor culpable que, queriendo ascender al trono de su pupilo le hizo sacar los ojos para fundar sobre esa enfermedad un medio legal de exclusión». Por otra parte, añade Bentham, la apatía del público y su incapacidad de crítica han sido siempre el origen de todos los «vicios» de la justicia: es decir, que prevalezcan «aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas» (t. I, lib. I, cap. II, p. 14). La crítica pública también por parte de los magistrados de las resoluciones de los jueces, como instrumento de responsabilización y democratización de la función judicial, ha conformado, desde sus orígenes, uno de los motivos animadores de la acción del grupo de «Magistratura Democrática»; véanse los trabajos citados en la nota 52 del cap. 12 y, además, M. Ramat, *Responsabilità politica*, cit.; S. Senese, *Sovranità popolare e amministrazione di giustizia*, en «Quale giustizia», 1973, 21-22, pp. 381 ss.; Id., *La critica dei provvedimenti giudiziari da parte dei magistrati*, en N. Lipari (ed.), *Giustizia e informazione*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 243 ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia*, cit., pp. 62 y 69-77.

259. O. c., p. 253. Sobre el nexo entre obligación de motivar, responsabilidad e independencia de los jueces, cf. también *ibid.*, p. 212.

260. En favor del «juez único» mejor que colegiado «porque responde al concepto de mayor responsabilidad», se pronunció L. Lucchini, o. c. p. 179. La publicidad de las opiniones discordantes en los tribunales colegiados fue criticada por Hegel con el peculiar argumento de que expresan «puntos de vista aun particulares» en contraste con el carácter universalmente válido de las sentencias (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 224, p. 296). Sobre los orígenes de la *dissenting opinion* en las deliberaciones públicas de la *Common Law Courts* y de la *House of Lords* en su función de órgano de última instancia, y sobre la recepción de la institución en el procedimiento civil soviético, cf. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 347 ss. Sobre la perspectiva de una personalización del juez como factor de responsabilización —mediante la introducción del «juez monocrático» y/o la institución del *disenso*—, cf. L. Ferrajoli, *Per una riforma dell'ordinamento giudiziario*, en «Problemi del Socialismo», 1973, 18, pp. 810 ss.; G. Zagrebelsky, *Il giudice monocratico: prospettive di riforma*, en «Rivista di Diritto processuale», 1981, pp. 330 ss.; A. Baldassarre, *L'opinione dissenziente' e l'intervista di Amadei*, en «Democrazia e Diritto», 1981, 1-2, pp. 238 ss.; S. C. Panza y A. Reposo, *Le «dissenting opinioni» ancora alla ribalta*, en «Quaderni costituzionali», 1981, pp. 595 ss. Sobre el carácter «difuso» del poder judicial como «rasgo sobresaliente y peculiar de la jurisdicción», véase E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1964, pp. 273 ss.; S. Senese, *Sovranità popolare*, cit. La ley n. 117 de 1988 sobre la responsabilidad civil, que fue la ocasión para introducir la institución de la publicidad del disenso, lo rechazó de manera irresponsable, introduciendo el disenso oculto con el alambicado sistema del «sobre sellado», justamente censurado por la sentencia n. 18 de 1989 por la Corte constitucional, que ha afirmado, entre otras cuestiones, la plena legitimidad constitucional de la *dissenting opinion*.

261. L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., pp. 118-122; Id., *Per una riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., 18, 1973, pp. 801 ss.

262. F. Carrara, o. c., p. 254.

263. *Considerazioni sul processo criminale*, cit., VI, p. 29; *ibid.*, p. 33: «La falta total de juicios anuncia salvajes o, a lo sumo, las primeras asociaciones de las bárbaras ciudades. Una ruda manera de juzgar es el índice de una sociedad que todavía no es culta. El legítimo y regular proceso es el producto de una sabia legislación, de la cultura nacional y del moderado gobierno. Un proceso que abre un amplio espacio a la maquinación y a las dilaciones, que deja las riendas al arbitrio del juez al tiempo que parece frenarlo, es el indudable argumento de la pronta decadencia de una nación corrupta. El procedimiento arbitrario sin formalidades y sin proceso es al mismo tiempo el índice y el instrumento de un fatal e ilimitado despotismo».

264. Ambos fines están siempre formulados por Filangieri, o. c., t. III, lib. III, cap. I, p. 6; por F. Carrara, o. c., 816, p. 278 y por Lucchini, o. c., pp. 5-7.

265. L. Lucchini, o. c., p. 133. La noción escolástica del proceso como instrumento de investigación de la verdad se recoge, además de en Lucchini (o. c., pp. 11 y 24) también en F. Carrara, o. c., 780, 781, 811, 815, 819 y 826, pp. 263, 264, 276, 278, 283, 284 y 287.

266. La crítica del método inquisitivo, porque es epistemológicamente inatendible además de políticamente antiliberal, es un motivo recurrente de la polémica ilustrada. Me limito a recordar a G. Filangieri (t. III, lib. III, cap. I, pp. 7-8), según el cual, conforme a la monstruosa confusión de los principios que es el método inquisitivo, «no hay delito, por manifiesto que sea, que no pueda quedar impune bajo los auspicios de ese complicado y erróneo método de proceder, ni inocencia, por conocida que sea, que pueda contar seguramente con la paz y la tranquilidad». De parecer exactamente opuesto fue Giovanni Carmignani, que consideró «científico» y «analítico» el método inquisitivo e «instintivo» y «sintético» el acusatorio (*Teoria*, cit., lib. IV, pp. 31 y 61).

267. Sobre la composición triangular del esquema procesal acusatorio, tanto bajo el prisma de los actores (acusador, reo, juez) como de sus respectivas actividades (acusación y prueba, defensa y refutación, juicio y sentencia), véase, por todos, F. Carrara, o. c., 827-835, pp. 287-292. Por el contrario el proceso inquisitivo, al no exigir un control desde abajo, se caracteriza como una relación dual y vertical entre inquisidor e indagado, en la que sólo el primero es sujeto activo, mientras el segundo es sobre todo objeto pasivo: tanto si se articula, según el esquema premoderno, en las dos fases de la *inquisitio generalis* y de la *inquisitio specialis*, como si se reduce, como por ejemplo en la concepción positivista, a «examinar al delincuente para determinar su tipo y ver si debe someterse a medios *eliminatórios* o a medios *reparatorios*» (R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 324).

268. G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 49 ss.; Id., *Accusa e sistema accusatorio*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., I, 1958, p. 340.

269. Siendo el proceso inquisitivo «fundatum non super iure agentis, sed super publicam utilitatem», el juez-inquisidor —se enseñaba— «non tenetur stare conclusio-ni libellantis, cum non sit fundatum in eius iure et ideo ex arbitrio suo, subsistente iusta causa, potest mutare et variare suam sententiam, etiam non conformem libello» (M. A. Blancus, *Practica criminalis*, ex officina Stellae, Venetiis, 1555, p. 73).

270. F. Carrara, o. c., 833, pp. 289-290 y 901, p. 381.

271. *Ibid.*, t. II, 892, p. 364.

272. Sobre el requisito de la tempestividad se explaya ampliamente F. Carrara, o. c., 892, pp. 363-366, que distingue un «término *ad quem*», que debe consistir «en un tiempo que le permita (al justiciable) introducir en el proceso sus medios de defensa», y un «término *a quo*», que debe ser «antes de que le sea imposible contraponer a tiempo sus rectificaciones a las inducciones fiscales». Pero «en muchos casos sucede que, por defecto de los sistemas vigentes, la acusación dispone a veces de uno o hasta de dos

años de tiempo para recoger sus armas y prepararse a usarlas, en el momento estratégico, contra un ciudadano que durante ese tiempo no ha tenido otra facultad que la de gemir en el fondo de un calabozo; y he aquí que la acusación, el día que le place, se presenta a agredirlo, armada de pies a cabeza con una serie de testimonios y de indicios recogidos a su acomodo con el más estudiado artificio; y es en ese momento cuando la ley, ostentando generosa protección, le dice al infeliz acusado: 'te concedo ocho o quince días de tiempo'. Durante este intervalo, el reo tiene que conseguir defensor, y éste tiene que enterarse del hecho en los expedientes del proceso, comunicarle los resultados al reo y a su familia, y preparar a la vez los medios oportunos para rectificar las equivocaciones, disipar los errores y desenmascarar las falsedades que con harta frecuencia se introducen en el procedimiento de cargos. Además, el defensor raras veces tiene entre manos una sola defensa, y distraído así por otros compromisos anteriores, que también lo obligan en conciencia, le parecen todavía más breves aquellos términos, ya de suyo brevísimos; de ahí que, muy a menudo, la defensa que se lleva adelante sin materiales se reduzca a una vana palabrería y sea una irrisión verdadera». Por otra parte, sucede que la acusación recoge innumerables indicios «sin que el imputado sepa nada, ni él ni nadie que cuide de sus intereses asista a esas verificaciones... Armada de ese modo la acusación, viene a decirle al reo hipócritamente: 'Te hago la intimidación debida, y te la hago completa, ya que pongo a tu vista todo lo que encontraron los funcionarios encargados de las pesquisas... Tienes plenísima libertad para refutar mis afirmaciones. La intimación que te hago está hecha a tiempo, pues tienes quince días por delante, y el juez te conocerá más si se lo pides'. ¡Qué hipocresía y qué manera de embaucar! Tal intimidación no es hecha a tiempo oportuno, respecto al término a quo, porque ya ese cadáver está sepultado y deshecho, esos paños han sufrido alteraciones, ese polvo ha sido dispersado o consumido por los químicos en sus exámenes; ¿qué van entonces a observar y comprobar los peritos defensores, aunque sean más imparciales y sabios que los peritos acusadores? Únicamente podrán aquéllos presentar teorías abstractas, de las que se burlará la acusación, y no producirán ningún efecto en los jueces ante las comprobaciones concretas que los de la acusación presentan a su talante... No hay igualdad entre la acusación y la defensa, cuando a los soldados de ésta se les impide ver y observar lo que se les permite a los de aquélla».

273. Son palabras de F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 11. La imagen, pero en el sentido de batalla con paridad de armas, se usa también por G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, p. 203, para el proceso acusatorio.

274. También porque la confesión, teniendo el valor de prueba legal negativa además de positiva, era no sólo suficiente sino necesaria para la condena, de que constituía una suerte de suscripción o aceptación por parte del reo. La tortura («violenta veritatis per tormenta inquisitio», como la llamó Thomasius) —sobre la cual véanse, *supra*, las notas 33 del cap. 3 y 89, 98 y 102 de este capítulo— fue abolida en Nápoles en 1738 por una pragmática de Carlos III; en Prusia en 1740 por obra de Federico II apenas subió al trono; en Baden en 1767; en Mecklemburgo en 1769; en Sajonia en 1770; en Suecia en 1772; en Toscana en 1776 y formalmente en 1786 por Leopoldo I; en Austria en 1776 por María Teresa; en Francia por obra de Luis XVI, en 1780 (pero limitada a la tortura judicial, excluida la prealable al suplicio) y completamente en 1788 (salvo la amputación de la mano derecha antes de la ejecución de la pena capital para el parricidio, previsto todavía en el art. 13 del *Code* de 1810); en Venecia en 1787; en Lombardía en 1789 por Giuseppe II; en Piamonte en 1798 por Carlo Emanuele IV, después que en 1760 Carlo Emanuele III la hubiera abolido para los estados de Aosta; en 1807 en Baviera; en 1890 en Württemberg; en 1812 en Sicilia; en 1818 en Hannover; en 1821 en Cerdeña, donde todavía estaba en vigor. En Inglaterra, donde la tortura no ha existido nunca formalmente, fue abolida en 1762 la llamada «pena fuer-

te y dura», en virtud de la cual el ciudadano que para evitar la confiscación de los bienes subsiguiente a la condena hubiese rechazado responder y aceptar el juicio, venía conducido a un lugar secreto, tendido desnudo en el suelo bajo una pesada piedra y alimentado sólo de pan y agua hasta que cambiaba de idea o moría: cf. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford 1769, IV, pp. 323 y ss; P. Verri, *Osservazioni sulla tortura*, cit., XIV-XV, pp. 108-110; G. Filangieri, o. c., lib. III, cap. XI, p. 406; G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, p. 218, nota; J. F. Stephen, *A History*, cit., I, pp. 298-300; D. Veall, *The Popular Movement for Law Reform*, cit., pp. 25-29. Para comprender hasta qué punto la práctica de la tortura y la idea de su legitimidad estuvieron arraigadas en la cultura premoderna, bastará recordar la supervivencia en Nápoles, después de que la tortura hubiera caído en desuso, de un residuo ritual de la misma, en forma de ficción jurídica: «si el rito obligaba a los magistrados a ordenarla», relata N. Nicolini, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, cit., p. 86, «se representaba simplemente la escena, llevando al reo con una cuerda: al igual que tantas fórmulas, como de hecho ya en la antiquísima Roma, resultaron después con la jurisprudencia ficciones de derecho».

275. «Iudex cavere debet ne reo in primis ante omnia legat titulum criminis, testiumque depositiones»; «interrogando reum vel in genere vel in specie, cavere debet ne aliquam ei exprimat circumstantiam aut qualitatem»; «nequicquam dicat de commissio maleficio, nec in qua parte corporis percussit, nec quicquam de facto seu dicto, ne qualitates et circumstantias suggereat» (F. Chartarius, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum libri quattuor*, cit., lib. II, cap. I, 65-67, pp. 14 y 24); «copia inquisitionis et indiciorum reo danda non est antequam examinetur» (*ibid.*, lib. III, cap. II, 22, pp. 54 y 60). De la no información de la acusación en el método inquisitivo habla también Pagano en el pasaje aquí reproducido en la nota 93.

276. *Ibid.*, lib. I, pp. 1-2 y lib. II, cap. I, 36, pp. 13 y 20.

277. *Ibid.*, lib. I, pp. 1 y 2. La misma tesis sobre la «iudicis interrogantis felicitas» consistente en «extorquere quod i noluerunt» se repite en el cap. III, 12, pp. 10-11.

278. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 8, pp. 12 y 15. Otras reglas recomendadas en el mismo capítulo, 6, 10 y 16, pp. 12-17 son: «Iudex excandescere non debet contra reos quos malos putat, nec precibus calamitosorum debet illarchrymari»; «iudex cum reo quem interrogat disputationem ne ineat».

279. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 77, pp. 14; y 26: «Ad inducendum reum ad dicendum veritatem postest illi iudex innuere quod iam scit eius factum, et taliter ita loqui ut reus quasi credat omnia iam scire iudicem... Ideo in genere stare debet dicendo: bene scitur ubi fuisti, et cum quo, et quo tempore, et quid fecisti, et dixisti, et tangat sibi aliquod certum quod scit ita esse, de aliis autem in genere loquatur».

280. *Ibid.*, lib. II, cap. I, 28-33, pp. 13 y 19, donde se tiene cuidado de precisar que «promissio impunitatis fieri reo non debet ad extorquendam confessionem, quando constaret delictum non esse verum, vel alium deliquisse».

281. *Ibid.*, lib. I, cap. I, 14 y 10 y lib. III, cap. II, 1, pp. 53 y 56.

282. *Ibid.*, pp. 56-57. A la tortura Chartarius dedica todo el libro IV, pp. 189-262 de su obra, formulando para los jueces 254 reglas de comportamiento.

283. *Ibid.*, lib. III, cap. II, 23-24, pp. 54 y 60. Por otra parte, «iudex dubias rei responsiones et oscuras non debet admittere, sed cogere eum debet ad declarandum» (*ibid.*, lib. II, cap. I, 14, p. 12).

284. *Ibid.*, lib. III, cap. II, 74, p. 68.

285. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., II, 19, p. 82: «Tampoco nadie puede estar obligado por un pacto a acusarse a sí mismo o a otra persona cuya condena le amargaría la vida»; Id., *Leviatán*, cit., XIV, p. 118: «Un convenio que implique un acusarse a sí mismo sin garantía de perdón, es igualmente inválido», por eso la crítica hob-

besiana de la tortura: «lo que se confiesa en una situación así, tiende sólo a aliviar a quien está siendo torturado, y no a informar a los torturadores. Por tanto, esas confesiones no tienen suficiente valor de testimonio; pues quien se libera a sí mismo mediante una acusación, ya sea ésta verdadera o falsa, lo hace usando de su derecho de conservar la vida» (pp. 118-119); *ibid.*, XXI, p. 179: «Si un hombre es interrogado por el soberano, o por su autoridad, en lo concerniente a un crimen por él cometido, no está obligado, a menos que se le garantice el perdón, a confesarlo; pues ningún hombre puede ser obligado por un convenio a acusarse a sí mismo». El principio fue sancionado en el derecho inglés por un estatuto de Carlos I en 1641, que prohibió tomar al imputado el juramento *ex officio* (sin cancelar sin embargo la tortura de la «pena fuerte y dura» recordada en la nota 274). Y fue después recibido en la V enmienda de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1791, tras haber sido afirmado en el apartado 8 de la Declaración de derechos de Virginia de 1776 y en la Carta constitucional de todos los estados americanos.

El contraste hace por eso tanto más frustrante la opinión de Beccaria, que quería fuera castigado el interrogado que no responde: «aquel que en el examen se obstinase, no respondiendo a las preguntas que se le hicieren, merece una pena determinada por las leyes; y pena de las más graves que entre ellas se hallaren para que los hombres no burles así la necesidad de ejemplo que deben al público» (*o. c.*, XXXVIII, p. 101): indicación, por lo demás, inmediatamente recogida por la «Instrucción» para el código ruso dictada en 1767 por Catalina II, donde se afirma que «merece ser castigado el que por obstinación o por capricho rechaza responder a las preguntas del juez»; y después por el código penal austriaco de 1803, que preveía penas corporales (pan, agua y azotes cada tres días) para el imputado que perseverase obstinadamente en el silencio; y por el código de instrucción criminal prusiano de 1805, que también autorizaba medidas coercitivas, exceptuada la tortura, para hacer confesar al reo. Véase, sobre esta legislación, F. Carfora, *Interrogatorio*, en *Digesto Italiano*, cit., XIII, 1901, pp. 111 ss.; V. Grevi, «*Nemo tenetur se detegere*», Giuffrè, Milán, 1972, pp. 14-19; F. Cordero, *Riti e sapienza*, cit., pp. 409 ss.

286. *Considerazioni*, cit., XXIII, pp. 114-116; *Id.*, *La logica dei probabili*, cit., XII, p. 31, donde se subraya la inatendibilidad, tanto si su objeto fuera la inocencia como la culpabilidad. En contra del juramento del reo, recuérdense también las palabras de Beccaria, *o. c.*, XVIII, p. 59, que ve en él «una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre», por lo que no se puede exigir «al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción: como si la religión no callase en la mayor parte de los hombres cuando habla el interés»; de G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XV, can. 12, p. 169, que recuerda, en nota, su prohibición entre los romanos; de G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, cap. VIII, pp. 131 ss., que lo vincula a «la avidez de la verdad absoluta» y extrañamente lo asocia sólo al proceso acusatorio; y de F. Carrara, *o. c.*, 937, p. 419, que destaca su contradictoriedad, recordando la máxima romana «inhumanum est per leges quae perjuriam puniunt viam perjurii aperire». Instituido por la *Ordonnance criminelle* de 1670, el juramento del imputado fue abolido en Francia por el art. 12 de la ley de 8-9 octubre de 1789, después de que ya hubiera sido suprimido en Toscana por Pedro Leopoldo en el 1786 junto con el deber de responder. Una prohibición expresa de juramento decisorio o supletorio del imputado fue introducida por el art. 204 del código de procedimiento del Reino de Italia de 1807, repetida en el art. 211 del código sardo de 1847 y finalmente en el art. 232 del código italiano de 1865; mientras fue omitida en los códigos de procedimiento penal de 1913 y de 1930 porque ya se consideraba superfluo. El *Code d'instruction* francés de 1808 no estableció, en cambio, ninguna prohibición. Diversa del todo es la

experiencia anglosajona, que, como se ha visto en la nota precedente, conoce la prohibición desde hace más de tres siglos. Existe, sin embargo, en el derecho inglés un extraño principio introducido por la *Criminal Evidence Act* de 1898: el imputado, mientras no puede ser constreñido a jurar, tiene la facultad de asumir el papel de testigo en su propia defensa y, en tal caso, jura, se somete a la *cross examination* y es inculparable como *perjury* si depone falsamente: contra esta institución —cuya introducción en Italia fue propuesta por F. Carnelutti, *Natura del giuramento*, en «Rivista de Diritto processuale», 1947, I, p. 189— véanse las observaciones de M. Pisani, *Giuramento (diritto processuale penale)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., VII, 1961, p. 963, el cual destaca su contraste con la libertad de defensa, por ser evidente que la negativa del imputado a deponer bajo juramento terminaría por volverse en su contra como argumento de acusación.

287. G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XI, p. 137, en nota; *ibid.*, pp. 133-135: «el reo no tiene obligación de confesar su propio delito» y «el magistrado [...] no tiene derecho para exigir del reo no convicto la confesión». Palabras casi idénticas se encuentran en F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXII, p. 116. Cf. también F. Carrara, *o. c.*, p. 932, pp. 415. El derecho al silencio había sido reconocido ya por D. Ayrault, *Ordre, formalité et instruction*, cit., lib. III, parte 3, apart. 27. Y también Hobbes había afirmado que «semejante testimonio está corrompido por naturaleza» y que, en particular, «estas contestaciones no son testimonios del hecho, sólo ayudan en la investigación de la verdad. Tanto si el torturado responde la verdad como si miente o no responde nada, siempre actúa con derecho» (*Del ciudadano*, II, 19, p. 83). En sentido contrario se pronunció en cambio, como se ha visto en la nota 48, G. Carmignani, *Teoría*, cit., lib. IV, pp. 213-216, en coherencia con la tesis de que el imputado es un «medio de prueba» (*ibid.*, pp. 207-208). De una «obligación de veracidad» de los testigos, designando con esta expresión también a las partes, habló asimismo J. Bentham, *Teoría de las pruebas*, cit., t. I, lib. I, cap. XI, p. 66 y lib. III, cap. I, p. 178. En época más reciente la tesis del «deber testimonial» del imputado fue de nuevo propuesta por F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Ateneo, Roma, 1947, vol. II, pp. 165 ss.

288. A favor de las posibles manipulaciones psíquicas dirigidas a extraer la verdad se expresa cínicamente F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 168: «la tortura debe ser rechazada porque no ofrece ninguna garantía de veracidad en la respuesta del torturado, no porque lo constriña a desvelar un secreto. Porque si existiese un medio de coerción que ofreciera esa garantía, sin ocasionar grandes daños al cuerpo del interrogado, no habría ninguna razón para que no fuera adoptado». Contra tales «violencias medicinales» léanse las bellas páginas de F. Cordero, *Riti*, cit., pp. 410 ss.; *Id.*, *Procedura penale*, cit., pp. 18-19.

289. Según Filangieri, «considerérese, pues, como se quiera la confesión de los reos, es constante que o no deberían exigirla las leyes, o no deberían dar ningún grado de valor a esta especie de prueba» (*o. c.*, t. III, lib. III, cap. X, pp. 103-104). Cf. también, *ibid.*, XV, cap. 4, p. 166, donde se dice que «jamás tendrá ningún valor legal el testimonio directo del reo contra sí mismo».

290. La asistencia del defensor en el interrogatorio sumarial del imputado —excluida en el código de instrucción francés de 1808, debido a la rígida separación entre fase instructora de tipo inquisitivo y fase de juicio oral de tipo acusatorio— se introdujo en Francia por una ley de 8.12.1897. En Italia, aunque el art. 24 de la Constitución garantiza la defensa «en todo estado y grado del procedimiento», una norma análoga fue introducida sin embargo, después de un pronunciamiento de inconstitucionalidad (n. 190 de 16.12.1970) por una ley n. 62 de 18.3.1971, neutralizada poco después, como veremos en el apartado 50.3, por el poder extraordinario de «practicar sumarias investigaciones del sospechoso» sin la presencia del defensor, reconocido a la policía por

el d.l. n. 59 de 21.3.1978 para algunos delitos graves y después, con carácter general, por los arts. 305, 5.º y 364, 5.º del nuevo código de procedimiento.

291. F. M. Pagano, *o. c.*, XXII, pp. 167-169; F. Carrara, *o. c.*, 894, pp. 367-371.

292. Sobre la notificación del *costituto obiettivo*, es decir, de todos los elementos de prueba o de acusación recogidos a cargo del reo para permitirle contradecirlos en tiempo, insiste sobre todo F. Carrara, *o. c.*, 894, p. 369 y 936, p. 418, que llama «asesinatos judiciales» a las omisiones de este fundamental deber de lealtad procesal y la consiguiente «coartación de la defensa».

293. El principio se remonta al derecho romano, donde fue formulado así en un escrito de Trajano: «Qui quaestionem habiturus est, non debet specialiter interrogare an Lucius Titus homicidium fecerit, sed generaliter quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requirentis videtur» (Ulpianus, *8 de officio proconsulis*, D. 48.18.1.21). Sobre esto, véase F. Carrara, *o. c.*, 939-942, pp. 420 ss., que llama «sugestión verbal», asimilándola a la «sugestión real» de la tortura, a todo tipo de pregunta capciosa dirigida a influenciar al interrogado, sugiriéndole la respuesta, «que, por consiguiente, ya no viene a ser la expresión espontánea de su alma, ni la manifestación genuina de lo que sabía antes de presentarse al interrogatorio, sino un eco de lo que el juez le va sugiriendo. Viciosísimo es todo interrogatorio que peque de sugestión». Consecuentemente Carrara exige un «método analítico, es decir, que el juez que interroga no debe partir nunca de lo conocido, sino interrogar como si no supiera lo que sabe, pues de otro modo sugiere, no interroga» y debe «buscar la mayor precisión y claridad del lenguaje» (938, p. 419). Véase también *ibid.*, 894, p. 371, donde se citan las reglas de corrección procesal formuladas a fines del siglo XVIII por J. P. Banniza, *Systema jurisprudentiae criminalis*, Trattner, Vienna, 1755, cap. IX: desde el principio de que toda pregunta debe recaer sobre una sola circunstancia para evitar confundir al interrogado (apart. 8), a la prohibición de seducir a éste con promesas de impunidad o de otros favores (apart. 11), o también a la prohibición de aterrorizarlo, amenazarlo, escarnerarlo (apart. 16) y similares.

294. «Siempre han de ser tenidos por reprobables todos los artificios mendaces y todos los medios sorpresivos con que el inquisidor seduce al reo para que confiese. Éstos son hechos inmorales a los que no deben prestar apoyo los jueces encargados de decidir, sino que deben repararlos no dándole ningún crédito a la confesión así arrancada, cuando el imputado la retracta. Y más vituperables todavía son esos artificios en que los investigadores se hacen aliados de los guardianes de las cárceles al invitarlos a aprovechar cualquier medio para que el detenido confiese; y sin embargo, en ciertos países era tan usual el empleo de tales infamias... Muy distintos eran los preceptos que regían en los pueblos verdaderamente civilizados, como lo prueba, respecto a Toscana, la ley procesal orgánica del 4 de noviembre de 1838, publicada por Leopoldo II con el título de *Dichiarazioni e istruzioni*, y que en su art. 537, núm. 2 ordena lo siguiente: 'Queda prohibido... tomar declaración como testigos, tanto en los procesos escritos como en los juicios públicos, en contra de los imputados y acusados, excepto en las causas de fuga de la cárcel como lugar de custodia, a los demás detenidos en las mismas cárceles, respecto a las revelaciones que dichos imputados o acusados hayan hecho a los demás detenidos durante la custodia indicada'. Es doloroso que bajo el gobierno de la libre Italia haya que lamentar ciertas órdenes de déspotas ahora expulsados de ella, y que esas quejas sean miradas con desprecio por los que tienen la misión de impulsar la patria por los caminos del progreso, en vez de volver a llevarla a la barbarie de las prácticas medievales» (F. Carrara, *o. c.*, 930, pp. 412-413, nota).

295. También es ésta una indicación de F. Carrara, *o. c.*, 894, p. 371, nota 2 y 938, p. 420, nota 2, que la propone como única alternativa aceptable a la oralidad del juicio —para impedir las deformaciones inevitables de las declaraciones simplemente

suscritas del código Annamita—. El «proceso verbal» transcrito por un secretario o un *notarius* es, por el contrario, una típica institución inquisitiva (véase una detallada regulación del mismo en F. Chartarius, *o. c.*, lib. III, cap. III, pp. 71-187).

296. «Aquí nunca se les recomendará suficientemente la tolerancia a los jueces que dirigen el debate. Sería vicio gravísimo si al reo que quiere objetar alguna cosa contra el testigo que está en su contra, se la cortara la palabra antes de que hubiera explicado el concepto de lo que quiere oponer, pues el reo no está ahí para ser un mudo espectador del juicio» (F. Carrara, *o. c.*, 936, p. 417).

297. *Ibid.*, 894, p. 369. El principio —que refleja la condición epistemológica ilustrada en el apartado 10.6 del control defensivo por *modus tollens* de las hipótesis acusatorias y por *modus ponens* de las contrahipótesis que las contradicen— estaba enunciado expresamente en el art. 368 del código de procedimiento de 1930: «El juez debe investigar todos los hechos y circunstancias que ha expuesto el imputado en el interrogatorio, en cuanto puedan conducir a la averiguación de la verdad». Más genéricamente está enunciado en el art. 385 del nuevo código: «El ministerio público... realizará asimismo comprobaciones sobre los hechos y circunstancias favorables a la persona sometida a investigación».

298. Voltaire, *Prix*, cit., XXIII, p. 580: «Arrojar a un hombre a la cárcel, dejarlo solo presa del miedo y de la desesperación, interrogarlo solamente cuando ha perdido la memoria por la angustia, ¿no es como atraer a un viajero a una caverna de ladrones para asesinarlo?».

299. «Algunos tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito que descubriera a los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas; los inconvenientes son que la nación autoriza la traición, detestable aun entre los malvados; porque siempre son menos fatales a una sociedad los delitos de valor que los de vileza... Además de esto, el tribunal hace ver la propia incertidumbre y flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende. Las ventajas son evitar delitos importantes... Parecióme que una ley general, la cual prometiera impunidad al cómplice manifestador de cualquier delito, fuese preferible a una especial declaración en un caso particular... pero en vano me atormento para destruir el remordimiento que siento, autorizando con las leyes sacrosantas, con el monumento de la pública confianza, y con la basa de la moral humana, la traición y el disimulo. ¡Qué ejemplo sería para una nación si se faltase a la impunidad prometida, arrastrando al suplicio, por medio de doctas cavilaciones, en vergüenza de la fe pública, a quien ha correspondido al convite de las leyes!» (*De los delitos y de las penas*, cit., XXXVII, pp. 99-100). De otra opinión fue J. Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., t. III, lib. I, cap. XIV, que partiendo de premisas puramente utilitaristas refutó como no pertinentes las consideraciones de Beccaria en tema de «traición» y de «falsedad» entre «malvados»; excluyó, en consecuencia, el premio de la impunidad a los cómplices delatores, que siempre «es malo», sólo «si hay otro medio para conocerlos», pero «si no hay otro es bueno, porque la impunidad de uno solo es un mal menor que la de muchos»; advirtió que «nunca deben señalarse semejantes recompensas por una ley general», que «sería una invitación para toda especie de delitos, pues sería lo mismo que si dijese el legislador: entre muchos criminales el más maligno no sólo quedará sin castigo, sino que será recompensado», y propuso en cambio que su otorgamiento se dejase «a la discreción del juez», a fin de no sustraer a ningún criminal «al temor de sufrir pena». El propio Bentham, sin embargo, reconoció que «el dominio de la recompensa es el último asilo en el que se ha atrincherado la autoridad arbitraria» (*ibid.*, XII, p. 125). En favor de los «premios para los delatores» se había manifestado casi tres siglos antes T. Moro, *Utopía*, cit., I, p. 103.

300. «Conceder la vida a aquel que ejecutará a sus compañeros es un medio muy

seguro de hacer morir a los menos culpables y de salvar al más malvado» (D. Diderot, *Observations*, cit., p. 397).

301. «Mucho menos se debería admitir como un motivo razonable de impunidad el perdón que se suele prometer al cómplice por el descubrimiento de los demás. Aun cuando la santidad de las leyes no fuese incompatible con un remedio que lleva consigo la más vil traición; aun cuando no fuese un indicio de debilidad e impotencia el ver que la ley implora el auxilio del mismo que la ofende; aun cuando no hubiese mostrado la experiencia que en estos casos suele ser el más perverso el que se libra del rigor de la pena, la razón sola debería bastar para disuadir al legislador de echar la mano de este remedio, que no sólo es insuficiente para producir el efecto que se desea, sino que puede ser causa del efecto contrario. En vez de retirar al hombre perverso y astuto la esperanza o la seguridad de la impunidad concedida a la delación del cómplice, le dará más aliento para emprender un delito en que se necesite el concurso de muchas personas... Todos verán en la delación un asilo seguro, y lisonjeándose de este modo vendrá a suceder que la esperanza común de la impunidad debilite igualmente el terror de la pena...; y que frustradas las esperanzas del legislador, tenga éste que arrepentirse al ver los funestos efectos de un remedio que aunque útil, debería abandonarse como contrario a la respetable dignidad de las leyes» (*Ciencia de la legislación*, cit., t. IV, lib. III, cap. LVII, pp. 360-361).

302. «Ninguna confianza merece el reo que, alentado por la impunidad, señala a sus compañeros. Porque cuando se compra la impunidad al precio de la denuncia de los delitos y de los cómplices, el reo busca a menudo su salvación fingiendo delitos e imaginando cómplices: del mismo modo que el que, para procurarse el sustento, expende moneda falsa si no tiene de la verdadera» (*La logica dei probabili*, cit., XIV, p. 37). También porque, más allá de las promesas de impunidad, «un reo que denuncia al cómplice ¿por cuántas razones lo puede hacer? Debiendo perecer por su delito, con frecuencia quiere arrastrar con él a sus enemigos en su ruina...; a menudo el órgano de la intriga sirve al interés del poderoso... A veces en la inculpación de ilustres socios busca la propia disculpa, porque el crédito de aquéllos hace inverosímil su delito o para que su defensa le salve también a él... Es también cierto que a veces su labor señalando al cómplice expresa la verdad. Pero de ordinario sucede que su delación sea el instrumento de la venganza, de la maldad o de una esperada protección. Quiere decirse que la delación del correo conlleva más frecuentemente lo falso que lo verdadero» (*ibid.*, pp. 36-37). Por ello, concluye Pagano, la «denuncia del coimplicado» requiere siempre contrastes y confirmaciones, que no pueden consistir en otras «denuncias de coimplicados» por parte de otros coimputados: «la sola «denuncia», aunque provenga de mil socios, no puede producir la certeza moral» (*ibid.*, p. 42).

303. «Permitir la impunidad subsiguiente al delito consumado es un expediente inmoral que lo fomenta... Cuando un gobierno quiere eficazmente apoderarse de un reo, lo puede conseguir sin rebajar su autoridad y sin emplear medios tan inmorales y ofensivos a la majestad y a la opinión de fuerza y de vigilancia que debe inspirar, como funestos para la seguridad pública y privada» (*Génesis del derecho penal*, cit., lib. II, cap. X, 896 y 899, pp. 332-333).

304. Véanse, *supra*, las notas 293 y 294. La calificación de «toda sugestión empleada por los jueces en sus interrogatorios» como «abuso de la autoridad» está en F. Carrara, *Programa. Parte especial*, V, 2513, p. 55, donde se exponen dos ejemplos de este delito: «los artificios utilizados para inducir a un inocente a declararse culpable» y los «usados por el juez instructor con el fin de que los testigos interrogados por él depongan de la manera que él quiere, aunque sea contraria a las opiniones y la intención de ellos».

305. Cf., sobre las arbitrariedades permitidas por semejantes contrataciones, la nota 119 de este capítulo y la nota 35 del cap. 10.

306. Una constitución de Arcadio y Honorio de 4 de septiembre del 397 estableció el premio de la impunidad para la denuncia de los cómplices de una conspiración: «si quis in exordio initiae factionis, studio verae laudis accensus, ipse prodiderit factionem, et praemio a nobis et honore donabitur. Is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, tamen incognita adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolute tantum ac venia dignus habebitur» (CI. 9.8.5.7; C. Th. 9.14.3.7). Pero en el 423 Honorio y Teodosio —remitiéndose a la *veteris iuris auctoritas* según la cual no se debe dar crédito a las «denuncias de coimPLICADOS» de los reos confesos (D. 48.18.26, CI. 9.41.4)— dictaron una norma exactamente opuesta, advirtiendo a los reos de no esperar indulgencia por la denuncia de los cómplices y llegando hasta a prohibir que el reo confeso fuera interrogado sobre los delitos cometidos por otros (CI. 9.2.17). La institución del premio para los reos delatores se desarrolló sin freno, sin embargo, incluso más allá de los delitos de subversión y traición en el período intermedio (A. Pertile, *Storia del diritto penale*, cit., pp. 119-120). Recuérdese, todavía en 1765, el bando dado en Milán en el cual, en vista de los numerosos robos en las casas, se prometía «cien *zecchini* a quien suministre indicios suficientes para la tortura, mediante los cuales pueda llegarse a conocimiento de los autores de los susodichos hurtos. No excluimos del citado premio, incluso lo prometemos positivamente a los cómplices y autores de esos hurtos y atentados, cualesquiera que sean, y les aseguramos además la impunidad cuando suministren indicios suficientes para la tortura de sus compañeros» (en C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, cit., p. 83). Con posterioridad la impunidad para los cómplices delatores se introdujo sólo para los delitos contra la seguridad del Estado en el art. 108 del *Code napoléonico* de 1810: «Estarán exentos de las penas previstas contra los autores de conspiraciones o de otros crímenes que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, aquellos culpables que, antes de toda ejecución o tentativa de estas conspiraciones o de estos crímenes, y antes de que se hayan iniciado su persecución, hayan sido los primeros en dar a conocer tales conspiraciones o crímenes y sus autores o cómplices a las autoridades mencionadas en el art. 103, o aquellos que, incluso después del comienzo de las actuaciones, haya procurado el arresto de dichos autores o cómplices. Los culpables que hayan aportado estos conocimientos o procurado esos arrestos, podrán sin embargo ser condenados a permanecer de por vida o por un tiempo bajo vigilancia especial de la policía superior»; el art. 101 del mismo código dispone además que «no se impondrá ninguna pena por hecho de sedición contra los que, habiendo formado parte de estas bandas sin ejercer en ellas ningún mando y sin desempeñar en ellas ningún empleo ni función, se hayan retirado a la primera advertencia de las autoridades civiles o militares, o incluso después, cuando hayan sido prendidos fuera de los lugares de la reunión sediciosa, sin oponer resistencia y sin armas». Normas análogas fueron introducidas en la mayor parte de los códigos penales preunitarios: en el de Parma (arts. 124-125), en el napolitano (arts. 157-158), en el gregoriano (art. 87), en el sardo (arts. 196-197) y en el estense (arts. 126-127). En particular, los dos preceptos del código francés fueron calcados casi literalmente por los arts. 179 y 165 del código piemontés de 1859 y después del italiano de 1865. Un cambio de dirección en sentido liberal se da, sin embargo, con el art. 133 del código de 1889 y después con el art. 309 del código de 1930, los cuales recibieron (según el modelo toscano) sólo el art. 100 del código de Napoleón, acordando la impunidad únicamente en el caso de desistimiento (para aquellos que «disuelvan o determinen la disolución de la banda» o «no siendo promotores o jefes se retiren de la banda o se rindan sin oponer resistencia y entregando o abandonando las armas») y no en caso de delación de los cómplices (por haberse considerado —se escribe en las exposiciones de motivos de los dos proyectos de código, recogiendo el argumento de Beccaria— que «nada puede justificar una traición, ni si quiera entre delinquentes»).

307. Sobre las distintas formulaciones en el derecho intermedio del deber del juez de decidir *iuxta alligata et probata* —por parte de Cino de Pistoia, santo Tomás, Panormitano, Bártolo, Baldo, Casoni, Durando y Bonifacio de Vitalinis—, véase V. Manzini, *Trattato di diritto processuale*, cit., I, pp. 187-189; G. Salvioi, *o. c.*, parte II, pp. 470 ss. Sobre la irrelevancia del «conocimiento privado» véase, *infra*, el apartado 41.7 y la nota 358. Cf. también el apartado 10.4, en particular las notas 52 y 54 del capítulo 3, así como la redefinición de todo el esquema epistemológico en los apartados 10.6 y 10.7. Puesto que en este esquema la libre convicción (o certeza subjetiva) se requiere no alternativa sino conjuntamente con su argumentación por medio de pruebas, el significado normativo de la primera se reduce, según las eficaces palabras de Nicola Nicolini, a la exigencia de que «se evite en mentes deformes y refinadas que, a fuerza de sorites y sofismas, lo que es manifiestamente verdadero, pasando de proposición en proposición, mediante levísimas y casi imperceptibles mutaciones, produzca algo falso» (*Della procedura penale*, cit., parte II, 237, p. 394). Sobre la carga acusatoria de la prueba y la obligación del juez de motivar en orden a su satisfacción según el nuevo código de procedimiento italiano, véanse, *supra*, el fin del apartado 10.8 y las notas 57 y 83 del cap. 3.

308. F. Carrara, *o. c.*, 924, p. 406; L. Lucchini, *o. c.*, pp. 149 y 145.

309. Cf., por ejemplo, F. Carrara, *o. c.*, 930, p. 411, a cuyo juicio una confesión «legítima» debe: 1) «ir precedida de la prueba de la parte *material* del delito; 2) «ser judicial, es decir, hecha ante el juez competente»; 3) «ser hecha después de un *interrogatorio*, y no espontáneamente»; 4) «hacerla una persona inteligente y libre»; 5) «ser hecha de manera *principal*» y «no *incidentalmente*»; 6) «ser *espontánea*»; 7) «recaer sobre cosas *posibles*»; 8) «ser *inequívoca*»; 9) «ser *constante*» y «no *revocada*». Reglas análogas fueron enunciadas por G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. X, p. 102 ss. y por F. M. Pagano, *La logica*, cit., XII, pp. 29-33.

310. Véanse los textos de Filangieri recogidos en la nota 289. El principio del valor no decisivo de la confesión en el proceso penal romano —contrariamente a la máxima civilista «*confessus pro iudicato habetur*» (Paulus, 9 *ad Plautium*, D. 42.2.3)— fue enunciado en un rescripto de Severo: «*Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*» (Ulpianus, 8 *de officio proconsulis*, D. 48.18.1.17); cf. también, *ibid.*, D. 48.18.1.27: «*Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur*». La norma que establece el carácter no decisivo de la confesión supone evidentemente el principio ya ilustrado de la inderogabilidad del juicio y de la indisponibilidad de las situaciones penales: por esto, en paradójico contraste con el principio de la libre convención y de la exclusión de las pruebas legales, la misma es ajena a la tradición acusatoria anglosajona, en la que las situaciones penales son disponibles de modo que el *guilty plea* o admisión de culpabilidad, incluso negociada con la acusación, autoriza la condena inmediata.

311. De signo inquisitivo es en cambio el método de interrogatorio del proceso mixto, donde los testigos pueden ser interrogados en la instrucción sumaria por la acusación y hasta arrestados por ella y en el juicio son interrogados por el presidente, que tiene además el poder de admitirlos o no, arrogándose así un control sobre el contenido de la estrategia defensiva o acusatoria e incluso anticipando el juicio. «Cánones de judicatura para las pruebas testimoniales», normas de «exclusión» y modalidad de interrogatorio de los testigos, fueron dictadas por G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XV, pp. 164 ss.; J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., libs. II y III, t. I, pp. 101-225 y lib. VII, t. II, pp. 8-155; B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, pp. 397-399; F. Carrara, *o. c.*, 943-963, pp. 425-446. En particular sobre la *cross examination*, cf. J. Bentham, *o. c.*, t. I, pp. 109, 132-133 y 205-215. En cuanto a los criterios de exclu-

sión, éstos son obviamente justificados sólo por la no credibilidad de los testigos o de las deposiciones (enajenados, familiares y por otra parte deposiciones *per relationem* a declaraciones de terceros, o al rumor público y similares), y no en cambio, como en la época premoderna, por condiciones personales de *status*. Así C. Beccaria, *o. c.*, XIII, p. 46: «Cualquier hombre racional, esto es, que tenga una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los otros hombres, puede ser testigo. La verdadera graduación de su fe es sólo el interés que tiene de decir o no decir la verdad. Por esto aparece frívolo el motivo de la flaqueza en las mujeres, pueril la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los proscritos, e incoherente la nota de infamia en los infames cuando no tienen en mentir interés alguno»; y, casi con las mismas palabras, G. Filangieri, *o. c.*, p. 164, y Voltaire, *Prix*, cit., XXII, 4, p. 579.

312. J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., 105.

313. *Ibid.* Cf. también J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., t. I, lib. III, cap. III, pp. 185-187.

314. N. Nicolini, *o. c.*, p. 5.

315. Introducido en Piamonte en 1770, en Toscana con el código leopoldino de 1786 (art. 50), en Francia con el código napoleónico de 1808 aunque limitado a los procesos en la *Corte d'Assise* (art. 294), en Austria en el código de 1873 (arts. 39-41).

316. La idea de la defensa como obligación (también) para el imputado además de derecho fue sostenida, gracias a un obtusa interpretación literal de los arts. 125 y 128 del código de procedimiento, por la *Corte d'Assise* de Turín (ord. 9.6.1976) y por la de Nápoles (ord. 29.11.1976), que rechazaron como manifiestamente infundada la cuestión de su legitimidad constitucional suscitada, en otros tantos procesos de terrorismo, por el rechazo de la defensa técnica por parte de los imputados. A favor de esta idea se alineó la mayor parte de la doctrina, sobre la base de una distinción, diversamente argumentada, entre «derecho de defensa» y «garantía de defensa», como si ésta estuviera dirigida a tutelar un interés no sólo del imputado sino también del ordenamiento: véanse las intervenciones de Vittorio Grevi, Vittorio Denti, Angelo Giarda, Metello Scaparone, Giandomenico Pisapia y Giuliano Vassalli, recogidas en V. Grevi (ed.), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, Bologna, 1877. En sentido contrario, cf. Angelo Melchionda, Mario Siniscalco, Ennio Amodio, O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 308-316. Yo creo que la concepción de la «defensa» como funcional (también) a un interés público supraordenado al del imputado, además de desnaturalizar en sentido paternalista y autoritario la garantía de la defensa, choca con el art. 24 de la Constitución, que la califica como «derecho» inviolable; y está además en contradicción con el art. 3.1 de la Convención europea de los derechos del hombre, ratificada por ley n. 848 de 4.8.1955 que reconoce al imputado el «derecho» a la alternativa entre «defenderse por sí mismo o tener un defensor de su elección».

317. F. Carrara, *o. c.*, pp. 255-256. Recientemente, sobre el problema de la igualdad de las partes, cf. O. Dominioni, *o. c.*

318. «La ley parece obligar al magistrado a conducirse con el acusado más como enemigo que como amigo. Este juez es dueño de mandar la confrontación del acusado con el testigo o de omitirla. ¿Cómo es posible que una cosa tan interesante como la confrontación sea arbitraria?... Es, pues, muy importante el confrontar todos los testigos con el acusado, y que en este caso la confrontación no sea arbitraria» (*Comentario*, cit., XXII, pp. 156-1578). La necesidad de la confrontación entre el imputado y los testigos de cargo se sostiene, como condición de validez de la prueba testifical, también por Condorcet, *Notes sur le Code criminel publié à Florence le 30 novembre 1786*, art. XXIII, en *Inediti*, cit., p. 427.

319. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. XX, p. 274. Cf. también

t. III, lib. III, cap. II, pp. 13 y ss., notas, donde se hace referencia a las numerosas fuentes que dan testimonio de la vigencia de la publicidad, la asistencia del defensor a todos los actos del procedimiento y la práctica del examen cruzado de los testigos en el proceso acusatorio romano.

320. J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., t. I, lib. III, cap. II, pp. 181-184.

321. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXXII, pp. 168-169. El mismo principio se encuentra enunciado en G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. XV, cánones 9 y 11, pp. 168-169.

322. Es la misma disparidad denunciada en la inquisición por F. Pagano, *Considerazioni*, cit., XVII-XX, pp. 88, 91, 94, 96, 101, que lamentaba además la mayor credibilidad que se daba a los «testigos fiscales» que «son propuestos por los acusadores», la relevancia asociada en el «informe fiscal» sólo a los elementos probatorios de cargo y las vejaciones de los testigos de la defensa. En el mismo sentido, véanse las protestas de B. Constant, *Commento*, cit., parte III, cap. IX, pp. 598-599, y de F. Carrara, *o. c.*, 956, pp. 436 ss.

323. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli Rocco per l'approvazione del codice di procedura penale*, apart. 108. La exposición dice: «Yo he explicado ya que haber atribuido al ministerio público el carácter de parte no significa de hecho haber creado una situación de igualdad frente al imputado».

324. Cf. A. Pertile, *Storia della procedura*, cit., I, t. I, p. 11, que recuerda la división también en dos fases del proceso inquisitivo: «en el procedimiento preliminar o informativo no se buscaban más que las pruebas de cargo, dejando para la segunda fase, a la que se llama defensiva, las favorables a la inocencia del indagado; cuando un testigo hubiera depuesto a favor del reo, no se registraba la deposición». Y era una característica específica del método inquisitivo que sólo en la segunda fase se admitiera al defensor y se permitiera al reo el exámen de las actas (F. Chartarius, *o. c.*, lib. III, cap. II, 22, p. 60 y cap. III, pp. 183 ss.)

325. El «foro» donde se celebraba públicamente en Roma la justicia era la plaza del mercado. Sobre la publicidad del antiguo proceso acusatorio, véanse G. Filangieri, *o. c.*, t. III, lib. III, cap. III, pp. 30-31; Th. Mommsen, *o. c.*, t. II, lib. III; V. Manzini, *o. c.*, I, pp. 5-6. La publicidad y la oralidad no excluían el secreto y la escritura en la fase del proceso que hoy se conoce como investigaciones preliminares y de policía: como testimonian las célebres palabras de Cicerón contra Verres, incluso en la *inquisitio* privada el *civis* acusador estaba dotado por la *lex* del pretor de poderes de instrucción que podía ejercitar en secreto hasta la *delatio nominis*, esto es, hasta la formulación de la acusación y su comunicación al acusado, y la *delatio*, que en los delitos privados se debía hacer inmediatamente y en los públicos podía reenviarse al término de la instrucción preliminar (cf. F. Carrara, *Instrucción secreta*, en *Opúsculos*, cit., IV, pp. 115 ss.)

326. Th. Mommsen, *o. c.*, t. II, lib. III, secc. II, pp. 26-27; V. Manzini, *loc. cit.*; G. Pugliese, *Le garanzie dell'imputato*, cit., pp. 614-615. Según Voltaire, *Comentario*, cit., XXII, p. 154, la idea, acreditada en la Edad Media, de que en el proceso romano los testigos eran interrogados en secreto y que el secreto era legítimo, se debió a una interpretación errónea de las palabras *intrare secretum* que figuran en una Constitución de Zenón del año 486 (Cl. 4.20.14) y que significan simplemente que los testigos eran introducidos en el despacho del juez (*secretum*, o también *secretarium*, como se dice en C. Th. 1.16.6). El mismo equívoco lingüístico se denuncia por F. M. Pagano, *o. c.*, XII, p. 68 y por G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, p. 201. El principio de la publicidad del proceso incluso en la época imperial está acreditado, por el contrario, por dos Constituciones de Constantino del 313 (en C. Th. 1.12.1) y del 331 (en C. Th. 1.16.1): en esta última se establece —evidentemente para hacer frente a la práctica tendencialmente predominante del secreto— que los tribunales sean públicos y que sus pre-

sidentes no se escondan, para juzgar, en sus despachos privados («Praesides publicas notiones exerceant frequentatis per examina tribunalibus, nec civiles controversias auidituri secretariis sese abscondant»).

327. Sobre la presencia del secreto también en el proceso acusatorio medieval, cf. V. Manzini, o. c., I, pp. 26 ss. Sobre los diversos grados y formas del secreto en el sistema inquisitivo —desde el secreto absoluto de la célebre *Santa Feme* en Alemania y el Consejo de los Diez en Venecia, y por otra parte del proceso inquisitivo sumario por delitos de lesa majestad y de herejía, hasta el secreto sólo instructorio del proceso inquisitivo formal, en el que se consentía al interrogado consultar las actas antes del juicio— cf., *ibid.*, pp. 33, 58 ss., 50 ss., 38 ss. y 45.

328. *De los delitos y las penas*, cit., 14, p. 50.

329. *Comentario*, cit., XXII, p. 154; *ld.*, *Précis du siècle de Louis XIV*, en *Oeuvres Historiques*, Gallimard, París, 1957, p. 1561.

330. *Prix*, cit., XXII, p. 580. «Todos estos procedimientos secretos», declara Voltaire a propósito del secreto instructorio, «se parecen a una mecha que quema imperceptiblemente hasta hacer explotar la bomba» (*ibid.*, p. 579).

331. *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. III pp. 32-33; *ibid.*, XVI, p. 195: «Un velo misterioso y arbitrario oculta todos los pasos de su violento proceder: un silencio espantoso deja a los parientes y amigos del infeliz que es conducido a aquellos tribunales en una cruel ignorancia de su suerte y en la imposibilidad de socorrerle».

332. *Istituzioni di civile filosofia, ossia di Giurisprudenza teorica*, en *Opere*, t. XIX, Piatti, Florencia, 1839, lib. IV, p. 265. Cf. también, de G. Romagnosi, *Se la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia*, en «Antología», XXIX, Florencia 1828, pp. 48 ss.

333. *Considerazioni*, cit., XXII, pp. 170-171; *ibid.*, cap. XII, titulado «Origen del secreto y misterioso procedimiento», en donde el secreto instructorio es también denominado «misterio judicial» y «misterio criminal».

334. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, lib. II, cap. X, p. 140. La misma frase se encuentra también en J. Bentham, *Tratados sobre la organización judicial*, cit., XVII, p. 80; *ibid.*, XVI, p. 76, donde el secreto resulta identificado como el principal factor de parcialidad y deshonestidad de los jueces, y donde se recogen estas palabras de Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional: «Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público».

335. *Tratado*, cit., pp. 140-141: «la mentira puede ser audaz en un interrogatorio secreto, mas es difícil que lo sea en público e incluso es extremadamente improbable por parte de cualquier hombre que no sea un depravado completo. Todas las miradas dirigidas sobre un testigo lo desconciertan si tiene un plan de impostura: percibe que la mentira puede encontrar un contradictor en cada uno de los que lo escuchan. Tanto una fisonomía que le es conocida como otras mil que no conoce, lo inquietan por igual y se imagina, a pesar suyo, que la verdad que trata de ocultar surgirá del seno de esa audiencia y lo expondrá a los peligros de falso testimonio. Se da cuenta de que hay, al menos, una pena a la que no podrá escapar: la vergüenza en presencia de una multitud de espectadores». Además, añade Bentham, la publicidad puede dar lugar a nuevos e inesperados testimonios por parte de los presentes.

336. «Los efectos de la publicidad llegan a su máximum de importancia cuando se consideran en relación a los jueces, ya sea para asegurar su probidad, ya sea para otorgar a sus sentencias la confianza pública. Esta publicidad les es necesaria como estímulo, en una carrera llena de penosos deberes, en la que se requieren todas las facultades de la inteligencia y toda la actividad del espíritu; en la que cada día de abandono significa un triunfo para la injusticia y una prolongación del sufrimiento para el inocente. Les es

necesaria como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar. Existen defectos y vicios que es indispensable prevenir. Los defectos provienen del carácter y la publicidad no los cambia, pero un juez, ante una audiencia numerosa, se atreverá menos a dejarse llevar por su impaciencia, por su humor, por ese despotismo de conducta que intimida a abogados y testigos, por esas diferencias de consideración, halagüeñas para unos y humillantes para otros. Se conducirá, ante los ojos del público, con una dignidad sin alvarez y mantendrá un sistema de igualdad sin bajeza. Pero cualquiera que sea el efecto de la publicidad sobre la parte externa del juez, ha de ser saludable para la justicia de sus decisiones. Hay un llamado continuo de su tribunal al de la opinión pública. Los espectadores serán otros tantos testigos interesados que observan todos sus pasos y pesan todas sus palabras. ¿Cómo escapar a las miradas desconfiadas y vigilantes? ¿Cómo atreverse a cualquier tergiversación en campo abierto cuando se lleva cuenta de todos sus pasos? Aunque llevase la injusticia en el corazón, sería justo a pesar suyo por estar en una posición en la que no puede hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo» (*ibid.*, pp. 142-143). Cf. también el pasaje de Bentham de la nota 257.

337. *Ibid.*, t. I, lib. I, cap. II, p. 14; *ibid.*, X, p. 141-142: «La publicidad en el procedimiento puede también tener un efecto muy saludable, creando una conciencia pública con relación al testimonio y formando así, en este punto esencial, la instrucción de los individuos. Las discusiones sobre las cuestiones jurídicas entran desde ese momento en el curso de las ideas corrientes y el público se acostumbra a tener mayor interés en sus resultados. La naturaleza y las reglas del testimonio, las diversas especies de pruebas y sus grados de fuerza probatoria se conocen mejor, incluso en los ambientes en que menos se espera». Por el contrario, escribe Bentham, la falta de publicidad ha sido siempre la causa principal de todos los «vicios» de la justicia, al hacer posible que prevalezcan «aquellos intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar» (*ibid.*, II, p. 14).

338. «Si la publicidad es necesaria para asegurar la probidad del juez, no lo es menos para fundamentar la confianza del público. Supongamos, contra toda verosimilitud, que una justicia secreta fuese siempre bien administrada, ¿qué se ganaría con ello? Apenas nada. La integridad estaría en el corazón de los jueces y la injusticia se pintaría sobre sus frentes. ¿Cómo el público podría conceder el título de justos a hombres a quienes ve adoptar una conducta en la que sólo la injusticia puede triunfar y la probidad no puede sino perder?» (*ibid.*, X, pp. 144-145).

339. *Ibid.* La cita completa está recogida en la nota 257.

340. *Ibid.*, pp. 145. «El tribunal de la Feme», prosigue Bentham, «la inquisición, el Consejo de los Diez, han deshonrado a los gobiernos que los adoptaron. Tal vez se les ha imputado infinitamente más crímenes de los que han cometido, pero los partidarios del secreto son los únicos que no tienen derecho a quejarse de calumnia».

341. *Ibid.*, p. 146.

342. Cf., sobre tales vicisitudes, P. Ferrua, *Oralità del giudizio e letture di disposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milán, 1981, caps. I-II.

343. F. Carrara, *Programa. Parte General*, cit., I, 547, p. 363 y II, 858, p. 313; L. Lucchini, o. c., p. 34. Anselm Feuerbach llegó a exigir no la sola posibilidad sino la obligación de la presencia del público (*Über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Giessen, 1821, pp. 166 ss., citado expresamente por V. Manzini, o. c., vol. III, p. 33). Carmignani reservó en cambio la publicidad al proceso acusatorio, discutiéndola en el inquisitivo (*Teoría*, cit., IV, pp. 205-217; véanse las críticas en F. Carrara, o. c., II, p. 259). Sobre el valor general de la publicidad en el derecho público, recuérdese la máxima de Kant: «Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados» (*Zum ewigen*

Frieden [1795], trad. cast. de J. Abellán, presentación de A. Truyol y Serra, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 61-62).

344. Cf. por ejemplo, R. Garofalo, *Criminologia*, cit., p. 327: «Sólo por medio del más riguroso secreto puede garantizarse la sinceridad de la instrucción. Mostrar al imputado y a su defensor ese tenue hilo que se desliza en el laberinto de un proceso indiciario es lo mismo que dejarlo romper».

345. «Las deliberaciones de los miembros del tribunal sobre el juicio que se va a dictar son expresiones de opiniones y puntos de vista aún *particulares* y, por lo tanto, por su propia naturaleza, no son algo público» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 224, p. 286).

346. Las relaciones entre secreto instructorio, información periodística, tutela de la presunción de inocencia y control social sobre la justicia son objeto de una ya vasta literatura. Recuérdense los volúmenes *Giustizia e informazione*, cit., que recogen las actas del XV Congreso del ANMI de 1975; *Segreti e prova penale*, Actas del Congreso de Ferrara, Giuffrè, Milán 1979; *Atti del convegno su «giustizia e informazione alla prova degli anni 80»*, Milán, 1983 (en particular la intervención de Elena Paciotti). Cf. además, sobre el secreto en general, el volumen colectivo *Il segreto nella realtà giuridica*, Cedam, Padua, 1983; G. Arena, *Il segreto amministrativo*, 2 vols., Cedam, Padua, 1983-1984.

347. *Infra*, apartado. 44.6. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 16-17, 38 ss., 47 ss., sitúa el nacimiento del derecho penal moderno en la inversión de la relación entre pena y proceso respecto de la publicidad: mientras en el derecho premoderno los procesos eran secretos y era pública y espectacular la ejecución de la pena (suplicios, exposiciones en la picota, argolla, patíbulos en las plazas, amputaciones visibles e infamantes y similares), en la Edad Moderna la pena se hace secreta, ocultándose y separándose del mundo externo (reclusión, vehículos cerrados en lugar de las carretas descubiertas para el transporte de los condenados, ejecuciones capitales dentro de las cárceles y antes del alba, etc.), y el proceso, al menos en línea de máxima, se hace público y acentúa sus rasgos litúrgicos. El carácter solemne y espectacular del derecho se transfiere del momento punitivo al procesal y la función garantista del proceso tiende a convertirse en una función represiva.

348. O. c., XXVIII, cap. 34, pp. 424-425, titulado «Cómo se hizo el secreto del procedimiento».

349. Recuérdese el rescripto de Adriano, según el cual se necesita creer a los testigos y no a los testimonios: «Divus Hadrianus rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum... Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent» (Callistratus, *4 de cognitionibus*, D. 22.5.3.3-4); también la viva voz tiene valor expresivo: «Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa et cognitionis subtilis diligentia adfert: nam et ex sermone et ex eo, qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt» (Charisius, *Lib. sing. de testibus*, D. 48.18.10.5).

350. G. Salvioli, o. c., p. 325; V. Manzini, o. c., I, pp. 23-31 y 50. La preeminencia de la escritura también en el proceso acusatorio medieval se debió sobre todo a la influencia de los esquemas civilistas: tanto en la comunicación de la acusación (*liber accusationum*) como en el interrogatorio del imputado que se recogía por escrito, y asimismo en el de los testigos que se hacía en capítulos escritos. En cuanto al proceso inquisitivo, totalmente escrito, en él se producían numerosos libros (*denuntiationum, testium, confessionum, diversarum scripturarum, praeceptorum* y otros) que se recogían en el *liber inquisitionum*, que se corresponde con los actuales «autos» del proceso. Sobre la escritura y el secreto en el proceso inquisitivo francés según la *Ordonnance* de 1670, cf. P. Ferrua, *Oralità*, cit., pp. 3-13.

351. F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., XXI, pp. 105-106: «La escritura, como bien dice Sócrates ante Platón, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunica en el espíritu... En la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo, por usar la frase de Tulio, como más interesante es también más verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden en la muda escritura, faltando al juez los más claros y ciertos argumentos». En el mismo sentido, véanse J. Bentham, *Tratado de las pruebas*, cit., que reconoce, sin embargo, «la utilidad», también para la defensa, «de la conservación de los testimonios mediante la escritura» (t. I, lib. II, cap. IX, p. 135 y lib. III, cap. XIII, p. 225); F. Carrara, o. c., 893-894, pp. 367-372, donde se propone, como se ha señalado, la compilación autógrafa del proceso verbal por parte del interrogado como única alternativa admisible a la simple oralidad. Favorable a la escritura fue sin embargo G. Carmignani, *Teoria*, cit., lib. IV, pp. 317-322.

352. Sobre las vicisitudes del principio de oralidad —de su afirmación en el proceso acusatorio francés creado con los decretos revolucionarios de 1789 y 1791, a su involución en la reforma de 27.1.1801 y después en el código napoleónico de 1808, los códigos preunitarios y los italianos de 1865 y de 1913— véase también P. Ferrua, *Oralità*, cit., parte I. Sigue siendo muy útil el panorama de los procedimientos orales en los diversos ordenamientos del siglo pasado trazado por K. J. Mittermaier, *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni*, cit.

353. El desarrollo de la escritura, si por un lado es una consecuencia inevitable de la extensión de los procesos, por otro es también un factor decisivo, que impide la concentración y la inmediación. Esta última se ve impedida en el plano epistemológico por el filtro de la transcripción, mediante el cual, como se ha visto en el apartado 4.3, los hechos son ya interpretados judicialmente, resultando destacado sólo lo que se considera relevante de las deposiciones por el que las compila y que después, por lo general, equivale a lo que es relevante para la acusación. Sobre la lentitud de los procesos, originada en la Edad Media por la escritura, además de por las continuas interrupciones y disfunciones, cf. A. Pertile, o. c., I, t. I, pp. 9 ss., que pone de manifiesto como aquella no excluía la «precipitación» con la que «contra los hombres del estado llano y contra los del partido contrario se procedía y se sentenciaba con frecuencia sin siquiera oírlos, e incluso sin citarlos»; V. Manzini, o. c., III, pp. 486-487, que recoge una ley del Consejo de Venecia del 2.9.1708 contra la inercia del Colegio, que «permanece durante muchos meses en una oficina, sin reunirse más que rarísimas veces... con lo que están allí seis, ocho, diez años inactivos, con gran perjuicio para la justicia». Contra esta lentitud, Pagano propuso una norma: «En otro día, que no debe distar más de tres desde el de la discusión, se debatirá y se votará conjuntamente la causa» (*Considerazioni*, cit., XXXII, p. 169). El problema se había planteado también en Roma con el desarrollo del proceso inquisitivo *extra ordinem*: prueba de ello son las gravosas multas dispuestas por una constitución de Justiniano del 529 para los jueces que no hubiesen resuelto una causa penal en los dos años siguientes a la contestación (Cl. 9.44.3).

354. G. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 139. Chiovenda señala que estas tres «consecuencias procesales» son «tan importantes como la oralidad misma. Y al decir 'principio de la oralidad' compréndese en una fórmula necesariamente breve y representativa toda aquella serie de consecuencias» (*ibid.*, p. 136). En el mismo sentido, P. Calamandrei, *Oralità nel processo*, en *Nuovo Digesto Italiano*, cit., IX, 1939, pp. 178-180; A. Segni y S. Costa, *Procedimento civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XIII, 1966, pp. 1028-1029.

355. O. c., t. II, 886, p. 356. De manera análoga F. M. Pagano, *Considerazioni*, cit., III, p. 20: «Para tutelar el más precioso de los derechos civiles, la libertad, es necesario el freno de la regularidad del proceso, que contenga el arbitrio ilimitado del juez».

356. F. Carrara, o. c., t. II, 813, p. 277, nota. La alusión, reiterada en el párrafo 886, p. 356, se refiere al código de procedimiento de 1865: «Sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez, como lo ha hecho con tanta frecuencia el único código de procedimiento italiano de 1865». Son palabras actualísimas todavía, sobre todo después de que la ley n. 534 de 8.8.1977 suprimiera la «insanabilidad» de las violaciones de las normas concernientes a «la intervención, asistencia y representación del imputado», previstas todas como motivos de nulidad absoluta, apreciables de oficio en el art. 185, n.º 3 del viejo código de procedimiento, y en el art. 179 del nuevo código, sólo para los supuestos de «omisión de la citación del imputado» y «ausencia de su defensor en el caso en que sea obligatoria su presencia».

357. *Ibid.*, 819, 283-284: «No basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su fin *jurídico*, o sea, el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al *verdadero culpable*, y se le haya condenado tan sólo en la medida que merecía, sino que es preciso que esto *sea creído* por el pueblo. Tal es el fin *político* de las formas procesales, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo no sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del *hombre* que juzga, y que no todos pueden tenerla; pero cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esa observancia».

358. En este sentido, cf. F. Carrara, o. c., 905, nota, p. 385: «Hay que tener por cierta la distinción entre juez que *absuelve* y juez que *condena*; el primero tiene que obedecer los principios legales y decidir de acuerdo con lo que sabe que es verdadero, aunque *no conste en los autos*; el segundo no, pues respecto a lo que conoce fuera de los autos, ni ha habido intimación ni se ha dado oportunidad para la defensa... El juez siempre es dueño de *no creer en los autos*, y por esto puede absolver en conciencia, aunque sepa que los testigos han acusado a un inocente; pero no es libre de *afirmar* ni de creer lo que *no exista en los autos*». En el derecho intermedio la fórmula conforme a la cual el juez debe juzgar *secundum allegata et probata* era sin embargo bastante más rígida. Recuérdese la pilatesca tesis de santo Tomás: «*Iudex, si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus convincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniat occasionem liberandi innocium, sicut Daniel fecit. Si autem hoc non potest debet eum ad superiorem remittere iudicandum. Si autem hoc non potest, non peccat secundum allegata sententiam ferens: quia ipse non occidit innocentem, sed illi qui eum asserunt nocentem*» (*Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIV, art. 6).

359. *Pensamientos*, cit., 44, p. 32.

360. Numerosas fuentes que acreditan la práctica y a veces la obligación de la motivación en la Edad Media —desde algunas sentencias de jueces longobardos hasta sentencias pisanas del siglo XII, desde las motivaciones cultas de los llamados «Grandes Tribunales» italianos hasta las resoluciones motivadas de los *Schöffengerichte* en Alemania, y la prescripción de la motivación en algunos estatutos y principios italianos— son citadas por M. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 319-325; Id., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, en «*Rivista di diritto processuale*», 1974, pp. 279 ss. Sobre el abandono en Francia de la práctica de la motivación en el siglo XIV en nombre del carácter absoluto del poder del rey y de las cortes regias, cf. T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, en «*Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*», 1955, pp. 23 ss. En lo que respecta a los tribunales eclesiásticos, V. Manzini, o. c., I, p. 47, nota, 7, recuerda la motivación de la sen-

tencia del Santo Oficio de 8.2.1600 contra Giordano Bruno. En la mayor parte de los casos, las sentencias eran sin embargo inmotivadas, siendo la motivación sólo facultativa (B. Brunatius, *Agon*, per Melchiorem Sessam, Venetiis, 1535, p. 48 bis: «Quaero igitur ex praedictis: an iudex teneatur ponere in sententia, quare condemnat; dici quod non, quia sufficit satis si dicat: condemno, vel absolvo; [...] sed si iudex vult, potest apponere»).

361. V. Manzini, o. c., I, p. 6, donde se precisa que sólo eran motivadas las sentencias de los magistrados y no las de los jurados.

362. *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit., lib. VIII, afor. 38, p. 812: «Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant, idque palam atque astante corona; ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum».

363. Voltaire, *Comentario*, cit., XXIII, p. 159: «En fin, ¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?»; Condorcet, *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu* (1786), en *Oeuvres*, cit., t. VII, p. 152: «(El derecho natural) exige que todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las causas que le han movido a ello. En vano se diría que, en el fallo impreso, el escribano corrige con un título detallado este silencio insultante para la nación. Esto no es, aquí, más que un pretexto que encubre la culpable intención de reservarse el derecho de romper o de guardar silencio según motivos particulares»; J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice* (1827), en *The Works*, cit., VI, pp. 356 ss., donde la motivación se considera *altogether desirable* y objeto no de una obligación *of the legal kind* sino sólo un deber *of the moral kind* (p. 357).

364. El texto de la Pragmática fernandina, citado en la nota 24 del cap. 1, está en Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, cit., pp. 375-376. A continuación de las protestas del *Sacro Regio Consiglio*, que encontró esta ley irrespetuosa para los jueces, Fernando respondió con un despacho de 25 de noviembre de 1774: «Quiere Su Majestad que el Consejo tenga por máxima que la legislación reside toda en la soberanía; que el Consejo no es más que un juez y que los jueces son ejecutores de las leyes y no legisladores; que el derecho tiene que ser cierto y definido, no arbitrario; que la verdad y la justicia que los pueblos conocen y ven en las decisiones de los jueces es el decoro de los magistrados y no ese estilo de oráculo que no duda atribuirse en su representación el Consejo: siendo el género humano por desgracia llevado a sospechar y a maldecir lo que no entiende fácilmente». Sobre la pragmática de Fernando, «grandísimo freno al arbitrio del juez», véase, además de las citadas *Riflessioni* de Filangieri, N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, cit., pp. 76, 389, 779 y 913-918. Cf. también R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Jovene, Nápoles 1968, pp. 137-171; M. Pisani, *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, en «L'indice penale,» 1970, pp. 317 ss.; E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXVII, 1977, pp. 187-188.

Antes de la Pragmática de Fernando, una obligación de motivación no general, sino relativa a determinados procedimientos y sin garantía de publicidad (prescrita sólo medio siglo después en el *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793), había sido introducida en Prusia en el *Codex Fridericianus Marchicus* de 1748 redactado por Samuel Cocceio y auspiciado por Federico II; en Piamonte, donde una ley de Carlo Emanuele I, de 7.1.1615, confirmada en 1723, la prescribió cuando fuera reclamada por las partes o en caso de particular importancia; en el ducado de Módena se introdujo en 1771 según el modelo piamontés. Para ulteriores indicaciones, cf. M. Taruffo, *L'obbligo*, cit., pp. 273 ss.; Id., *La motivazione*, cit., pp. 327 ss.

365. La Declaración real relativa a la ordenanza criminal de Luis XVI prescribía

que toda sentencia «enuncie o califique expresamente los crímenes y delitos de los que el acusado haya sido convicto y por los que será condenado». Quedaban sin embargo excluidas de la motivación las sentencias de absolución y las de apelación. Cf. A. Laingui y A. Lebigre, *Histoire*, cit., pp. 104-105 y 129. Del mismo año —1788— es el código judicial llamado barbacoviano del Principado de Trento, que introdujo la obligación de la motivación en sus apartados 212 y 214.

366. La obligación de la motivación, establecida en Francia por los códigos de procedimiento napoleónicos, fue sancionada con pena de nulidad por el art. 7 de la ley de 20 de abril de 1810. En Italia la historia legislativa de la institución está marcada en gran parte por la influencia francesa: calcada de la Constitución francesa de 1795 por todas las Constituciones de las Repúblicas jacobinas —la de Bolonia de 1796 (art. 129), la cispadana de 1797 (art. 228), la cisalpina de 1797 (art. 208), la de Liguria de 1797 (art. 222), la romana de 1798 (art. 207) y la napolitana de 1797 (art. 207)—, el principio de la obligatoriedad de la motivación se omitió sin embargo en las Constituciones napoleónicas de la República italiana de 1802 y del Reino de Nápoles y Sicilia de 1808 (pero no en la de Sicilia promulgada en 1812 por Fernando III, que lo reafirma en el tít. III, cap. I, párr. 5). Después se introduce nuevamente en el código de procedimiento civil para el Reino de Italia de 1806 (art. 141), que es una traducción del napoleónico; y es confirmado en los dos códigos de procedimiento del Reino de las Dos Sicilias de 1819, así como en los piemonteses y en los de otros estados preunitarios. Para una reconstrucción detallada, cf. M. Taruffo, *La motivazione*, cit., pp. 333-334.

367. En los ordenamientos del *common law* no existe todavía una obligación jurídica de motivación, aunque la motivación es una práctica generalizada que se afirma desde fines del siglo xii (cf. M. Taruffo, o. c., pp. 363 ss.). Para una crítica de la vinculación entre el juicio por jurados y el veredicto inmotivado, cf. E. Amodio, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, en «Rivista de Diritto processuale», 1970, p. 462.

368. La expresión es de F. Carrara, o. c., p. 254: «el que contemple al desnudo lo terrible de la fórmula *te declaro asesino porque te creo tal, y no debes averiguarme por qué te creo asesino*, no podrá, si es que tiene corazón sensible, dejar de estremecerse ante poder tan inhumano».

369. De estas tres condiciones epistemológicas exigidas a la motivación fáctica y controlables en casación, la primera refleja, sin caer en los vicios lógicos de las pruebas legales negativas ilustrados en el apartado 10.7, la necesidad de verificación que toda prueba adecuada debe ser capaz de soportar y que fue expresada por Montesquieu con la tesis según la cual «las leyes que permiten la muerte de un hombre por la declaración de un solo testigo son fatales para la libertad» (o. c., XII, 3, p. 173). La segunda y la tercera reflejan la necesidad, requerida por el art. 368 del viejo código de procedimiento, de tener en cuenta las refutaciones defensivas de las hipótesis acusatorias y, por otro lado, de ofrecer refutaciones de las *contrahipótesis defensivas*.

370. O. c., p. 208.

371. Sobre la distinción entre la función «endo-procesal» o de garantía interna al proceso de la motivación y su función «extra-procesal» como condición del control democrático y de la responsabilización externa de la actividad judicial, cf. M. Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 334 ss. y E. Amodio, o. c., pp. 185-189, los cuales no obstante disienten acerca de la ascendencia de los dos esquemas funcionales, identificados por el primero en la tradición napolitana y en la francesa y a la inversa por el segundo. Sobre el valor democrático de la motivación como factor de publicidad y de responsabilidad, cf. también M. Ramat, *Significato costituzionale della motivazione*, en *Magistrati o funzionari?*, G. Maranini (ed.), Comunità, Milán, 1962.

Parte IV

FENOMENOLOGIA.
LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LAS GARANTIAS
EN EL DERECHO PENAL ITALIANO

Capítulo 10

EL SUBSISTEMA PENAL ORDINARIO

42. *Normatividad y efectividad en el sistema penal italiano*

1. *La estructura garantista en el ordenamiento constitucional italiano. Las carencias de la Constitución del 48.* La Constitución italiana de 1948, tal como hacen otras Constituciones progresistas, incorporó bajo forma de límites o prohibiciones a la potestad punitiva del estado, la mayor parte de las garantías penales y procesales que se han analizado en los capítulos precedentes. Por otra parte, se trata de una Constitución *rígida* en un doble sentido: la modificación de sus normas sólo es posible a través de procedimientos especiales que excluyen su derogación implícita por parte de las leyes ordinarias contradictorias con ella, y, a su vez, estas leyes, a solicitud de los jueces encargados de aplicarlas, pueden ser anuladas mediante la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional. De este modo la estructura de nuestro ordenamiento es la de un «estado de derecho» en sentido estricto, donde el ejercicio de todo poder —no sólo del judicial o del ejecutivo, también el del legislativo— está sometido a vínculos formales y sustanciales de legalidad. El legislador penal no tiene el poder de disponer o predeterminar prohibiciones, penas y juicios «cuando» y «como» quiera, sino sólo cuando, a tenor de los principios garantistas enunciados por la Constitución, concurren las condiciones necesarias.

Gracias a esta estructura normativa, no sólo las resoluciones judiciales sino también las leyes son virtualmente excepcionables como inválidas, cuando se entiende que entran en conflicto con normas superiores. De ello se deriva, como hemos visto en el apartado 26, una disociación estructural entre vigencia y validez, que permite la crítica y la censura *internas* de las leyes vigentes consideradas inválidas, y que constituye, al mismo tiempo, el rasgo característico del «estado de de-

recho» y la razón de su latente y difusa ilegitimidad jurídica. Y de ello se deriva también una específica función de la cultura jurídica: en un estado de derecho con Constitución rígida, jueces y juristas están institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, *reformadores de profesión*, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo.

Por otra parte, la incorporación limitadora de garantías penales y procesales —como de todos los demás tipos de garantías— es, en nuestro ordenamiento, extremadamente imperfecta. No todos los principios garantistas analizados hasta aquí vienen expresamente consagrados por normas de nivel constitucional; y no todos están formulados con el rigor y claridad que hubiera sido posible y deseable. Las únicas garantías establecidas inequívocamente por nuestra Constitución son el principio retributivo de la inderogabilidad del «hecho», los principios de legalidad y jurisdiccionalidad en sentido lato, la prohibición de la pena capital en tiempos de paz, la presunción de inocencia hasta llegar a la condena definitiva y, como corolario, la carga de la prueba a la acusación, los principios del juez natural y de independencia interna y externa de la función judicial, la obligatoriedad de la acción penal y el derecho a la defensa (arts. 24, 25, 27, 101-109). En cambio, el principio de estricta legalidad o taxatividad (como por lo demás el de estricta jurisdiccionalidad) está enunciado no explícita sino implícitamente, y de manera tan sumaria e indirecta que ha podido hacer pensar a algunos que no es un principio constitucionalizado¹. Lo mismo puede decirse de las garantías penales de materialidad, de lesividad y de culpabilidad: la primera, detectable únicamente en el uso de la palabra «hecho» en el art. 25.2²; la segunda, reconocida por algunos como lógicamente derivada de la naturaleza de la pena privativa de libertad, cuya aplicación, por incidir en un bien de rango constitucional como es la libertad personal, no es justificable sino para prevenir otros ataques a bienes igualmente constitucionales³; la tercera, formulada a través de la referencia, demasiado genérica y elíptica, al carácter «personal» de la responsabilidad penal⁴. Finalmente, no hay rastro en nuestra Constitución del principio de necesidad, del límite máximo de duración de las penas privativas de libertad o de la garantía de separación entre juez y acusador.

Aunque sea sólo de forma aproximativa y en virtud de una interpretación sistemática inevitablemente basada en juicios de valor y en opciones metajurídicas liberal-garantistas, puede afirmarse consecuentemente que la Constitución italiana ha incorporado el modelo cognitivo SG —aquí delineado a nivel teórico y axiológico—. Y esta tesis puede mantenerse, entre otros motivos, porque viene avalada por dos argumentos lógicos. El primero es la incorporación a la Constitución del derecho de defensa, esto es, de la última garantía del

SG, cuya satisfacción, como se ha demostrado, supone también la de todas las demás. En efecto, sólo son refutables las imputaciones que versan unívocamente sobre acciones y resultados empíricos valorados por un juez imparcial por ajeno a la acusación. El otro argumento lo da el valor prioritario asignado por el art. 13 de la Constitución a la libertad personal, que comporta la constitucionalización del modelo del derecho penal mínimo, ya que de ello puede deducirse que los costos penales, medidos en términos de privación de libertad, deben ser en todo caso un *mal menor* con respecto al *mal mayor* representado por las lesiones que pretende evitar. Esto no supone negar que el texto constitucional sea, en lo relativo a garantías penales y procesales, genérico y lleno de lagunas, incluso en algún aspecto más que los códigos; ni supone negar que una formulación más rigurosa habría podido impedir interpretaciones reductoras, sin tener que recurrir a los profusos esfuerzos de la doctrina progresista por extraer todos las consecuencias garantistas. En cualquier caso, si rechazamos aquella variante progresista de la confusión entre derecho y moral que hemos llamado «constitucionalismo ético», los principios axiológicos formulados en sede filosófica —como lo son los de nuestro modelo SG— pueden servir como parámetros teóricos para la crítica *desde fuera* de las lagunas e imperfecciones constitucionales de nuestro derecho penal; y pueden servir también como principios generales del ordenamiento, idóneos, gracias a su coherencia con los principios constitucionales unívocamente establecidos, para orientar *desde dentro* tanto las decisiones interpretativas relativas a las normas de la Constitución de significado incierto, como la política reformadora del legislador ordinario.

En esta cuarta parte, se trazarán las líneas de una crítica, inevitablemente sumaria, del sistema penal italiano, tanto interna, o *de iure condito* (con referencia a la Constitución), como externa, o *de iure condendo* (con referencia a nuestro modelo axiológico SG). Analizaremos ante todo el sistema italiano de legalidad penal y procesal, explicitando los principios de rango constitucional e infraconstitucional que, aunque sea imperfectamente, reflejan en su conjunto el modelo teórico garantista SG. Intentaremos después ofrecer un inventario esquemático, aunque es de esperar no sea demasiado incompleto, de las múltiples lesiones que a tal modelo se infligen en los diversos niveles inferiores del ordenamiento y que permiten interpretar el funcionamiento efectivo de sus variadas instituciones en relación con la tipología de los sistemas no garantistas S1-S10.

2. *La divergencia entre principios y praxis. Las tres diferenciaciones del sistema penal italiano: tres subsistemas penales.* Los vicios más graves de nuestro ordenamiento penal radican, sin duda, en los rasgos de ilegitimidad interna que caracterizan el ejercicio efectivo del poder punitivo; aunque se debe reconocer que su viscosa resistencia a la

tacha de invalidez viene potenciada en buena medida por los ya denunciados defectos del ordenamiento desde el punto de vista externo, esto es, por la formulación imperfecta de los parámetros constitucionales y legales de validez.

Los vicios internos no son, obviamente, exclusivos del derecho penal, ya que, en cierta medida, son inherentes a la propia estructura del estado de derecho. Al pasar de los niveles más altos a los más bajos del ordenamiento —de la Constitución a la legislación ordinaria, de la legislación a su aplicación judicial e, incluso, policial— se verifica, ineludiblemente, un *décalage*, esto es, un derrumbe de hecho, de las garantías normativas establecidas como principios. De ahí resulta un distanciamiento más o menos profundo entre normatividad y efectividad, que se manifiesta bajo la forma de *antinomias* entre normas y principios del nivel superior y normas y praxis del nivel inferior. Estas antinomias, que en alguna medida se dan siempre entre los diversos niveles de normas, son consecuencia del hecho de que cada uno de ellos se configura como *normativo* respecto al nivel inferior y como *fáctico* respecto al superior, y de que la posibilidad de ser violadas forma parte de la naturaleza deóntica de las normas, incluidas las dirigidas al legislador. La imagen que ofrece un ordenamiento es, en consecuencia, distinta según se observen, en los niveles más altos, sólo las condiciones normativas de validez o, en los más bajos, sólo las condiciones fácticas de efectividad. El edificio penal, como cualquier otro edificio jurídico, visto desde los planos superiores, presenta una imagen de racionalidad y justicia bien distinta a la de irracionalidad e injusticia que normalmente exhibe en sus niveles más bajos. Las imágenes del ordenamiento son, así, tantas como los niveles normativos —Constitución, ley ordinaria, jurisdicción, actividad policial— que tomemos como punto de vista o como referencia semántica. Y son tanto más válidas y edificantes, aunque inefectivas, cuanto más se asciende en la jerarquía de fuentes, y tanto más inválidas y perversas, aunque efectivas, cuanto más se desciende.

Es gravemente descaminado tomar estas imágenes parciales —desde arriba o desde abajo— como representación exhaustiva de un ordenamiento tan complejo como el del estado de derecho. Consideradas así, son el fruto de dos errores, consecuencia respectivamente de las falacias normativista y realista ya señaladas, producto a su vez de la confusión entre ser y deber ser y, a la inversa, entre deber ser y ser; falacias presentes, por lo demás, en la base de las dos perversiones ideológicas opuestas —idealista y realista— entre las que se mueve no sólo la ciencia penal sino toda la ciencia jurídica. Si retomamos la imagen piramidal del ordenamiento diseñada por Kelsen, el error de perspectiva en el que cae buena parte de la ciencia jurídica de orientación normativista, comenzando por la doctrina kelseniana, es el de confundir todo el edificio con sus niveles más altos (*law in books*), identificando lo que el derecho *es* con lo que el derecho *debe ser*, lo

que impide determinar el grado de ineficiencia de su «deber ser» normativo. Se trata de un error simétrico al cometido por las doctrinas jurídicas de orientación realista o sociológica, como las de Oliver W. Holmes o de Alf Ross, que confunden todo el edificio jurídico con los niveles más bajos (*law in action*), e identifican el derecho que «debe ser» con el derecho tal como «es», lo que impide determinar el grado de ilegitimidad de su «ser» efectivo. Sin embargo, una ciencia jurídica dotada de la adecuada capacidad explicativa debe contemplar simultáneamente todos los niveles del edificio: los más altos, normativos con respecto a los más bajos, para conocer los rasgos de ineficiencia además de los de racionalidad y justicia; y los más bajos, fácticos con respecto a los más altos, para conocer los rasgos de invalidez además de los de irracionalidad e injusticia⁵.

En el derecho penal italiano la distancia entre normatividad y efectividad es sólo más visible y grave que en los demás sectores del ordenamiento. Se manifiesta en la triple divergencia a que se alude en la introducción a esta obra y que ilustraré en los capítulos que siguen: entre sistema constitucional y subsistema penal ordinario; entre subsistema penal ordinario y subsistema penal de policía; entre ambos subsistemas, considerados a nivel normativo, y las praxis judicial y policial, que siempre se mueven en un nivel inferior al de las normas, aunque no sean válidas, que la regulan. Estas tres formas de divergencia, acentuado en el pasado decenio por efecto de la legislación y la jurisdicción de emergencia, corresponden a otras tantas formas de degradación de los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, que requieren, según la formulación propuesta en el capítulo 3, la denotación judicial sólo de lo que la ley connota y sólo la connotación judicial de lo que la ley denota, tras un proceso público contradictorio entre la acusación y la defensa, encargadas, respectivamente, de la verificación y de la refutación. El resultado ha sido un vaciamiento de casi todas las garantías penales y procesales y una creciente *administrativización* del derecho penal, que se hace patente en la transformación del sistema estrictamente retributivo, dirigido a prevenir los delitos futuros sólo mediante la punición de los ya cometidos y probados, en un sistema tendencialmente preventivo, dirigido a hacer frente a la mera sospecha de delitos pasados o al mero peligro de delitos futuros.

Esta mutación se ha producido a través de tres vías que se corresponden con cada una de las formas de divergencia ya aludidas. La primera vía, vinculada sobre todo a la persistencia del código penal de 1930 y al clima de emergencia en el que ha madurado la reforma de las leyes procesales, representa el plano más bajo de efectividad de las garantías constitucionales en torno al delito, la pena y el proceso, esto es, en torno a los tres momentos cardinales del *derecho penal ordinario*. Expresiones de esta falta de efectividad son la previsión de figuras delictivas sin una connotación y denotación legal precisa y la

consiguiente amplitud de la discrecionalidad de los jueces en la connotación y denotación judicial; la inclusión de penas atípicas y sobre todo de sanciones cautelares *ante* o *extra iudicium*; la insuficiencia, incluso tras la reciente reforma del código de procedimiento penal, de efectivas garantías en orden a la carga de la prueba sobre la acusación y a la contraprueba de la defensa, así como el espacio que se deja abierto, en la fase de averiguaciones preliminares y en los diversos procedimientos especiales, a técnicas inquisitoriales de penalización preventiva, que coartan y sobornan al imputado. A esta primera forma de divergencia se dedican los tres apartados siguientes de este capítulo, en cada uno de los cuales —según el programa metodológico trazado, que asume la diferencia entre deber ser y ser como tema central del análisis científico del derecho vigente— se analizarán, en primer lugar, los aspectos normativos y después, por contraposición, los aspectos reales de la fenomenología del delito, de la pena y del proceso.

La segunda vía es la del crecimiento, junto al derecho penal ordinario regido al menos normativamente por los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad, de un *derecho penal especial* o administrativo, que se sustrae incluso legalmente a tales principios y que da primacía a las competencias policiales. A esta segunda modalidad de divergencia, que se manifiesta en una disgregación del sistema penal en diversos subsistemas, se dedica el capítulo 11, en el que se estudiará el desarrollo del amplio y variado abanico de formas de punición preventiva *ante* o *extra* o *ultra delictum*, como son la prisión preventiva, las medidas de seguridad, las medidas de prevención, las medidas cautelares de policía y las atípicas de orden público.

La degradación de nuestra justicia penal no responde, empero, sólo a razones legislativas. En medida no menor, como se verá en el capítulo 12, ha llegado también por vía judicial, a causa de la tercera divergencia aquí enunciada, entre deber ser y ser del derecho: o sea, de la crisis de la razón jurídica, sufrida sobre todo en los años de la emergencia y manifestada en unas *praxis* que responden a reflejos atávicos herederos de nuestra rica, y nunca extinta, tradición penal inquisitiva. La práctica, se ha dicho, es siempre más deficiente que la legalidad formal, por más que ésta acuse desequilibrios. Y en ella tienden a prevalecer siempre las consideraciones de eficacia, vinculadas a la fácil idea, propia del sentido común autoritario, de que la justicia debe observar, tras el delito, al reo; tras su responsabilidad, su peligrosidad; su identidad como enemigo, más que la prueba de sus actos de hostilidad.

3. *La crisis de la forma legal y judicial del derecho penal.* Estas formas de divergencia que hemos indicado no dependen sólo del desfase que inevitablemente subsiste en todos los ordenamientos jurídicos y en todas las ramas del derecho entre «deber ser» y «ser». Dependen

también de factores específicos, de los que se hablará ampliamente en los próximos capítulos, pero que conviene resaltar desde ahora: las sucesivas estratificaciones que han dado lugar a la formación de nuestro ordenamiento penal; la creciente expansión del papel judicial frente a los cambios del sistema político y a la aparición de formas de criminalidad organizada que escapan a los parámetros de la legalidad estricta; la tendencia, congénita al poder punitivo legal o judicial, a expandirse de modo absoluto más allá de los límites establecidos por las normas que lo regulan.

El factor más evidente es, sin duda, la política legislativa desarrollada en materia penal en los años de la república. Ha ocurrido que la Constitución de 1948, con su conjunto de principios garantistas, se sobrepuso, sin más, a los códigos Rocco de 1930, que han permanecido en vigor en la época republicana durante un tiempo tres veces mayor que durante el fascismo y superior, en conjunto, al de todos los códigos penales de nuestra historia⁶. Las tres divergencias fueron así agravadas merced a una imponente legislación excepcional que en los años setenta ha revitalizado las instituciones más odiosas de la legislación fascista y que ha debilitado incluso sus frágiles lineamientos garantistas. Y no ha sido tampoco superado por el nuevo código de procedimiento penal, que si de un lado ha transformado nuestro proceso en sentido semi-acusatorio, por el otro ha terminado por acoger instituciones policiales introducidas en el período de la emergencia, desde el interrogatorio policial sin defensor hasta las reducciones de penas acordadas discrecionalmente por la acusación sobre la base de pactos con el imputado.

El segundo factor de crisis ha sido la ampliación sin precedentes de la intervención penal, que ha invadido, sobre todo en el último decenio, ámbitos tradicionalmente libres de control judicial, desde la criminalidad de la administración pública y de la clase empresarial y financiera, con su amplio espectro de delitos contra los intereses colectivos, como el medio ambiente, la salud o la seguridad en el trabajo, hasta las viejas y nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada, como el terrorismo, la mafia, la camorra y las variadas formas de delincuencia ligadas al mercado de la droga. Este crecimiento desmesurado del control penal se debe, a su vez, a razones múltiples: en primer lugar, a la corrupción de la clase política y administrativa, manifestada en formas de ilegalidad y latrocinio cada vez más difundidas y sistemáticas, e, incluso, en las altas esferas, en formas de subversión (desde los intentos golpistas de los años sesenta a las innumerables maniobras subversivas de los servicios secretos o a la creación de facciones clandestinas que durante años han inficionado y amenazado nuestras instituciones); en segundo lugar, a la ineficiencia de los demás poderes del estado —parlamento, gobierno, burocracia— en el ejercicio de los controles de su competencia, junto a su incapacidad, equiparable sólo a su habilidad para la autoinmunización, de incidir

con soluciones políticas o administrativas sobre las causas generadoras de las nuevas formas de criminalidad; en tercer lugar, a la creciente inflación de tipos delictivos, debida a la tendencia del legislador —por ignorancia o por desconfianza en la eficacia de los controles políticos y administrativos— a sancionar penalmente toda infracción legal, incluidas las leves o secundarias, tendencia sólo parcialmente compensada por algunos tímidos intentos de despenalización. Está claro que en este contexto de vacío de poder legal y en esta selva de poderes ilegales o extralegales, la intervención penal ha terminado por configurarse como la principal forma de responsabilización y control sobre las actuaciones de los poderes públicos y privados. De las tramas golpistas de los servicios de seguridad a los compromisos mafiosos y de tipo P-2 de los partidos políticos, pasando por los innumerables escándalos económicos y financieros que han salpicado nuestra vida civil y política, se puede decir que no ha surgido en Italia una sola desviación institucional a la que no se haya hecho frente con el instrumento penal⁷. Nunca como en estos años se ha puesto de relieve la importancia para nuestra democracia de la independencia de la magistratura como contrapoder y de la jurisdicción como función de control de la legalidad.

Precisamente esta extensión desmesurada del derecho penal ha incidido sin embargo sobre la estructura garantista de la jurisdicción, agrietando su legitimidad, favoreciendo su ejercicio distorsionado y ampliando más que nunca la divergencia entre normatividad de los principios y efectividad práctica. La ilusión panpenalista es siempre ruinosa para el garantismo, porque el instrumento penal no puede afrontar todos los males sociales sin romperse o corromperse. Es lo que ha ocurrido en Italia, donde, en la época de la emergencia y gracias a la revitalización de los delitos asociativos previstos por el código Rocco y a la invención de nuevas técnicas inquisitivas, se han impuesto formas de proceso-pesquisa de cuño policial o esquemas penales modelados sobre tipos de autor. Estos arquetipos sustancialistas han reaparecido, sobre todo, en los procesos de terrorismo o contra otras formas de criminalidad organizada, y han contado con el favor de una subcultura jurídica animada por una concepción del proceso como «lucha» *pro salute rei publicae* que justifica los medios extraordinarios. Han terminado, también, por contagiarse a los usos judiciales, revalorizando, incluso en los procesos por delitos comunes, métodos enérgicos y, en ocasiones, incluso persecutorios, orientados a la justicia preventiva. A ello han de añadirse las desviaciones, las disfunciones y las arbitrariedades que, de hecho, posibilita el carácter secreto e incontrolado de nuestro proceso penal en la fase de investigación, que es, por añadidura, la más delicada y decisiva. De ahí surge una relativa autonomía de las prácticas, tanto mayor cuanto más se han debilitado los vínculos garantistas que les impone la ley y cuanto más se ha fortalecido la legitimación emergencial de la función judicial.

Esta *auto-nomía*, o, si se quiere, *a-nomía* de la función penal es el principal factor de la crisis jurisdiccional. Equivale a la crisis de la *forma* de la ley y, en consecuencia, del paradigma cognitivo del juicio penal. Lo que es tanto como decir crisis de la certeza del derecho, de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y de su inmunidad frente a la arbitrariedad inquisitorial. Bajo este aspecto, la legislación penal y procesal de los años ochenta, al mantener intacto el rigor sancionador del código Rocco y al reforzarlo con innumerables medidas y ritos alternativos a la pena y al proceso, ha contribuido a la crisis del paradigma garantista en medida no menor que la de los años setenta. El propio código de procedimiento criminal, que significó un progreso respecto al viejo y desequilibrado régimen, presenta aspectos de extraordinaria continuidad respecto a las tendencias expresadas por la legislación de emergencia: los procedimientos alternativos pactados, que en las intenciones del legislador deberían dar salida a la mayor parte de los procesos, se resuelven, de hecho, en una especie de justicia transactiva, confiada a la acusación y ejercida en secreto siguiendo formas sustancialmente administrativas y normalmente desvinculadas de los parámetros legales. Si se considera que este cambio de paradigma se ha producido sin mediar reflexión ninguna sobre los fundamentos axiológicos de la jurisdicción penal y al llamado de simples criterios de eficiencia, cuando no de una genérica e impropia apelación al modelo acusatorio, se comprenderá la necesidad de proceder hoy a un replanteamiento crítico dirigido a postular su revisión o, al menos, a limitar sus efectos más perversos sobre la práctica judicial.

43. *El delito. Principios normativos y perfiles efectivos*

1. *La noción legal de «delito» en el derecho italiano.* Según el derecho penal italiano, *delito* es cualquier el hecho lesivo, descrito en una ley anterior a su comisión como presupuesto de una pena y atribuible, mediante un juicio, a la responsabilidad de una persona física, imputable y culpable. En nuestro ordenamiento esta definición se funda en los arts. 25 y 27 de la Constitución y en los arts. 1, 2, 40, 42, 43, 49 y 85 del código penal. Es, por tanto, una definición legal o dogmática, descriptiva de normas y sólo en este sentido normativa, que hace referencia al «deber ser» del derecho penal tal como queda enunciado por los principios fundamentales de su legitimación jurídica o interna. Incluye, a grandes rasgos, todas las condiciones necesarias, para la integración de un delito, que fueron enunciadas teóricamente en SG y que corresponden a otras tantas garantías penales: los principios de estricta legalidad, de retribución, de lesividad, de materialidad, de culpabilidad y de jurisdiccionalidad. Finalmente, en virtud de su carácter formal y nominal, sugiere criterios, también formales y nominales, para distinguir los delitos entre sí y respecto a las demás for-

mas de ilícitos jurídicos. Los delitos, en efecto, se dividen, según el art. 39 del código penal (c.p.) en *delitos y contravenciones* «según la clase de pena prevista para ellos» en los arts. 17 y 19: reclusión perpetua, prisión y multa para los delitos; arresto y multa leve para las contravenciones. Y los diversos tipos de ilícito se distinguen entre sí únicamente por las distintas sanciones legalmente previstas: pena, a imponer con las garantías del proceso penal, para los *delitos*; resarcimiento del daño y ejecución en forma específica, a imponer de acuerdo con las formas del procedimiento civil, para los *ilícitos civiles*; sanciones disciplinarias o administrativas de otro orden, a imponer por vía jerárquica, con procedimientos de carácter no penal, para los *ilícitos disciplinarios y administrativos*.

Como vimos en los apartados 27 y 28, esta definición formal del delito no resulta en absoluto devaluada en el plano teórico; antes bien, queda plenamente justificada frente a los modelos sustancialistas del derecho y de la ciencia penales. Su importancia radica, precisamente, en la formulación de un criterio positivo y formal de identificación, exclusiva y excluyente, de la desviación en los hechos que la ley penal *en vigor* denota unívocamente y connota taxativamente como presupuestos de la pena, cualesquiera que sea la valoración ético-política que merezcan tanto ellos como otros no legalmente previstos; siempre dentro del respeto, obviamente, a los vínculos axiológicos y sustanciales impuestos a la *validez* de las leyes por los principios constitucionales, como los de igualdad, libertad, valor de la libertad personal y consiguiente justificación de las penas carcelarias sólo para defender bienes cuyo valor sea comparable a aquél. Por otra parte, «delito» es, según esta noción, una simple figura de calificación jurídica, y no de calificación moral, sociológica o antropológica: no designa lo que se estima contrario a la moral o a los intereses de la nación o a las exigencias de defensa de la sociedad o del estado, sino sólo los hechos que las leyes previas a su comisión consideran, expresamente, punibles. Y «delincuente» no es aquella persona que, según las circunstancias, las opiniones o las contingentes relaciones de fuerza, puede ser etiquetada como «inmoral», «peligrosa», «infiel» o «enemiga», sino la que es identificada como responsable de un delito, entendido como ya se ha dicho. No es el delito lo que se identifica a través del delincuente, sino el delincuente el que debe ser identificado a través del delito. El modelo penal garantista incorporado a nuestro ordenamiento criminaliza «tipos de acción» y no «tipos de autor»; castiga por «lo que se hace», no por «lo que se es»; se interesa por los comportamientos dañosos, no por sus autores, cuya identidad, diversa y específica, tutela, aunque sean desviados; dirige el proceso a la prueba de hechos, no a la inquisición sobre las personas.

2. *Las garantías sustanciales y los elementos constitutivos del delito.* Este método de identificación objetiva del delito, identificable en la

primera parte de nuestra definición, viene recogido, aunque sea en términos excesivamente sumarios, en el ya citado art. 1 de nuestro código penal: «Nadie puede ser penado por hechos que no estén expresamente previstos por la ley como delitos». Tan concisa disposición, cuya brevedad va ciertamente en detrimento de la precisión, incluye las principales garantías penales del sistema SG, relativas al elemento objetivo del delito y comentadas en el capítulo 8: *a) principio de legalidad*, *aa)* en sentido amplio, como mera o formal *reserva de ley*, esto es, la prohibición de que se introduzcan o modifiquen tipos delictivos por procedimientos administrativos o judiciales y no por «ley»; y *ab)* en sentido estricto o sustancial de *taxatividad penal*, es decir, la obligación de que la ley defina «expresamente» las características del hecho delictivo, de modo que se señale exactamente su ámbito y se haga posible su aplicación mediante tesis judiciales verificables y refutables jurídicamente; *b) principios de regulatividad y de retribución* de las leyes penales, que excluyen la posibilidad de que éstas sean constitutivas y no regulativas y que exigen que sus «previsiones» se refieran a «hechos» y no a meras cualidades o características personales (políticas, sociológicas, antropológicas e incluso jurídicas) del sujeto, de modo que la «punición» responda siempre «a un hecho», esto es, que sea *post delictum*, y no *ante* o *extra delictum*; *c) principio de materialidad*, que, a su vez, exige que los delitos consistan en «hechos» externos, y, por ello, no en acciones, ideas o actitudes internas, garantizando así, al máximo nivel, la correspondencia empírica y normativa de las concretas figuras y haciendo posible su verificabilidad y su refutabilidad fácticas.

Los corolarios de estos principios, sobre todo del de legalidad tanto en sentido amplio como estricto, son: *a) el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable para el reo*, recogido en el art. 2.1 c.p. («Nadie puede ser castigado por un hecho no constitutivo de delito según la ley vigente en el momento de su comisión»); *b) los principios de retroactividad y ultra-actividad de las leyes penales favorables al reo*, establecidos por el art. 2.2 y 3 c.p. («Nadie puede ser castigado por un hecho no constitutivo de delito, según la ley posterior; y, si hubiere recaído condena, cesarán su ejecución y los demás efectos penales. Si la ley vigente en el momento de comisión del delito y las posteriores son distintas, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favorables al reo, salvo que hubiere recaído sentencia irrevocable»); *c) la prohibición de analogía penal* in malam partem, impuesta por el art. 14 de las Disposiciones preliminares al código civil («Las leyes penales no se aplican sino en los casos y tiempo previstos»), que, obviamente, no excluye la analogía *in bonam partem* referida a eximentes, atenuantes, causas de extinción del delito y de la pena y, en general, a las normas no «penales» en sentido estricto, en cuanto favorables al reo. Se trata de principios y corolarios sancionados, más sintéticamente, por el art. 25 de la Constitución, según el

cual «nadie puede ser castigado sino en aplicación de ley que haya entrado en vigor con anterioridad al hecho cometido». Por el contrario, sólo mediante una interpretación lógica y teleológica se puede encontrar en nuestro ordenamiento la garantía penal de la *lesividad* del delito; por una parte, como se ha dicho, en razón del valor constitucional asociado a la libertad personal del art. 13 de la Constitución, que excluye, por no merecedores de tutela penal, los bienes de valor inferior a los costes de la privación de libertad que comporta esa tutela; y por otra, en razón del art. 49.2 c.p., que excluye la punibilidad «cuando, por inidoneidad de la acción o por la inexistencia de objeto, es imposible el resultado lesivo o peligroso», y del art. 43 c.p., que define el «delito doloso» como *previsión y voluntad del «resultado lesivo o peligroso, fruto de la acción o la omisión, y del que la ley hace depender la existencia del delito»*.

Si la primera parte de nuestra definición establece los criterios de *identificación objetiva del delito*, la segunda enuncia los dos criterios de atribución a partir de los que es posible la *identificación subjetiva del culpable*: *a) el principio de responsabilidad personal*, o sea, la atribuibilidad del hecho punible a la persona física que (no sin culpa ni por caso fortuito) la ha cometido (y no a otras personas o grupos), en la medida en que sea imputable y culpable; *b) el principio de jurisdiccionalidad*, en cuya virtud la responsabilidad culpable de una persona por el delito que se le atribuye sólo puede afirmarse como consecuencia de un juicio que concluye con una sentencia condenatoria definitiva. Estos dos principios, del segundo de los cuales se tratará en el apartado 45, dedicado al proceso, quedan consagrados, muy sintéticamente, en el art. 27, 1.º y 2.º de la Constitución: «La responsabilidad penal es personal. No se considerará culpable al acusado sino en virtud de condena definitiva». El primer principio viene recogido, mucho más analíticamente, en el código penal, que lo articula al imponer las tres condiciones enunciadas en el apartado 35.2: *aa) el carácter personal del delito*, asegurado por la *relación de causalidad* entre el resultado y el comportamiento de la persona (art. 40.1 c.p.: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el resultado lesivo o peligroso, del que depende la existencia del delito, no es consecuencia de su acción u omisión»); *ab) la imputabilidad o capacidad penal del agente* (art. 85 c.p.: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si en el momento de cometerlo no era imputable. Es imputable quien tiene capacidad de entender y de querer»); *ac) la culpabilidad* (art. 42.1 c.p.: «Nadie puede ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito si no la ha realizado con conocimiento y voluntad»), a título de *dolo*, de *culpa* o de *preterintención* (art. 42.2 c.p.: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si no lo ha cometido con dolo, salvo los casos de delito preterintencional o culposo»; art. 43 c.p.: «El delito es doloso» cuando «el re-

sultado lesivo o peligroso... es previsto y querido por el agente», «culposo» cuando «aunque previsto no es querido», y «preterintencional» cuando «es más grave que lo querido»).

Es fácil comprender que estas dos clases de principios o criterios, que permiten la identificación objetiva del delito y la subjetiva del reo, definen respectivamente lo que en la dogmática penal se llaman *elementos constitutivos* o *esenciales* del delito: *a) el elemento objetivo* (o *hecho delictivo*), compuesto: *aa)* por la *acción* (o conducta infraccional del reo) que puede ser *activa* u *omisiva*, y *ab)* por su *resultado* (el *daño* o el *peligro* causalmente producidos por la acción); *b) el elemento subjetivo* (o *responsabilidad personal*), que, a su vez, consiste: *ba)* en la *personalidad* de la acción, o sea, en la *relación de causalidad*, que liga el resultado a la acción del sujeto, *bb)* en la *imputabilidad* o capacidad del agente para conocer y querer, y *bc)* en la *culpabilidad*, que puede revestir la forma de *dolo* (voluntariedad de la acción y del resultado), de *culpa* (voluntariedad de la acción pero no de su resultado), o de *preterintención* (voluntariedad de la acción, pero no del resultado, más grave que el querido). La ausencia de uno de estos dos elementos, llamados «constitutivos» o «esenciales» para distinguirlos de los *accidentales* o *eventuales* (como las circunstancias *agravantes* y *atenuantes*), excluye la punibilidad. En efecto, nuestro código penal prevé específicas *causas que excluyen la responsabilidad criminal* (por excluir la culpabilidad o la antijuricidad): *a) causas de exclusión del elemento objetivo* o de justificación del hecho delictivo (consentimiento del titular del derecho, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, legítima defensa, uso legítimo y necesario de armas y estado de necesidad, previstos por los arts. 50 a 54 c.p.); *b) causas de exclusión del elemento subjetivo* o de la responsabilidad, y en concreto: *ba) de la imputabilidad* (enfermedad mental, embriaguez, uso involuntario de estupefacientes, sordomudez, minoría de edad, previstos por los arts. 88 a 98 c.p.) y *bb) de la culpabilidad* (caso fortuito, fuerza mayor, coerción física y error de hecho, descritos en los arts. 45 a 48 c.p.).

3. *Las lesiones legales de las garantías relativas al elemento objetivo.* Los dos elementos constitutivos mencionados —objetivo y subjetivo— y los correspondientes principios garantistas definen en el ordenamiento italiano los límites normativos de la *relevancia* penal y las condiciones normativas de *validez* o legitimidad interna del poder de prohibición penal. Si se pasa ahora del plano de la normatividad al de la efectividad, es fácil constatar que los principios citados quedan más o menos burlados, y no sólo por la praxis judicial y policial —bastante a menudo ilegales o, al menos, al margen de la legalidad formal— sino, en primer lugar, por la propia legislación ordinaria. Y se pueden encontrar pruebas de estas antinomias tanto en el código penal, profundamente marcado por la ideología autoritaria del legis-

lador de 1930, como en las leyes penales especiales tanto del período fascista como del republicano.

Las lesiones más profundas son las que afectan al elemento objetivo del delito, comenzando por el principio de legalidad. Y no tanto al principio de *legalidad en sentido amplio* o formal de reserva de ley, a pesar de que se pueden señalar las lesiones al mismo, tanto en materia penal como procesal, infligidas por el abuso de decretos-ley en lugar de leyes formales⁸: piénsese, entre las disposiciones de los últimos años, en el decreto-ley (d.l.) n. 99 de 11.4.1974 sobre la duplicación del tiempo máximo de la prisión preventiva; en el d.l. n. 151 de 30.4.1977, sobre la ampliación de las causas de suspensión de la prisión preventiva; en los dos d.l. n. 59 de 21.3.1978 y n. 625 de 15.12.1979, que contienen normas penales, procesales y de policía contra el terrorismo; en el d.l. n. 629 de 6.9.1982, de medidas contra la mafia; en el d.l. n. 685 de 29.11.1985, que prescribe medidas de control sobre los imputados excarcelados por transcurso del tiempo de prisión preventiva. Me refiero sobre todo al principio de *estricta legalidad* o *taxatividad* y conexos —*de retribución, regulatividad y materialidad*—, según los cuales los tipos penales deben estar previstos expresamente por la ley mediante fórmulas precisas y unívocas y no pueden consistir en cualidades o condiciones personales del agente sino en hechos o comportamientos externos empíricamente susceptibles de observación y de prueba.

Estos principios esenciales quedaron, en gran medida, convertidos en bagatela por el código Rocco y las sucesivas leyes especiales mediante dos técnicas legislativas, dirigidas ambas a salvar su forma y a disolver su contenido garantista. Una de estas técnicas actúa sobre la configuración del elemento objetivo del «delito», vaciando de significado empírico o extensional los términos usados por la norma que lo define, con la consiguiente expansión del poder de disposición del juez; la otra actúa sobre la configuración de la sanción, designando con nombres distintos al de «pena» ciertas medidas aflictivas independientes de la prueba o incluso de la existencia de un presupuesto de hecho, como son la prisión provisional sin juicio, por un lado, y las distintas medidas de prevención, de seguridad y de policía, sin delito, por otro. En los dos próximos apartados y en el capítulo 11 se analizará ampliamente esta segunda técnica, quizá más relevante que la primera, por las dimensiones patológicas que ha alcanzado progresivamente. Pero ha de quedar claro desde ahora que las dos técnicas cooperan en el debilitamiento de nuestro ordenamiento penal, que pasa de ser un sistema retributivo de estricta legalidad a otro tendencialmente preventivo de legalidad en sentido amplio; y que ambas provocan, además de la violación de casi todas las garantías, la recepción en nuestro ordenamiento, como criterios de identificación de la desviación punible, de los dos modelos sustancialistas del «tipo normativo de autor» y de la «defensa social», excluidos, por principio, de

nuestro sistema constitucional y característicos, como se ha visto, de los regímenes totalitarios. A lo que ambas técnicas apuntan, de un modo u otro, no es al comportamiento criminal, no probable, no probado o, lo que es más, no requerido, sino al sujeto tipológicamente desviado, desleal, sospechoso o peligroso.

La técnica para dejar sin contenido la legalidad estricta mediante la disolución normativa del elemento objetivo del delito consiste en recurrir ampliamente, como hiciera el código Rocco y más tarde la legislación de emergencia, a un lenguaje voluntariamente genérico y vago, rico en términos equívocos y valorativos, cuya interpretación y aplicación no pueda plasmarse en comprobaciones razonadas o en descripciones empíricas verificables o refutables, sino en opciones y juicios de valor, ni verdaderos ni falsos. De ahí resultan tipos delictivos de contenido indeterminado y elástico, para cuya determinación es necesaria la referencia a elementos extrajurídicos de naturaleza sustancial (moral, estética, política, sociológica o antropológica) a través de juicios discrecionales no sustentados en criterios legales sino íntegramente confiados al poder dispositivo del juez: juicios, obsérvese, no *post factum*, como quiere el art. 1 c.p. y, antes aún, la naturaleza de la jurisdicción, sino orientados a integrar constitutivamente el elemento normativo del tipo. Piénsese en los delitos de «atentado» (arts. 241, 276, 277, 280, 283, 289, 294, 295, 296, 420, 432, 433 c.p.), de «ultrajes» (arts. 278, 290, 291, 297, 298, 402, 403, 404, 408, 410), de «desacatos» (arts. 341, 342, 343, 344, 345, 724) y de asociación (arts. 270, 270 bis, 271, 304, 305, 306), descritos con expresiones como «atentar», «ultrajar», «ofender el honor o el prestigio», «promover o participar en asociaciones dirigidas a» fines de tipo «subversivo», «antinacional», «terrorista» o «mafioso». Y piénsese también en el uso directamente normativo de términos ambiguos o polisémicos como «participar en el delito» (art. 110), «actos hostiles» (art. 244), «insurrección armada contra los poderes del estado» (art. 284), «hecho dirigido a provocar la guerra civil» (art. 286), «apología de uno o más delitos» (arts. 303.2 y 414.3), «instigar al odio entre las clases sociales» (art. 415), «ofender la moral familiar» (art. 565), «observar una conducta contraria al orden y a la moral familiar» (art. 570), «astucia» y «bienes expuestos al culto público» (art. 625), «manifestaciones o gritos sediciosos» (art. 654), «reunión sediciosa» (art. 655), «noticias exageradas o tendenciosas, aptas para perturbar el orden público» (art. 656), «actos» o «expresiones contrarios a la decencia pública» (art. 726), «bellezas naturales» (art. 734), «vagos y vagabundos», «proclives a delinquir», y «dedicados al tráfico ilícito» o «a actividades contrarias a la moral pública y a las buenas costumbres» (art. 1 ley n. 1423 de 27.12.1956), «actos preparatorios» (art. 18 ley n. 152 de 22.5.1975), «finalidad de terrorismo o de subversión del orden democrático» o del «ordenamiento constitucional» (arts. 2 y 9 ter d.l. n. 59 de 21.3.1978, 8 y 10 d.l. n. 625 de

15.12.1979, 1-6 y 11 ley n. 304 de 29.5.1982), «pruebas decisivas para la identificación o captura de los partícipes» o «relevantes para la reconstrucción del hecho» (arts. 4 del d.l. n. 625 de 15.12.1979 y 3 de la ley n. 304 de 29.5.1982), «asociación de tipo mafioso» (art. 416 bis c.p., introducido por el art. 1 de la ley n. 646 de 13.9.1982). En algún caso es la propia ley la que da una definición de los términos valorativos empleados, pero con términos que precisan, a su vez, de valoración: el art. 529 c.p. califica como *obscenos* «los actos y objetos que, según el común sentir, ofenden el pudor», salvo que sean considerados «obras artísticas o científicas»; el art. 203 c.p. considera «socialmente peligroso» a quien, aun no habiendo sido condenado, «es probable que cometa nuevos hechos previstos en la ley como delitos»; y el art. 585.2 c.p. define la noción de «*armas* a efectos de la ley penal» incluyendo en ella «todos los instrumentos aptos para lesionar, cuya tenencia está prohibida», y, por tanto, en base al art. 4.2 de la ley n. 110 de 18.4.1975, no sólo las armas en sentido propio, sino «cualquier otro instrumento no considerado expresamente como arma blanca punzante o cortante, claramente utilizable, por las circunstancias de tiempo y lugar, para causar lesiones personales».

Con todo, la forma extrema de disolución subjetivista del «hecho delito» en el juicio potestativo de condena viene representada por los *delitos de sospecha*, esto es, por tipos penales no consistentes en conductas consideradas por la ley en sí mismas como lesivas de bienes jurídicos, sino como suficientes, en circunstancias idóneas y acompañadas por determinadas condiciones personales como las de sospechoso o reincidente, para suscitar la sospecha (de delitos cometidos pero no probados o de delitos no cometidos todavía): es el caso de la «posesión injustificada de llaves falsas o ganzúas» (art. 707 c.p.) o de «valores» (art. 708), de «la compra de cosas de origen sospechoso» (art. 712), de portar «sin motivo justificado» «objetos aptos para lesionar» (art. 4.2. y 3, ley n. 110 de 18.4.1975) o, incluso, «cascos protectores o cualquier otro medio apto para dificultar el reconocimiento de la persona» (arts. 5 ley n. 152 de 22.5.1975 y 2 ley n. 533 de 8.8.1977) y, sobre todo, de la tenencia o transporte de «cantidades no módicas de estupefacientes» (arts. 71 y 80 de la ley n. 685 de 22.12.1975). En estos casos la pena depende del juicio subjetivo del juez sobre el carácter «injustificado» o «sospechoso» de la cosa poseída, adquirida o transportada, en cuanto posible instrumento o medio de prueba de otros delitos como hurto, receptación, lesiones o expendición de estupefacientes. El «hecho delito», consiguientemente, ya no es tanto una conducta objetiva como una conducta o una circunstancia *valorada* como no justificada o sospechosa; no un hecho totalmente pre-determinado por la ley en todas sus notas empíricas, sino un hecho de cuyos elementos objetivos pasa a formar parte una valoración subjetiva del juez, consistente precisamente en *su* sospecha de que las conductas o circunstancias indicadas por la ley sirvan o

puedan servir para la comisión de delitos más graves pero no probados. Más adelante veremos, al tratar del proceso, cómo la introducción de la lógica de la sospecha en la estructura misma del delito ha dejado sin contenido todas las garantías procesales, y no sólo las penales. Aquí interesa poner de relieve la extraordinaria expansión, más allá de los casos ahora recordados, de esta lógica en los grandes procesos de la época de la emergencia, donde los delitos asociativos, a menudo, se han interpretado y aplicado de hecho como tipos de sospecha, es decir, como delitos-marco y, por así decirlo, subrogatorios, utilizados como hipótesis de trabajo para la realización de las investigaciones y la detención preventiva de los sospechosos, e integrados por la simple sospecha de haber cometido otros (más graves y concretos) delitos, independientemente de la efectiva y comprobada realización de algún hecho⁹. Por lo demás, los delitos asociativos, al igual que algunos de los de sospecha, están contruidos, en oposición al carácter regulativo y no constitutivo de las normas penales, siguiendo el esquema de los tipos de autor (subversivo, terrorista, mafioso, camorrista y similares).

Aludiremos también a otra variante del rodeo que da la ley para burlar la estricta legalidad en la configuración del «delito»: la previsión de tipos antitéticos utilizables alternativamente (por ejemplo, la inclusión entre las agravantes del hurto, tanto de la «exposición de bienes al culto público» como de la «fractura» o la «astucia»), o, por el contrario, de tipos concurrentes, utilizables en forma disyuntiva (concurso de normas) o conjunta (concurso de delitos), como circunstancias de calificación del mismo delito («daños»; «devastación» y «saqueo»; «banda armada» y «asociación subversiva»; «favorecimiento» y «participación» en el delito, y otras)¹⁰. Es obvio que estas técnicas abren un amplísimo espacio a lo que en el apartado 9.4 hemos llamado «poder judicial de denotación fáctica», que permite al juez la elección, totalmente discrecional, entre tipos sólo nominalmente distintos y entre penas en ocasiones muy diferentes.

Finalmente, y siempre en torno al elemento objetivo, menguan la garantía de *lesividad* los diversos tipos delictivos carentes de lesión o de peligro concreto: delitos contra uno mismo, como la embriaguez o la tenencia y uso personal, aunque sólo sea en la forma ya vista de delito de sospecha vinculada a la cantidad no «módica», de estupefacientes (cuya penalización directa, por otra parte, sigue discutiéndose); delitos de peligro abstracto o presunto, cuyo paradigma son los delitos asociativos y los de acuerdo previo; e, incluso, las innumerables normas contravencionales sin otro objeto que el genérico «orden público»: algunas abiertamente anti-liberales, como las relativas a la prensa clandestina, a los espectáculos sin permiso o a la blasfemia; otras, vergonzantemente inmorales, como las relativas a la mendicidad, a los oficios itinerantes, a la falta de preparación de los menores para el trabajo, y similares. Hay que añadir que en los pasados años

—infringiendo el principio de necesidad, según el cual el recurso al derecho penal debería ser una *extrema ratio* respecto a otras formas de responsabilidad, civil, administrativa o política— la superabundancia y la indeterminación de las figuras delictivas ha favorecido la ya recordada inflación de la justicia penal, de la que se abusa cada vez más como instrumento impropio de tutela, general y residual, de cualquier interés jurídicamente protegido aunque nada tenga de fundamental.

4. *Las lesiones legales de las garantías relativas al elemento subjetivo.* Los ataques a las garantías relativas al elemento subjetivo del delito, expresión del principio de *responsabilidad personal*, son menos evidentes.

Se opone, sin duda, al principio de *imputabilidad* la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, no menos aflictivas que las penas (como el psiquiátrico o el reformatorio judiciales), a sujetos inimputables, caso de enfermos de mente y de menores de edad (arts. 215 y 222-227 c.p.). También lo hace, y en la misma medida, ese residuo de las antiguas figuras medievales de semi-culpabilidad y semi-pena representado por la semi-imputabilidad derivada de la semi-enfermedad mental (art. 89), que puede beneficiar al condenado semi-enfermo con un juicio de semi-responsabilidad y con la consiguiente *disminución de pena*, acompañada, sin embargo, en el caso de los delitos más graves, de internamiento por tiempo indeterminado en un establecimiento de curación y custodia (art. 219). Finalmente, se viola la exigencia de imputabilidad cuando se incluyen entre los supuestos de punición a título de dolo, y no de culpa, delitos cometidos en estado de embriaguez voluntaria (art. 92 c.p.), con la posibilidad, por añadidura, de incrementar la pena cuando la embriaguez es habitual (art. 94).

Son, en cambio, contrarias a los otros dos principios relativos a la responsabilidad personal —el de *personalidad* y/o el de *culpabilidad*— todas las formas de atribución del delito a título de «responsabilidad objetiva», esto es, prescindiendo de la conciencia y voluntariedad de la acción. Estas formas de responsabilidad, expresión de primitivismo penal, aunque entran en contradicción con el art. 27, 1.º de la Constitución, son admitidas por el art. 42 c.p., que, después de haber definido las tres modalidades de responsabilidad —dolosa, preterintencional y culposa—, afirma abiertamente en su párrafo 3.º que «la ley determina los casos en los cuales el resultado se imputa a título distinto al agente como consecuencia de su acción u omisión». El más relevante, y odioso, de estos supuestos de responsabilidad objetiva, por faltar de hecho la «personalidad», era, hasta la reforma introducida por la ley n. 127 de 4.3.1958, el previsto por el art. 57 c.p. en los *delitos cometidos por medio de la prensa*. En ellos, el mero hecho de haberse usado ésta permitía afirmar en todo caso la

responsabilidad del director, en base a una especie de *culpa in vigilando* que la ley presumía prescindiendo de la relación de causalidad antes incluso que de la culpabilidad. Hoy se admite esa misma responsabilidad, que, expresamente, ha de ser «a título de culpa», por la omisión del control debido; pero, en todo caso, siendo como es imposible un control integral del director sobre todo lo que se publica en su diario, subsiste el peligro de una declaración automática de responsabilidad por hechos ajenos.

Responsabilidad objetiva por «caso fortuito», con la consiguiente ausencia de *culpabilidad*, es la propia de los denominados *delitos agravados por el resultado*, es decir, los castigados más gravemente cuando sigue a su perpetración un resultado lesivo que se atribuye al agente independientemente de su voluntad o previsión (arts. 424.2, 427.2, 429.2, 432.3, 593.3 c.p.), y la de los *delitos preterintencionales*, en los que el agente responde del resultado lesivo más grave de lo que él quería¹¹. Y son también casos de responsabilidad objetiva sin culpa los previstos en el art. 59 c.p. (aplicación de las circunstancias agravantes «no conocidas» o «estimadas inexistentes por error» del agente); en los arts. 116 y 117 c.p. (responsabilidad del partícipe por el delito cometido, aunque sea distinto del que él había querido); en el art. 539 c.p. (no excusabilidad por error sobre la edad de la víctima menor de 14 años en los delitos de violencia sexual presunta); en el art. 82 (*aberratio ictus* que determina la lesión de una persona distinta a la prevista, en cuya virtud la pena es la establecida para el delito más grave incrementada hasta en su mitad)¹². Hay que recordar, por fin, la transformación en un supuesto de responsabilidad sin imputación objetiva, o al menos sin culpabilidad, de la *participación*, tal como viene siendo entendida por la reciente jurisdicción de emergencia, en la que se puede detectar con frecuencia la atribución a los acusados por delitos asociativos de los delitos cometidos por otros, por el solo hecho de pertenecer a la misma asociación.

5. *Por una recodificación y descarceración de los delitos y por la despenalización de las contravenciones.* Uno de los factores de la comentada crisis del derecho penal italiano con respecto a sus fuentes de legitimación interna y externa ha sido, sin duda, su desarrollo hipertrófico, provocado por una legislación aluvial que ha ampliado desmesuradamente la esfera de las prohibiciones penales, invadiendo incluso sectores de naturaleza propiamente administrativa.

Dar forma penal a los ilícitos de derecho público y a las respectivas acciones fue, originariamente, una conquista garantista, que se afirmó frente a los atropellos policiales del *ancien régime* conjuntamente con el principio de legalidad, la división de poderes y el monopolio jurisdiccional de la intervención punitiva del estado. Sin embargo, este origen, aunque pueda contribuir a explicar las dificultades e incertidumbres teóricas a través de las que han venido adquiriendo

carta de naturaleza en el derecho público moderno las figuras del «ilícito administrativo» y de la «sanción administrativa»¹³, no puede ya justificar la forma penal de las actuaciones sancionadoras que no inciden sobre bienes o derechos fundamentales y que se reducen a simples sanciones pecuniarias. Por el contrario, la injerencia inflacionista del derecho penal en el ámbito administrativo ha terminado por desdibujar sus límites y por desembocar en un exceso injustificado de penalizaciones. El fenómeno —que se inició en la segunda mitad del siglo XIX, se desarrolló durante el fascismo, y que ha alcanzado dimensiones absolutamente patológicas en los últimos veinte años— es un reflejo de la ampliación creciente de la intervención normativa del estado en la vida civil y de la consiguiente transformación en públicos de sectores cada vez más amplios y numerosos de actividad y de intereses económicos y sociales. Su aspecto patológico, por otra parte, no radica en el crecimiento de las dimensiones de la intervención pública, sino, precisamente, en la forma penal que ha asumido el sistema sancionador a causa de la conocida ineficacia de las técnicas políticas y administrativas de control.

Las consecuencias de esta elefantiasis de la justicia penal son múltiples, y perversas. Ante todo, está el ya mentado exceso de *penalización*, que, por encima de un mayor garantismo de fachada, de hecho comporta un costo para los condenados incomparablemente mayor que el de las sanciones administrativas a causa de los efectos estigmatizantes del proceso penal y de la constancia de las condenas en el registro judicial. Se produce, además, una transformación en sentido reglamentista de la legislación penal, avocada a la *descodificación*, con el consiguiente incremento de incertidumbre, de antinomias, de concurso de normas y de delitos; un incremento, en suma, de la irracionalidad del sistema, de modo que hasta los juristas tienen hoy dificultades para orientarse en la selva de leyes especiales que se hacían *extra codicem* y para devanar los innumerables problemas de definición, coordinación y diferenciación entre tipos de contenido análogo y, lo que es peor, formulados a menudo de manera vaga y oscura. En tercer lugar, y consecuentemente, la inflación penal ha hecho crecer, por un lado, el poder dispositivo de los jueces, que siempre se alimenta de la incertidumbre y confusión de las leyes, y, por otro, ha potenciado el carácter ilusorio de la presunción de conocimiento de la ley penal, orientando el sistema hacia formas de responsabilidad sustancialmente objetiva, por la imposibilidad de conocer el desvalor penal de demasiados hechos inopinadamente penalizados¹⁴. En cuarto lugar, esa inflación evidencia, y al mismo tiempo favorece, una creciente confusión —por parte del legislador y, después, de los ciudadanos— en torno a los criterios que justifican las prohibiciones penales, cada vez menos ancladas en la tutela de bienes y derechos fundamentales o al menos constitucionalmente relevantes; y esta confusión no puede dejar de producir, a largo plazo, una pérdida de

credibilidad y de eficacia del sistema en su conjunto. Finalmente, la hipertrofia penal es un factor evidente de ineficacia, que atasca la maquinaria judicial con problemas baladíes y múltiples, que prolonga los plazos y la distrae de los asuntos más importantes.

Esta tendencia inflacionaria del sistema hacia modelos de derecho penal máximo ha sido en parte contrarrestada, durante algunos años, con normas *despenalizadoras*, esto es, con la degradación de ciertos ilícitos penales, antes castigados con penas pecuniarias, a administrativos. Las primeras medidas en esta dirección fueron la ley n. 317 de 3.5.1967, que despenalizó las contravenciones de tráfico castigadas sólo pecuniariamente; la ley n. 950 de 9.10.1967, que despenalizó las transgresiones a las normas de policía forestal; y la ley n. 706 de 24.12.1975, que despenalizó todas las contravenciones castigadas sólo con sanción pecuniaria, excepción hecha de las de naturaleza tributaria. Sin embargo, la actuación reformadora más orgánica e importante llegó, siguiendo los pasos de la análoga ley alemana de 24.5.1968, con la ley n. 689 de 24.11.1981, que, por un lado, ha extendido la despenalización, aunque con numerosas excepciones (art. 34), a todos los delitos —comprendidos los graves— castigados sólo con pena pecuniaria (art. 32); por otro lado ha introducido una nueva regulación general aplicable tanto a los delitos despenalizados como a todos los ilícitos administrativos (excluidos los disciplinarios), que quedan cubiertos por algunas garantías penales (legalidad, culpabilidad y causas de justificación) y cuya sanción es impugnabile ante el juez ordinario¹⁵.

La medida es todavía demasiado tímida e inadecuada. Un replanteamiento racional de los límites del derecho penal, en efecto, debería proceder, cuando menos, a la despenalización de todas las contravenciones, aun las castigadas con arresto, y no sólo de los delitos sancionados con multa, incluso como alternativa a la privación de libertad. No se propone aquí, naturalmente, un criterio de diferenciación teórica entre ilícitos penales e ilícitos merecedores de despenalización; sin embargo, el hecho de que el legislador haya decidido calificar determinadas conductas como simples contravenciones o bien admitir su punición, a discreción del juez, con una simple multa, es suficiente para suponer que las ha considerado menos lesivas que los demás delitos; y esto, en una perspectiva de derecho penal mínimo, es, sin duda, un primer criterio pragmático de despenalización, idóneo para satisfacer nuestro principio de necesidad o de economía del derecho penal.

En el plano teórico, tal como se dice en el apartado 33.6, una despenalización de esta naturaleza produciría una radical simplificación del sistema penal. En primer lugar, se lograría una simplificación de la noción legal de «hecho punible», que vendría a coincidir con la de «delito», con los requisitos subjetivos y objetivos propios de éste. En segundo lugar, lograríamos una simplificación del concepto de

«pena», que, una vez suprimidas las pecuniarias cuya inutilidad se ha mostrado en el apartado 31.4, vendría a coincidir con la restricción de la libertad personal, en sus diversas formas, y quedaría, por tanto, sustancialmente diferenciada de los demás tipos de sanciones, civiles y administrativas, de contenido exclusivamente patrimonial. A nivel práctico, por otra parte, se produciría un primer y elemental efecto de descarceración, dado que quedarían suprimidas todas las penas privativas de libertad que hoy se pueden imponer como alternativa a las pecuniarias. Resultaría también abolida la ilegítima y desmesurada discrecionalidad del magistrado puesta de manifiesto no ya en la graduación de la cantidad de pena sino en la elección entre penas de entidad incomparablemente distinta como son la privación de libertad y el pago de una suma de dinero. Se suprimiría además el ambiguo instituto del *pago voluntario* de un tercio (art. 162 c.p.) o de la mitad (art. 162 bis) del máximo de la suma prevista, tanto más discriminatorio en la configuración dada por el art. 126 de la ley n. 689 de 1981, que si, por un lado, lo ha extendido a las contravenciones castigadas con pena alternativa de arresto o multa, por otro ha concedido al juez el poder de acordarlo discrecionalmente, en contradicción con los principios constitucionales de igualdad y legalidad de las penas. Finalmente, aumentaría, al par que la racionalidad del conjunto, la cognoscibilidad del derecho penal, la exigibilidad de su observancia y, con ello, la posibilidad de que sea considerado como instrumento de tutela de bienes fundamentales.

Obviamente, una *re-codificación* del derecho penal exige hoy, según las líneas esbozadas en los apartados 33.4 y 33.6, una reclasificación de la jerarquía de los bienes acreedores de tutela penal y muy distintas y más amplias medidas de despenalización y descarceración: *des penalización* de los delitos leves que no atacan derechos fundamentales de la persona, comenzando por aquellos en los que cabe, en abstracto y en base a los arts. 53-85 de la ley n. 689 de 1981, el «pacto» y la correspondiente posibilidad discrecional de imponer «sanciones sustitutivas» (arresto domiciliario, libertad vigilada o pena pecuniaria) en lugar de las penas detentivas de hasta seis meses¹⁶; y *descarceración*, orientada a una progresiva superación de la prisión, de las penas privativas de libertad, a través de su disminución y/o sustitución, en sede legal (nunca judicial y menos ejecutiva), por penas (no medidas) alternativas del tipo de las que hoy se experimentan en la fase de ejecución.

El presupuesto, y al mismo tiempo el objetivo, de tal reforma es la rehabilitación del nexo teórico y funcional —básico en todo sistema garantista y exigido por los principios de legalidad, retribución, necesidad y jurisdiccionalidad— entre pena, delito y proceso: la primera como *ultima ratio*, admisible sólo por la necesidad de proteger los bienes fundamentales amenazados por el segundo, y el tercero como técnica elaborada y solemne de verificación, sólo justificada

para conminar con penas que inciden sobre la libertad de los ciudadanos. Paradójicamente, este nexo se ha debilitado y complicado aún más con las excesivas excepciones sobre despenalización y con los excesivos poderes discrecionales que sobre pago voluntario, sanciones sustitutivas y pactos, introdujera la ley de 1981 y, más tarde, la nueva ley procesal. Restaurarlo nítidamente requiere no sólo devolver al sistema penal su racionalidad y certeza, sino también crear las condiciones mínimas de un derecho penal mínimo. La justicia penal y el ciudadano no pueden ser incomodados por ilícitos de relevancia escasa para los que el legislador ha previsto sanciones sólo pecuniarias o se ha declarado dispuesto a pactar la sustitución total de la pena carcelaria. Y si es cierto que, como se dijo en el apartado 32.1, para castigar un comportamiento como delito no es suficiente pero sí necesaria su reprobación moral, una reprobación que resulta transigible y monetarizable no puede tener nunca tal carácter.

Por otra parte, parece una hipocresía institucional la preocupación, manifestada en ocasiones, por el hecho de que la despenalización pueda redundar en una reducción de las garantías del ciudadano; algo así como que éste prefiera —en nombre de las garantías de la «pena», pero no de los costes que implica el proceso— los efectos estigmatizantes de una pena, aunque sea pecuniaria, a una sanción administrativa igualmente pecuniaria. Y la hipocresía es tanto más evidente si se considera que, gracias a una «estafa de etiquetas», de sentido inverso a la que se glosará en el próximo capítulo, nuestro sistema llama «medidas» a una cantidad enorme de sanciones administrativas o policiales (medidas de seguridad, de prevención, cautelares, de policía, de orden público y similares) restrictivas de las libertades fundamentales, que quedan al margen de las garantías penales.

44. *La pena. Principios normativos y perfiles efectivos*

1. *La noción legal de pena en el ordenamiento italiano. Las garantías de retribución, estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad.* La pena es en el ordenamiento italiano la sanción, de naturaleza y límites máximos preestablecidos por ley, de un delito, impuesta por un juez de acuerdo con las formalidades y con las garantías del proceso penal. Esta definición formal y legal incluye tres fundamentales principios garantistas, constitucionalizados y codificados en los arts. 25, 27, 101 y 102 de la Constitución y 1 y 17 a 37 del código penal.

El primero de estos principios es el del *carácter retributivo de la pena*, que ya hemos examinado en el apartado precedente. En su virtud, la pena es la consecuencia jurídica de un delito y el delito es el presupuesto o la condición necesaria de una pena. Gracias a este principio, expresado en los arts. 1, primera parte, del código penal, y 25, 2.º de la Constitución, entre pena y delito se da una relación

normativa biunívoca, cuya estructura lógica reproduce no sólo la relación de causalidad jurídica, más genérica, formalizada por Kelsen con la conocida formulación «si A, entonces debe ser B», sino también la relación inversa y, como veremos en el apartado 27.1, más importante: «si no A, entonces, no debe ser B», donde A es el ilícito (o violación) *antecedente*, y B, la sanción (o reacción) *consecuente*. La pena, en base a esta segunda fórmula (*nulla poena sine crimine*), no es, pues, un *prius* sino un *posterius* respecto al delito concreto; no tiene carácter preventivo, sino retributivo; no es *extra* o *ante delictum*, sino *propter* o *post delictum*. De ello se deduce que la noción legal de «pena», por incluir la noción legal de delito, comporta también todas las garantías penales que ésta integra como condiciones constitutivas: principios de legalidad y materialidad de los presupuestos de la pena, que identifican el elemento objetivo del delito, y principio de responsabilidad personal y, con él, el de personalidad de las penas, que identifican su elemento subjetivo.

El segundo principio, lógicamente unido al primero, es el de *stricta legalidad de las penas* (*nulla poena sine lege*), recogido en el art. 1, segundo inciso, del código penal («Nadie puede ser castigado con penas que no sean las establecidas por ley») e, implícitamente, en el ya mencionado art. 25, 2.º de la Constitución. La estricta legalidad de las penas, al igual que la de los delitos, tiene tres significados: a) *reserva de ley*, en base a la cual sólo la ley formal está habilitada para introducir o modificar las penas; b) *tipicidad* o *taxatividad de las penas*, en cuya virtud son penas todas aquellas y sólo aquellas descritas, cualitativa y cuantitativamente, por la ley; c) *predeterminación legal de las penas*, que requiere que las penas puedan ser impuestas sólo en las hipótesis (esto es, en presencia de delitos) y en las medidas (de un mínimo a un máximo) preestablecidas por la ley. Y también derivan de aquélla, ahora relativos a la pena, los tres corolarios ya enunciados a propósito del delito: a) *irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo*, b) *retroactividad y ultraactividad de la ley penal más favorable al reo*, y c) *prohibición de analogía in malam partem*. Con este significado, y con estas implicaciones, el principio es expresión del moderno monopolio estatal de la violencia punitiva y, al mismo tiempo, de su rígida delimitación legal. Y confiere a la pena su moderna naturaleza, comentada en el apartado 29.3, de sanción abstracta, cierta e igual, mensurable legal y judicialmente. Una vez abolida, tras la caída del fascismo, la pena de muerte en tiempos de paz (arts. 1 d.lgs.lt. n. 224 de 10.8.1944, 1 d.l. n. 21 de 22.1.1948 y 27, 4.º de la Constitución), la tipología de las penas que nuestro código penal admite y cuya naturaleza y medida define (arts. 17-37 c.p.) incluye, de hecho, dos clases, consistentes ambas en *privaciones* de bienes cuantificables y, por ello, susceptibles de cálculo y de graduación proporcional a la gravedad de los delitos: a) *penas principales* (arts. 22-27), que se dividen en *aa) penas carcelarias* o privativas de libertad (como la *reclusión per-*

petua o las penas temporales de *prisión* para los delitos y el *arresto* para la contravenciones) y *ab) penas pecuniarias* o privativas de una cantidad de dinero (*multa* para los delitos y *multa* más leve para las faltas); *b) penas accesorias* (arts. 28-37) o privativas de la capacidad de actuar del condenado, previstas también como permanentes o como temporales (interdicción de funciones públicas, interdicción o suspensión de profesión u oficio, interdicción legal, interdicción o suspensión de cargos directivos de personas jurídicas o empresas, incapacitación para contratar con la administración pública, supresión o suspensión de la patria potestad y publicación de la sentencia penal condenatoria).

El tercer principio, complementario del de legalidad y, como éste, expresión del monopolio estatal de la fuerza, es el de *estricta jurisdiccionalidad de las penas*, que exige que tanto su naturaleza como su medida sean determinadas e impuestas por el juez, en la forma y con las garantías propias del juicio penal (*nulla poena sine iudicio*). A este principio, sancionado en los arts. 25, 27, 101 y 102 de la Constitución, se vinculan todas las garantías procesales que se examinarán en el próximo apartado: la independencia del juez y su separación del órgano acusador, la presunción de inocencia del imputado hasta tanto la condena no sea firme, la carga de la prueba a la acusación, la legalidad y publicidad del procedimiento de práctica de las pruebas y de comprobación de la responsabilidad penal, el juicio contradictorio y el derecho del imputado a la defensa en cualquier estado y fase del juicio. Es, por otra parte, evidente —en razón de lo dicho en el capítulo 3— que si la comprobación del delito es, al menos en el plano de los principios, una actividad cognoscitiva, en la que el juez ejercita un poder de *verificación* —que, en defecto de garantías penales, degenera en poder de *disposición*—, la determinación concreta de la medida de la pena dentro del marco legal es siempre el resultado de un juicio de equidad, que consiste en la comprensión de la «gravedad del delito» deduciéndola de sus características específicas (art. 133 c.p.) y que comporta, por ello, un poder inevitablemente «discrecional» (art. 132) de *connotación*, valoración, o discernimiento del hecho descrito en la ley como punible.

2. *Medidas extra delictum y extra iudicium restrictivas de libertad. Los tratamientos diferenciados en la reforma penitenciaria.* Del mismo modo que los principios garantistas relativos al delito, las tres garantías relativas a la pena configuran un modelo normativo de intervención penal que, en buena medida, es sólo ideal, en cuanto que lo contradicen, desde innumerables puntos de vista, la praxis judicial y administrativa y, aún antes, la ley ordinaria.

Hay que recordar, ante todo, la deformación del sistema penal de signo clásico-liberal producida por el exuberante desarrollo, desde fines del siglo pasado a nuestros días, de las «dobles» o «triples

vías» punitivas, que han permitido la elusión de todas las garantías reservadas a las «penas», a través de una amplia serie de sanciones *extra delictum* o *extra iudicium* denominadas «medidas» (cautelares, de seguridad, de prevención y similares), siempre restrictivas de la libertad personal. Gracias a esta diferenciación del sistema, que se comentará en el próximo capítulo, ha venido creciendo, junto a un *derecho penal y procesal ordinario*, en términos generales retributivo y vinculado al menos constitucionalmente al respeto a los principios garantizadores, un *derecho penal y procesal especial*, de tipo meramente preventivo y desvinculado de esos principios, que ha franqueado la entrada a modelos sustancialistas y autoritarios de defensa social.

La crisis de las garantías no se manifiesta, sin embargo, sólo en la concurrencia, frente a la pena, de las diversas medidas policiales de control social. Es constatable también, sobre todo después de la legislación penitenciaria de los años setenta y ochenta, en la propia *forma* de la pena, ajena a los principios de retribución, de legalidad y de jurisdiccionalidad, y, por ello, a las características constitucionales de igualdad y certeza. Es obvio que la reforma de 1975 ha representado un indiscutible progreso con relación al brutal régimen carcelario fascista, cuya regulación, de 18.6.1931, está entre los documentos más abyectos de nuestra historia institucional. Informada por una concepción primitiva de la pena como venganza y castigo, la vieja cárcel se mantenía, de hecho, sobre dos principios: la rígida disciplina de todos los comportamientos, prohibidos cuando no obligatorios o expresamente autorizados, y la máxima afluencia y mortificación de la personalidad de los detenidos¹⁷. La superación de los aspectos más inútilmente vejatorios del pasado régimen ha llevado, sobre la base de una estrategia reformadora dirigida a su sustitución con técnicas de etiquetamiento y de tratamiento penal diferenciado según el tipo subjetivo «de autor», «de acusado» o «de detenido», al abandono sustancial del paradigma preventivo-general y al impulso dado a los fines preventivo-especiales de reeducación y seguridad.

La transformación se ha desarrollado a la sombra de la ideología correccionalista asumida como propia por el art. 27, 3.º de la Constitución («las penas deben tender a la reeducación del condenado») y compartida por las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, fautora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante. Avalada por una tal convergencia de culturas, la reforma de la prisión se ha realizado al precio de su transformación en pena desigual, atípica e incierta, y de la consiguiente disolución de las garantías de la pena. Esta transformación

viene expresamente enunciada en la ley n. 354 de 26.7.1975, que ha caracterizado a la pena carcelaria, además de como «privación» de la libertad personal, como «tratamiento reeducativo» (art. 1), a aplicar sobre la base de «programas» elaborados de acuerdo con la «personalidad de cada sujeto», con sus «carencias psico-físicas» y con «las demás causas de (su) inadaptación social» (art. 13). De este modo, la pena no es ya retribución «igual», sino *tratamiento diferenciado o individualizado*, con fines de readaptación del condenado a modelos ético-políticos de normalidad social; no es ya una sanción típica con contenido taxativamente predeterminado por la ley, sino una medida de contenido variable e indeterminado; y su naturaleza y medida no están vinculadas a presupuestos de hecho a su vez predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino decididos discrecionalmente —poco importa si por la autoridad carcelaria o por los jueces de vigilancia— sobre la base de la «observación científica de la personalidad» del condenado (art. 13).

La transformación de la pena en práctica pedagógica y en sometimiento disciplinario se ha llevado a cabo, además de con la individualización del tratamiento, con el auxilio de un complejo mecanismo persuasorio integrado por sanciones y beneficios. Han quedado aynas de garantías y confiadas al arbitrio las tres formas tradicionales de control sobre la vida del detenido: las *sanciones disciplinarias* (arts. 38-39), los *traslados* de un establecimiento a otro (art. 42) y el *empleo de la fuerza física y de medios coercitivos* (art. 41), incluida la vieja cama o camisa de fuerza (art. 77 del reglamento de 29.4.1976). Pero a ellas se ha añadido, como se añade la zanahoria al bastón, un articulado sistema de *premios*, ampliado más tarde por la ley Gozzini de 1986, que confiere al tratamiento modalidades inevitablemente potestativas a causa del carácter absolutamente indeterminado de sus presupuestos. Ante todo, las *recompensas*, que «constituyen el reconocimiento del sentido de colaboración y de responsabilidad demostrado en la conducta personal y en las actividades organizadas de las instituciones» (art. 37). En segundo lugar, la *liberación anticipada* a través de la remisión de una parte de la pena, para el condenado «que haya dado pruebas de participar en las tareas de reeducación» (art. 54). En tercer lugar, y sobre todo, las numerosas *medidas alternativas a la detención*, que más que ser introducidas como penas legalmente previstas en el código penal, están previstas como medios de tratamiento y, por tanto, son aplicadas, al margen de las esenciales garantías jurisdiccionales, con criterios no tasados, sino discrecionales: la *asignación, a prueba, al servicio social*, decidido, sólo en caso de penas leves, «sobre la base de los resultados de la observación de la personalidad» (art. 47); la *semilibertad* (parte del día fuera del recinto carcelario), acordada después del cumplimiento de al menos la mitad de la pena «en relación con los progresos alcanzados en el curso del tratamiento» (art. 50) y «revocada cuando el sujeto no se re-

vele como idóneo para el tratamiento» (art. 51); y, finalmente, la *re-misión de la deuda* por las costas del proceso y del mantenimiento en la cárcel, reservada a quienes «se hayan distinguido por su regular conducta» (art. 56). Y todo ello sin contar la *libertad condicional*, ya prevista en el art. 176 c.p. para los condenados que hubieren cumplido al menos treinta meses y la mitad de la pena, si lo que resta por cumplir no supera los cinco años y si han mantenido «un comportamiento tal que hace pensar que el arrepentimiento es cierto».

De este modo el recluso, sujeto pasivo de la represión, se ha convertido en sujeto activo de la auto-represión, al que se pide que colabore en la violencia que se proyecta sobre él y que se haga merecedor de premios y beneficios penitenciarios, dando pruebas cotidianamente de su progresivo arrepentimiento. Si el viejo régimen carcelario fascista correspondía a un modelo violento y puramente vejatorio que se ensañaba sobre los cuerpos más que sobre las mentes, el nuevo régimen reformado es indudablemente más humano y menos aflictivo, pero no es menos antiliberal y totalizante. La coerción moral tiende a sustituir a la coerción física; el condicionamiento persuasivo de la conciencia, a la dureza de las condiciones de vida; la observación y la sumisión de las almas, a la vigilancia y disciplina de los cuerpos. Lo que no evita que también en la nueva cárcel pervivan formas de vejación, aunque diferenciadas y especializadas; ni que, por otra parte, la *cárcel disciplinada*, prefigurada normativamente, conviva, en muchos casos, con la *cárcel salvaje*, dominada por mafias internas y caracterizada por la máxima inseguridad para la vida y los demás derechos de los reclusos¹⁸.

3. *La pena incierta y desigual. Las cárceles especiales y el laberinto premial.* En el decenio siguiente a la reforma de 1975, el proceso de diferenciación de la pena carcelaria al margen de los esquemas de la retribución, de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad, se ha desarrollado siguiendo dos líneas, distintas pero convergentes, que corresponden a dos fases de la política penitenciaria italiana: primero, en los años de la emergencia terrorista, los contenidos liberalizantes y humanitarios de la reforma desaparecieron en favor de formas punitivas de tratamiento diferenciado de los reclusos considerados peligrosos; después, se volvió al espíritu de la reforma de 1975 acentuando sus características paternalistas y premiales.

En la primera tendencia se inscribe, a partir de la reforma, el reiterado recurso, por parte del ministro de gracia y justicia, al poder que le concede con carácter excepcional el viejo art. 90 de la ley penitenciaria de suspender «en uno o más establecimientos» la aplicación de sus normas más progresivas y liberalizadoras. Las formas más arbitrarias y discriminatorias de diferenciación se han alcanzado introduciendo, a partir de 1977 —simultáneamente a la militarización de la vigilancia exterior de las cárceles— esa especie de pena dentro de la

pena que son las *cárceles especiales* y recurriendo a la *clasificación* (y desclasificación) como «peligrosos» de los detenidos que a ellas se asignan. Las cárceles así configuradas han sido un auténtico agujero negro en el sistema de legalidad: lesionan el principio de reserva absoluta de ley, ya que han nacido de hecho, sin una ley (ni siquiera un reglamento) que las contemplase formalmente¹⁹; se sustraen a los principios de estricta legalidad y taxatividad y simultáneamente a los de retribución y de jurisdiccionalidad de las penas, ya que la asignación de un preso a una cárcel especial no viene preestablecida por la ley, ni responde a un delito o a otro presupuesto fáctico, ni la decide un juez en sede de condena o de ejecución sino, según su arbitrio, una autoridad penitenciaria; y son contrarias, por su régimen especial (prohibición de contactos con el exterior, aislamiento agravado más allá de las más duras sanciones disciplinarias, restricciones y medidas de seguridad atípicas y, en ocasiones, inútilmente vejatorias) a la ley de 1975, y en particular a sus artículos 15, 18, 28, 29, 38, 39, 40 y 42.

En suma, con la difusión de las *cárceles especiales* se ha instaurado un régimen carcelario dual: la pena ordinaria de cárcel común y la pena, doblemente segregadora, de cárcel especial. Este régimen ha quedado consagrado por la ley n. 663 de 10.10.1986, que ha sustituido el art. 90 de la reforma de 1975 con un artículo 41 bis de contenido casi idéntico pero que, además, ha legalizado la práctica de la clasificación, introduciendo, con los arts. 14 bis, 14 ter y 14 quater, el llamado *régimen de vigilancia particular*, esto es, un tratamiento particularmente restrictivo al que pueden ser sometidos los detenidos en razón del presupuesto, no bien definido, de que «con su comportamiento comprometan la seguridad o perturben el orden del establecimiento», o «impidan con violencias o amenazas la actividad de los demás», o «se prevalgan de la situación de subordinación de los demás frente a ellos». Situaciones que justificarían simplemente un incremento de la vigilancia interior y exterior de los establecimientos, han terminado siendo la coartada de discriminaciones subjetivas, y también punitivas, en el tratamiento de los concretos condenados.

La segunda tendencia a que responde este proceso de diferenciación de la pena carcelaria se manifiesta a través de la misma ley Gozzini n. 663 de 1986, que ha acentuado las diferencias introducidas por la reforma del setenta y cinco entre los regímenes penales, no sólo al legalizar la vigilancia particular (art. 3) sino, sobre todo, al extender los beneficios y las medidas alternativas antes enumeradas, así como el carácter potestativo de sus presupuestos²⁰. Bastará recordar los *permisos-premio*, que se pueden conceder de 15 a 45 días por año a los «condenados que hayan tenido una conducta correcta y no resulten de particular peligrosidad social» (art. 9); el *arresto domiciliario*, que puede sustituir a las penas no superiores a dos años, siempre que así lo exijan consideraciones de «salud, estudio, trabajo o familia» (art.

13); el aumento de veinte a cuarenta y cinco días por semestre, equivalente a un cuarto de la duración total, de reducción de pena en la *liberación anticipada* para los que hayan colaborado en la reeducación (art. 30); la elevación de dos a tres años del límite por debajo del cual son sustituibles las penas, sobre la base de la «personalidad» del detenido, por la *asignación a prueba* al servicio social (art. 11). La forma clásica de la pena ha quedado, pues, totalmente disuelta: la pena ordinaria, después de esta ley, no tiene nada de igual ni de tasada ni de legalmente predeterminada; y ya no existen varios «tipos de pena» sino tantas penas como detenidos. Simultáneamente la pena, duplicada, de cárcel (o de régimen) especial responde cada vez menos a funciones de seguridad y cada vez más a fines de disciplina de los internos o, lo que es peor, de coerción de sus derechos de defensa. Si se considera globalmente el sistema penal-premial compuesto por medidas alternativas a la pena y por alternativas al proceso ofrecidas a confesos y arrepentidos, se comprenderá cómo la expectativa de libertad, en cuanto alternativa a la prisión preventiva y después a la especial, tiene que actuar sobre los detenidos, y más si se encuentran a la espera de juicio, como un potente factor de intimidación, de disciplina y también, en la fase del juicio, de neutralización de su voluntad de defensa.

Naturalmente, tampoco podemos desconocer la reducción general de la carga aflictiva propia de la pena que conllevan los diversos beneficios enumerados hasta ahora, al menos mientras no sea compensada con una mayor severidad de las condenas en previsión de su atenuación en fase ejecutiva. La reclusión perpetua, en particular —gracias a la modificación del art. 176 c.p. y del art. 50 de la reforma penitenciaria— puede ser conmutada por la liberación condicional después de veintiséis años de reclusión y por el régimen de semilibertad después de veinte años, reducibles, respectivamente, a diez y nueve años y medio y a quince por efecto del descuento de un cuarto previsto al extenderse la liberación anticipada; y análogamente, gracias a las mismas normas, la prisión, en sentido estricto, ha quedado virtualmente reducida en más de un cincuenta por ciento. Tanto la reforma del setenta y cinco como la ley del ochenta y seis son exponente de la negativa de nuestro legislador —por timidez reformadora o por incontenible vocación correccionalista— a salvaguardar la certeza penal, interviniendo sobre las penas legalmente previstas mediante la eliminación sin tapujos de la reclusión perpetua, la reducción de los límites máximos de la prisión a doce o quince años —correspondientes, por otra parte, a las expectativas realistas de los condenados—, la transformación de las distintas medidas alternativas de sometimiento a prueba, del arresto domiciliario y de la semilibertad en penas —directamente impuestas por el juez sobre la base de la valoración y connotación de los hechos juzgados—, y, finalmente, mediante la consideración de los distintos beneficios que, de los permisos a las au-

torizaciones para trabajar en el exterior, se conceden hoy discrecionalmente, como derechos. Por el contrario se ha preferido dotar a los órganos ejecutivos de un poder penal completamente dispositivo, duplicando la jurisdicción, al situar junto a la magistratura que juzga la magistratura que ejecuta. Pero términos como «magistrado», «tribunal de vigilancia», «juez de ejecución», etc., no bastan para esconder la diferencia entre dos realidades: la ejecución no tiene nada que ver con la jurisdicción penal, dado que el «juez» que concede beneficios no comprueba hechos, verificables y refutables, sino que valora personas; y, en cuanto que es su valoración la que determina los presupuestos legales (conducta buena o correcta, progresos en el tratamiento o en la reeducación, etc.), éstos seguirán siendo recipientes sin contenido, no ya objetos de aserción o prueba sino juicios potestativos de un hombre sobre otro hombre, destinados, en contraste con la naturaleza de la jurisdicción, a moverse dentro de los límites de lo arbitrario.

De ello se deriva no sólo una duplicidad del derecho penal, patente en la distancia que media entre condena y pena y en la connotación en sentido ejemplar de la primera y en sentido disciplinario de la segunda, sino, más en general, una distorsión total del sistema punitivo, cuyo baricentro ha sido contundentemente desplazado fuera de los clásicos límites representados por el trío delito/pena/juicio. Más adelante se volverá sobre este fenómeno en el que se condensa la actual crisis de la legalidad penal y sobre el que ya se ha tratado, a propósito de otros países europeos y de Estados Unidos, en el apartado 30.4. Bastará con poner aquí de relieve que la duración de la pena concretamente sufrida, al debilitarse progresivamente su nexos con el delito, la integran, predominantemente, la prisión preventiva o las medidas alternativas; y que el poder punitivo se ha desplazado del juicio —reducido a momento intermedio de ratificación espectacular y ejemplar de los resultados de la instrucción— a la fase instructoria o preliminar, en la que se decide sobre la libertad o la custodia cautelar del acusado, con el que incluso se pactan la pena o el procedimiento, y a la fase ejecutiva, en la que se decide la duración y hasta la naturaleza de la pena.

Finalmente, se han acentuado considerablemente los clásicos rasgos clasistas de la institución penitenciaria. Los criterios que deciden sobre los beneficios, a falta de parámetros de hecho, están, como se ha visto, insuflados por el sustancialismo más puro: no de «lo que se ha hecho», sino de «lo que se es». A tenor de las primeras experiencias de aplicación de la ley, han terminado por imponerse como criterios predominantes de la decisión, más que la conducta en la prisión, las perspectivas laborales o de inserción en la vida civil, que, obviamente, son mayores para los internos de condición económica y social más elevada. Se ha producido, en suma, una diferencia de tratamiento basada directamente en el *status* y el rol social de los detenidos: sus

oficios o profesiones, sus contactos externos, sus relaciones sociales y, en general, el grado de preocupación que logran suscitar en su ambiente originario; y eso sin contar que sólo la asistencia de un defensor puede permitir el recurso a los complicados instrumentos y procedimientos urdidos por la ley. De ahí se deriva una tipología de los beneficiados y los discriminados que refleja su extracción social y amplifica las connotaciones clasistas de la desigualdad penal: de hecho quedan tendencialmente excluidos de los beneficios —por la imposibilidad de obtener un trabajo y una reinserción verosímil y, aun antes de eso, de orientarse en el laberinto premial— los extranjeros, los apátridas, los gitanos, además, por supuesto, de los condenados desempleados y socialmente más débiles e indigentes.

4. *Penas según los tipos de preso, de autor y de acusado. Las sanciones sustitutivas y los pactos.* Las desigualdades que comentamos, subsiguientes a la diferenciación extra-legal y extra-judicial de las modalidades de la ejecución penal según el *tipo de preso*, reflejan directamente la crisis del principio de *estricta legalidad de las penas* en el doble sentido de taxatividad y de prefiguración legal de sus contenidos. Pero habrá que analizar también otros ataques al principio de igualdad y a las demás garantías penales que intervienen en el momento de su predeterminación legal (por el tipo de autor) y de su determinación judicial (por el tipo de acusado).

Ante todo, el nexo entre pena y delito, que constituye la sustancia del principio de *retribución de las penas*, quiebra, además de en los tipos penales elásticos y de sospecha examinados en el apartado 43.3, en los casos de incremento de pena vinculados por la ley no ya a las circunstancias del delito sino a características personales del reo, como su condición de reincidente o de delincuente habitual, profesional o por tendencia (arts. 99-109 c.p.) o su sometimiento previo a medidas de prevención (arts. 6 y 7 ley n. 575 de 31.5.1965 y 18 ley n. 646 de 13.9.1982). Estas condiciones personales, por otra parte, constituyen el presupuesto de otras discriminaciones penales, como la inaplicabilidad de la amnistía (art. 151.5 c.p.), del indulto (art. 174.3 c.p.), de la suspensión condicional (art. 164.2, n. 1, c.p.) o de la extinción de la pena (art. 172, n. 7, c.p.). En todos estos casos, se trata de formas de etiquetamiento y penalización de reincidentes y habituales en cuanto tales que sobrepasan el esquema teórico de la pena como consecuencia exclusiva del delito y que reproducen, con infracción del principio de igualdad, el paradigma penal constitutivo del *tipo de autor*.

Rompen igualmente el nexo retributivo entre pena y delito las diferencias de tratamiento según el *tipo de acusado*, como son las constituidas por premios penales y procesales concedidos, en principio por la legislación antiterrorista (art. 4 del d.l. n. 625 de 15.12.1979 y la ley temporal n. 305 de 29.5.1982) y después por la praxis que ésta ge-

neró, a los imputados que colaboran con la acusación; así como las derivadas, aunque sólo en el ámbito de la prisión preventiva, de la relevancia que a la «peligrosidad» del reo reconoció, en primer lugar, la legislación de emergencia (arts. 1.3 ley n. 152 de 22.5.1975, 4 ley n. 532 de 12.8.1982 y 8.2 ley n. 387 de 28.7.1984) y, más tarde, el nuevo código de procedimiento (art. 274 c), respecto a la emisión de la orden de captura y de concesión de libertad provisional. Pero las diferenciaciones por el tipo de acusado fueron, sobre todo, fruto de la legislación penal y procesal «ordinaria», por llamarla de algún modo, de los años ochenta. La primera intervención en esta dirección llegó con la ley n. 689 de 24.11.1981, que instituyó, en sus arts. 53 a 76, una serie de *sanciones sustitutivas* de las penas cortas privativas de libertad: la *semiprisión*, de al menos diez horas diarias para las penas no superiores a seis meses; la *libertad controlada*, con una duración doble que la de la pena sustituida, con obligación de residencia y de presentación diaria a las autoridades de la seguridad pública, para penas no superiores a tres meses; la *pena pecuniaria*, de la clase que corresponda, para penas no superiores a un mes. Una reforma tal, por sí sola, no supondría más que una atenuación cualitativa de la pena, aunque lograda, tal como ocurrió con la reforma penitenciaria de las medidas alternativas a la pena, no directamente mediante una modificación de las penas en la ley, sino a través de un complicado dispositivo confiado a la discrecionalidad del juez, al que se pide que determine y motive «la especie y duración de la pena carcelaria sustituida por la semidetención, la libertad controlada o la pena pecuniaria» (art. 61). Sin embargo, hay más, ya que los arts. 77 a 85 —al prever que en el caso de sanciones sustitutivas de la libertad controlada y de la pena pecuniaria el mecanismo pueda ser activado también «a petición del interesado con informe favorable del ministerio público», y que en tal caso la sentencia «declarará extinguido el delito»— han introducido en nuestro ordenamiento la institución del «pacto» sobre la pena, evidentemente condicionado a la confesión del acusado, y destinado a un desarrollo aún más amplio en la nueva ley procesal. Una forma menor de pacto, por lo demás, es la introducida por el art. 126 de la misma ley, ya recordada en el apartado 43.5: la aceptación voluntaria en el caso de contravenciones castigadas alternativamente con multa o arresto, que exige, del mismo modo, además de la valoración discrecional del juez, la petición del imputado y su implícita declaración de culpabilidad²¹.

Estas formas embrionarias de pacto, junto a la voluminosa ley n. 304 de 29.5.1982 sobre atenuantes especiales para los «arrepentidos» que colaboran con la acusación, han abierto el camino al más amplio «pacto sobre la pena» introducido por los arts. 444 a 448 del nuevo código de procedimiento penal. Estas normas, a cuyo análisis dedicaremos el apartado 45.5, son producto de una serie de saltos adelante dados por nuestro legislador dentro de la lógica premial. En

principio fue la directiva 41 del texto de la ley delegada autorizado el 5.7.1982 por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que preveía, a petición concorde de las partes, la aplicación, además de alguna de las sanciones sustitutivas, de «una pena privativa de libertad de duración igual a la del mínimo legal correspondiente al delito por el que se procede, reducida en un tercio y en todo caso no superior a tres meses de prisión o de arresto», lo que equivale a limitar el ámbito de la institución a los delitos cuya pena mínima no supera los cuatro meses y medio. Después, la directiva n. 44 del texto aprobado por la Cámara el 18.7.1984 elevó este límite a un año y medio, admitiendo el acuerdo de las partes sobre la «pena carcelaria mínima prevista para el delito, habida cuenta de las circunstancias, reducida en no más de un tercio y en todo caso no superior a un año de prisión o de arresto». Finalmente, con la directiva 45 de la ley delegada de 1987 y con el art. 444 del nuevo código, este límite se ha elevado, aunque no está claro si a tres o a seis años, ya que se permite el pacto en todos los delitos cuya pena, «habida cuenta de las circunstancias y reducida hasta en un tercio, no supere dos años de prisión o de arresto, acompañados o no de pena pecuniaria»²². Aún más: en el pequeño pacto previsto por la ley de 1981 queda excluido todo poder del juez que no sea el de absolver al acusado (art. 444). Si se considera que para todos los demás delitos el nuevo código ha introducido un «procedimiento abreviado» a petición de las partes, con la consiguiente reducción de la reclusión perpetua a 30 años y de las demás penas en un tercio, resulta — y sólo sobre la base de «los merecimientos procesales» del acusado²³, según reza la motivación del proyecto, y del beneplácito de la acusación— una forma de diferenciación de las penas de alcance incomparablemente superior a la de cualquier ley premial del pasado.

5. *Las lesiones del principio de jurisdiccionalidad de las penas: las penas sin juicio.* Por último, contrastan con el principio de *jurisdiccionalidad de las penas* todas las sanciones procesales y penales sin juicio, bien porque le anteceden, bien porque siguen automáticamente a la condena. Forman parte de las primeras —además de los casos de condena por decreto y de pactos, contrarios al principio de necesidad de juicio y que serán analizados en el próximo apartado— todas las medidas *cautelares* adoptadas cuando aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia: no sólo la prisión preventiva (art. 285 c.p.p.) —que, como se verá, sigue siendo uno de los goznes de nuestro sistema penal—, sino también los arrestos domiciliarios (introducidos por la ley n. 398 de 28.7.1984 y ahora previstos en el art. 284 c.p.p.), la prohibición u obligación de permanencia en un lugar (art. 283 c.p.p.), las medidas de interdicción (arts. 287 a 290 c.p.p.), el secuestro preventivo de «periódicos y otras publicaciones» consideradas «obscenas u ofensivas de la pública decencia» (art. 2 r.d.l.

n. 561, de 31.5.1946) y la clausura de sedes políticas sospechosas (art. 3 ley n. 533 de 8.8.1977).

Entre las segundas, están la pena de *reclusión perpetua*, cuando se aplica automáticamente —como en el caso previsto en el art. 73 c.p., en el que «concurren varios delitos por cada uno de los cuales debe imponerse pena de prisión no inferior a veinticuatro años», o en los delitos de homicidio agravados por la «finalidad terrorista», agravante no compensable por atenuante alguna (art. 1.3 del d.l. n. 625 de 15.12.1979)—. En todo caso, y tal como se mostró en el apartado 30, se trata de una pena contraria al principio de proporcionalidad, al de igualdad penal entre personas de edad distinta y, ante todo, al de humanidad de las penas, enunciado en el art. 27, 3.º de la Constitución²⁴. También se incluyen aquí todas las *penas accesorias* o interdictivas previstas en los arts. 28 a 37. A diferencia de las principales «que son impuestas por el juez en la sentencia de condena», «siguen, por ley, a la condena, como efectos penales de la misma» (art. 20 c.p.); infringen, por tanto, no sólo el principio jurisdiccional de equidad, según el cual toda pena debe ser valorada y determinada por el juez con referencia a todas las connotaciones específicas del caso concreto, sino también el de retribución, pues no son consecuencia del delito sino, automáticamente, de la condena; por no aludir a su paradójico contraste con la proclamada finalidad de reeducación y de reinserción social de las penas, abiertamente contradicha por su misma naturaleza, que consiste en prohibir la actividad laboral precedentemente desarrollada por los condenados. Lo mismo puede decirse de todos los *efectos penales secundarios*, también automáticos y frecuentemente, en oposición al principio de regulatividad, constitutivos de *status* personales penalmente relevantes: a) la constancia de la condena en el certificado del registro judicial (arts. 685 a 690 c.p.p.); b) los *status* de «reincidente», de delincuente o infractor «habitual», «profesional» o «por tendencia» (arts. 99-109 c.p.), con la consiguiente aplicabilidad de medidas de seguridad (arts. 215 y ss. c.p.) e inaplicabilidad de amnistía e indulto (arts. 151.5 y 174.3 c.p.); c) los efectos de los «antecedentes judiciales» a fines de determinación de la pena (art. 133, n. 2, c.p.); d) la imposibilidad de beneficiarse en el futuro de la suspensión condicional de la pena (art. 164, números 2 y 4, c.p.), de la no mención de la condena en el certificado del registro judicial (art. 175.1 y 2 c.p.) o del perdón judicial (art. 169.3 y 4 c.p.), así como la revocación de los dos primeros beneficios y de la liberación condicional concedidos con anterioridad (arts. 168, 175.3 y 177 c.p.); e) la expulsión del extranjero condenado a determinadas penas o por determinados delitos (arts. 235 y 312 c.p.); f) la punición de ciertos delitos de sospecha (arts. 707 y 708 c.p.); g) la destitución, por determinadas condenas, de empleados públicos (art. 85 D.P.R. n. 3 de 10.1.1957) y magistrados (art. 29 ley n. 511 de 31.5.1946); h) la inhabilitación para el ejercicio de determinadas actividades y profe-

siones o la incapacidad para obtener autorizaciones de policía (art. 11 T.U.L.P.S. n. 773 del 18.6.1931) y la cancelación del derecho a la inclusión en el registro de abogados y procuradores (art. 42 R.D.L. n. 1578 de 27.12.1933). En contraste con este interminable elenco de efectos post-penales estigmatizantes que se añaden a las penas accesorias de tipo interdictivo, vuelve a la mente la IX disposición formulada hace dos siglos por Morelly en su *Code de la nature*: «Una vez cumplida la pena, estará prohibido a todo ciudadano hacer el mínimo reproche a la persona que la ha sufrido o a sus parientes, informar de ello a quienes lo ignoren, y mostrar el menor desprecio por los culpables, tanto en su presencia como en su ausencia, bajo pena de sufrir el mismo castigo»²⁵.

Hay que recordar, finalmente, entre las infracciones del principio de jurisdiccionalidad —que exige además de la predeterminación legal de la naturaleza de la pena su determinación judicial— la *conversión de la pena pecuniaria*, factible, alterando lo juzgado, en caso de «insolvencia» del condenado. El código Rocco preveía directamente la posibilidad de esta conversión en pena privativa de libertad; ahora puede transformarse en la sanción de «libertad controlada» o de «trabajo sustitutivo», «calculando veinticinco mil liras o fracción de veinticinco mil liras de pena pecuniaria por un día de libertad controlada y cincuenta mil liras, o fracción de cincuenta mil liras, por un día de trabajo sustitutivo» (art. 102 ley n. 689 de 24.11.1981). Pero cuando se viola una sola de las prescripciones que acompañan a la ejecución de tales sanciones, la parte de éstas «no cumplida todavía se convierte en un período igual de prisión o de arresto» (arts. 108 ley citada y 135 c.p.). Está claro que, modificada de este modo, la sustitución de las penas pecuniarias, cuya ilegitimidad por violación del principio de igualdad ya ha declarado la Corte constitucional (sentencia n. 131 de 21.9.1979), pone en evidencia, una vez más, no sólo las reservas que existen en materia de sustitución de las medidas cautelares privativas de libertad, sino también el valor monetario de cambio asignado a esa libertad que la pena niega. Por ello continúa siendo un palmario factor de desigualdad material en la ejecución de la pena.

6. *El proceso como pena. Imputación penal y etiquetamiento social.* A las diversas formas y mecanismos de diferenciación interna de la pena y de multiplicación de las sanciones penales atípicas y no retributivas, hay que añadir el desarrollo inflacionario del proceso penal, que en la moderna sociedad de las comunicaciones de masas tiende a convertirse en sí mismo en una sanción, en ocasiones más gravosa que la misma pena tradicional. Piénsese en el uso de la incriminación como instrumento de culpabilización preventiva y de estigmatización pública, y, por otra parte, en la proliferación de millones de procesos cada año, no seguidos de pena alguna y generadores sólo de certifi-

cados penales y de *status* jurídico-sociales (de reincidente, o peligroso, o en espera de juicio, etc.).

Una alteración tal de la función del proceso, favorecida por su estructura bifásica, nos legitima para hablar de *penas procesales*. Así, es una pena procesal de hecho el acto con el que se advierte al acusado del inicio del procedimiento, llamado inicialmente «aviso de procedimiento» (art. 8. ley n. 932 de 5.12.1969), después, gracias a un intenso reformismo lingüístico, «comunicación judicial» (art. 3 ley n. 773 de 15.12.1972) y, por último, «información de garantía» (art. 369 c.p.), sin que por ello se haya logrado transformar este medio de estigmatización pública en una garantía efectiva de defensa del imputado. Y lo es, sobre todo, la prisión preventiva, de la que se hablará más tarde y a la que otra reforma terminológica, operada por la ley n. 398 de 28.7.1984, ha rebautizado como «custodia cautelar». La naturaleza punitiva de estas instituciones se manifiesta de manera clamorosa en los casos de verdadera y propia inventiva judicial, en los que los instructores construyen figuras delictivas no previstas por la ley al solo objeto de arrestar a los inculpados: recuérdese, entre los casos que alcanzaron mayor resonancia, el arresto de los empleados públicos culpables de absentismo que, por estafa en perjuicio del estado, ordenara la Fiscalía de Roma en 1983; o la detención, no menos arbitraria, por malversación (debido a que habían conseguido algún expediente judicial) de algunos periodistas, culpables en realidad de una mera contravención por violación del secreto instructorio. Por no hablar de las auténticas y propias campañas judiciales en que se han transformado, con el auxilio de los *mass media*, algunos grandes sumarios de los años setenta y ochenta, dirigidos esencialmente a la culpabilización preventiva y al linchamiento público de chivos expiatorios, sin huella alguna de garantías: el proceso Valpreda, el de «7 de abril», el napolitano contra Enzo Tortora, concluidos todos ellos con sentencias absolutorias e incluso con absoluta retirada de las acusaciones.

Estamos, obviamente, ante casos de patología judicial. Pero se trata de una patología que evidencia la posibilidad de hacer uso del proceso para la punición anticipada, la intimidación policial, la estigmatización social, la persecución política o para todos estos objetivos juntos. Es indudable que, por encima de las intenciones persecutorias de los instructores, la sanción más temible en la mayor parte de los procesos no es la pena —casi siempre leve o inaplicada— sino la difamación pública del imputado, que ofende irreparablemente su honorabilidad y sus condiciones y perspectivas de vida y trabajo; y si hoy puede hablarse todavía del valor simbólico y ejemplar del derecho penal, se atribuye no tanto a la pena como al proceso y más exactamente a la acusación y a la amplificación que realizan, sin posibilidad de defensa, la prensa y la televisión. Ha reaparecido, pues, en nuestros días la antigua función infamante característica del derecho penal premoderno, cuando la pena era pública y el proceso secreto. Sólo que

el rollo y la picota han sido hoy sustituidos por la exhibición pública del acusado en las primeras páginas de los periódicos o en el televisor; y no como consecuencia de la condena, sino de la acusación, cuando todavía es un presunto inocente.

45. *El proceso penal. Principios normativos y perfiles efectivos*

1. *La noción legal del «proceso penal» en el derecho italiano. El modelo constitucional.* El *proceso penal* es en nuestro ordenamiento la serie de actividades realizadas por jueces independientes en la forma prevista por la ley y dirigidas a la formulación, en un debate público entre acusación y defensa, de un juicio consistente en la verificación o refutación empírica de una hipótesis acusatoria y en la consiguiente condena o absolución de un acusado. Esta definición se basa en los arts. 24, 25, 27, 101, 102, 104, 105, 111 y 112 de la Constitución, y 1, 187, 190 y 192 del nuevo código procesal; e incluye, aunque sólo sea por aproximación, todas las garantías procesales —orgánicas y de procedimiento— formalizadas en nuestro modelo SG.

La primera de estas garantías es la de *jurisdiccionalidad en sentido amplio* (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), esto es, en el sentido de garantía orgánica relativa a la figura y al estatuto del juez. Consiste en la atribución en *exclusiva* de la potestad judicial a un cuerpo de jueces *ordinarios* (art. 102, 1.º y 2.º de la Constitución: «La función jurisdiccional la ejercen los jueces ordinarios nombrados y regulados por las normas sobre el orden judicial. No pueden ser nombrados jueces extraordinarios ni especiales»), constituidos en un poder *independiente* y dotado de *autogobierno* (arts. 104, 1.º y 105: «La magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder»; «corresponde al Consejo Superior de la Magistratura la asunción, la asignación y los traslados, la promoción y las decisiones disciplinarias referentes a los jueces»), *sometidos sólo a la ley* (art. 101: «Los jueces sólo están sometidos a la ley»), *inamovibles* (art. 107: «Los jueces son inamovibles») y dotados de *competencias* preestablecidas legalmente (art. 25, 1.º: «Nadie puede ser sustraído al juez natural preconstituido por ley»).

La segunda garantía orgánica, conexas a la primera, es la de *indelegabilidad del juicio*, en el doble sentido que se indica en el apartado 39.1: *infungibilidad* de la jurisdicción ordinaria dispuesta por el art. 25, 1.º de la Constitución, y *no declinabilidad* consiguiente a la *obligatoriedad de la acción penal* (art. 112: «El ministerio público tiene la obligación de ejercitar la acción penal»). Como se dijo en el apartado 39.3, esta garantía es un corolario del sometimiento exclusivo a la ley de la función judicial y, con ella, de la acusación pública, también vinculada por la ley y puesta así a recaudo de tentaciones potestativas y de presiones externas; y es al mismo tiempo un principio, esencial, de

igualdad y de imparcialidad dirigido a impedir favoritismos o discriminaciones en atención a la persona del reo o de su acusador.

La tercera garantía orgánica contenida en nuestra definición legal es la *separación del juez y de la acusación* (*nullum iudicium sine accusatione*), introducida por el nuevo código, y la configuración del ministerio público como agente exclusivo de la acusación y, además, como exclusivamente acusatorio, vinculado a la ley (art. 112) e independiente (art. 107, 4.º: «El ministerio público goza de las garantías establecidas que le conceden las normas sobre el orden judicial»). De ahí se derivan la *tercería* del juez respecto a las partes y su *imparcialidad* respecto a la materia contenciosa.

El cuarto principio incluido en la definición es la garantía procesal de *presunción de inocencia del imputado* hasta que exista una prueba contraria que justifique la condena (art. 27: «El acusado no puede ser considerado culpable hasta tanto no recaiga condena definitiva»). Si es verdad que la constatación de los delitos y la aplicación de las penas son posibles sólo mediante sentencia de condena subsiguiente a un proceso, proceso y condena son condiciones en cuya ausencia no puede decirse que el acusado sea culpable, sino inocente, ni susceptible de sufrir una pena, ni siquiera a título preventivo o cautelar. A ello sigue, como corolario, la atribución de la *carga de la prueba a la acusación* (*nulla accusatio sine probatione*), lo que supone que la regla fundamental del juego procesal es la de que la formulación de una acusación genera el deber de probarla: no es el acusado quien debe probar su inocencia, sino que corresponde a la acusación probar que es culpable.

El último principio contenido en nuestra definición legal del proceso penal es el de *contradicción*, a través del cual se cumple con la *stricta jurisdiccionalidad* del juicio. Ello corresponde esencialmente, como se dice en el apartado 41.4, a un método de conformación de la prueba y de comprobación de la verdad fundado no ya sobre un juicio potestativo, sino sobre un conflicto, disciplinado y ritualizado, entre *partes* contrapuestas: la *acusación*, expresión del interés punitivo del estado, y la *defensa*, expresión del interés del acusado en quedar libre de acusaciones infundadas e inmune de penas arbitrarias. Tal confrontación, de la que depende la efectividad de la presunción de inocencia del procesado, está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su *defensa técnica* (*nulla probatio sine defensione*), en cualquier estado y fase del juicio (art. 24, 2.º y 3.º de la Constitución: «La defensa es derecho inviolable en cualquier estado y fase del procedimiento. Se asegurarán, mediante las asignaciones oportunas, los medios adecuados, a quienes carezcan de ellos, para actuar y defenderse ante toda jurisdicción»). Finalmente, son instrumentales respecto a la garantía de defensa —pero también respecto a la

presunción de inocencia hasta que haya prueba en contra y al sometimiento exclusivo del juez a la ley— la obligación de *motivación* de todas las decisiones jurisdiccionales (art. 111, 1.º de la Constitución), particularmente de las restrictivas de la libertad personal (art. 13, 2.º), y la *recurribilidad en casación* por violación de ley de las sentencias y de toda decisión que afecte a la libertad personal (art. 111).

Se trata, como hemos visto en el capítulo 9, de un conjunto de principios complementarios, consecuencia en parte de la estricta legalidad de delitos y penas, a través de los que se manifiesta el monopolio legal y judicial de la potestad punitiva. La primacía de la ley, explicitada en el principio de estricta legalidad penal, al exigir que sean punibles todos y sólo los hechos legalmente previstos como delito, implica la configuración de la jurisdicción como función tendencialmente cognoscitiva, en cuanto vinculada a la comprobación de aquellos por medio de pruebas y contrapruebas, que sólo pueden garantizar jueces ajenos a las partes e independientes de los demás poderes del estado y, en primer lugar, del poder del gobierno.

2. *El nuevo código de procedimiento penal y el sistema acusatorio.*

Este modelo constitucional del proceso —que ha permanecido intacto más de cuarenta años— ha encontrado traducción parcial en el nuevo código de procedimiento penal, aprobado con el D.P.R. n. 447, de 22.9.1988, y en vigor desde el 24.10.1989. Rompiendo una tradición plurisecular, el nuevo código ha adoptado el sistema acusatorio, no expresamente previsto por la Constitución, configurando el nuevo proceso como una relación triple entre juez, acusación y defensa, antitética no sólo con relación al proceso medieval, de tipo enteramente «inquisitorial», sino también con relación al «mixto» del viejo código Rocco, construido sobre la confusión, en la fase instructoria, entre juez y acusación y sobre la recíproca relación investigador-investigado.

La principal innovación estructural introducida a tal fin es la separación entre juez y acusación, mediante la eliminación de las viejas figuras del juez instructor —reemplazado por un juez para las investigaciones preliminares, ajeno, al menos en principio, a su desarrollo posterior (art. 328)— y del juez de paz, a los que ahora se atribuye sólo la función de juzgar. Al ministerio público, por otra parte, se le han dejado, teóricamente, funciones no decisorias gracias a dos importantes innovaciones: la exclusión de la instrucción sumaria y la supresión, anticipada por la ley n. 330 de 5.8.1988, del poder de ordenar la detención del imputado, que sólo podrá acordar por no más de 96 horas en caso de peligro de fuga y de indicios graves de culpabilidad de delitos castigados con pena no inferior, en su mínimo, a dos años y superior, en el máximo, a seis (art. 384).

El segundo orden de innovaciones fruto del nuevo código afecta a las garantías procesales: algunas han resultado reforzadas y se han in-

roducido otras propias del método acusatorio. Ante todo, se ha aliviado el viejo y durísimo régimen de la prisión preventiva, a través de la reducción de los términos máximos de su duración a cuatro años (art. 303) (salvo el tiempo de eventual suspensión, que, según dice el art. 304, no puede alargar la prisión más de dos tercios del máximo de la pena, lo que equivale a decir, para los delitos más graves, hasta 16 años); la limitación de los casos en los que cabe acordarla, que son sólo los delitos castigados con prisión superior, en su máximo, a tres años (art. 280); y, sobre todo, mediante la eliminación no sólo del poder de detención en manos de la acusación pública, sino también de aquellas instituciones aberrantes como eran la prisión obligatoria, la prohibición de libertad provisional y con ella el encarcelamiento automático del imputado, en razón, únicamente, de la gravedad, en abstracto, del delito examinado. La captura y la sucesiva detención, en base a los arts. 272 a 286, ahora son siempre facultativas, y el juez debe justificarlas por la subsistencia y persistencia de «graves indicios de culpabilidad» o por «exigencias cautelares» derivadas del riesgo de fuga, del peligro para las pruebas, o de la peligrosidad del acusado. Como se vio en el apartado 38 y como veremos en el 47, todo ello sigue estando en contradicción con la presunción de inocencia, pero el contraste se ha hecho, indudablemente, menos estridente.

También se ha llevado a la práctica, al menos para los procedimientos no especiales, el principio de contradicción en la formación y en la discusión de las pruebas. Las pruebas pueden ser recibidas sólo por el juez (arts. 189 a 192); se admiten a instancia de parte, salvo que, por ley, lo sean de oficio (art. 109); son utilizables —excepción hecha de los casos de incidente probatorio (arts. 392 a 404) y cuando se admite la lectura (arts. 511 a 513)— sólo si obtenidas en el juicio oral (art. 526). Mientras que en la audiencia preliminar es el juez quien dirige el examen de testigos, peritos y de las partes privadas (art. 422, 7.º), en el juicio oral lo hacen las partes bajo la simple vigilancia del presidente, según el método de la *cross examination* (arts. 498 a 504). Las mismas reglas, finalmente, se aplican a los jueces de paz, cuyas funciones persecutorias han quedado completamente confiadas al ministerio público, mientras que las juzgadas se reparten, como ante el tribunal, entre aquéllos y un juez para las investigaciones preliminares (arts. 549-550).

Sobre la base de esta estructura acusatoria, y a efectos de caracterizar el proceso penal como procedimiento probatorio y no potestativo, asumen mayor significación toda una serie de garantías en gran parte ya previstas por el viejo código: a) el principio —correlativo y complementario del de estricta legalidad y taxatividad del delito— de que la acusación se formule sobre hechos determinados, empíricamente comprobables o refutables (arts. 64, 292 c, 417 b, 423, 429 516 a 522, 546 y 548 c, c.p.p.), y el de que el hecho descrito en la imputación se corresponda con el enunciado en la sentencia (art.

521); *b*) la imposición de la carga de la prueba a la acusación, por exigir el principio acusatorio que «las pruebas se admiten a instancia de parte» y no, salvo ciertas excepciones, a iniciativa del juez (art. 190.1 y 2), de modo que, en caso de inactividad de la acusación en relación con la prueba o con la contraprueba condicionada a su iniciativa, la prueba no puede considerarse obtenida; *c*) la caracterización del interrogatorio de la persona sometida a investigación como instrumento de defensa y como momento de planteamiento del juicio contradictorio a través del rechazo «en forma clara y precisa» del «hecho que se le atribuye» y de los «elementos de prueba existentes contra él», con la consiguiente facultad del sospechoso de no responder y la del testigo de no deponer contra sí mismo (arts. 65, 64.3, 198, 208, 210.4); *d*) la prohibición, en el interrogatorio y en general en la práctica de la prueba, de «métodos o técnicas idóneos para influir sobre su capacidad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos» (arts. 64 y 188); *e*) «la información sobre garantías», que debe ser brindada a la «persona sometida a investigación» desde «el primer acto al que el defensor tiene el derecho de asistir» con «indicación de las normas legales que se estiman violadas, de la fecha y del lugar del hecho» imputado, y con expresa invitación a que nombre un defensor de su confianza (art. 369); *f*) el deber del ministerio público de llevar a cabo no sólo las investigaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal (art. 326), sino también para la «comprobación de hechos y circunstancias favorables a la persona investigada» (art. 358); *g*) la fijación, para concluir las investigaciones preliminares, de un plazo de seis meses, prorrogable por el juez hasta diez y ocho o, en caso de ciertos delitos graves, hasta dos años (arts. 405-407); *h*) la restricción del poder de avocación del Fiscal general de la Corte de apelación, reducido a los casos de retraso u omisión por parte del ministerio público (art. 412); *i*) el poder de control que, sobre la inactividad de la acusación pública, se reconoce al perjudicado, que puede oponerse a la petición de archivo e indicar objetos de investigación suplementarios (arts. 408 y 410); *j*) la extensión a instituciones o asociaciones representativas de intereses afectados por el delito de todos los derechos y facultades que se atribuyen al ofendido, siempre que éste lo autorice (arts. 91 a 95); *k*) la asistencia de uno o dos defensores designados por el imputado o, en su defecto, uno de oficio, con los que éste tiene derecho a comunicar mientras dure la medida de custodia cautelar, con algunas excepciones que se mencionarán más adelante (arts. 96 a 98 y 104); *l*) el derecho de los defensores a asistir a todas las audiencias, interrogatorios, caraos, inspecciones y registros (arts. 127, 245, 250, 350, 356, 364, 420, 484), excepción hecha del interrogatorio informal realizado por la policía «en el lugar o en las inmediaciones del hecho» (art. 350.5), a recibir aviso previo de dichas actuaciones (arts. 97.3, 350.3, 364.3, 388, 390 y 419), y a tenerlas en depósito en la secretaría (arts. 128,

366, 416, 431, 466); *l*) la configuración del objeto de la prueba como «hechos» (arts. 187, 194.1, 211 y 218) y, en particular, la prohibición de que los testimonios puedan versar sobre «la moralidad del imputado», «rumores públicos» o «apreciaciones personales» (art. 194.1 y 3) y no sobre «hechos concretos» (art. 194.3); *m*) la necesidad de que las declaraciones de los coimputados se complementen con «otros elementos de prueba que confirmen su valor» (art. 129.3) y de que, más en general, todos los indicios sean contrastados y sean, además, «graves, precisos y concordantes» (art. 192), siguiendo el criterio de pluralidad de comprobaciones *per modus ponens*; *n*) la obligación del juez de «dar cuenta, en la motivación, de los resultados logrados y de los criterios adoptados» (art. 192.1), lo que supone explicitar todas las inferencias inductivas realizadas, así como los criterios pragmáticos y sintácticos seguidos, incluidos los referidos a las contrapruebas y a refutaciones *per modus tollens*; *ñ*) la supresión del arresto y del juicio en audiencia del testigo sospechoso de falso testimonio o reticente (art. 207); *o*) la publicidad de las actuaciones base de la acusación así como de los autos una vez dictada la sentencia en primera instancia, y del expediente del ministerio fiscal después de pronunciada la sentencia de apelación, además, obviamente, de los debates en audiencia pública (arts. 114 y 471); *p*) la doble instancia y la comprobación, en apelación, de la fundamentación de la prueba practicada en la primera instancia (arts. 568 y 605); *q*) la absolución libre no sólo «cuando falta» la prueba de la culpabilidad, sino también, una vez suprimida la fórmula de la duda, cuando es «insuficiente o contradictoria» (art. 530).

3. *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal. El legado de la emergencia.* Es indiscutible que el nuevo código representa, en relación con la crisis de legitimidad a que había llegado la jurisdicción penal bajo el anárquico régimen del viejo código procesal, una relevante conquista, aunque no sea más que por la neta separación que introduce en la faceta acusadora entre juez y acusación y entre jurisdicción y acción; y, con ello, por la redefinición de los papeles procesales: por un lado la lucha contra el crimen y las tareas investigadoras confiadas a la policía y al ministerio público; por el otro, el juez, tercero respecto a las partes a la hora de juzgar e imparcial a la de comprobar los hechos y las pruebas.

Dicho esto, los elogios con los que el nuevo código ha sido acogido por los exponentes más autorizados de la doctrina procesalista²⁶ parecen decididamente excesivos. Debemos, en efecto, reconocer que, en parte por razones *extra codicem*, pero en parte también por otras inherentes al nuevo código, el sistema de garantías procesales diseñado por la Constitución, al igual que el de las garantías penales sobre el delito y la pena, está condenado a una considerable ineficacia. Ante todo, la nueva normativa se ha insertado en un sistema penal, como es

el del vigente código Rocco, sumamente alejado de las formas impuestas por la estricta legalidad, y en un ordenamiento judicial que, en parte, es aún el instituido por el R.D. n. 12 de 30.1.1941. En segundo lugar, ha acogido, con fórmulas de compromiso, muchas de las instituciones antigarantistas del viejo sistema y, en particular, algunos procedimientos policiales introducidos por la legislación de excepción de los años setenta y ochenta. Finalmente, ha acuñado una serie de procedimientos especiales que están en las antípodas del sistema de las garantías procesales y que amenazan con perpetuar, o, lo que es peor, con reforzar y legitimar, culturas y praxis inquisitivas que se desarrollaron en la época de la emergencia.

Ocurre así que el principio de «estricta jurisdiccionalidad», considerado desde la perspectiva de que «el juez está sujeto sólo a la ley» y, con ello, desde el modelo cognoscitivo del juicio penal, resulta contradicho por la multiplicidad de opciones que en la actividad interpretativa y en la probatoria impone la indeterminación semántica de las normas penales sustanciales. Al mismo tiempo, su puesta en práctica continúa chocando con los distintos condicionantes —normativos y fácticos, externos e internos— que aún circundan a la función judicial. En particular, aunque el art. 109 de la Constitución y los arts. 55 y 59 c.p.p. establezcan que la policía judicial depende de la magistratura, los agentes y oficiales de policía continúan encuadrados en escalas dependientes del poder ejecutivo, que puede, así, condicionar la actividad de iniciativa, de investigación y de recogida de los medios de prueba. En cuanto al principio del «juez natural» —esto es, de la previa vinculación legal del juez al hecho, que el viejo código garantizaba sólo respecto a los funcionarios judiciales y no, como requiere el art. 25 de la Constitución, al «juez» singular— el art. 4 de las normas para la adecuación del ordenamiento judicial al nuevo proceso, aprobadas por el D.P.R. n. 449 de 22.9.1988, establece, cierto es, que «la asignación de los asuntos penales» será realizada por los responsables de la oficina judicial «según los criterios objetivos y predeterminados que indicare con carácter general el Consejo superior de la magistratura». Sin embargo, esta norma no se aplica a los miembros del ministerio fiscal. E incluso para los miembros de la judicatura queda en parte vacía de contenido, pues el art. 33 c.p.p. establece que «no se considera que afecten a la capacidad del juez» —y por tanto no son causa de nulidad (arts. 177, 178 a y 179.1)— «las disposiciones sobre destino del juez a puestos y secciones, sobre formación de los tribunales colectivos y sobre la asignación de los procesos a secciones, tribunales y jueces».

Tampoco resulta bien parada la segunda garantía orgánica, la de obligatoriedad del juicio y de la acción penal. El ataque más evidente, relativo a la infungibilidad de la jurisdicción, consiste en la pervivencia en el nuevo código de los múltiples y variados poderes instructorios de la policía —y del más odioso entre ellos: el del interro-

gatorio sin defensor (art. 350.5)—, que, como veremos en el apartado 50, permiten hablar de un *derecho procesal policial* completo, de carácter inquisitivo y que entra en contradicción no sólo con el monopolio que de la potestad jurisdiccional tienen los jueces sino con la «exclusividad» de la potestad jurisdiccional que corresponde a todo el conjunto de garantías procesales. La inderogabilidad del proceso, y el cúmulo de garantías que comporta, resultan a su vez violados, en su faceta de indeclinabilidad, por alguno de los procedimientos especiales que luego estudiaremos, en particular por los acuerdos sobre la pena y por el procedimiento por decreto, que, de hecho, terminan por sustituir la jurisdicción por prácticas negociales de tipo sustancialmente administrativo. Finalmente, provoca un debilitamiento del principio —aunque no esté claro si por un despiste o por una opción consciente— la formulación de los arts. 50 y 331. El primero de ellos establece, como ya hacía el art. 1 del viejo código, que «la acción penal se ejercerá de oficio... cuando no es necesaria querrela, petición, instancia o autorización para proceder»; el segundo recoge el deber de denuncia por parte de los funcionarios públicos y de los encargados de un servicio público no ya, como quería el viejo art. 2, de todos los delitos no perseguibles «a instancia del ofendido», sino de los «perseguibles de oficio», entre los cuales no quedan incluidos todos aquellos, por ejemplo los cometidos por parlamentarios o por ministros, en los que se requiere autorización para proceder.

En cuanto a la tercera garantía —separación entre juez y acusación, que es la principal conquista del nuevo régimen acusatorio— resulta también oscurecida por cierta ambigüedad que caracteriza al «juez para las investigaciones preliminares» y al «juez para la audiencia preliminar». La cualidad de ajenos a las partes de estas nuevas figuras juzgadoras queda, en efecto, comprometida porque se les requiere que intervengan anticipándose al juicio en demasiados aspectos: además de poder denegar el archivo de las actuaciones (arts. 409.4 y 5 y 554), convalidan los arrestos y detenciones ordenados por la policía judicial o el ministerio público (arts. 390 y 391) y, sobre todo, deciden sobre medidas coercitivas, comenzando por la orden de captura (art. 279). Esta ambigüedad habría podido quedar reducida si, al menos, se hubiese establecido que en los distintos supuestos el juez no fuese, dentro de lo posible, siempre la misma persona. Por el contrario, el citado art. 4 de las normas para la adecuación del ordenamiento judicial dicta la norma exactamente opuesta: «En la determinación de los criterios para la asignación de los asuntos penales al juez para las investigaciones preliminares, el Consejo superior de la magistratura decide, allí donde fuere posible, la concentración en el mismo juez de todos los incidentes probatorios y de todas las providencias relativas al mismo procedimiento». Si después, a falta de una norma que prescriba la incompatibilidad o, incluso, por razones de economía del personal judicial, hubiese que afirmar la concentración

en el mismo sujeto de las funciones de juez para las investigaciones preliminares y de las propias del juez de la audiencia preliminar, se terminaría por recomponer, con nuevos ropajes, la vieja figura del juez instructor; con el agravante de que el nuevo juez de la audiencia preliminar, a diferencia del viejo juez instructor, está llamado, como en el juicio abreviado y en la aplicación de la pena a petición concorde de las partes, a definir el juicio de primera instancia, con limitaciones relevantes, por lo demás, del derecho de las partes a la apelación (arts. 443 y 448). Añádase que, violando la separación entre juez y acusación, el ministerio público continuará desarrollando actividades instructoras —como lo son las comprobaciones técnicas irrepetibles, pero también los interrogatorios, las inspecciones, los careos y la toma de declaración a testigos (arts. 360, 364 y 388) en presencia, aunque a veces en ausencia (arts. 362 y 364.5), del defensor—. Estas diligencias, aun cuando carentes de valor probatorio formal, son relevantes en la audiencia preliminar, en cuanto que quedan incorporadas a las actuaciones del ministerio público que se adjuntan a la petición de apertura del juicio (art. 416), e incluso en el juicio oral, indirectamente, a través de las alegaciones, de las que hablaremos más tarde.

También son lesiones de derecho sustancial las infligidas al cuarto principio constitucional relativo al proceso penal —presunción de inocencia del acusado hasta que exista prueba en contra— por todas las normas penales que se fundan en la «sospecha» o en la «peligrosidad social»: desde los «delitos de sospecha», cuya característica específica radica, precisamente, en la transferencia procesal de la carga de la prueba de la acusación al acusado, hasta las medidas de defensa social ligadas de un modo u otro no a la prueba de un delito sino a elementos sintomáticos de la personalidad, como la calificación de «peligroso», «sospechoso» o «proclive a delinquir». Aún hay más: también entran en colisión con la presunción de inocencia todas las medidas cautelares, judiciales y policiales, adoptadas antes de la condena. Destaca entre ellas la prisión preventiva, que, no obstante su nuevo nombre de «custodia cautelar», ha perdido, como se verá en el apartado 47, su función puramente procesal para transformarse en una medida de defensa social contra los acusados socialmente peligrosos.

La quinta y última categoría de garantías procesales —las del *contradictorio* entre acusación y defensa, con la atribución de la carga de la prueba a la primera y el derecho de refutación a la segunda— se hace impracticable siempre que la sanción venga asociada por ley a juicios de valor o a elementos sintomáticos que siguen el esquema del «tipo de autor». Y ello por la razón, ya comentada ampliamente, de que entonces es imposible tanto la verificación acusatoria como la refutación de la defensa, ya que no puede probarse ni negarse la atribución no de hechos concretos sino de cualidades (como «sospechoso», «peligroso», «subversivo», «obsceno» o similares) integrantes esencialmente por juicios subjetivos y potestativos del juez.

Como ya se ha observado en la nota 83 del capítulo tercero, la obligación de probar por parte de la acusación y la de motivar los hechos por parte del juez quedan, además, relativizadas por la absurda limitación que el art. 606 impone al control lógico de la prueba en casación: la «ausencia o manifiesta carencia de lógica de la motivación» es motivo de recurso sólo «cuando el vicio resulta del texto de la decisión impugnada». Ello comporta el riesgo, allí donde prevalezca una obtusa interpretación literal, de que no sería objeto de casación la ausencia de valoración por parte del juez de pruebas o contrapruebas aceptadas o no aceptadas pero todavía disponibles, la ausencia de refutación de contrahipótesis plausibles y disponibles, e incluso, en rigor, la manipulación de los hechos en el texto de la sentencia.

Parece conveniente, por otra parte, dar cuenta de la herencia dejada por la legislación de emergencia en el nuevo código, herencia que debilita el juicio contradictorio, al determinar, en oposición al modelo acusatorio, una situación desigual para la acusación y la defensa, así como deficiencias de publicidad y oralidad en el proceso.

El primero de estos legados viene representado por las normas sobre el interrogatorio. En el apartado 50 se tratará, a propósito de las medidas cautelares de policía judicial, de la más grave de estas normas —el art. 350.5— que ha reproducido y generalizado el viejo interrogatorio policial sin asistencia letrada, permitido por el decreto-ley n. 59 de 21.3.1987 para algunos delitos graves. Además de este instituto típicamente inquisitivo, el nuevo código ha conservado, en los arts. 210 y 363, el interrogatorio de persona acusada en procedimiento conexo, introducido por los arts. 9 y 11 de la ley n. 534 de 8.8.1977 y ampliamente utilizado para oír, bajo los inciertos y ambiguos ropajes del «acusado testigo», a los denominados «arrepentidos». Y ha recogido la modificación del viejo régimen de la nulidad, obra del art. 6 de la misma ley, en sus arts. 179 y 180, que declaran subsanada, si no ha sido denunciada o alegada al término de cada fase del juicio, toda nulidad relativa a la «intervención, asistencia y representación del imputado» no «derivada de su falta de citación o de la ausencia de defensor en los casos en que su presencia es obligatoria», causas de nulidad que el originario art. 185 del código Rocco consideraba absolutas e insanables.

El segundo, y no menos grave, legado afecta a la falta de publicidad, que continúa caracterizando la fase previa al juicio oral. Esta fase, que comprende las investigaciones preliminares, los incidentes probatorios y la audiencia preliminar, está íntegramente cubierta por el secreto frente al público, el llamado secreto «externo». Los arts. 114.1 y 2 y 329, en efecto, vetan la publicación, hasta que haya terminado la audiencia preliminar, de todos los actos relativos a las investigaciones, estén o no amparados por el secreto interno; y los arts. 401 y 418 establecen que los incidentes probatorios y la au-

diencia preliminar se desarrollarán en sesión cerrada, mientras que el sospechoso podrá asistir a los primeros si «hay que examinar a algún testigo u otra persona», y en los demás casos sólo «con autorización previa del juez». Pero una parte relevante de esta fase —la que precede a la «información sobre garantías» que se da al sospechoso y que queda confinada por el art. 369 al momento del «primer acto al que tenga derecho de asistencia el defensor»— está cubierta también por el secreto «interno», esto es, entre acusado y defensor. Lo que quiere decir que existe una falta total de publicidad relativa a algunas actividades de investigación, como las informaciones testimoniales sumarias, practicadas por la policía o por el ministerio público (arts. 351 y 362), a las que no tiene derecho a acudir el defensor²⁷. El secreto interno puede incluso llegar hasta el primer contacto del sospechoso con los investigadores. Se ha aludido ya al interrogatorio sin defensor por parte de la policía y del ministerio público (arts. 350.5 y 364.5). Y hay que añadir ahora que el art. 104, luego de haber afirmado «el derecho» de la persona arrestada, o detenida o en custodia cautelar, a «comunicar con el defensor» inmediatamente después del arresto, la detención o la captura, establece que «en el curso de las investigaciones preliminares, cuando subsistan razones de cautela específicas y excepcionales, el juez puede, a petición del ministerio público, retrasar, mediante auto motivado, el ejercicio del derecho a comunicar con el defensor, por un tiempo no superior a siete días»; y, lo que es aún más grave, que «en las hipótesis de arresto o detención, la facultad prevista en el párrafo 3.º la ejercerá el ministerio público hasta el momento en que el arrestado o el detenido estén a disposición judicial»²⁸.

Si se considera que esta fase secreta y sustancialmente inquisitoria es, de hecho, decisiva para la investigación de la prueba y que en ella se *pre-juzga* e, incluso, en ciertos casos —como en el juicio abreviado o en la aplicación de la pena a petición de las partes— se agota el juicio, deberemos dejar constancia de la continuidad, cuando no del retroceso, del nuevo código con respecto al viejo en estos aspectos. El riesgo que ello comporta es el de que el nuevo proceso termine por reforzar la tendencia, desarrollada en el último decenio, a la degradación del juicio contradictorio y a la consiguiente hipervaloración de las funciones inquisitivas sobre las jurisdiccionales. Y este riesgo es tanto más grave en cuanto que, en contraste con la falta de publicidad formal, la fase de investigación viene acompañada de una mayor publicidad de hecho, ya que sólo a esta fase prestan atención los *mass media*. Continuará dándose, por tanto, la paradoja, ya denunciada en el apartado 44.6, de una publicidad máxima de las hipótesis acusatorias, que contrasta con el secreto instructorio que cubre formalmente las pruebas incluso frente al mismo acusado, y de una infravaloración pública del debate contradictorio, no obstante las formalidades, solemnes y recíprocas, que se le garantizan.

El tercer legado de la legislación de emergencia lo constituye la ley Mancino-Violante n. 29 de 17.2.1987, sobre la «lectura» de las actas en la vista contradictoria, cuyo contenido ha sido recogido, en lo sustancial, por los arts. 511 y 513 del nuevo código. Derogando el principio de oralidad del proceso, de iniciativa de las partes en materia de prueba y, sobre todo, de posibilidad de utilizar en las resoluciones sólo las pruebas practicadas en el plenario, estos artículos permiten al juez disponer, «incluso de oficio», que «se dé lectura, íntegra o parcial, a las actuaciones contenidas en los autos» y, «a instancia de parte», «de las actuaciones del ministerio público» cuando «por hechos o circunstancias imprevisibles sea imposible su repetición», y de las declaraciones realizadas por el imputado al ministerio público o al juez de la audiencia preliminar, cuando aquél sea «contumaz, ausente o rehúse responder». Además, todas las actas incluidas en la documentación del ministerio público y relativas a las investigaciones por él practicadas (arts. 416 y 433), actas cuya lectura no se permite (art. 514), son utilizables en el plenario para las alegaciones (arts. 238. 4; 500.1 y 4, 503.3 y 6), y aunque no hagan prueba —según dice el art. 500.3, como si en un sistema que ignora las pruebas legales hubiese gran diferencia— pueden ser «valoradas por el juez para establecer la credibilidad de la persona interrogada». De este modo, por medio de la «lectura» y de las «alegaciones», entra de nuevo en el proceso, aunque limitada a sólo algunos actos, la instrucción escrita, secreta, sustraída al contradictorio, y, cuando se lee el interrogatorio del imputado que rechaza responder en la vista, lesiva del principio *nemo tenetur se detegere*.

El retroceso al esquema inquisitivo va incluso más allá que el régimen procesal anterior a la ley de 1987, por efecto del art. 511.5, que permite al juez indicar específicamente, «incluso de oficio», «las actuaciones utilizables para la decisión», estableciendo que «la indicación de las actuaciones equivale a su lectura», obligatoria sólo si se trata de «declaraciones y una parte lo pide» o «en caso de desacuerdo serio sobre el contenido de las actuaciones». Esto significa que muchas actuaciones de la fase preliminar pueden ser tomadas como base del juicio, sin haber sido leídas ni hecho públicas jamás. Con el riesgo, sobre todo en los grandes procesos, de que cualquier juez, y en particular los jurados, terminen por decidir sin leer ni conocer las actas, y remitiéndose, como en el pasado, al expediente procesal y al conocimiento que del mismo tenga el presidente.

Todo ello, unido a la previsible pervivencia en la cultura de los jueces y de los demás intervinientes en el juicio²⁹ de las viejas actitudes inquisitivas, hace bastante improbable la efectiva transformación del proceso penal italiano en un sistema acusatorio. Aun cuando sea lícito esperar una revitalización cualitativa (pero no, según se verá, cuantitativa) de la vista, reducida en el pasado a poco más que una cansina repetición de los resultados de la instrucción y a un debate oratorio

sobre su validez, no está excluido que continúe quedando predeterminada por el material probatorio que, recogido en secreto en las investigaciones preliminares, viene a concurrir, a través de las «lecturas», «indicaciones» y «alegaciones» de lo actuado, a la «formación de la libre convicción del juez». Añádase que la posición de la defensa es, con respecto a la de la acusación, de radical inferioridad, a causa de la organización de nuestro ordenamiento jurisdiccional, en el que el ministerio público es —por el sistema de reclutamiento, por carrera y por *status* jurídico— un magistrado como lo es el juez, al que, además, le unen vínculos de corporación, de familiaridad, de fungibilidad y de solidaridad corporativa muy superiores a los que se dan entre juez y defensor. Y añádase también que esta inferioridad está avocada a provocar una ausencia sustancial de contradicción en los procesos en que intervienen indigentes, en los que la defensa queda confiada a ese simulacro que continúa siendo el «abogado de oficio», casi siempre ritual y silenciosa comparsa más que parte en el conflicto.

4. *Los procedimientos especiales sumarios. Juicios directísimos, inmediatos y por decreto.* Los aspectos más inquietantes del nuevo código procesal no radican, sin embargo, en la herencia del viejo régimen, sino en algunos de los nuevos *procedimientos especiales o simplificados* que se introducen y que están destinados a convertirse —según las previsiones del legislador y los auspicios de casi toda la doctrina procesalista— en la forma decididamente predominante del proceso penal³⁰. Los procedimientos especiales, viejos y nuevos, regulados en el Libro VI, son, en conjunto, cinco: el juicio abreviado (arts. 438 a 443), la aplicación de la pena a instancia de las partes (arts. 444 a 448), el juicio directísimo (arts. 449 a 452), el juicio inmediato (arts. 453 a 458) y el procedimiento por decreto (arts. 459 a 464). De estos cinco procedimientos, el primero representa una novedad absoluta; el segundo constituye una prolongación de la institución del pacto, introducida ya por la ley 689 de 1981; el tercero y el cuarto reproducen, sin grandes variaciones, el juicio directísimo; y el quinto reproduce el viejo procedimiento monitorio de la condena por decreto, ampliando su ámbito de aplicación. Es característica común a todos ellos la simplificación del procedimiento ordinario y la predeterminación del juicio. Precisamente, el juicio abreviado y la aplicación de pena a instancia de las partes permiten decidir el procedimiento en la audiencia preliminar (arts. 438.1 y 439) o en cualquier otro momento, mientras no se haya solicitado la apertura de la vista oral en primera instancia (art. 446.1), con la consiguiente supresión del juicio contradictorio y con la restricción de la posibilidad de apelación (arts. 443 y 448); el juicio directísimo y el inmediato permiten, a su vez, proceder directamente al juicio, evitando la audiencia preliminar (arts. 449 y 457); el procedimiento por decreto, finalmen-

te, permite eludir todo el juicio al subordinar su celebración a la eventual oposición a la condena preventiva (arts. 459 y 464).

Aun cuando regulados en el mismo Libro, los cinco procedimientos tienen presupuestos, caracteres y funciones bastante diferentes entre sí. El presupuesto de los dos primeros es la voluntad concorde de las partes, de modo que la exposición de motivos del proyecto habla, con razón, de *pacto* : «pacto sobre *las formas* que no afecta en modo alguno a la validez de la imputación» en el caso del juicio abreviado (art. 438), y «pacto sobre *la pena*», sintomático a su vez de «un acuerdo entre el ministerio público y el imputado sobre la validez de la imputación (responsabilidad y pena consiguiente)», en el caso de aplicación de la pena a petición de las partes (art. 444)³¹. El presupuesto del tercero y el cuarto es, por su parte, la simplicidad de la prueba: la detención *in fraganti* del imputado o su confesión en el caso del juicio directísimo (art. 449.1 y 5) y la evidencia de la prueba en el caso del juicio inmediato (art. 453). Finalmente, el presupuesto del quinto procedimiento, el procedimiento por decreto, es la particular levedad del delito y la naturaleza pecuniaria de la pena decidida por el juez (art. 459).

Por tanto, mientras la opción por uno de los tres últimos tipos de juicio queda vinculada a elementos relativamente objetivos y no comporta beneficio alguno para el imputado, su decisión en favor del pacto responde a las ventajas que, en cuanto a la pena, reporta. Sólo los acuerdos suponen una efectiva diferenciación procesal de la pena según el procedimiento elegido por el imputado, y merecen, en este sentido, el nombre de *procedimientos diferenciados*. Y sólo éstos, y no los otros tres procedimientos especiales a los que se puede llamar simplemente *sumarios*, representan una novedad respecto a nuestra tradición³². El *juicio directísimo*, en efecto, se diferencia de la correspondiente figura del código Rocco sólo porque está previsto también para los casos de confesión y por tanto también para imputados no arrestados (art. 449.5), porque el tiempo concedido para la iniciación del juicio es de 48 horas en caso de arresto y de 15 días en caso de confesión (art. 449.1 y 5), porque la ratificación del arresto *in fraganti* está prevista simultáneamente al juicio (art. 449.1) y porque el imputado tiene derecho a solicitar un plazo para defenderse y no sólo para poder llegar a pactos (art. 451.6 y 5). El *juicio inmediato* no es otra cosa que un juicio «a medio camino entre el directísimo y el procedimiento ordinario»³³, previsto para los casos en los que «la prueba es evidente» (art. 453.1), pero sobre la base de investigaciones para las que se conceden 90 días y que requieren, por ello, el depósito de las actuaciones (art. 454) y la intervención del juez para decidir el juicio o la devolución de lo actuado al ministerio fiscal (arts. 455 a 457). Finalmente, el nuevo *procedimiento por decreto* difiere del viejo (arts. 506 a 510 del código Rocco) sólo en que la pena pecuniaria pueda ahora aplicarse incluso en los casos en los que se autoriza su

imposición como sustitutivo de una pena privativa de libertad y no sólo en los delitos que, como los de contrabando, son de competencia del tribunal (art. 459.1); en que la pena puede reducirse hasta en la mitad del mínimo legalmente previsto (art. 459); en que el plazo para oponerse es de 15 días y no de cinco (art. 461.1); y en que el juicio consiguiente tiene siempre la característica especial, salvo petición distinta del contrario (art. 461.3), de ser inmediato (art. 464).

La permanencia de este último tipo de procedimiento hace patente, de modo nítido, el límite máximo de la estrategia de simplificación adoptada por el código y, más en general, por la legislación penal de los años ochenta: de una parte, tendencia a aligerar los procedimientos aun a costa de las garantías procesales; de otra, negativa a una auténtica deflación penal. En efecto, por un lado, la simplicidad de este tipo de procedimientos, justificada por la extrema levedad de los delitos, lleva hasta el punto de que el juicio queda sustituido, en su integridad, por la condena preventiva, con derogación del principio *nulla poena sine iudicio*. Y desde otra perspectiva, se ha insertado un elemento premial consistente en la reducción de la pena aplicable hasta su mitad, con lo que se desaconseja oponerse y entrar en el correspondiente juicio. La lógica que informa un procedimiento tal —como ocurría con el comentado en el apartado 43.5 a propósito de la multa voluntaria prevista por los arts. 162 y 162 bis c.p. para las meras contravenciones— es similar a la de la diferenciación procesal inspiradora, según se verá, de los acuerdos o pactos. Pero ello hace aún más nítida la desproporción de un proceso penal, despojado por lo demás de sus más elementales formas garantistas, dirigido a infracciones merecedoras sólo de sanción pecuniaria y, por ello, despenalizables con provecho tanto para los transgresores como para la eficiencia y credibilidad de la justicia.

5. *Los procedimientos especiales diferenciados: pacto sobre la pena y pacto sobre el procedimiento. ¿Procesos alternativos o alternativa al proceso?* Las dos formas que puede revestir el acuerdo suponen una verdadera diferenciación procesal de las penas, a través de la relevancia penal asignada, en oposición al principio de igualdad, a la conducta procesal del imputado. Se trata del *pacto sobre la pena*, expresado en la petición concorde de las partes «de una sanción sustitutiva o de una pena pecuniaria reducida hasta un tercio» o incluso «de una pena privativa de libertad cuando ésta, habida cuenta de las circunstancias y reducida hasta un tercio, no supere dos años de prisión o de arresto» (art. 444); y del *pacto sobre el procedimiento*, expresado en la petición del imputado, con el consenso del ministerio público, de que el proceso quede definido en la audiencia preliminar (art. 438), con la ventaja para aquél de que la pena quedará reducida «en un tercio», y la reclusión perpetua, sustituida por «treinta años de prisión» (art. 442). Como se dice en el apartado 41.5, su introducción

parece la principal razón del mantenimiento de la estructura bifásica del proceso, en particular de la previsión de una audiencia preliminar con la consiguiente triplicación de la figura del juez de primera instancia (para la instrucción, para la audiencia preliminar y para la vista).

De las dos posibilidades de acuerdo, la más grave es, indudablemente, la primera, ya que tiene por objeto, además del procedimiento, la validez de la imputación y la medida de la pena³⁴. Pero también la segunda puede convertirse en una fuente de injusticias, aunque no sea más que porque, estando prevista incluso para delitos gravísimos castigados con reclusión perpetua, concluye en la audiencia preliminar ante un juez que quizá ya se ha pronunciado dictando un mandamiento de captura o rechazando una petición de archivo sobre la base de «lo actuado» (art. 440.1), esto es, de elementos probatorios que, por definición legal (art. 526), no merecen el nombre de «pruebas». Sin embargo, se ha formado en torno a los dos institutos un consenso tan generalizado como acrítico que se funda en dos argumentos: el primero, teórico, es el de que son coherentes con la opción por el «sistema acusatorio» y con la naturaleza de «proceso entre partes» que impone al juicio el nuevo código; el segundo, pragmático, es el de que sólo el empleo en la mayor parte de los casos de estas alternativas formales hace, en términos reales, practicable en los demás supuestos la celebración de un juicio contradictorio según el nuevo modelo acusatorio. En mi opinión, el primer argumento es infundado; el segundo, por sí solo, prueba demasiado y termina por justificar el sacrificio de las garantías en algunos procesos en aras de su satisfacción máxima en otros pocos.

La tesis, refrendada por la doctrina hasta convertirse en un lugar común, de que las dos formas de acuerdo son un resultado lógico del «método acusatorio» y del «proceso entre partes», es totalmente ideológica y mistificadora. Como se ha demostrado en el apartado 39.3, una tesis como ésta, reforzada por el recurso a la experiencia del proceso acusatorio americano y especialmente del *plea bargaining*, es fruto de una confusión entre el modelo teórico acusatorio —que consiste únicamente en la separación entre juez y acusación, en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y publicidad del juicio— y las características concretas del proceso acusatorio estadounidense, alguna de las cuales, como la discrecionalidad de la acción penal y el pacto, no tiene relación ninguna con el modelo teórico. La confusión, injustificable en el plano teórico, es explicable en el histórico: discrecionalidad de la acción penal y acuerdos son, de hecho, los restos modernos del carácter originariamente privado y/o popular de la acusación, cuando la oportunidad de la acción y, eventualmente, de los pactos con el imputado era una consecuencia obvia de la libre acusación. Pero una y otros carecen hoy de justificación en los sistemas en que, como ocurre en Italia e incluso en los Estados Unidos, el órgano

de la acusación es público. Lo mismo puede decirse de la fórmula del «proceso entre partes», cuya utilización a propósito de los acuerdos es igualmente impropia y sesgada. La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición. El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad. Sin contar con que en un contexto como el italiano, culturalmente marcado por la experiencia de la emergencia, esta práctica puede generar perjuicios aún mayores de los que ha producido en el sistema americano, pres-tándose a actuar como instrumento de presión de autoacusaciones falsas, favoreciendo testimonios calumniosos por conveniencia, permitiendo obstruccionismos o prevaricaciones sobre la defensa, generando disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica, rebajando, finalmente, el nivel, ya bajo, de la cultura judicial en materia de prueba.

Existe, en suma, y más allá de las fórmulas de legitimación, el peligro de que la práctica del pacto —como por lo demás ha demostrado la experiencia americana— pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave.

El pacto en materia penal, de hecho, no puede sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codequinado con los demás acusados?³⁵ Y ¿qué garantiza que un ciudadano inocente, pero privado de defensa, viendo frustradas sus protestas de inocencia y desconfiando de la justicia, no acepte a pesar suyo acceder al acuerdo sobre el procedimiento y a la reducción de un tercio de la pena o, mejor aún, al acuerdo sobre la pena, con la consiguiente disminución de «hasta un tercio» de la misma, lo que es tanto como la conclusión inmediata del asunto con un máximo de dos años de reclusión, la extinción de la responsabilidad en cinco años e, incluso, la suspensión condicional de la pena? Y en los casos más graves, ¿quién logrará que un acusado, ante la perspectiva de una reclusión perpetua, se abstenga de lanzar falsas acusaciones a cambio del consenso del ministerio fiscal sobre el juicio abreviado y, con él, a la reducción de la pena a treinta años, destinados a reducirse a la mitad en la fase ejecutiva? Es evidente que

a través de estos procedimientos se ha reintroducido, de hecho, en nuestro ordenamiento el denostado instituto del premio a la colaboración con los acusadores. Con las agravantes de que no ha sido codificado abiertamente mediante la oportuna circunstancia atenuante, sino subrepticamente a través de un dispositivo idóneo para incentivar los procedimientos paccionados y para desaconsejar el juicio ordinario con todo su conjunto de garantías; de que no se trata ya de una medida excepcional, coyuntural y limitada a determinado tipo de procedimientos, sino de un nuevo método procedimental codificado para todos los procesos; y de que, finalmente, el beneficio penal no será concedido por un juez en el transcurso de un juicio público sino por la misma acusación en el curso de una transacción destinada a desarrollarse en secreto.

Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales. Incluso la propia naturaleza del interrogatorio queda pervertida: ya no es medio de instauración del contradictorio a través de la exposición de la defensa y la contestación de la acusación, sino relación de fuerza entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias sino presionar sobre el segundo y recoger sus autoacusaciones.

Ante estos procedimientos transaccionales, y especialmente ante el pacto sobre la pena, es lícito preguntarse si debe considerárselos «procedimientos alternativos»³⁶ o, mejor, *medidas alternativas al proceso*. De hecho, pueden convertirse en una especie de justicia de cadí, encomendada a la acusación, a la que se reconoce una discrecionalidad total sobre la decisión de consentir un juicio abreviado o de pactar con el imputado la medida de la reducción de la pena, de modo que sus promesas no van referidas, como en el mecanismo premial propio de las leyes sobre arrepentidos, a beneficios que se remiten a la futura valoración del juez, sino a su, autónoma y más

creíble, potestad. Por otro lado, libre de todo vínculo o criterio legal, la misma confesión, que en rigor no es necesaria, puede no ser ni siquiera suficiente para inducir al pacto al ministerio fiscal, que podrá exigir además la delación de los codelincuentes. Privado del poder de captura preventiva, pero no de detención (art. 384.1) ni de interrogatorio (arts. 364 y 388), el ministerio público ha sido investido de un enorme poder de predeterminación tanto del método como del contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de «parte» en situación de igualdad con el imputado —que es el rasgo más característico del sistema acusatorio— y compromete el principio constitucional de la obligatoriedad de acción penal. Es obvio que, de hecho, en la mayor parte de los delitos, el poder de la acusación pública de pactar la disminución de la pena hasta dos años y de posibilitar con ello la suspensión condicional (art. 444.3) y más tarde la extinción de la responsabilidad criminal y de todo efecto penal (art. 445), equivale en la práctica a sustraer al imputado tanto al proceso como a la pena. Y hay que preguntarse cuánto tiempo tardará un poder tan desmesurado, decisivo para la suerte del proceso y para la medida de la pena pero privado de cualquier carácter «jurisdiccional», en reavivar la nunca aquietada aspiración del poder ejecutivo a ponerlo todo bajo control propio.

6. *Un cambio de paradigma del sistema penal.* Así pues, las tendencias eficientistas y la lógica de la diferenciación y de la negociación penal, que ya se manifestaron en las leyes sobre colaboración premiada de los denominados *pentiti* y en las reformas penitenciarias de los años setenta y ochenta, han encontrado su máxima realización en los nuevos procedimientos diferenciados³⁷. Y se integran, junto a las citadas leyes premiales, en un movimiento, hasta ahora inadvertido, hacia un cambio de paradigma de nuestro sistema penal.

Si, en efecto, se consideran la fuerte incidencia penal concedida por el nuevo código a las dos formas de acuerdo y la ampliación de las medidas alternativas a la pena introducida por la ley penitenciaria de 1975 y por la ley Gozzini de 1986, se puede, sin más, hablar de una reforma indirecta no declarada del derecho penal sustantivo y, más en concreto, de una fuerte reducción de las penas, provocada no ya a través de la atenuación de su duración legal, sino mediante técnicas persuasorias de tipo premial —tanto en la fase prejudicial de las investigaciones como en la postjudicial de la ejecución— dirigidas a coartar *in nuce* el comportamiento procesal del imputado y después el comportamiento disciplinar del detenido. Este resultado —rebaja de la pena a cambio de la colaboración, primero, del imputado y, después, del encarcelado, con la consiguiente potenciación de la eficacia del sistema procesal y del gobierno de la prisión— se logra a través de tres alteraciones del sistema que se corresponden con otros tantos ataques a su raigambre garantista. En primer lugar, la ampliación desmesu-

rada de la tasa de discrecionalidad de la administración de justicia penal, en razón de los poderes de cadí, desvinculados de todo criterio legal, confiados, más que al juez, al ministerio público y a las autoridades de ejecución de la pena. En segundo lugar, la marginación del momento jurisdiccional en sentido propio, o sea, la fase del juicio oral, que, constreñida entre la fase pre-judicial de la detención preventiva y los pactos alternativos al proceso y la post-judicial de las medidas alternativas a la pena, está condenada a convertirse, con todas sus brillantes formalidades acusatorias y garantistas, no en la regla, sino en la excepción reservada a los acusados con más coraje y con acceso a costosas defensas, así como a los que tengan la desgracia de topar con un ministerio fiscal no dispuesto a pactar. En tercer lugar, la creciente divergencia entre pena legalmente prevista, pena impuesta y pena cumplida, con la consiguiente desigualdad, inseguridad y sustancial extra-legalidad del derecho penal.

Estas tres mutaciones, y en particular el distanciamiento entre normatividad y efectividad del sistema penal, minan en sus raíces la función garantista de la jurisdicción penal y con ella sus fuentes específicas de legitimación. Para removerlas, esto es, para restaurar la correspondencia máxima entre penas legales, penas impuestas y penas cumplidas y, con ella, la certeza del derecho y la indisponibilidad de las situaciones penales, el camino es, evidentemente, uno solo: la reforma urgente del código penal sustantivo que, sobre la base de una redefinición y reclasificación de los bienes fundamentales merecedores de tutela penal, se oriente hacia dos objetivos. Ante todo, la despenalización de todos los delitos que hoy se castigan con penas pecuniarias o sustituibles por sanciones alternativas, a fin de rehabilitar la naturaleza de la pena como *extrema ratio* respecto a otros instrumentos sancionadores. En segundo lugar, una drástica reducción legal de las penas privativas de libertad, al menos tanto como hoy se reducen a través de los acuerdos pre-judiciales y a través de la aplicación post-judicial de medidas alternativas a la pena. Esto significa, en concreto, la abolición de la reclusión perpetua, la fijación del máximo legal de la pena carcelaria para cualquier delito en no más de diez años, y la transformación legal de las actuales medidas alternativas en penas. Además es evidente que la reducción de los delitos o de las penas permitiría suprimir los pactos, motivados hoy por la necesidad de dar salida al trabajo judicial y, con ellos, la sofisticada estructura bifásica de nuestro proceso que, como se afirma en el apartado 41.5, está sobre todo orientada a ellos.

Una reducción como ésta de las penas y la consiguiente simplificación en sentido acusatorio del proceso penal representan hoy, en mi opinión, los objetivos primeros de una política garantista del derecho penal. Quizá este largo rodeo a través de pactos y medidas alternativas haya sido el costo necesario a pagar para llegar a esos resultados. En un país que en 1978 se pronunció por amplísima mayoría en favor de

la reclusión perpetua, para llegar a la reducción de las penas era, quizá, inevitable dejar de lado la reforma del código penal y actuar sobre la fase post-judicial de la ejecución y sobre la pre-judicial de los pactos. Pero una interpretación tal de las líneas tendenciales de nuestro sistema penal supone que las rupturas de la estricta legalidad penal que identifican a las alternativas al proceso y a la pena en las fase pre y post-judicial no tengan que ser, en sí mismas, exaltadas, como tiende a hacer la cultura procesalista predominante, sino reconocidas abiertamente como *costes* transitorios, necesarios si se quiere, en una difícil fase histórica destinada a ser superada lo más rápidamente posible. Si no fuese así, el nuevo código equivaldría a una estabilización y, por muchos motivos, a un reforzamiento de las instituciones de la emergencia, lavándoles simplemente la cara.

NOTAS

1. La tesis de la inconstitucionalidad del principio es mantenida por C. Esposito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, en *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., pp. 96 ss., según el cual el art. 25 de la Constitución «significa» sólo que «nadie puede ser castigado sino por la violación de una ley anterior al hecho, norma penal que debe manifestarse en una ley en sentido estricto», lo que «no excluye que, delimitado el tipo delictivo de manera sustancial, aunque pueda resultar genérica, por la ley, y fijada genéricamente la pena, pueda confiarse a otras fuentes o al juez la descripción, abstracta o concreta, en base a criterios legalmente fijados, del delito y la medida de la pena» (cf., también, Id., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice Penale*, en «Giurisprudenza Costituzionale», 1961, pp. 537 ss.); por R. A. Frosali, *Sistema penale italiano*, Utet, Turin, 1958, I, p. 341, que a pesar de haber considerado, en la p. 320, que la prohibición de analogía está «de acuerdo» con el principio constitucional de legalidad o de certeza, declara después que se pueden admitir delitos «de contenido muy indeterminado... como por lo demás ocurre ya *de iure* con los denominados 'delitos de sospecha'»; por G. Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 495, que, un tanto ambiguamente, afirma que «el principio de estricta legalidad no podría considerarse violado, sino sólo alejado en cuanto a su rigor y en cuanto a la garantía que representa para la libertad individual, allí donde la ley penal prevé tipos criminales particularmente amplios o de amplio espectro»; por C. F. Grosso, *L'art. 121 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza 18.6.1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, en «Giurisprudenza Italiana», I, 1961, c. 1043-1056, que identifica la prohibición de analogía en el término «expresamente» contenido en el art. 1 c.p., pero no en el art. 25 de la Constitución; por G. Pagliaro, *Legge penale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXIII, 1973, pp. 1045-1052, según el cual no entran en contradicción con la Constitución los tipos penales que contienen expresiones vagas y valorativas, como tampoco los tipos «en blanco», que remiten a otras fuentes la determinación del precepto. La tesis opuesta, dominante hoy, se basa más en la *ratio* que en la letra del art. 25 de la Constitución, en el requisito de taxatividad consagrado por el art. 13 para las medidas cautelares, en el derecho a la defensa sancionado por el art. 24, y en la obligatoriedad de la acción penal establecida por el art. 112, que implican la taxatividad de las figuras delictivas. Sobre estos argumentos, véanse P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali* (1956), en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, cit., I, pp. 628-

683; Id., *Il sistema del diritto penale*, cit., pp. 42-43; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 152 ss., 229 ss. y 277 ss.; Id., *Teoria generale del reato*, cit., p. 46; Id., *Legalità e crisi; l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, en «La Questione Criminale», 2-3, 1980, pp. 209 ss.; Id., *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25*, en *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 256 ss.; M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1966, pp. 25 ss.; P. G. Grasso, *Il principio 'nullum crimen sine lege' nella costituzione italiana*, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 103 ss.; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Turín, 1979, pp. 107 ss.; F. C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padua, 1979, pp. 25 ss. Por el contrario, el Tribunal constitucional (sentencias n. 27 de 27.5.1961, n. 23 de 23.3.1964, n. 36 de 19.5.1964) ha hecho oídos sordos durante largo tiempo al vínculo constitucional de la taxatividad, aunque censuró, como principio, las previsiones penales «vacías de contenido» (sentencia n. 44 de 1964) o que «dejan a la discrecionalidad del intérprete la configuración del delito» (sentencia n. 7 de 1965). Sin embargo, se produjo un explícito cambio de orientación con la importantísima sentencia n. 96 de 9.4.1981, que ha afirmado la ilegitimidad constitucional del delito de plagio previsto en el art. 603 c.p. «en cuanto se opone al principio de taxatividad de los tipos contenido en la reserva absoluta de ley consagrada por el art. 25 de la Constitución» (en *Revista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1981, pp. 1147-1166, anotada por M. Boscarelli).

2. En este sentido, cf. F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 82-82, que, sin embargo, utiliza el argumento para apoyar sobre todo la tesis de que el delito debe ser «un ilícito formal de contenido necesariamente lesivo», esto es, informado por el principio de lesividad. Cf. también G. Marinucci, *Il reato come azione*, cit.

3. Mantiene esta tesis F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 15-16 y, últimamente, A. Fiorella, *Reato in generale*, cit., p. 793. Véase también, *supra*, el apartado 33.4. En contra se ha objetado que la Constitución no contempla ni puede contemplar todos los bienes merecedores de tutela, dadas las transformaciones de la realidad operadas por ella; cf. G. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale* (1972), Giuffrè, Milán, 1980, p. 220; D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1983, pp. 498 ss., y la réplica de F. Bricola, *Carattere 'subsidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, en *Studi in onore di G. Delitala*, Giuffrè, Milán, 1984, I, pp. 107 ss.; Id., *Tecniche di tutela*, cit., pp. 22-29, que pone en evidencia como la tesis del límite constitucional que pretende circunscribir la tutela penal sólo a los bienes de relevancia constitucional no comporta, de hecho, la obligación constitucional de tutela penal de esos mismos bienes. Menos convincente que este principio, obvio en el derecho penal mínimo, de la necesaria proporcionalidad entre naturaleza de la pena y valor de los bienes afectados por el delito, me parece el argumento, también de Bricola, de que la prohibición al legislador de reeducar con penas al ciudadano más allá del respeto a los bienes o valores constitucionales, deriva de la función pedagógica asignada a la pena por el art. 27, 3.º de la Constitución (*Teoria*, cit., p. 82; *Tecniche*, cit., pp. 46 ss.). Más fundada y relevante es la tesis de que del art. 27, 3.º y del art. 25, 2.º de la Constitución deriva, en virtud de una interpretación sistemática de la Constitución, la inconstitucionalidad de todos los tipos de peligro abstracto o presunto, y, con ello, la necesidad de interpretar los tipos de atentado, de instigación y de conspiración como delitos de peligro concreto o, alternativamente, de reformularlos legislativamente en este sentido (F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 85-88; E. Gallo, *Il delitto di attentato*, cit.; F. Stella, *La teoria del bene giuridico*, cit.).

4. La expresión «persona» utilizada por el art. 27, 1.º de la Constitución se refiere a la totalidad psico-física de la persona, y ha de interpretarse en el sentido de «culpable» o «intencional», con la consiguiente exclusión de la legitimidad constitucional de

las hipótesis de responsabilidad objetiva también por hecho propio no culpable (además de por hechos ajenos), en opinión de G. Bertioli, *Diritto penale* (1945), Cedam, Padua, 1976, pp. 56 ss. y 383; F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 51 ss.; M. Spasari, o. c., pp. 53 ss., 66 ss.; C. F. Grosso, *Responsabilità penale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XV, 1968, p. 713; G. Pisapia, *La nuova disciplina della responsabilità per i reati commessi a mezzo stampa*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1958, pp. 307-308; F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva e occulta*, *ibid.*, 1981, pp. 458 ss.; A. Alessandri, *Art. 27, 1° co.*, en *Commentario della Costituzione*, cit. La tesis contraria, según la cual el art. 27, 1.º sólo excluye la responsabilidad por hechos de otro, fue sostenida por P. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 33 ss., y por G. Vassalli, *Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 cod. pen.*, en «Giurisprudenza Costituzionale», 1956, pp. 218 ss. La primera tesis fue mantenida por la Corte de Casación (sentencias de 24.5.1961, en *Foro penale*, 1963, p. 564, y de 4.3.1963, en *Casazione penale*, 1964, pp. 69 ss.); la segunda, por el Tribunal constitucional (sentencias n. 3 de 1956, n. 107 de 1957, n. 39 de 1959, n. 79 de 1963 y n. 42 de 1966).

5. Para profundizar en estas indicaciones metodológicas, así como en la crítica del enfoque exclusivamente normativista y del exclusivamente realista, me remito a los apartados 26.3 y 58.2, además de a mi trabajo *La semantica della teoria del reato*, cit., pp. 125 ss. A la tesis de Kelsen y de Ross sobre la noción de «derecho válido» o «existente», identificada por el primero con el «deber ser» normativo y por el segundo con el «ser» efectivo de los fenómenos jurídicos, se refieren las notas 2, 8 y 3 del cap. 7.

6. La historia de los intentos de reforma de los códigos penales se remonta al momento inmediato a la Liberación. El balance de los conatos de reforma del código penal que no han llegado nunca más allá de los trabajos de las comisiones parlamentarias es una bancarrota total: recuérdense los inútiles esfuerzos de las comisiones formadas por los ministros de Justicia Tupini (1954), Grassi (1949), Moro (1956), Gonella (1960) y Reale (1963). Solamente en 1968 el ministro Gonella logró presentar en el Parlamento un proyecto de reforma del Libro I del código penal de 94 artículos. Fue discutido y aprobado sólo por la Comisión de Justicia del Senado el 2.7.1971, repescado más tarde en la misma legislatura y nuevamente aprobado por el Senado el 31.1.1973 como texto unificado con una propuesta de Follieri, y se estancó definitivamente después. Por lo demás, se trataba de una simple restauración superficial del código Rocco que ha caído, justamente, en el olvido.

Más intensa y atormentada es la historia de la reforma del código de procedimiento penal, que llegó finalmente a puerto en la décima legislatura. Aparte de los primeros intentos ministeriales —desde el «proyecto de modificación para actualizar el código» presentado en 1949 por una comisión aprobada por el ministro Tupini el 2.1.1945, al «borrador Carnelutti» elaborado en 1963 por una comisión creada el año precedente—, la primera iniciativa legislativa surge el 10.10.1963 cuando el ministro Bosco, del gobierno Leone, presentó el primer proyecto de ley delegada para la reforma de todos los códigos, que no tuvo ningún efecto. Después, el 6.4.1965, el ministro Reale, del gobierno Moro, presentó un proyecto de ley delegada para el código de procedimiento penal con 37 puntos, que la Comisión de Justicia de la Cámara amplió a 47, aprobándolo en 1967, si bien el texto no pasó de este trámite. El proyecto, esta vez con 50 puntos, fue presentado de nuevo en la quinta legislatura por el ministro Gonella, del segundo gobierno Leone, y aprobado por la Cámara, después modificado por el Senado, más tarde otra vez por la Cámara, que aumentó sus puntos hasta 76, para terminar decayendo finalmente con las elecciones anticipadas de 1972 sin que el Senado hubiera tenido tiempo de aprobarlo. Por fin, en la sexta legislatura, se llegó a aprobar la primera ley delegada —n. 108 de 3.4.1974— que preveía, en 85 puntos, los princi-

pios del nuevo proceso, inspirados en el modelo acusatorio, y concedía dos años para la redacción del código. El plazo no se respetó y fue prorrogado en varias ocasiones con las leyes n. 199 de 5.5.1976, n. 309 de 23.5.1977 y n. 438 de 1.8.1978. Entre tanto, el proyecto de código quedó efectivamente ultimado en noviembre de 1977 y acompañado, el 20.10.1978, por un informe analítico de la Comisión consultiva y por dictámenes de las Facultades italianas de derecho. A causa de su notoria oposición a las líneas tendenciales entonces manifestadas por la legislación de emergencia contra el terrorismo, el proyecto quedó nuevamente congelado, hasta ser arrastrado por la disolución anticipada de las Cámaras. En la octava legislatura se reemprendieron cansinamente los trabajos de Sísifo para la reforma; el 31.10.1979 el ministro Morlino presentaba un nuevo proyecto de ley para renovar la delegación de 1974, al que él mismo planteó el 21.2.1980 numerosas enmiendas (entre ellas, un insidioso punto 84 bis sobre «coordinación de la actuación de la delegación con los principios de la legislación vigente relativa a la prevención y a la represión de la criminalidad terrorista y organizada») y que quedó aprobado el 15.7.1982 por la Comisión de Justicia de la Cámara, para ser nuevamente archivado al terminar anticipadamente la legislatura. En la novena legislatura, un nuevo proyecto de ley fue presentado por el ministro Martinazzoli, aprobado por la Cámara el 18.7.1984, por el Senado, con modificaciones, el 21.11.1986 y, definitivamente, por la Cámara el 27.1.1987. Finalmente —sobre la base de la nueva y empeorada ley delegada n. 81 de 16.2.1987, articulada en 105 puntos— el proyecto preliminar del código, elaborado por una comisión ministerial presidida por Giandomenico Pisapia, quedó aprobado por el Consejo de ministros el 22.9.1988. Modificado a instancia de dos dictámenes emitidos en mayo y julio por la comisión parlamentaria presidida por Marcello Gallo, y definitivamente aprobado por el D.P.R. n. 447 de 22.9.1988, se publicó en la *Gazzetta Ufficiale* de 24.10.1988, que fijó su entrada en vigor el 24.10.1989.

7. Sobre la denominada «suplencia» de los jueces respecto a los demás poderes del estado y sobre sus efectos distorsionadores para el sistema político, existe hoy una riquísima literatura. Me limitaré a recordar: S. Rodotà, *Alla ricerca della libertà*, Il Mulino, Bolonia, 1978, pp. 255 ss.; D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*, en «Quaderni costituzionali», I, 1983; Id., *La giustizia penale nella crisi: ragioni e rischi della tutela autoritaria*, en *Funzioni e limiti del diritto penale*, cit., pp. 193 ss.; C. Viazzi, *La magistratura, i poteri: alcune riflessioni*, en *Poteri e giurisdizione. Atti del VI Congresso nazionale di Magistratura Democratica*, Jovene, Nápoles, 1985, pp. 295 ss.; R. Rossanda, *Conflitti sociali, supplenza giudiziaria e necessità di sedi 'politiche' per la loro mediazione*, *ibid.*, pp. 399 ss.

8. Sobre la constitucionalidad de los decretos-ley y de los decretos legislativos en materia penal, véanse las dudas planteadas por F. Bricola, *Teoria*, cit., pp. 40-41, y aún antes por G. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 256-263; Id., *Una tendenza preoccupante: ripetutamente violato dal Governo e dal Parlamento il principio di riserva di legge in materia penale*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1972, pp. 248 ss. Por el contrario, están completamente convencidos de la constitucionalidad G. Pagliaro, *Legge penale*, cit., pp. 1042-1043, que por lo demás llega a admitir como fuentes legítimas del derecho penal los «decretos gubernativos en tiempo de guerra» y los «bandos militares» cuando concurra la situación indicada por el art. 78 de la Constitución, y, en caso de guerra imprevista, aunque no concurra tal situación en base al principio *necessitas legem non habet*, cuya total incompatibilidad con el estado de derecho analizaremos en los capítulos que siguen; y F. C. Palazzo, *La recente legislazione penale* (1980), Cedam, Padua, ³1985, p. 348, que al menos niega que el presupuesto constitucional de necesidad y urgencia hubiera concurrido en la mayor parte de los decretos-ley recientemente aprobados en materia penal.

9. Para una argumentación más profunda sobre la caracterización de los delitos asociativos como delitos de sospecha, remito a mi trabajo *Sospetto (reati di)*, en C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli, 1980, pp. 388-396.

10. Cf. F. Sgubbi, *Meccanismi di 'aggiramento' della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, en «La Questione criminale», 1981, pp. 319-322, habla a este respecto de *tipicidad doble o múltiple*.

11. Sobre esta cuestión, cf. E. Dolcini, *L'imputazione dell'evento aggravante*, en «La Questione criminale», 1979, pp. 779 ss.; F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento*, Cedam, Padua, 1981; A. Alessandri, o. c., pp. 92-93.

12. Ferrando Mantovani habla en alguno de estos casos (en particular en los de error o ignorancia) de *responsabilidad culpable anómala*, en el entendimiento de que concurre en ellos no ya una responsabilidad objetiva sino más propiamente una responsabilidad culposa atribuida a título de dolo (*Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», II, 1981, p. 460). La cuestión es terminológica: el hecho cierto es que la culpa de un sujeto resulta castigada a título de dolo, esto es, más gravemente, en razón, solamente, al elemento objetivo del delito. Mayor relevancia tienen las agudas observaciones de Mantovani sobre los casos de «responsabilidad objetiva oculta», que se esconden en los delitos sin perjuicio, en los que falta la conciencia del desvalor de hecho, o en la inducción del dolo o, más frecuentemente, de la culpa con la base de inferencias formuladas con el auxilio de máximas de experiencia, cuando no en el fenómeno de la inflación legislativa y en el consiguiente desarrollo de un «ordenamiento jurídico oculto» que escapa inevitablemente al conocimiento de las personas (*loc. cit.*, pp. 469 ss.).

13. Sobre la elaboración teórica en la doctrina italiana de la noción de «ilícito administrativo» y de su distinción con el penal, véanse, principalmente, Santi Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* (1898), en *Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950, II, pp. 72-121; Art. Rocco, *Sul così detto diritto penale amministrativo* (1909), en *Opere*, cit., III; G. Zanobini, *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale* (1921), en *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 127 ss.; Id., *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Turín, 1924; J. Goldschmidt, *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo*, en «Rivista penale», 1925, pp. 411 ss.; F. Benvenuti, *Autotutela*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., IV, 1959, pp. 537-556; E. Cannada Bartoli, *Illecito (diritto amministrativo)*, *ibid.*, XX, 1970, pp. 126 ss.

14. Se trata de una modalidad de «responsabilidad objetiva oculta» por el carácter oculto de la ley, denunciada por Ferrando Mantovani, a la que se alude en la nota 12. Hay que recordar, por lo demás, que la presunción de conocimiento de la ley penal es negada, en parte, por la reciente sentencia del Tribunal Constitucional n. 364 de 24.3.1988, que ha afirmado la excusabilidad de la «ignorancia inevitable».

15. El texto de la ley n. 689 de 1981, junto al de las leyes n. 317 de 1967 y 706 de 1975 y de la ley alemana de 24.5.1968, está reproducido en el apéndice a M. Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1983. Sobre estas leyes y sobre el tema de la despenalización existe hoy una vastísima literatura: cf. V. Bachelet, *Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padua, 1974, pp. 2233 ss.; C. E. Paliero, *Fonti e principi dell'illecito 'depenalizzato' (un'analisi di diritto comparato)*, en «Temi», 1978, pp. 75 ss.; Id., *Note sulla disciplina dei reati «bagatellari»*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1979, pp. 920 ss.; E. Dolcini y C. E. Paliero, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania: disciplina, sfera d'applicazione, linee di politica legislativa*, *ibid.*, 1980, pp. 1134 ss.; F. Ramacci, *Principi ispiratori della depenalizzazione*, en «Studi senesi», 1980, pp. 158 ss.; M. Siniscalco, *Dalla depenalizzazione di ille-*

citi penali alla formazione di un sistema, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1981, pp. 3-24; F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta 'reale' nella politica criminale?*, en «Politica del Diritto», 1982, pp. 359 ss.; P. Nuvolone, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, en «Indice penale», 1982, pp. 79 ss.; F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, *ibid.*, 1983, pp. 253 ss.; C. F. Grosso, *Le nuove 'modifiche al sistema penale': principi generali e linee di tendenza della legge*, en *Varios, Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, n. 689*, Angeli, Milán, 1982, pp. 11-26; M. Scaparone, *Aspetti procedimentali della riforma*, *ibid.*, pp. 27-34; C. Smuraglia, *La legge 698/81 e il diritto penale del lavoro*, *ibid.*, pp. 35-48; L. Pepino, *Profili di novità dell'intervento penale nella legge 689/81*, *ibid.*, pp. 145-158; S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Cedam, Padua, 1983; C. E. Paliero, *'Minima non curat praetor'*, Cedam, Padua, 1984; G. Baratti, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1984; T. Padovani, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1983, pp. 952-961; E. Dolcini, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, *ibid.*, 1984, pp. 589-625; F. C. Palazzo, o. c., pp. 99-121; G. Marini, *Sanzioni amministrative pecuniarie (Illecito colpeito da)*, en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, cit., VI, 1986, pp. 941-958.

16. En los apartados 44.4 y 45.5 se tratará sobre el «acuerdo» previsto por el nuevo código de procedimiento y sobre las «sanciones sustitutivas» introducidas por la ley n. 689 de 1981, que anticipan dicha institución.

17. El reglamento penitenciario de 1931, que permaneció inalterable hasta 1975, era vejatorio hasta el punto de superar largamente, en afflictividad, su aplicación práctica, constituyendo un raro supuesto de deber ser normativo que queda a inferior nivel que su práctica efectiva. Recuérdese el precepto que prescribía se llamase a los condenados no por su nombre sino «por su número de matrícula» (art. 78); el que disponía el corte de barba y pelo (art. 69); el relativo al uniforme (art. 70); la prohibición de cantar (art. 86), de jugar o de «cualquier otra ocupación no permitida expresamente por el reglamento» (art. 93); la obligación de hablar, «cuando no sea obligatorio el silencio», «en voz baja» (art. 82), incluso para «responder a preguntas o para dar explicaciones a las personas encargadas de su vigilancia o instrucción» (art. 84); la obligación, durante la hora del paseo, de «caminar en orden, solos o de tres en tres», o bien de «permanecer sentados y hablar en voz baja» (art. 76); la prohibición de «formular observaciones a los empleados, a los agentes de custodia y a las personas pertenecientes al establecimiento» y el «deber de obedecerles pronta y respetuosamente» (art. 79); la prohibición de pedir a los compañeros, «en cualquier momento y con cualquier pretexto, víveres, bebidas y objetos» (art. 85), de «disponer de alguna suma en favor de otro detenido» (art. 135), o de «adquirir productos en los talleres del establecimiento» (art. 95); la prohibición de «dirigir la palabra o de responder a las personas autorizadas a visitar el establecimiento» (art. 85), que, por su parte, no podrán «dirigir la palabra a los detenidos ni hacer observaciones que éstos puedan escuchar» (art. 60); la prohibición de comunicar con los detenidos de «otras secciones» (art. 81), de «exponer sus reclamaciones en presencia de compañeros» (art. 91) o, lo que es peor, de formular «peticiones y reclamaciones colectivas» (art. 86); las limitaciones y el control sobre las comunicaciones, reservadas sólo a los parientes más próximos y durante no más de media hora cada 15 días (arts. 98-101); la lectura, la supervisión y las limitaciones de la correspondencia (arts. 103-105); el poder del director de «decidir qué libros pueden leer los detenidos» (art. 140); la obligación, para quienes no se hayan declarado practicantes de otra religión en el momento de ingresar, de «participar en las prácticas colectivas del culto católico», en las que sigue vigente la regla del silencio («durante las fun-

ciones religiosas, las oraciones se harán mentalmente, pronunciándolas solamente el capellán») (art. 142); y, finalmente, el sistema de castigos, desde las distintas formas de aislamiento al lecho de fuerza (arts. 153-172), y de recompensas —desde los «elogios» del director al permiso «para ayudar a la familia que lo necesite» o para «escribir más frecuente y extensamente a la familia, aunque sin exceder de los límites fijados» (art. 151)—. Esta total reglamentación de la vida carcelaria quedaba complementada por el reglamento (de 30.12.1937), igualmente totalizante, del cuerpo militar de los agentes de custodia, que los convertía en poco menos que en auto-reclusos, obligándoles a alojarse en el establecimiento, a no ausentarse sino en las horas de salida y a no alejarse del lugar de residencia sin una autorización especial (arts. 116 y 71); prohibiéndoles el matrimonio sin permiso del ministerio y en todo caso antes de los treinta años (art. 49); sometiéndoles a una infinita serie de obligaciones, prohibiciones y sanciones, aplicables, además, incluso por «infracciones no predeterminadas» (art. 86); permitiéndoles, en fin, el uso de armas de fuego para aplacar revueltas de los presos o para impedir su fuga o intentos de fuga (art. 169, aplicable también, según la ley n. 374 de 25.6.1977 a las fuerzas armadas que prestan el servicio externo en estas instituciones). Un importante documento sobre las condiciones de las cárceles durante el fascismo es el ofrecido por el fascículo de *Il Ponte*, V, 3, marzo 1949, titulado *Carceri: esperienze e documenti*, con colaboraciones y testimonios de Piero Calamandrei, Riccardo Bauer, Ernesto Battaglini, Massimo Vila, Vittorio Foa, Altiero Spinelli, Giancarlo Pajetta, Adele Bei, Emilio Lussu y Ernesto Rossi.

18. Para una crítica más analítica de la reforma penitenciaria de 1975, me remito a mi trabajo *Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria*, en «Problemi del Socialismo», 21-22, 1974, pp. 420-439. Una orientación decididamente favorable a la reforma (en particular a la transformación de la pena en «tratamiento» y a la introducción de las medidas alternativas) es la expresamente adoptada, de manera casi unánime, por la doctrina jurídica italiana, que antes de la ley Gozzini había concentrado sus críticas en la falta de su puesta en práctica. Me limitaré a recordar los volúmenes colectivos *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Riuniti, Roma, 1973; *Carcere e società*, Marsilio, Venecia, 1976; *Il carcere riformato*, Il Mulino, Bolonia, 1977; *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, Milán, 1977; *Il carcere dopo le riforme*, Feltrinelli, Milán, 1979; *Lo stato di attuazione della legge penitenziaria e il ruolo degli enti locali*, Marsilio, Venecia, 1979; *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bolonia, 1981; *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, Bolonia, 1982; *Carcere '80*, Dedalo, Bari, 1983; *Quali garanzie*, cit., pp. 257-354. Para un análisis crítico, véase M. Pavarini, *L'esecuzione della pena*, en F. Bricola (ed.), *Codice penale. Parte generale*, Utet, Turín, 1983, vol. III, pp. 1083-1229, con amplia bibliografía; G. A. Mosconi (ed.), *L'altro carcere*, Cleup, Padua, 1982. Particularmente instructivo es el bello libro de I. Cappelli, *Gli avanzi della giustizia. Diario del giudice di sorveglianza*, Riuniti, Roma, 1988.

19. Las primeras cárceles especiales —en Favignana, Cuneo, Trani, Fossombrone y en la isla de Asinara— fueron creadas en julio y en agosto de 1977. Poco después lo fueron otras cuatro: en Novara, en Termini Imerese, en Nuoro y, para las mujeres, en Messina y en Volterra. Sobre la carencia de fundamento normativo de estas instituciones, cf. L. Ferrajoli, 1977: *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, en «La Questione criminale», 3, 1977, pp. 368 ss.; R. Canosa, *Le libertà in Italia. I diritti civili e sociali nell'ultimo decennio*, Einaudi, Turín, 1981, pp. 51-57; T. Padovani, *ordine e sicurezza negli istituti penitenziari; un'evasione dalla legalità*, en *Diritti dei detenuti*, cit., pp. 285 ss.

20. Sobre la ley Gozzini de 1986, véanse las valoraciones sustancialmente positivas, aunque con distintos matices, de S. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, en «Questione

Giustizia», 3, 1986, pp. 519-548; E. Bruti Liberati, *Dieci anni di riforma penitenziaria*, *ibid.*, 3, 1987, pp. 611-624; L. Daga, *Prime osservazioni sulla applicazione della legge n. 663/1986*, *ibid.*, pp. 625-650 (con numerosos datos estadísticos en torno a la aplicación de la reforma de 1975 y de la ley de 1986); N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit. En sentido crítico, por contra, se manifiestan M. Pavarini, «*L'inferno esiste anche se all'inferno non c'è nessuno*» (*Osservazioni su ordinamento penitenziario e ruolo della pena*), en «*Questione Giustizia*», 4, 1986, pp. 804-816; G. Bronzini y M. Palma, *La riforma penitenziaria tra riduzionismo e differenza*, en «*Dei delitti e delle pene*», 3, 1986, pp. 489-500; *Id.*, *La riforma della riforma*, en «*Antigone*», 7, 1986, p. 27; G. Mosconi, *La legge Gozzini: una riforma nel conflitto*, en «*Critica del diritto*», 40-41, 1986, pp. 5-16; E. Fassone, *Luci e ombre della 'legge Gozzini'*, en «*Questione Giustizia*», 3 (1987), pp. 651-661. Para un balance sobre los efectos de la ley Gozzini a los dos años de su nacimiento, véase también el fascículo *Opinione pubblica e criminalità: quali alternative al carcere*, en «*Inchiesta*», 79-80, 1988, y, en particular, las colaboraciones de G. Mosconi, *Le trasformazioni della pena nello spazio della cultura diffusa*, pp. 1-12, y de A. di Lazzaro, *Le misure alternative alla detenzione, prima e dopo la legge Gozzini*, pp. 27-40, con detalladas tablas estadísticas sobre las variaciones de la población carcelaria y sobre la aplicación de cada una de las medidas alternativas entre 1981 y 1987.

21. Sobre las «sanciones sustitutivas» introducidas por la ley n. 689 de 1981, que, de hecho, se anticipan a esta institución, pueden verse, además de los trabajos a los que se hace referencia en la nota 15, G. Lozzi y G. Neppi Modona, *Commento agli artt. 77-85 l. 689/81*, en «*Legislazione penale*», 1982, pp. 359 ss.; P. G. Algostino, *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi applicate con pronuncia di condanna (artt. 53-76)*, en Varios, *Modifiche al sistema penale*, cit., 61-77; A. Perduca, *Il potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva (art. 58)*, *ibid.*, pp. 78-85; A. Pignatelli, *L'applicazione delle sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato (artt. 77-85)*, *ibid.*, pp. 86-92; M. Chiavario, «*Patteggiamento*» e *potere discrezionale del giudice*, *ibid.*, pp. 139-144; F. C. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, en «*Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*», 1983, pp. 819-845; F. Giunta, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi e interpretativi del capo III della legge 689 del 1981*, *ibid.*, pp. 481-532. Dos aspectos anormales de la ley —el veto de la acusación pública (arts. 77 y 78) y la aplicación de la sanción sustitutiva con la consiguiente extinción del delito (art. 77) sólo en caso de condena a pena privativa de libertad y no cuando es pecuniaria (art. 53)— han sido suprimidos tras sendas excepciones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces Amos Pignatelli (Turín, 16.12.1981) y Giancarlo Scarpari (Bologna, 15.12.1981); cf. una referencia en «*Questione Giustizia 2*» (1982), pp. 245-247.

22. La letra de la ley —«reducida hasta un tercio»— comporta una típica ambigüedad, cuya solución ha remitido irresponsablemente el legislador a la jurisprudencia. En efecto, no queda claro si la palabra «tercio» se refiere a la medida de la pena (en cuyo caso el pacto es posible cuando la pena mínima irrogable no supere los seis años, o los nueve si se aprecia una atenuante) o a la de su disminución (en cuyo caso es posible cuando la pena mínima irrogable no supere los tres años o, teniendo en cuenta eventuales atenuantes, los cuatro y medio). La cuestión es decisiva, pues afecta no sólo a la medida del beneficio y, con ella, al grado de interés del acusado en pactar, sino también al marco de aplicabilidad de la institución, que, si se acepta la primera tesis, se extendería a la casi totalidad de delitos. A favor de tal tesis milita, además, un argumento lógico. Si el término «tercio» se refiere a la disminución de la pena, y no a la pena misma, el beneficio penal sería irracionalmente inferior al concedido mediante el juicio abreviado, en el cual la pena queda reducida «en un tercio» a pesar de que en este caso se requiere sólo acuerdo sobre el procedimiento y no, habiendo acuerdo sobre la

pena, admisión de responsabilidad por parte del imputado. Por lo demás, las palabras «reducida hasta un tercio» fueron sustituidas en el texto definitivo de la ley, tras una enmienda aprobada por la Comisión de Justicia del Senado el 5.11.1986, por las de «disminuida en no más de un tercio» que figuraban en el texto del proyecto de ley aprobado por la Cámara el 18.7.1984.

23. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, en «Gazzetta Ufficiale», suplemento n. 2 al n. 250 de 24.10.1988, p. 106.

24. La tesis de la incompatibilidad de la reclusión perpetua con la función reeducadora de la pena proclamada por la Constitución —el menos si se entiende la «reeducación» no en el sentido moral, sino como recuperación o reinserción social— fue adelantada por F. Carnelutti, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, en «Rivista di Diritto processuale», I, 1956, pp. 2 ss.; en el mismo sentido, cf. V. Grevi, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1978, pp. 60 ss., que critica la resistencia que a tal argumento oponen la casación y el Tribunal consitucional. La inconstitucionalidad de la reclusión perpetua ha sido mantenida, con el argumento de que su «abstracta invariabilidad» no permitiría la individualización y la adecuación de la pena a la personalidad del condenado, por F. Bricola, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalit  rieducativa*, en Varios, *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., pp. 202 ss.; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., pp. 365 ss. Lo extraordinario es que estos argumentos han abierto brecha en la jurisprudencia del Tribunal constitucional sin haberla inducido, empero, a declarar la inconstitucionalidad: primero, la sentencia n. 264 de 21.11.1974 declaró a la reclusión perpetua no incompatible con la finalidad reeducadora de la pena, ya que pasados 28 años es posible conceder la libertad condicional; después, la sentencia n. 274 de 27.9.1983 ha admitido, con el mismo argumento, la posibilidad de conceder al condenado las reducciones de pena previstas por la ley de 1975 (ampliadas más tarde por la ley de 1986). Tenemos así la paradoja de que se declara a la *pena perpetua* legítima en la medida en que es, en realidad, *no-perpetua*. Sobre este tema, véanse también E. Dolcini, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 1974, pp. 345 ss.; C. E. Paliero, *Pene fisse e costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, *ibid.*, 1981, pp. 726 ss.; E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della 'pena costituzionale'*, *ibid.*, 1984, pp. 799-832.

25. *Codice della natura*, cit., p. 162. Recuérdese también el art. 57 de la ley toscana de Pedro Leopoldo de 1786 que, una vez expiada la pena por el reo, excluye todo efecto infamante o negativo por el «delito pasado».

26. Cf., por ejemplo, G. Conso, *Verso il nuovo processo penale. È in corso il dibattito sul progetto preliminare del 1988*, en «Giustizia penale», abril 1988, p. 289, que juzga al texto del nuevo código «fascinante en su estructura global, genial en sus soluciones cruciales, estimulante en la variedad de sus logros, complejo y robusto al mismo tiempo».

27. Sobre la lógica del secreto en el proyecto de ley delegada para la elaboración del nuevo código de procedimiento presentado en la VIII legislatura, recuérdense las palabras —válidas en parte también respecto al código aprobado más tarde— de P. Nuvolone, *Segreto istruttorio e informazione*, en *Quali garanzie*, cit., p. 419: «La lógica del secreto permanece aunque se haya suprimido la fase instructoria. Se trata, en efecto, de una supresión terminológica, porque la investigación preliminar del ministerio fiscal es, en realidad, instructoria, como también lo son los denominados incidentes instructorios. De lo que se deduce que lo que hay es una fase procesal cubierta, al menos parcialmente, en orden a las pruebas y al propio inicio de la acción penal (la comunicación judicial debe ser notificada sólo treinta días más tarde del registro del procedi-

miento) por un secreto interno»; *ibid.*, p. 417: «En la práctica, con el parcial y artificioso correctivo del denominado incidente instructorio» —llamado hoy «probatorio» y regulado por los arts. 390-401 c.p.p.— «se ha reintroducido como modelo la instrucción sumaria, atribuyendo eficacia probatoria (directa o indirecta) a los actos practicados en ella, en alguno de los cuales, incluso siendo importantes (por ejemplo, pruebas testificales), se excluye la intervención de la defensa. Bajo la aparente vestimenta de un proceso acusatorio de tipo anglosajón, se ha reforzado en la práctica el carácter inquisitorio del proceso»

28. La *Relazione al progetto*, cit., p. 47, después de haber excluido como motivo de la dilación la voluntad de impedir al arrestado consultar con su defensor antes del interrogatorio o de la audiencia de convalidación de la detención o del arresto, afirma que: «Indudablemente, habida cuenta de que los plazos en que debe celebrarse dicha audiencia son inferiores al máximo posible de dilación, se darían casos en los que la dilación misma tendrá como consecuencia impedir aquellas consultas. Pero se trata de una mera consecuencia de una decisión justificada por otras razones».

29. Sobre las resistencias culturales que siempre se oponen a las innovaciones garantizadoras de un nuevo proceso, véase W. Antillon, *Del proceso y la cultura*, ponencia presentada al congreso sobre el nuevo código argentino de procedimiento penal, celebrado en Buenos Aires el 2.6.1988, relativo a la experiencia costarricense.

30. Cf. la *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 104: «Se ha dicho, en el curso de la aprobación de la ley delegada, que el nuevo proceso 'funcionará si logramos que sólo una pequeña parte de las causas llegue al juicio oral' (Intervención del honorable Casini en la Cámara de diputados, Aula, 10 de julio de 1984)»; *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, *ibid.*, p. 164: «Ambos procedimientos (la aplicación de la pena a petición de las partes y el juicio abreviado) han sido introducidos con la convicción de que tendrán en el nuevo sistema amplia difusión y permitirán la rápida resolución de la mayor parte de los procesos». Cf. también G. Conso, *o. c.*, pp. 292-293: «El proyecto, pues, lejos de idealizar el debate contradictorio, intenta prevenirlo», como «una eventualidad a dejar en la reserva, para los casos en que se haga verdaderamente inevitable... Lo importante es que el recurso a los prodigiosos alternativos resulte favorecido al máximo».

31. *Relazione al progetto*, cit., p. 104.

32. «Durante los trabajos preparatorios del precedente código —escribió en 1930 Edoardo Massari, refiriéndose al código procesal de 1913, al comentar el código Rocco apenas publicado— se consideró la conveniencia de introducir la denominada *renuncia del imputado al juicio oral*, siguiendo las huellas de las legislaciones angloamericanas y de la española. Pero tales innovaciones no tuvieron fortuna, en homenaje a las tradiciones liberales de las modernas instituciones procesales, contrarias a dar plena eficacia probatoria a la confesión del imputado y partidarias de la publicidad de los debates y de la intervención de un defensor técnico» (*Le dottrine generali del processo penale*, cit., p. 43). Sobre los perniciosos efectos del *plea bargaining* en los Estados Unidos, véanse los trabajos citados en la nota 117 del capítulo 9.

33. *Relazione*, cit., p. 110.

34. Sobre la medida de reducción de la pena y sobre el campo de aplicación de esta institución —que si las palabras «hasta un tercio» se refieren a la pena y no a su reducción, se extiende a todos los delitos cuya pena mínima no supere los seis años (e incluso nueve si concurre una atenuante)—, véase la nota 22. En todos los casos la ley permite la suspensión condicional de la pena acordada y la extinción del delito después de cinco años (arts. 444.3 y 445).

35. «¿Qué clase de trato es éste —se preguntaba Pagano (*Considerazioni sul processo criminale*, cit., XXIII, pp. 112-113)— que han imaginado las gentes doctas? El fis-

cal no es sino un acusador público, el ejecutor de la ley. Y el ejecutor no puede dispensar o alterar un ápice de la ley. El reo, deudor al estado del ejemplo de la pena, ha contraído a causa del delito una obligación para con la sociedad que no puede ser destruida o cambiada sustancialmente por la conducta del letrado del ministerio público. Pero nuestros expertos juristas han confundido siempre las distintas funciones de la soberanía, la potestad legislativa con la ejecutiva. No han tenido clara idea ni siquiera de lo que han hecho. Pendientes sólo del derecho privado, han ignorado totalmente al público. Este imaginario contrato no puede ser sino un sueño y un sofisma forense». Contra estos tratos y el resto de las formas de «sugestión» al imputado, cf. el apartado 41.2 y las notas 299-306 del cap. 9.

36. La expresión es de G. Conso, *o. c.*, p. 293.

37. «Lo importante es que el recurso a los procedimientos alternativos resulte favorecido al máximo. Hay en ellos enormes posibilidades de aplicación, hasta el punto de que de la suerte que corran puede depender todo el código. Por lo demás, el escenario ha cambiado ya desde hace tiempo, la desmitificación de los debates contradictorios es un hecho, como lo es la desmitificación de la idea de que el proceso necesite recorrer todas las fases del juicio. La inversión de la tendencia anterior se inició muy tímidamente con la reforma penitenciaria de 1975, y continuó con la ley despenalizadora de 1981, para culminar, por el momento, con la ley Gozzini de octubre de 1986» (G. Conso, *loc. ult. cit.*). Y ello tanto a propósito del procedimiento abreviado como para los delitos castigados con reclusión perpetua: «Se trata de una verdadera piedra angular... que subvierte todo precedente. Actualmente puede haber condena al margen de la confrontación de posturas y sólo por decisión del *pretor* y para penas pecuniarias. A su vez, las propuestas de ampliación hasta ahora realizadas no habían llegado sino hasta las condenas a pena privativa de libertad con el beneficio de la suspensión condicional. Y el haberse adelantado más allá de cualquier máximo constituye un acto de valentía plenamente suscribible, del mismo modo que hay que suscribir la oportunidad que se ofrece al imputado para pasar del juicio inmediato al juicio abreviado» (*ibid.*, p. 292).

Capítulo 11

EL SUBSISTEMA PENAL DE POLICIA

46. *Las múltiples vías de la defensa social*

1. *El monopolio penal de la violencia y su ineficacia.* El primer presupuesto de la función garantista del derecho y del proceso penal es el monopolio legal y judicial de la violencia represiva. El derecho y el proceso, en efecto, garantizan contra la arbitrariedad en cuanto representan técnicas exclusivas y exhaustivas del uso de la fuerza con fines de defensa social. Poco importa que en un país no exista la pena de muerte si la muerte se inflige ilegalmente, caso de muchos regímenes dictatoriales, o extra-legalmente, como ocurre en muchos países avanzados en los choques armados, a menudo injustificados, entre policía y delincuentes. Poco importa que en el proceso penal el interrogatorio judicial esté limitado por las mil garantías de la defensa si después no siempre se admite, y así ocurre en Italia, la intervención del defensor desde el primer contacto del sospechoso con la policía o con la acusación pública. Poco importa, finalmente, que la Constitución garantice, como principio, el *habeas corpus* y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policiales se practican ilegalmente o si, incluso, la propia ley confiere a la policía amplios poderes discrecionales para restringir la libertad. Lo que importa, ante todo, es el grado de efectividad del edificio teórico y normativo integrado por el derecho penal y procesal, esto es, que los delitos y las penas sean sólo los determinados por la ley penal, y que la comprobación de los primeros y la imposición de las segundas sean sólo obra de la autoridad jurisdiccional a través de las formalidades que le son propias.

A propósito de la actividad policial se vuelve a plantear, pues, el problema previo de las garantías penales: la divergencia más o menos amplia que siempre se da entre normatividad y efectividad, entre de-

recho y praxis, entre imagen legal y funciones reales, entre el deber ser y el ser de un sistema punitivo. Podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre poca cosa si el monopolio judicial del uso de la fuerza contra los ciudadanos no es absoluto y si existe una fuerza pública que actúa sin vinculaciones legales. El caso límite y dramático se plantea cuando esa divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanza la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América Latina. Pero también en los ordenamientos que respetan formalmente el principio de legalidad, el monopolio legal y judicial del uso de la violencia puede resultar burlado por los poderes paralelos que, en materia de libertades, concede la propia ley a las fuerzas de policía.

Hay que reconocer que en esta tarea de duplicación del sistema punitivo Italia ha sido un país guía. La originalidad de nuestro sistema penal, construido por el legislador liberal, pero también por el fascista y finalmente por el republicano, consiste en que está compuesto por dos sub-sistemas que responden a técnicas normativas distintas: el subsistema estrictamente penal, informado por el respeto, al menos tendencial y de fachada, a los principios constitucionales y garantistas; y el subsistema de policía y orden público, anclado en las demandas de la defensa social y desvinculado de aquellos principios. De este modo, nuestros legisladores han podido llevar a cabo una disolución sustancial de las principales garantías penales y procesales con simples juegos de palabras: llamando *medidas* de prevención, de seguridad, cautelares, o de policía, a sanciones restrictivas o a *limitaciones procesales* de la libertad, similares, en esencia, a las penas y sometiendo todo a una regulación totalmente libre de estorbos garantistas.

Se ha producido así un desdoblamiento de nuestro sistema punitivo que se añade al analizado en el capítulo precedente. Por un lado, tenemos un *derecho penal y procesal ordinario*, dominado por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, y por las consiguientes garantías de inderogabilidad y taxatividad del hecho, predeterminación legal y determinación judicial de la medida de la pena, materialidad de la acción, concreta lesividad del resultado, culpabilidad del autor, presunción de inocencia, carga de la prueba y juicio contradictorio, así como de la motivación, publicidad, oralidad y legalidad de los procedimientos. A su lado, un *derecho penal y procesal administrativo*, en buena medida competencia de la policía, pero en parte también de la magistratura y en todo caso dominado por una amplia discrecionalidad administrativa. El primero es el derecho penal y procesal en sentido propio, del que hemos hablado hasta ahora, con funciones de *represión* de los delitos a través de penas aplicadas *post delictum* por vía jurisdiccional; el segundo, no menos relevante que el primero en cuanto a incidencia sobre la libertad personal, es el derecho penal y procesal de policía, con funciones de *prevención* de los delitos y, más en general, de las perturbaciones

del orden público, a través de medidas de defensa social *ante* o *extra delictum* aplicadas por vía administrativa a sujetos «peligrosos» o «sospechosos».

Esta segundo sub-sistema, contradictorio con los principios constitucionales del estado de derecho y de la legalidad estricta, que asignan al derecho penal la función de prevención (de delitos no cometidos todavía) sólo a través de la represión (de delitos ya cometidos), ha podido sobrevivir y desarrollarse gracias al crédito que le ha concedido constantemente la doctrina penal dominante. Nuestra literatura penal, en general, ha querido encontrar en la ambigua fórmula de la «prevención penal» —que cuando se disocia del principio de retribución entra en contradicción con el de estricta legalidad— un «indiscutible progreso»¹ y una feliz modernización del tradicional sistema clásico-liberal, fundado exclusivamente en la represión (o retribución) de los «hechos cometidos», previstos en la ley y acreditados como delitos en el correspondiente juicio.

Se considera comúnmente que la orientación doctrinal que más ha abogado en nuestro ordenamiento por las diversas medidas de defensa social (en particular las medidas de seguridad y de prevención) es la italiana de la «Escuela positiva». Enrico Ferri llegó hasta a acariciar la idea de «un Código preventivo, que se opusiera casi artículo por artículo al Código Penal»². Y esta idea fue retomada por Silvio Longhi y por otros muchos juristas Positivistas, que en parte avalaron y en parte estimularon el desarrollo de las múltiples articulaciones policíales de nuestro sistema penal³. No puede, sin embargo, pasar inadvertido que estas medidas —bien por la época y por el régimen político en que fueron sistematizadas y codificadas, bien, sobre todo, por la identidad del esquema teórico subyacente— reproducen en gran medida el modelo nazi del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*) y el estalinista del «enemigo del pueblo». El presupuesto general de su aplicación no es, en efecto, la comisión de un delito, sino una simple cualidad personal determinada caso por caso con criterios puramente potestativos: la cualidad de «sospechoso» o de «peligroso», a veces asociada a elementos sintomáticos como la condición de condenado, reincidente, ocioso, vagabundo o similares. Su naturaleza, sin embargo, los incluye en ese amplio, indeterminado y heterogéneo universo, fruto principalmente de la praxis y situado al margen del derecho penal y del administrativo, que es el denominado *derecho de policía*.

Es evidente que el proceso de democratización de la justicia penal crece con la reducción del subsistema penal preventivo o de policía y con la ampliación del ordinario o retributivo. Y crece, sobre todo, con la reducción de ese amplio subsistema de abusos y desviaciones integradas por las prácticas extralegales de la policía y con el divorcio entre normatividad y efectividad del monopolio penal y judicial de la violencia estatal. Desde esta perspectiva, el nuevo código de procedimiento penal ha representado un progreso, pero también un retroce-

so: un progreso, por haber reducido las dimensiones de esa enfermedad de nuestro sistema procesal en que se había convertido la prisión preventiva; un retroceso, por la introducción de esas formas alternativas al proceso que son los pactos y que, aun perteneciendo al subsistema penal ordinario o retributivo, representan una mutación sustancial del mismo en sentido administrativo y policial.

2. *La policía y sus funciones.* La policía, escribe Walter Benjamin, es «una mezcolanza» de «dos especies de violencia»: «la que pone y la que conserva el derecho», separadas, en sede de principios, y confiadas respectivamente al poder legislativo y al judicial, además de, obviamente, al poder ejecutivo⁴. Esta particular característica suya, que la hace partícipe de todos los poderes del estado, depende de la ambigüedad de su función y de su ubicación institucional. La policía es, en efecto, una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del poder ejecutivo. Pero, al contrario que otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y ahí tiene que actuar no sólo como función auxiliar de la jurisdicción, sino también en ejercicio de competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Por ello su «fuerza» se manifiesta como «violencia», y de ahí proviene su latente ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho. De un lado, *peligrosidad* y *sospecha* son, por naturaleza, incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacio a medidas «en blanco», basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables. De otra parte, estas medidas no se orientan sólo a intereses generales, legítimamente administrables por el ejecutivo en razón de su investidura mayoritaria, sino que inciden sobre derechos inherentes a la libertad individual, cuya limitación debería sustraerse a los poderes administrativos o mayoritarios y someterse, en exclusiva, a la jurisdicción.

Gracias a su ambigua configuración como función *administrativa* auxiliar de la *judicial*, la policía escapa, en resumen, al monopolio penal de la violencia institucional, que en el estado de derecho se reserva, por una parte, a la *ley*, con los vínculos de fondo y forma recogidos en las *garantías penales*, y, por otra, al *juicio*, en la forma requerida por las *garantías procesales*. Se sitúa así, como dice Benjamin, en una zona fronteriza entre legislación y jurisdicción, gozando de la discrecionalidad de la una y de la fuerza de la otra, pero desvinculada de los límites y de las fuentes de legitimación de entrambas. Desde este punto de vista, la policía es, al mismo tiempo, una institución moderna y un residuo del *ancien régime*. Sus funciones sustanciales, y también sus formas organizativas, fueron definiéndose durante la monarquía absoluta, con cuyo espíritu concordaban perfectamente⁵, mientras que la contradicción institucional entre su

vocación tendencialmente absoluta y las formas legales del estado de derecho y de la división de poderes es del todo moderna. «Aunque la policía, en sus particularidades, se asemeja siempre», afirma Benjamin, «no se puede por menos que reconocer que su espíritu es menos destructivo allí donde encarna (en la monarquía absoluta) el poder del soberano, en el que confluye la plenitud de los poderes legislativo y ejecutivo, que en las democracias»⁶.

Por otra parte, fue precisamente en el siglo pasado, con la consolidación del estado liberal, cuando las funciones y los aparatos de policía —descuidados o, peor, ensalzados por la literatura ilustrada⁷— conocieron su máximo desarrollo. Un crecimiento totalmente desordenado y, por así decir, subterráneo, que se manifestó en una imponente legislación reglamentarista adherida, como un derecho inferior y complementario, a las grandes codificaciones penales y procesales⁸. Las líneas de desarrollo y los contenidos de este derecho policial han sido esencialmente tres: primero, la prevención especial *ante delictum* contra las «clases peligrosas» y, en general, los «sujetos peligrosos»; en segundo lugar, las funciones cautelares *ante iudicium* y/o de policía judicial contra los «sospechosos», funciones auxiliares del proceso y tanto más favorecidas, en los ordenamientos continentales, por el carácter mixto del método procesal; finalmente, el derecho de excepción *extra legem*, inspirado en la razón de estado cuando no en más contingentes razones políticas de control social.

A este desarrollo progresivo y envolvente ha contribuido la cultura jurídica, a veces con su aval explícito, más a menudo con su indiferencia y desinterés. El derecho de policía, justamente por ser un derecho inferior o incluso un no-derecho, representa, en efecto, el sector quizá más olvidado por los estudios académicos. Aparece por doquier en esta materia una especie de esquizofrenia de la ciencia jurídica, tan atenta a los límites entre derecho penal y derecho administrativo a propósito de las contravenciones y de los ilícitos de bagatela —e incluso virtuosistamente preocupada por la posible desaparición de las garantías consiguientes a su despenalización— como desatenta e irresponsable frente al enorme universo de las medidas policiales y administrativas restrictivas de la libertad personal⁹.

Es difícil reprehender esta negligencia intelectual sin una reflexión más general, política y sociológica, sobre la ciencia jurídica. Pero entiendo que sumariamente se pueden identificar, al menos, tres razones. La primera es una singular jerarquía de nobleza establecida, ya desde el derecho romano, entre los diversos órdenes y ramas de los estudios jurídicos: ante todo, el derecho civil; después, el derecho público; tras él, el derecho penal; y, por fin, el derecho y las prácticas policiales. Pareciera que cuanto más contaminado está el derecho por la violencia y cuanto más difícil e incierta es su legitimación, será menos merecedor de estudio y de reflexión teórica y axiológica. La segunda razón es una suerte de mala conciencia, y consiste en el hecho de que

la policía, por naturaleza, atraviesa las bien acrisoladas y sofisticadas formas constitucionales del estado de derecho —desde el principio de legalidad a la división de poderes y la inviolabilidad de los derechos fundamentales— y no se adapta a las doctrinas liberal-democráticas de los fundamentos políticos del estado moderno, sino que pone de relieve sus cotas de ineficacia. Finalmente, ese olvido explícita, inconsciente pero inconfundiblemente, la impronta clasista tanto de la cultura jurídica como de la política: las medidas de policía, especialmente las preventivas y de orden público, están, de hecho, destinadas prevalentemente a las capas más pobres y marginadas —subproletariado, prostitutas, vagabundos, ociosos, desempleados, subempleados, inmigrantes, etc.—, de modo que su estudio resulta, a su vez, marginal con respecto a los intereses académicos tradicionales. He ahí la razón por la que las medidas de policía, a diferencia de las penas, escapan inevitablemente a la estadística judicial y a la información sociológica tanto como a la reflexión teórica y al análisis doctrinal.

3. *Tipología de las medidas de policía. La peligrosidad y la sospecha.* En la lógica del estado de derecho, las funciones policiales deberían quedar limitadas a tres únicas actividades: la investigación de delitos e ilícitos administrativos, la prevención de unos y otros, y la ejecución y colaboración con la jurisdicción y la administración. Ninguna de estas actividades debería comportar el ejercicio de poderes autónomos sobre las libertades civiles o sobre los demás derechos fundamentales. Las distintas competencias deberían, además, quedar atribuidas a cuerpos de policía separados entre sí y orgánicamente dependientes, no sólo en lo funcional sino también en lo jerárquico y administrativo, de los diversos poderes de los que son auxiliares. En particular la policía judicial, encargada de la investigación de los delitos y de la ejecución de las decisiones judiciales, debería estar rígidamente separada de los demás cuerpos de policía y dotada de las mismas garantías de independencia frente al ejecutivo que el poder judicial, del que debería depender en exclusiva.

La promiscuidad actual, ya sea subjetiva (de aparatos) ya sea objetiva (de funciones), no permite, en cambio, caracterizar a la *policía* ni en el aspecto organizativo ni en el funcional. Por ello, al definir y clasificar las actividades y las medidas policiales, se deben tener en cuenta sólo sus rasgos sustanciales, esto es, la ausencia de vínculos legales y jurisdiccionales tanto de las sanciones policiales, que al igual que las penas inciden sobre la libertad personal, como de sus presupuestos, que a diferencia de los delitos carecen de una taxativa pre-determinación legal.

Estos rasgos sustanciales de las funciones de la policía se detectan no sólo en la actividad de sujetos y aparatos formalmente policiales, sino también en la de sujetos y aparatos formalmente judiciales. En el primer caso podemos hablar de *policía con funciones para-judiciales*

(por la naturaleza penal o punitiva de sus medidas sancionadoras); en el segundo, de *magistratura con funciones para-policiales* (por la naturaleza administrativa y potestativa de sus presupuestos). Estas dos formas de contaminación, que crecieron juntas en los ordenamientos del siglo XIX, son igualmente lesivas del sistema de garantías penales y procesales propio del estado de derecho: «en la organización de las naciones se observa», escribió Carrara, «el fenómeno de que bajo los gobiernos despóticos la función de policía se mezcla con el derecho punitivo, y de que bajo los regímenes libres tanto aquélla como éste se mantienen celosamente aparte»¹⁰. Así, es característica del *Polizeistaat*, allí donde existiese, la confusión de las funciones ejecutivas en un poder único: en el «poder gubernativo, en el cual están también comprendidos —son palabras de Hegel— los poderes judicial y policial, que se relacionan de modo inmediato con lo particular de la sociedad civil y hacen valer en esos fines particulares el interés general»¹¹.

De estas dos formas de contaminación —correspondientes respectivamente al modelo S9 del «estado de policía» y al modelo S10 de la «justicia del cadí», formalizados en el capítulo 2—, la más grave es, quizá, la segunda, por la abusiva legitimación que la naturaleza judicial del órgano al que están confiadas brinda a funciones y medidas sustancialmente policiales, y por la corrupción de los hábitos judiciales que, incluso en el subsistema penal ordinario, tienden a producir. También los ataques propios de este sub-sistema, recordados en el capítulo precedente, se corresponden, obviamente, con otras tantas perversiones policiales de la función judicial. Pero mientras éstas oscilan entre la fisiología y la patología de todo ordenamiento penal, a causa del carácter de modelo límite y nunca plenamente realizable del sistema SG y del propio modelo constitucional, las formas de la justicia del cadí, de las que se tratará en este capítulo, son institucionalmente policiales y, como tales, políticamente ilegítimas.

Trataremos, pues, unitariamente, y reclasificaremos sistemáticamente, medidas de policía que lo son sólo objetivamente y medidas que lo son también subjetivamente. La terminología que, sobre esta materia, emplea la literatura jurídica es por demás incierta, confusa y equívoca. Aquí denominaremos *medidas de policía* a todas las sanciones o medidas de defensa y control social distintas de las «penas» y sin embargo restrictivas de la libertad personal o de otros derechos fundamentales. Constituyen todo un amplio y complejo abanico de medios coercitivos y de poderes policiales puesto en pie, en gran medida, por la legislación liberal del XIX (leyes saboyanas de seguridad pública y leyes posteriores a la unificación contra las clases peligrosas), sistematizado orgánicamente por el legislador fascista (código Rocco de 1930, y Texto único de las leyes de seguridad pública de 1931) y desarrollado ulteriormente por el legislador republicano (ley sobre sujetos peligrosos de 1956, ley anti-mafia de 1965 y legislación de excepción de los años setenta). Se incluyen dentro de este conjunto:

a) la custodia cautelar; b) las medidas de seguridad; c) las medidas de prevención; d) las medidas cautelares de policía judicial; e) las medidas de orden público. Mientras la custodia cautelar, las medidas de seguridad y algunas medidas de prevención son competencia de la autoridad judicial, las demás son competencia de la policía o, en general, del poder ejecutivo. Pero todas, tal como se demostrará, tienen carácter sustancialmente administrativo y no jurisdiccional, primero por su naturaleza no retributiva (de un hecho antijurídico) sino preventiva o, como mucho, cautelar; después, y en lógica coherencia, por su naturaleza prevalentemente potestativa, que, de hecho, las sustrae casi íntegramente a todo el sistema de garantías penales y procesales. Por todo ello, constituyen, en conjunto, un potente sistema de *derecho penal y procesal preventivo*, en la frontera del *derecho penal y procesal ordinario*, orgánicamente unitario, no obstante su extrínseca heterogeneidad, dotado de una capacidad de represión y de control social no menor que la de todo el subsistema ordinario y bastante mayor, en todo caso, que lo que permite suponer la escasa atención que le presta la cultura jurídica.

47. La custodia cautelar

1. *Crisis de la jurisdicción y cárcel preventiva.* Ya se han comentado, en el apartado 38, los rasgos de ilegitimidad de la prisión preventiva y, por otra parte, el creciente abuso que de ella hace nuestra experiencia judicial. Esos rasgos —en cuya virtud la detención *ante iudicium* entra en contradicción con todos los principios de un sistema garantista— obligan a tratar a esta institución como una medida preventiva y policial, perteneciente por ello no ya al subsistema penal y procesal ordinario sino al administrativo. Y, sin embargo, la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en mecanicismo directamente punitivo.

Esta institución, prevista en el art. 13, 5.º de la Constitución («La ley fijará el límite máximo de la prisión preventiva»), se ha expandido, en efecto, mucho más allá de lo exigido por la, también criticable, función puramente procesal que le asignaran Beccaria o la actual doctrina progresista: la de una medida cautelar rigidamente circunscrita en el tiempo y dirigida a asegurar la comparecencia ante la justicia de quien suscita fuertes sospechas de haber realizado delitos de especial gravedad, siempre que subsista, por su parte, el «peligro de huida» o de «alteración de las pruebas». El art. 274, c) del nuevo código de procedimiento —recogiendo el art. 4 de la ley n. 532 de 12.8.1982,

que a su vez había hecho suya una norma dictada por el art. 1.3 de la ley n. 152 de 22.5.1975 a propósito de la libertad provisional— ha puesto en evidencia la naturaleza de medida de defensa social asumida por la institución, al incluir entre sus presupuestos la peligrosidad social del imputado: precisamente el «peligro concreto» de que «por las específicas formas y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado... éste cometa graves delitos con uso de armas o de otros medios de violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional, o delitos propios de la criminalidad organizada o de la misma especie de aquel por el que se procede».

Esta transformación se ha operado tanto por vía legislativa como judicial. Ante todo, ha sido el fruto de una interminable serie de leyes aprobadas en los años de la emergencia y dirigidas a hacer de la prisión preventiva una medida cada vez menos excepcional y cada vez más automática. En segundo lugar, ha sido consecuencia del creciente abuso de la institución por parte de los magistrados, en forma de emisión sistemática de mandamientos de captura no motivados, en base a módulos estereotipados y a más que lábiles indicios, y, sobre todo, teleológicamente dirigidos a objetivos no legítimos, como constreñir al imputado a confesar o como eludir, a través de mandamientos reiterados de captura, las normas sobre excarcelación por el transcurso de sus plazos máximos. El cambio de nombre realizado por el art. 11 de la ley n. 398 de 1984 —de «custodia preventiva» a «custodia cautelar»— no basta para encubrir el cambio, en sentido inverso, de la institución, ya no medida cautelar, sino pena anticipada y/o preventiva durante el proceso, dirigida a obviar la lentitud de éste, pero con el efecto práctico de favorecerla.

2. *El desarrollo de la prisión preventiva en Italia. El laberinto legislativo.* Para comprender la importancia que la detención preventiva ha asumido en los últimos años en nuestro sistema penal, el argumento más elocuente es, sin duda alguna, el de la estadística. Conviene recordar que hasta 1955 la prisión preventiva no estaba sometida a límites temporales. Entonces los detenidos en espera de juicio eran sólo un tercio del total¹². Una vez introducido un plazo máximo —primero con la ley n. 517 de 18.6.1955 para la fase instructora, después con el d.l. n. 192 de 1.5.1970 para las demás fases del juicio—, elevado después en varias ocasiones, el porcentaje ha ido creciendo inexorablemente hasta alcanzar el 70% en 1982, para después fijarse, tras la reducción de los plazos en 1984 y tras la reforma de 1988, en torno a la mitad del total; y paralelamente se ha incrementado la duración de los procesos¹³. Esto significa que los plazos han actuado, más que como límite máximo, como límite mínimo de la detención preventiva y de la duración de la causa, o, lo que es lo mismo, como autorización implícita para ralentizar los procesos y para mantener al imputado en prisión durante toda su duración.

Este resultado ha sido el producto de una legislación aluvional que ha generado, en los años setenta y ochenta, un intrincadísimo «laberinto aritmético-topográfico-legislativo», como lo ha llamado Franco Cordero¹⁴, con innumerables duplicaciones o incrementos de un medio o de un tercio sobre duplicaciones precedentes o sobre otros incrementos de distinta entidad, según las diversas fases e instancias del juicio, según las diversas penas legalmente previstas y según los diversos jueces competentes en razón de los diversos delitos enjuiciados. El momento de máxima expansión de la institución —cuyas vicisitudes desde el pasado siglo hasta 1970 se han recordado en el apartado 38.2— fue el año 1974, año en el que puede datarse el arranque de la legislación de la emergencia. Y de 11.4.1974 es el decreto ley n. 99, que duplicó la duración máxima de la prisión preventiva para las últimas fases del juicio, llevándola, para los delitos más graves, hasta ocho años (art. 1.5, n. 3). Le siguió la ley Reale n. 152 de 22.5.1975, que introdujo la prohibición de la libertad provisional para numerosos delitos (art. 1) y amplió los supuestos de detención judicial por parte de la policía (art. 3). Después, la ampliación, obra del art. 1 del d.l. n. 151 de 30.4.1977, de los casos de suspensión del cómputo de los plazos a los casos de dilaciones debidas al acusado. Más tarde, para delitos de terrorismo, la prolongación en un tercio de todos los plazos anteriores —hasta un máximo de 10 años y 8 meses—, obra de los arts. 10 y 11 del d.l. n. 625 de 15.12.1979. Luego, la reducción de los plazos máximos de la fase instructoria, y por tanto de las demás fases, en su mitad para los delitos más leves y en su cuarta parte para los más graves —salvo la posibilidad del aumento motivado de un tercio para los delitos de mafia y de terrorismo y sólo en la fase de instrucción—, así como la rebaja a seis años de duración máxima para todo tipo de delitos dispuesta por la ley n. 398 de 28.7.1984. *Item* más, la suspensión del término por las dilaciones achacables a la defensa, el no cómputo de los días de audiencia y de deliberación de la sentencia más que a los fines de duración total de la medida; y, además, la posibilidad, pero ya no sólo en los procesos de mafia y terrorismo, de una prórroga motivada de los plazos hasta en su mitad para la fase comprendida entre la sentencia en primera y segunda instancia, establecidas por los arts. 1, 2 y 5 de la ley n. 29 de 17.2.1987.

Al mismo tiempo, en los años de la emergencia, se aumentaron progresivamente, los casos de captura obligatoria: ya no sólo los delitos castigados con reclusión perpetua o con pena no inferior, en su mínimo, a 5 años o, en su máximo, a 15 (o a 10 para los delitos contra la personalidad del estado), o los de trata de esclavos, de expendición de estupefacientes y de falsificación de moneda (art. 253 c.p.p., modificado por el art. 7 de la ley n. 517 de 18.6.1955), sino también todos los delitos, incluidos los más leves, agravados por la finalidad de terrorismo (art. 8 del d.l. n. 625 de 15.12.1979), así como el delito de asociación de tipo mafioso (art. 5 de la ley n. 646 de 13.9.1982) y los

de carácter monetario, tributario o societario, cometidos por personas ya condenadas por asociación mafiosa o ya sometidas a medidas de prevención de la ley n. 575 de 31.5.1965 (art. 28 de la ley 646 de 13.9.1982). Después se extendió la captura facultativa —reservada por el viejo art. 254 c.p.p. sólo a los delitos castigados con pena no inferior en su máximo a tres años (o a dos en los supuestos de reincidencia múltiple o específica, o de peligro de fuga, o a cinco para los delitos imprudentes)— a todos los delitos de contaminación de aguas, incluidos los contravencionales, cometidos por reincidentes (art. 21.4 de la ley n. 319 de 10.5.1976). Y la prohibición de libertad provisional, que había sido suprimida por la llamada «ley Valpreda» n. 775 de 15.12.1972 y reintroducida para varios delitos por el art. 1 de la ley Reale n. 152 de 22.5.1975, fue extendiéndose en sucesivas etapas hasta la formulación dada por el art. 8 de la ley n. 398 de 28.7.1984. Finalmente, el art. 1 de la ley de 27.1.1986, n. 8, que recogió con modificaciones el d.l. n. 685 de 29.11.1985, introdujo la posibilidad de nueva captura, con puesta a cero de todos los términos, del imputado ya detenido en espera de juicio que hubiese violado las obligaciones impuestas en la orden de excarcelación.

La reforma del código procesal, anticipada en esto por la ley n. 330 de 5.8.1988, ha simplificado y aligerado notablemente esta maraña normativa. Ante todo, ha encomendado exclusivamente al juez el poder de limitar la libertad del imputado (arts. 279 y 291-292), reservando al ministerio fiscal sólo el poder, por lo demás conferido también a la policía judicial, de detención del sospechoso (art. 384). En segundo lugar, ha suprimido la obligatoriedad del mandamiento de captura, subordinándolo en todo caso a la subsistencia no sólo de «graves» (y ya no de «suficientes», como decía el viejo art. 252) indicios de culpabilidad (art. 237), sino también de alguno de los riesgos que se enumeran: peligro de no poder «acceder a la prueba o de que no sea genuina» —en cuyo caso el juez debe fijar la duración de la medida (arts. 292, d, y 301)—, peligro de que el imputado «se dé a la fuga» y peligro de que «cometa graves delitos» del mismo tipo de aquel por el que se procede, o bien de que se realicen con uso de armas o contra el orden constitucional (art. 274). En tercer lugar, ha reducido notablemente la duración máxima de la custodia preventiva, rebajándola para todos los delitos castigados, en su máximo, con más de veinte años de prisión, a cuatro años, de los cuales, uno hasta que se ordene la celebración del juicio, uno hasta la sentencia en primera instancia, uno hasta la condena en apelación y uno hasta la sentencia definitiva. Y, para los demás delitos, se rebaja a dos años, de los cuales seis o tres meses (según que la pena máxima supere o no los seis años de prisión) para la fase preliminar y otros seis para cada una de las tres fases del juicio (art. 303). En cuarto lugar, ha establecido que cuando se trate de tóxico-dependientes para los que existan programas terapéuticos en marcha, o de mujeres encinta o lactantes, o de

personas que se encuentran en condiciones de salud especialmente graves o que hayan superado los sesenta años de edad, sólo se podrá imponer la custodia carcelaria «por exigencias cautelares de relevancia excepcional» (art. 275.4); y que, en todo caso, sólo puede ser ordenada cuando «resulte inadecuada» cualquier otra medida cautelar (art. 275.3), coercitiva o interdictiva, como la prohibición de salir del país (art. 281), la obligación de presentarse periódicamente a la policía judicial (art. 282), la prohibición o la obligación de estancia en determinados lugares (art. 283), los arrestos domiciliarios (art. 284), aunque sólo sea durante una parte del día (arts. 283.4 y 284.3), la suspensión del ejercicio de la patria potestad (art. 288) o de un empleo o servicio público (art. 289) y la prohibición de ejercer determinadas actividades profesionales o empresariales (art. 290). En quinto lugar, ha dispuesto que el sospechoso debe ser advertido en el momento de la captura de su derecho a nombrar un defensor; que éste, o un defensor de oficio, sea informado inmediatamente (art. 293); y que el juez interroge al sospechoso no más tarde de cinco días, so pena de pérdida de eficacia de la medida (arts. 294 y 302), y la revoque o sustituya por otra más leve cuando hayan desaparecido o hayan cambiado sus presupuestos (arts. 299 y 301).

Por lo demás, la reforma ha confirmado, *grosso modo*, las grandes líneas de la vieja institución. Los delitos para los que puede dictarse mandamiento de captura son los castigados, en su máximo, con prisión «superior» (no sólo «no inferior») a tres años, incluidos los delitos imprudentes (art. 287). Las «exigencias cautelares» que justifican la captura preventiva siguen siendo las mismas, con la adición, como se ha dicho ya, de la peligrosidad del imputado (art. 274, c). Es novedosa también la posibilidad de sustitución de la custodia carcelaria por otras medidas cautelares en caso de transgresión de las prescripciones impuestas (art. 276), y de nueva captura del imputado en caso de inobservancia de las obligaciones prescritas tras la excarcelación por transcurso de los plazos o, en caso de peligro de fuga, tras la sentencia condenatoria (art. 307). Finalmente, se ha previsto la posibilidad de prorrogar hasta la mitad de su duración la custodia establecida en la fase preliminar (art. 305), aunque, como en los supuestos de nueva-captura, la duración de la custodia no puede superar, en ningún caso, el máximo previsto por la ley (arts. 307.3 y 303.4).

Sin embargo, el techo máximo de cuatro años de custodia cautelar (o de dos para delitos cuya pena máxima no supere los seis años) puede superarse gracias a otra herencia de la emergencia. El art. 304, en efecto, establece tres causas de suspensión del transcurso de los términos, que además son —con excepción de la pericia psiquiátrica del imputado, prevista ahora como motivo de prórroga (art. 305.1º)— las mismas del viejo código: el tiempo de suspensión o de retraso en la celebración del juicio a causa de maniobras o a solicitud, no justificada por exigencias probatorias, del imputado o su defensa; cuando lo

es por la de no presentación o ausencia del defensor; y el tiempo de las audiencias o de deliberación de la sentencia, en el caso de juicios particularmente complejos sobre delitos de tipo asociativo o terrorista o con gran número de imputados (art. 304.1 y 2). En todos estos casos —dice el art. 304.4, incluido en el código en vísperas de su aprobación— «la duración de la custodia cautelar» «no podrá nunca superar los dos tercios del máximo de la pena temporal prevista para el delito objeto de acusación o de condena», lo que quiere decir que para los delitos castigados con el máximo de prisión o con reclusión perpetua —«equiparada a estos efectos» por el mismo precepto «a la pena temporal máxima», que es de 24 años— la duración máxima de la custodia cautelar a que pueden llevar las suspensiones es de 16 años.

3. *Usos y abusos judiciales de la prisión preventiva. La pena anticipada y la coerción inquisitiva.* La metástasis legislativa del decenio pasado ha favorecido los abusos de la institución en la práctica judicial y, a su vez, ha resultado favorecida por ellos. Por una parte, en efecto, cada prolongación de los términos ha estimulado la utilización de la captura *ante iudicium* y ha provocado con ello la ampliación de la duración y la expansión de las diligencias. Por otra, el desarrollo de la prisión preventiva como medio de administración ordinaria de la justicia ha constreñido una vez y otra al legislador a decidirse por términos cada vez más amplios con los que hacer frente a las siempre crecientes disfunciones instructoras producidas por la elephantiasis de los concretos procesos. Se produce, en suma, una especie de espiral, conforme a la cual las prácticas perversas, alimentadas por la naturaleza de la institución, exigieron nuevas perversiones legislativas de ésta, que provocaron ulteriores perversiones judiciales, y así sucesivamente.

El rasgo inconfundiblemente policial de la institución —cuya incompatibilidad con todas las garantías penales y procesales, y ante todo con la presunción de no culpabilidad, ha quedado demostrada en el apartado 38— sigue siendo el carácter arbitrario y nunca cognoscitivo sino potestativo de sus presupuestos. En efecto, ni la «gravedad» de los indicios de culpabilidad, ni mucho menos las opinables razones que puedan hacer suponer el «peligro» de fuga, de destrucción de las pruebas, o de futuros delitos por parte del imputado, son, por naturaleza, susceptibles de prueba o de refutación. Este último motivo de captura, en particular, es irremediamente policial, y desvela el carácter de medida de prevención y de defensa social que hoy asume la custodia cautelar.

Las dos funciones principales —de orden punitivo y procesal— que ésta cumple de hecho son, por otra parte, policiales. La primera función está vinculada a su naturaleza de *pena anticipada*. Desde esta perspectiva, la captura del imputado sospechoso inmediatamente

te después del hecho representa, sin duda, la medida de defensa social más eficaz: primero se castiga y después se procesa, o, mejor, se castiga procesando. Y se configura como la forma más conspicua de aquella transformación del proceso en pena informal de la que se ha hablado en el apartado 44.5. Con tres diferencias que la hacen más enérgicamente punitiva que la misma pena. Ante todo, la captura es «preventiva» en un doble sentido: en el sentido de que tiene un papel de prevención general que, sin embargo, no se basa, como el de la pena, en la amenaza legal, sino directamente en el carácter ejemplar de su irrogación judicial; y también en el sentido en que son preventivas las medidas de prevención, con las que se amenaza no sobre la base de pruebas sino de la mera sospecha o, lo que es peor, de la presunta peligrosidad social del reo. En segundo lugar, supone un retroceso a la pena pública impuesta en un proceso que se mantiene secreto, que fue lo propio del *ancien régime*. En efecto, en la sociedad de los *mass media*, la captura y la acusación en que se basa son tan públicas, espectaculares y estigmatizantes como secretos son los procedimientos, las pruebas y las alegaciones de la instrucción. Finalmente, es más afflictiva que la pena en sentido propio, ya que no puede aliviarse acudiendo a medida alternativa alguna ni a los distintos beneficios previstos por la normativa penitenciaria. Ocurre así, exactamente, lo contrario a lo teorizado por la tradición penal liberal —de Hobbes a Filangieri y a Carrara—, que admitía la prisión preventiva sólo en cuanto diferenciada de la pena por su carácter menos vejatorio y menos restrictivo de los derechos del preso¹⁵.

La segunda función que hoy asume la prisión preventiva es la directamente *inquisitiva*. Cada vez más la detención se dirige a, y sobre todo se mantiene para, constreñir al imputado a confesar o a colaborar. También esta utilización de la prisión como medio de intimidación y de presión sobre el sujeto es típicamente policial. Los métodos «policiales» en el peor sentido de la palabra —presionar a los sospechosos y obtener «soplos» y confidencias— entran, así, en la práctica judicial. Y el proceso, una vez más, queda degradado a *tour de force* entre el imputado, inducido a la confesión o a la delación por el temor a la cárcel o por la esperanza de libertad, y la acusación pública, que experimenta, autorreflexivamente, *in corpore vili*, como en la antigua tortura¹⁶, sus hipótesis acusatorias. A ello se añade la distorsión, ya comentada, de los tiempos y de las fases del proceso: la vista oral resulta comprimida y privada de contenido por la expansión simultánea, penal y procesal, de la fase de instrucción —en la que se predetermina el juicio y se pre-castiga al imputado— y de la fase ejecutiva —en la que se juzga *a posteriori* al condenado y se re-determina la pena en concreto. Una convergencia como ésta desalienta a la defensa, ya que frecuentemente interesará al acusado pactar una pena injusta pero reducida, rápida y ulteriormente negociable y reductible en fase ejecutiva bajo la forma de beneficios y medidas alternativas,

más que esperar una eventual absolución sufriendo durante años el duro régimen de la prisión preventiva.

Precisamente el desarrollo en la reciente legislación penitenciaria y procesal de las alternativas a la pena y al proceso hacen aún más intolerable la figura de la prisión preventiva; y avalan que se solicite su abolición o, a corto plazo, su gradual restricción, y no sólo por su ilegitimidad intrínseca sino también por los mayores perjuicios y paradojas que puede provocar. La reforma, apenas estrenada, del código procesal supone, en este punto, sólo un primer y aún tímido paso. El término de 4 años de custodia previsto por el art. 303 es todavía demasiado alto, y debería rebajarse, sin posibilidades de superar el límite máximo, a fin de reducir no sólo la afflictividad sino también los abusos. Se deberían limitar al máximo, además, los presupuestos de la medida —que la reforma deja prácticamente inalterados— reduciendo el número de los delitos para los que se permite, restringiendo y precisando mejor sus razones, que deberían ser únicamente procesales y no de prevención de delitos futuros y estar sometidas, mientras dure la detención, a controles y a la motivación periódica de su persistencia. Finalmente, la afflictividad de la detención debería reducirse al mínimo. Si es verdad que no tiene naturaleza punitiva sino cautelar y que su afflictividad es en todo caso una injusticia, el ciudadano que la padece debería tener derecho a sufrirla en instituciones dotadas de todas las comodidades de una buena residencia.

48. *Las medidas de seguridad*

1. *La doble vía punitiva del código Rocco.* Las *medidas de seguridad* fueron introducidas, junto a las penas, por el vigente código penal de 1930 (arts. 199 a 240). Los artículos 215 y 236 prevén diez tipos: *a)* ocho medidas de seguridad *personales* (art. 215), de entre ellas: *aa)* cuatro *detentivas* que son: *aaa)* asignación a *colonia agrícola* o a *casa de trabajo* (arts. 216 a 218), *aab)* internamiento en *casa de cura y custodia* (arts. 219 a 221), *aac)* internamiento en *hospital psiquiátrico* (art. 222), *aad)* internamiento en *reformatorio judicial* (arts. 223 a 227), y *ab)* cuatro *no privativas de libertad*, que son: *aba)* *libertad vigilada* (arts. 228 a 232), *abb)* *prohibición de permanecer* en uno o varios municipios o en una o más provincias (art. 233), *abc)* *prohibición de visitar bares y establecimientos públicos de bebidas alcohólicas* (art. 234), *abd)* *expulsión de los extranjeros del territorio nacional* (art. 235); *b)* dos medidas de seguridad *patrimoniales* (art. 236) que son: *ba)* *caución de buena conducta* (arts. 237 a 239) y *bb)* *comiso* (art. 240).

Este detallado sistema sancionador se sitúa junto al sistema de penas dando vida a un ordenamiento que denominamos «dual» o de «doble vía» y que se funda en la aplicación conjunta de penas y me-

didadas de seguridad. Éstas se distinguen de aquéllas por su diferente presupuesto, que no es tanto, o no es sólo o, cuando menos, no es siempre, la comisión de un delito, sino la calificación de la persona como «socialmente peligrosa» por ser probable que cometa cualquier delito futuro (arts. 202-203). Bajo este aspecto, las medidas de seguridad, aunque aplicadas por el juez penal las más de las veces mediante sentencia (art. 205), son, en esencia, medidas de defensa social, bastante más parecidas a las medidas de prevención que a las penas, y refuerzan, como aquéllas, el paradigma constitutivo que da relevancia a la naturaleza del sujeto desviado más que a sus comportamientos. De hecho, constituyen una duplicación de las penas, a las que se añaden en los casos de condena o a las que sustituyen en los casos de absolución por ausencia de imputabilidad. En concreto, las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas en la sentencia condenatoria, y ejecutadas después de la pena (art. 211), no difieren de ésta por su contenido, sino por la mayor afflictividad que comporta su duración indeterminada (art. 208).

El mayor impulso a la introducción de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento, o cuando menos a su legitimación ideológica, fue, sin duda, el dado por la «Escuela positiva» o antropológica del derecho penal, que, como ya hemos visto, sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como «síntoma» de patología psico-somática, que, en cuanto tal, debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología.

Esta ambigua doctrina sustancialista, camuflada del progresismo humanitario, fue incorporada por el legislador fascista, que la tradujo en un sistema penal doblemente vejatorio, desvinculado del principio de estricta legalidad penal y de los consiguientes corolarios garantistas propios del régimen de la pena, que recuerda, por el decisivo relieve atribuido a la personalidad del sujeto y a la valoración de su «peligrosidad social», al modelo del «tipo normativo de autor». Por lo demás, la función preventiva y de defensa social de estas medidas fue explícitamente proclamada por el ministro Rocco, que en la exposición de motivos del código penal las definía como «medios de prevención individual de la delincuencia, integradores de los medios represivos de lucha contra la criminalidad en general y de la pena en particular», y que las justificó por «la necesidad de crear nuevos y en todo caso más adecuados medios de lucha contra las agresiones al orden jurídico, a utilizar cuando las penas sean, por sí solas, insuficientes para ese objetivo o cuando falten los presupuestos y condiciones de su aplicabilidad».

Ha ocurrido, así, que el código Rocco, aun salvaguardando normativamente las garantías penales y procesales respecto a las «penas», ha renegado de ellas al poner a su lado las «medidas de seguridad». La Constitución republicana —en coherencia con la concepción pe-

dagógica de la pena y del derecho penal que profesa (art. 27, 3.º)— ha legitimado todo ello, al prever medidas de seguridad sometidas al principio de mera, o lata, legalidad (art. 25, 3.º: «Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley», reiterado por el art. 199 c.p.), de significación y alcance bien distintos a los del principio de estricta legalidad penal.

2. *La naturaleza administrativa de las medidas de seguridad. La lesión del principio retributivo.* El carácter administrativo y no jurisdiccional de las medidas de seguridad es públicamente negado por la mayor parte de la literatura penalista sobre la base de cuatro circunstancias: su disciplina jurídica en el código penal, su aplicación por parte del juez, el hecho de que siguen (casi) siempre a la comisión de un delito y el principio de legalidad que para ellas consagran los arts. 25 de la Constitución y 199 c.p.¹⁷. La primera de tales circunstancias es irrelevante; la segunda, puramente extrínseca; la tercera queda sustancialmente negada por los preceptos del código; y la cuarta no se refiere a la garantía de estricta legalidad exigida en el derecho penal sino a la mera o lata legalidad que preside el ejercicio de todo poder público.

En realidad las medidas de seguridad pertenecen al amplio y floreciente abanico de las medidas administrativas de policía. No sólo declara explícitamente su naturaleza administrativa la rúbrica del título VIII del código penal («De las medidas administrativas de seguridad»), sino que, sobre todo, reúnen las dos características propias de las disposiciones administrativas: la *discrecionalidad* de su aplicación (arts. 202, 203, 133 c.p.) y la *modificabilidad* o *revocabilidad* (arts. 207 c.p., 679 c.p.p. y 69.4 de la reforma de 1975, modificados por el art. 21 de la ley n. 663 de 10.10.1986). Finalmente, las medidas de seguridad carecen de todos los requisitos garantistas —retribución, estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad— que, como hemos dicho en el apartado 44.1, configuran el modelo normativo de la pena en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, no está vigente en materia de medidas de seguridad el principio de *retribución*, esto es, el principio de que la sanción penal ha de ser consecuencia del delito. En efecto, si es cierto que el art. 202 c.p. establece, en su párrafo primero, que «las medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto en la ley como delito», es también verdad que el segundo párrafo del mismo artículo declara que «la ley penal determina los casos en los que se pueden aplicar medidas de seguridad a personas socialmente peligrosas por un hecho no previsto en la ley como delito». Son los casos del «delito imposible», esto es, no punible por «inidoneidad de la acción o por inexistencia de objeto» con la consiguiente imposibilidad de «resultado dañoso o peligroso» (art. 49 c.p.); de «acuerdo» no realizado o de «proposición» no aceptada, impunes el uno y la otra (art. 115 c.p.); de in-

cumplimiento de la medida de seguridad (art. 214 c.p.); de transgresión de las obligaciones impuestas en otra medida de seguridad (arts. 231, 233.3, 234.3 y 238 c.p.); y de hechos objetivamente previstos como delito pero cometidos por personas inimputables o no punibles, como los menores, a los que se puede imponer el reformatorio judicial (arts. 223 a 227 c.p.), o los enfermos mentales, a los que se puede imponer el hospital psiquiátrico (art. 222 c.p.). Pero, sobre todo, las medidas de seguridad pueden imponerse a veces al margen de la sentencia de condena o de absolución y, por tanto, al margen de la comprobación de un hecho previsto por la ley. Así ocurre cuando se aplican preventiva o provisionalmente antes de la sentencia (arts. 206 c.p., 73 y 286 c.p.p.), o, por el contrario, en resolución posterior a la misma (art. 205 c.p.), o —y es la hipótesis más relevante— cuando se prorrogan al «reexaminar la peligrosidad» (arts. 208 c.p. y 69.4 del ordenamiento penitenciario de 1975).

En todos los casos, incluso cuando las medidas de seguridad se imponen con la resolución condenatoria o absolutoria por inimputabilidad, no son consecuencia del, ni se adecúan al, tipo de delito, sino del tipo y el grado de peligrosidad social del sujeto, valorada por el juez sobre la base de una de las siguientes formas de *status*: delincuente o infractor habitual (arts. 102 a 104 c.p.), delincuente profesional (art. 105), delincuente por tendencia (art. 108), enfermo mental (art. 88), semienfermo mental (art. 89), ebrio habitual (art. 94), intoxicado crónico por el alcohol o por estupefacientes (art. 95), sordomudo (art. 96), menor de edad (arts. 97-98), condenado a más de diez años o liberado condicionalmente (art. 230), extranjero (arts. 235 y 312). Y todo ello pendiente de la ya denunciada naturaleza preventiva y no retributiva de las medidas de seguridad, esto es, del hecho de que el delito y la condena no son la causa, sino sólo, respectivamente, síntoma y ocasión de la afirmación de peligrosidad social, insuficientes en algunos casos e innecesarios en otros para su aplicación.

3. *La lesión del principio de estricta legalidad.* En segundo lugar, no están vigentes, en el ámbito de las medidas de seguridad, ni el principio de *estricta legalidad*, en el sentido que tal principio tiene en materia penal, ni el de *irretroactividad de la ley penal*. Este segundo principio viene explícitamente negado por el art. 200 c.p., que establece la aplicación de la ley en vigor al tiempo de imposición de la medida y de las que vayan entrando en vigor durante su ejecución, incluso cuando las nuevas disposiciones sean más desfavorables para el reo (art. 200: «Las medidas de seguridad son reguladas por la ley en vigor al tiempo de su aplicación. Si la ley del tiempo en que debe cumplirse la medida de seguridad es distinta, se aplica la ley en vigor al tiempo de la ejecución»).

En cuanto al principio de estricta legalidad penal, no basta para considerarlo satisfecho con que el art. 25, 3.º de la Constitución de-

clare, repitiendo el art. 199 c.p., que «nadie puede ser sometido a medidas de seguridad más que en los casos previstos por la ley». En un régimen de estricta legalidad sería necesario, en efecto, que tales casos fuesen «tasados», esto es, rígidamente predeterminados y claramente descritos por la ley, y que, de forma igualmente taxativa, quedasen predeterminados el tipo y la duración de las medidas de seguridad aplicables en cada caso. Por el contrario, la aplicación de estas medidas, a causa de la ya comentada ausencia de retribución, no está ni siquiera supeditada por la ley a la comisión de un hecho descrito como delito (art. 202 c.p.). Por otra parte, el principio de taxatividad de las medidas y de sus presupuestos queda negado en todos los casos por el hecho de que la elección del tipo de medida (arts. 209, 215.3, 219.3, 221, 223, 224.1, 225 c.p.) y, en ocasiones, la propia decisión sobre la oportunidad de aplicarla (arts. 206, 225.1, 229, 231, 232.3, 233, 234.3 c.p.) quedan confiadas al juicio de peligrosidad, que, por naturaleza, no se vincula a hechos (o casos) predeterminados sino a una valoración del juez puramente discrecional.

Lo más grave es que ni siquiera la duración de la medida de seguridad está predeterminada legalmente ni determinada definitivamente en la resolución sobre su aplicación. Esta duración indeterminada y la ausencia de toda garantía relativa al momento en que han de cesar representan, sin duda, el aspecto más vejatorio de las medidas de seguridad personales. Para cada una de estas medidas —una vez garantizada por la sentencia n. 110 de 23.4.1974 de la Corte constitucional la posibilidad de reexamen en cualquier momento y por el art. 69 del ordenamiento penitenciario la de revocación «anticipada»— la ley establece solamente la *duración mínima*: para la asignación a colonia agrícola o casa de trabajo, dos años, si el condenado es delincuente habitual, tres, si es delincuente profesional, cuatro, si es delincuente por tendencia, uno, en los demás casos (art. 217 c.p.); para la casa de cura y custodia, un año cuando la pena por el delito cometido por el semienfermo mental no es inferior, en su mínimo, a cinco años de prisión, tres cuando no es inferior, en su mínimo, a diez años, y seis meses en los demás casos (art. 219); para el hospital psiquiátrico, diez años cuando la pena por el hecho cometido sea de reclusión perpetua, cinco cuando no sea inferior, en su mínimo, a diez años, dos años cuando sea superior, en su máximo, a dos años (art. 222); para el reformatorio judicial, tres años cuando la pena por el hecho cometido sea la de prisión no inferior, en su mínimo, a tres años (art. 224) o cuando el menor sea delincuente habitual o profesional o por tendencia (art. 226.1) y un año en los demás casos (art. 223.1); finalmente, un año para la libertad vigilada (art. 228.5), para la prohibición de estancia (art. 233.2) y para la prohibición de frecuentar bares y espacios públicos de bebidas alcohólicas (art. 234.1). La *duración máxima*, por el contrario, no está prefijada, y puede ser prolongada indefinidamente por el juez cuando entienda que subsiste

el estado de peligrosidad social. Al respecto el art. 208 c.p. dispone que «transcurrido el período mínimo de duración establecido por la ley para cada medida de seguridad» (o incluso antes, gracias a la citada sentencia n. 110 de 1974 de la Corte constitucional), el juez de vigilancia «volverá a examinar las condiciones de la persona sometida a ella, para establecer si sigue siendo socialmente peligrosa. Cuando la persona resultare todavía peligrosa, el juez fijará un nuevo término para un examen ulterior». De este modo, en virtud de este mecanismo, una persona que ya habría expiado incluso la pena impuesta puede permanecer indefinidamente internada en un establecimiento de medidas de seguridad, a discreción del juez.

La duración indeterminada, en ocasiones, se traduce en una especie de segregación de por vida para los internados en hospitales psiquiátricos, cárceles-hospitales u hospitales-cárceles donde se consume una doble violencia institucional —cárcel más manicomio— y donde se consumen, olvidados por el mundo, además de los absueltos por enfermedad mental (art. 222.1 y 2), los condenados a pena suspendida (art. 222.3) y los acusados caídos en enajenación a la espera de juicio después de cometido el delito (art. 71 c.p.p.). La Corte constitucional, en sentencia n. 146 de 19.6.1975, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 148 c.p. que establecía, para los presos caídos en enajenación durante la ejecución de la pena, la suspensión de la pena privativa de libertad y el internamiento en manicomio judicial hasta el cese de la enfermedad mental (porque, según decía la exposición de motivos del código, no son ya capaces de «sentir los efectos aflictivos y correccionales de la pena»). Pero nada ha dicho de los condenados a pena suspendida, del art. 222.3 c.p., para los que la ejecución de la pena se difiere al (eventual) cese de la enfermedad mental, ni de los detenidos que se enajenan en la cárcel durante el juicio. En estos casos —según dispone el nuevo código de procedimiento, reformando sólo en parte el denostado art. 88 del viejo código Rocco— se debe suspender el juicio a causa de su incapacidad sobrevinida de entender y querer (art. 71), para reanudarlos sólo cuando sobre la base de «exámenes periciales», que el juez dispondrá cada seis meses (art. 72.1) o de pruebas idóneas para justificar la absolución, que el juez debe seguir practicando (arts. 70 y 71.4), «resulte que el estado mental del imputado no permita la participación consciente en el procedimiento o que, respecto al imputado, deba dictarse resolución absolutoria o de no haber lugar a proceder» (art. 72)¹⁸.

El fascismo introdujo estos horrores, justificándolos, además de con la conveniencia de impedir la promiscuidad entre locos comunes y locos delincuentes en los manicomios ordinarios, como instrumentos «para la represión y la curación» de los condenados enfermos mentales: curación represiva o represión terapéutica, cuya naturaleza «científica» queda ilustrada, con la acostumbrada brutalidad, en la exposición de motivos del código por el ministro Rocco. Los castigos

en los manicomios judiciales, dice Rocco, responden a «exigencias técnico-sanitarias», porque «no puede excluirse que necesidades terapéuticas puedan justificar el uso de medios de rigor incluso mayor que los permitidos en la ejecución de las penas. Ello es predicable del aislamiento diurno y del cinturón de seguridad o lecho de contención, que constituyen una excepción en la ejecución de las penas pero que pueden, por el contrario, ser aplicados sin límite en los manicomios judiciales», aunque se añade piadosamente que «en todo caso, por el carácter de estos medios de rigor, queda excluida la aflicción como finalidad jurídica».

4. *La lesión del principio de estricta jurisdiccionalidad.* En tercer y último lugar, tampoco puede hablarse con propiedad, a propósito de las medidas de seguridad, del principio de *estricta jurisdiccionalidad*. Este principio, se ha dicho, implica un modelo de proceso penal como verificación empírica, en régimen de contradicción con el acusado, de un hecho enunciado como hipótesis de la acusación, que se presume falsa hasta prueba en contra. Por el contrario, en el procedimiento para la imposición de medidas de seguridad no existe ningún hecho a probar, sino una cualidad a declarar: la cualidad de persona «socialmente peligrosa». En algunos casos, antes de la reforma Gozzini, esta cualidad era, además, «presumida por la ley» (art. 204 c.p., derogado por el art. 31 de la ley 663 de 10.10.1986), de modo que el proceso no tenía nada que comprobar y el juez no tenía que hacer sino proceder a la aplicación automática de las medidas de seguridad. Pero incluso hoy, cuando esta cualificación es en todo caso responsabilidad del juez, se produce no sobre la base de hechos y de pruebas, sino de una suerte de pronóstico valorativo de la personalidad del condenado: la previsión de que, conforme a las «circunstancias enumeradas en el art. 133» (naturaleza de la acción, gravedad del perjuicio, carácter del reo, condiciones de vida y similares), «es probable que cometa nuevos hechos previstos en la ley como delitos» (art. 203 c.p.). Es claro que esta valoración, en cuanto anclada, a tenor del art. 203, en los criterios indicados en el art. 133 c.p., tiene un carácter que no es ni siquiera discrecional, sino simplemente potestativo, en coherencia con la naturaleza administrativa de la resolución y en contraste con la naturaleza de la jurisdicción. Y lo mismo ha de decirse del «reexamen de la personalidad» que debe realizar el juez para establecer si la persona «sigue siendo socialmente peligrosa» (arts. 208.1 y 69.4 del reglamento penitenciario) y para poner fin a la medida.

49. *Las medidas de prevención*

1. «*Clases peligrosas*» y «*personas peligrosas*». *La prevención de policía en la legislación del siglo XIX y durante el fascismo.* Las medidas

de prevención representan una institución moderna¹⁹, que en Italia proviene de la legislación de los Saboya. Todo un capítulo del código penal sardo de 1839 —el capítulo III del título VIII del libro II— estaba dedicado a los «ociosos, vagabundos, mendigos y otras personas sospechosas». Sin embargo, la primera disposición orgánica contra estas personas fue la «ley provisional» —por su vigencia de dos años— de 26.2.1852, destinada a servir de modelo a todas las posteriores y basada en una abierta concepción subjetivista y sustancialista de la desviación como condición personal y social. «Señores —proclamó al defender la ley el ministro del interior Galvagno—, el ocio y el vagabundeo, cuando no son enérgicamente castigados por la ley, son el origen de males gravísimos. El ocioso y el vagabundo pueden considerarse en *permanente delito*, defraudan a la sociedad la parte que cada ciudadano le debe, y no se puede concebir cómo pueden, privados como están de medios, existir sin suponer una continua secuela de estafas, latrocinios y similares»²⁰. Ocio y vagabundeo fueron, en consecuencia, configurados directamente como delitos²¹ y castigados como tales con «relegación o con pena de prisión por tiempo *no inferior a cinco años*» (art. 5), mientras que se solicitaba a las administraciones municipales la elaboración de «listas de sospechosos» (art. 21).

Transcurrido el bienio para el que había sido proyectada, la ley de 1852 fue confirmada y ampliada por otra de 23.6.1854, que confería a la policía la tarea de llevar «listas» de sospechosos (art. 2) y, además, de fichar a los trabajadores de las fábricas (art. 57). A renglón seguido, la ley piamontesa de seguridad pública n. 3720 de 15.11.1859, además de reproducir las viejas medidas de prevención, acentuó el control sobre los obreros, a los que se entregó una «libreta» emitida por «las autoridades de seguridad pública» sobre la base de un certificado de buena conducta o de un «visto bueno» del empresario (arts. 28-29), prohibiéndoles emprender viaje alguno sin sellar la libreta, dentro de las 24 horas desde la llegada, con el visado de las autoridades de seguridad pública (art. 31) y obligándoles a hacer anotar en ella los cambios de trabajo (art. 34)²². Una ley de 20.3.1865 extendió después a todo el Reino las medidas previstas en el decreto de 1859, pero suprimiendo los preceptos sobre el control de trabajadores. Y estas mismas medidas fueron, una vez más, reelaboradas por la ley n. 294 de 6.7.1871 y, con ello, por el Texto Único crispino de las leyes de seguridad pública de 30.6.1889, n. 6144, bajo el título III de «Disposiciones relativas a las clases peligrosas para la sociedad».

Bajo el fascismo, finalmente, la materia fue de nuevo reelaborada, y disciplinada con más dureza, por el Texto Único de las leyes de seguridad pública n. 773 de 18.6.1931. Esta norma, parcialmente en vigor todavía, preveía, en su título VI, «Disposiciones relativas a las personas peligrosas para la sociedad»: a) el «internamiento en una institución de asistencia o beneficencia» de las personas consideradas por las autoridades locales de seguridad pública como inhábiles para

cualquier trabajo útil y que no tengan medios de subsistencia ni parientes legalmente obligados a proporcionarles alimentos y en condiciones de poder hacerlo» (art. 154, b) la «repatriación, con hoja de ruta obligatoria» de las personas «sospechosas» (no se decía de qué) por su «conducta» y que no «den cuenta de sí mismos», de las «peligrosas para el orden y la seguridad o la moral públicas» (art. 157) y, «cuando sea necesario», de los condenados por delito a pena privativa de libertad después de su liberación (art. 162); c) la «admonición» para los «ociosos», para los «vagabundos habituales aptos para el trabajo carentes de medios de subsistencia o sospechosos de vivir del fruto de acciones delictivas», para «las personas tenidas por la opinión pública como socialmente peligrosas para las bases políticas del estado», así como para los «difamados» (art. 164), esto es, los «públicamente considerados como habitualmente culpables» de determinados delitos (art. 165); d) el «confinamiento policial» de uno a cinco años «en una colonia o en un municipio del reino, distinto al de residencia del condenado», para los sancionados con admonición y para los difamados, cuando «sean peligrosos para la seguridad pública», así como para «quienes desarrollan o hayan manifestado el propósito de desarrollar una actividad dirigida a subvertir violentamente las bases políticas, económicas o sociales del estado o a contrarrestar u obstaculizar la actuación de los poderes del estado, o una actividad susceptible de causar perjuicio a los intereses nacionales» (arts. 180 y 181): en otras palabras, para los antifascistas.

2. *La legislación sobre personas peligrosas en la Italia republicana. Las medidas de prevención contra los menores.* En el momento en que se creó el Tribunal constitucional, fue cayendo sobre este sistema una serie de declaraciones de inconstitucionalidad: en particular la sentencia n. 2 de 23.6.1956 sobre la ilegitimidad constitucional de la repatriación con hoja de ruta obligatoria y la sentencia n. 11 de 3.7.1956 sobre la ilegitimidad de la admonición. Antes incluso de que el Tribunal se pronunciase (en su sentencia n. 43 de 11.3.1957) también sobre el confinamiento, el legislador republicano quiso expresar su continuidad con respecto al legislador fascista y su indiferencia hacia la neonata jurisdicción constitucional con una nueva norma, la ley n. 1423 de 27.12.1956 —denominada de «Medidas de prevención frente a las personas peligrosas para la seguridad y la moral públicas»—, que restableció, salvo retoques y actualizaciones de escaso relieve, las viejas instituciones policiales.

Esta ley constituye la base de nuestro actual ordenamiento en la materia. Ha introducido cinco medidas de prevención: a) el *requerimiento del jefe de policía* (art. 1); b) la *repatriación con hoja de ruta obligatoria* en el lugar de residencia (art. 2); c) la *vigilancia especial* (art. 3.1); la *prohibición de residir* en uno o más municipios o provincias (art. 3.2); e) la *obligación de residir* en un municipio determi-

nado, que no es sino el viejo «confinamiento» (art. 3.3). Las tres últimas medidas —vigilancia especial, prohibición de residencia y confinamiento—, con una duración de uno a cinco años (art. 4), van, además, acompañadas de una larga serie de prescripciones, algunas genéricamente morales (vivir honestamente, respetar las leyes, buscar un trabajo, no dar lugar a sospechas), otras más directamente vejatorias (no regresar a casa por la tarde después ni salir por la mañana antes de determinadas horas, no detenerse habitualmente en bares, no participar en reuniones públicas, eventualmente, en el caso de confinamiento, no alejarse del domicilio elegido sin previo aviso y presentarse periódicamente a las autoridades de la seguridad pública) (art. 5).

El presupuesto común a todas estas medidas no es la comisión de un delito o de otros ilícitos, sino, siguiendo el esquema del «tipo de autor», la pertenencia a una de las categorías del catálogo del art. 1, identificables potestativamente ante todo conforme a genéricos elementos sintomáticos: 1) «los ociosos y vagabundos habituales, aptos para el trabajo»; 2) «los que se dedican habitual y notoriamente a tráficos ilícitos»; 3) «los que por su conducta y tenor de vida evidencien que viven habitualmente, incluso en parte, del fruto de su conducta delictiva» o que «den motivos para pensar fundadamente que son proclives a delinquir»; 4) los que «se considere que se dedican» a favorecer o explotar la prostitución o la corrupción de menores, al contrabando, al tráfico de estupefacientes, a las casas de juego clandestinas, o a las apuestas abusivas en las carreras; 5) «los que habitualmente realizan otras actividades contrarias a la moral pública y a las buenas costumbres». Para la imposición de todas estas medidas, excepto para el requerimiento, se exige además que los sujetos sean considerados «peligrosos para la seguridad o la moral públicas» (art. 2.1), que es una noción cuyo sentido es aún más indeterminado que el ya bastante vago y genérico de «peligrosidad social», definido por el art. 203 c.p. (probabilidad de que el sujeto cometa nuevos delitos) y cuya definición queda confiada en cada caso a la discrecionalidad de las autoridades. Finalmente, para las tres últimas medidas mencionadas, se exige que sus destinatarios hayan sido requeridos por el jefe de policía y que, no obstante, no hayan modificado su conducta» (art. 3.1).

De las cinco medidas, las dos primeras son de competencia exclusiva del jefe de policía (arts. 1 y 2), mientras que las demás las adopta, a propuesta de éste, el tribunal (art. 4). Si la propuesta es de confinamiento, el presidente del tribunal puede disponer, mientras dura el procedimiento, la custodia preventiva (art. 6). Por otra parte, el hecho de que las tres últimas medidas —vigilancia especial, prohibición de residencia y confinamiento— sean decididas por un tribunal no debe llamar a engaño sobre su naturaleza: el carácter secreto y no público del procedimiento, la total discrecionalidad de las decisiones —ya que los jueces no están vinculados a criterio alguno—, la consiguiente imposibilidad de defensa allí donde, a falta del vínculo de la

legalidad estricta, no existe acusación por un hecho ni, consiguientemente, posibilidad de probar la culpabilidad o la inocencia, hacen de estas medidas, aunque sean decididas por un órgano judicial, meras decisiones administrativas de carácter puramente potestativo.

Hay que recordar además, aunque prácticamente hayan caído en desuso, las dos medidas administrativas de prevención introducidas por los arts. 25 a 31 de la ley n. 1404 de 20.7.1934, creadora del Tribunal de menores: la asignación del menor de 18 años al servicio social de menores o a una casa de reeducación o instituto médico-psico-pedagógico. Estas medidas son aplicables por el tribunal de menores al menor que «da prueba manifiesta de irregularidades de conducta o de carácter» (art. 25), si está en marcha un procedimiento criminal contra él y no está sometido a detención preventiva, o si el procedimiento ha concluido con sobreseimiento por incapacidad de entender y querer sin que se le haya impuesto la medida de seguridad de reformatorio, o cuando se han concedido el perdón judicial o la suspensión condicional de la pena, o, finalmente, si sus padres observan una «conducta perjudicial» *ex* art. 333 del código civil (art. 26). Por lo demás, en relación a los menores, el código civil de 1940, hasta la reciente reforma del derecho de familia, conservó un verdadero y auténtico poder punitivo doméstico, libre de toda forma de control o limitación: el art. 319, a imitación del art. 222 del código civil de 1865, establecía que «el padre que no logra impedir la mala conducta del hijo puede, salvo aplicación de las normas contenidas en leyes especiales, confiarlo a una institución de corrección, con autorización del presidente del tribunal», que puede ser solicitada «incluso verbalmente» y se acuerda «mediante decreto, sin formalidades y sin declaración de motivos»²³.

3. *Sujetos peligrosos y personas sospechosas*. El sistema de medidas de seguridad instaurado por la ley de 1956 para las personas *peligrosas* ha sido desarrollado por dos leyes sucesivas, cada una de las cuales ha ampliado, como en el juego de las cajitas chinas, su ámbito de aplicación a las personas *sospechosas*: la ley antimafia n. 575 de 31.5.1965 y la ley Reale n. 152 de 22.5.1975.

La ley antimafia de 1965 ha extendido la aplicación de las medidas de prevención del artículo 3 de la ley de 1956 —vigilancia especial, prohibición de residencia y confinamiento— a los «sospechosos de pertenecer a asociaciones mafiosas»: no, pues, a quien sea declarado culpable de un delito de mafia, incluidos los meramente asociativos, sino a quien sea simplemente «sospechoso» de ser un mafioso (arts. 1 y 2). Para ellos, además, el art. 4 de la ley ha introducido un arresto judicial especial, ejecutable por la policía, incluso para delitos castigados con pena no inferior, en su máximo, a tres años, con una duración que puede llegar a 14 días. Finalmente —con carácter general y no sólo para los presuntos mafiosos— la misma ley ha introdu-

cido la medida de «confinamiento preventivo» mientras dura el procedimiento para imponer el confinamiento (art. 3) y ha agravado los efectos penales o en todo caso punitivos de las medidas de prevención previstas por el art. 13 de la ley de 1956, instituyendo otros nuevos: el incremento de la pena para una larga serie de delitos cometidos por quien ya está sometido a medidas de prevención (arts. 6, 7 y 9), la facultad de la policía de proceder al arresto por muchos de estos mismos delitos, aun cuando no sean flagrantes (art. 7), y el decaimiento de las licencias y autorizaciones de policía (arts. 8 y 10).

Por su parte, la ley Reale de 1975 ha extendido la aplicación de las disposiciones de la ley antimafia: *a)* «a las personas mencionadas en el art. 1, números 2), 3) y 4) de la ley de 27.12.1956, n. 1423», esto es, a los «dedicados a tráfico ilícito», a los «proclives a delinquir» y a los «dedicados» al favorecimiento de la prostitución, al contrabando y similares, para los que, así, resulta agravado el régimen preventivo (art. 19); *b)* a otras cuatro categorías de personas: *ba)* a los que realicen «actos preparatorios» de delitos graves contra la personalidad del Estado o la incolumidad pública; *bb)* a cuantos «han tomado parte en asociaciones políticas disueltas por aplicación de la ley 29.6.1952, n. 645», esto es, asociaciones fascistas y parafascistas, cuando haya razones para pensar «que continuarán desarrollando una actividad análoga a la precedente»; *bc)* a cuantos realicen «actos preparatorios» dirigidos a la reconstitución del partido fascista; *bd)* a los sospechosos por delitos en materia de armas previstos por la ley n. 895 de 2.10.1967, «cuando haya razones para pensar que sean proclives a cometer un delito de la misma especie» (art. 18). Así, pues, ha reaparecido en nuestro ordenamiento, junto a las demás medidas de prevención, el confinamiento por motivos políticos. Incluso en los casos previstos por el art. 18, de hecho, se trata de personas identificadas ya no por la prueba o a la sospecha de la previa comisión de un delito —susceptibles, por tanto, de pena o, incluso, de prisión preventiva—, sino simplemente por la «sospecha» de que puedan cometer delitos políticos futuros. Particularmente insidioso es el tipo de los «actos preparatorios», que no coincide con los «actos idóneos, dirigidos de modo inequívoco a la comisión de un delito» y ya castigados por el art. 56 c.p. a título de «tentativa», sino que configura una hipótesis de sospecha, atinente a la esfera de las ideas, cuya relevancia penal y cuya punibilidad siempre había rechazado unánimemente la doctrina penal²⁴.

Se trata, como es evidente, de un abanico de medidas que en su conjunto constituyen ahora un sistema de control social capilar y totalmente incontrolado. Piénsese en las decenas de miles de hojas de ruta obligatorias emitidas cada año por las jefaturas de policía a nombre de prostitutas, desocupados, sospechosos y marginados, con decisiones casi siempre inmotivadas, no obstante la obligación de motivación establecida por el art. 2 de la ley de 1955, o con motiva-

ciones estereotipadas sobre formularios impresos o ciclostilados. Y sin embargo se trata de medidas normalmente ignoradas por nuestros tratados de derecho penal y por las estadísticas judiciales y criminológicas: como si el silencio pudiera ocultar su oposición a las garantías penales y procesales proclamadas por los arts. 13, 24 y 27 de nuestra Constitución²⁵.

Juicio distinto, en parte, merecen las medidas preventivas no personales instituidas por la ley 646 de 13.9.1982. Esta ley, además de reforzar con alcance general la obligación de residencia (arts. 10, 11 y 17), ha introducido el *secuestro* y la *confiscación* de los bienes que se sospeche son «fruto» de actividades ilícitas o se empleen en ellas y que pertenezcan a sujetos contra los que se haya iniciado, y concluido después, un procedimiento para la aplicación de una de las medidas de prevención previstas contra los presuntos mafiosos (art. 1); ha ampliado, además, cara a la aplicación de tales medidas, las *investigaciones patrimoniales* del fiscal y del jefe de policía sobre los bienes del sospechoso y de sus familiares (art. 14); y finalmente ha introducido la *caución de buena conducta*, tanto *definitiva* como *provisional*, como apoyo a las demás medidas preventivas de carácter personal (art. 15). Es claro que estas medidas preventivas patrimoniales no son comparables con las que tienen naturaleza personal. Éstas inciden sobre la libertad personal, que es un derecho fundamental de rango constitucional; aquéllas, por el contrario, inciden sobre la propiedad, y están por ello justificadas por el interés, más relevante, de prevenir la criminalidad. Hay que añadir que la facultad de investigar sobre el patrimonio conferida al fiscal y al jefe de policía se han revelado mucho más eficaces, en la lucha contra la mafia, que todas las medidas personales.

50. *Las medidas cautelares de policía judicial*

1. *El derecho procesal de policía.* Las medidas cautelares de policía consisten en una amplia serie de poderes de instrucción autónomos, paralelos a los de la magistratura, que las fuerzas policiales pueden ejercitar sin previa autorización o mandamiento de la autoridad judicial, derogando así el monopolio de la función jurisdiccional que a ésta reserva, como principio, el art. 102, 1.º de la Constitución²⁶. Estos poderes, que en conjunto configuran un completo sistema de derecho procesal policial, son competencia de la «policía judicial».

Sin embargo, a falta de un servicio de policía judicial orgánicamente diferenciado de los cuerpos destinados a tareas de seguridad pública, quedan en manos de sujetos que —como es el caso de los pertenecientes a la policía estatal, de los oficiales y suboficiales de carabineros y de aduaneros, de los carabineros, de los aduaneros y de los agentes de vigilancia (art. 57 c.p.p.)— dependen funcionalmente de la

magistratura (arts. 109 de la Constitución y 55 a 59 c.p.p.), pero disciplinariamente del poder ejecutivo.

Las funciones de la policía judicial vienen definidas, con carácter general, en el art. 55 c.p.p.: «La policía judicial debe, incluso a iniciativa propia, informarse de los delitos, impedir que produzcan consecuencias ulteriores, perseguir a los autores, realizar lo necesario para asegurar los medios de prueba y todo cuanto pueda ser útil para la aplicación de la ley penal. Realizará cualquier otra investigación o actividad ordenada o delegada por la autoridad judicial». Las facultades que se le atribuyen en el desarrollo de estas funciones pueden clasificarse en torno a dos categorías: las ejercidas a través de medidas de restricción cautelar de la libertad personal de los sospechosos y las, también cautelares, que se manifiestan en las investigaciones sumariales y en la consiguiente actividad instructoria.

2. *El poder de detener de la policía judicial.* El fundamento de la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de la libertad personal radica en el art. 13 de la Constitución, que en su párrafo tercero, en oposición al segundo, establece que «en casos de necesidad y urgencia excepcionales, previstos expresamente por la ley, las autoridades policiales pueden adoptar decisiones provisionales, que deben ser comunicadas antes de cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial y que se entenderán revocadas y carentes de todo efecto si ésta no las convalida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes». La condición de «excepcionalidad» no es, empero, respetada siempre por las medidas contempladas por la ley, alguna de las cuales, por la naturaleza de sus presupuestos, corresponde más bien a poderes de la administración no excepcionales sino ordinarios y más amplios que los concedidos al ministerio público.

Así ocurre con la *detención en caso de flagrancia*, competencia exclusiva de la policía judicial. Tal detención viene impuesta como *obligatoria* por el art. 380 c.p.p., para los delitos castigados con prisión «no inferior, en su mínimo, a cinco años y, en su máximo, a veinte», así como para una larga serie de delitos (contra la personalidad del estado, o con fines terroristas, o contra la incolumidad pública si la pena no es inferior en su máximo a diez años o, en el tercer caso, no es inferior en su mínimo a tres; devastación, saqueo, sometimiento a esclavitud, robo con violencia, extorsión y hurto agravado por determinadas circunstancias; fabricación ilegal, venta y tenencia de armas de fuego o de sustancias estupefacientes; dirección u organización de asociaciones secretas, mafiosas, militares, fascistas o que tengan por objeto la comisión de delitos terroristas o contra la personalidad del Estado). Y puede imponerse, como detención *facultativa*, a tenor del art. 381 c.p.p. en los casos de delito no imprudente castigado con prisión «superior en su máximo a tres años» o de delito imprudente «no inferior en su máximo a cinco años», además de en una larga serie de

delitos específicos «cuando haya necesidad de interrumpir la actividad criminal», así como en la infracción contravencional introducida por el art. 5 de la ley Reale (agravado por el art. 2 de la ley n. 533 de 8.8.1977) de uso «sin causa justificada» de «cascos protectores o de cualquier otro medio idóneo para dificultar el reconocimiento de la persona». Es evidente que en todas las hipótesis de detención obligatoria la ley presume la «excepcionalidad», la «necesidad» y la «urgencia» exigidas por el art. 13 de la Constitución, de modo que la detención por delito flagrante se transforma en el ejercicio totalmente ordinario de un poder policial autónomo. Por otra parte, dado que los delitos asociativos son considerados como «delitos de sospecha», la detención por «flagrancia» equivale de hecho a una detención por razones de seguridad pública (o de policía), esto es, a una detención motivada por la mera sospecha de delitos futuros.

La *detención judicial* es, formalmente, más acorde con el dictado constitucional, pero es igualmente discrecional y, por tanto, no excepcional. Puede ser aplicada, según el art. 384 c.p.p., «incluso fuera de los casos de flagrancia, cuando subsistan elementos específicos que hagan pensar fundadamente en el peligro de fuga» por parte de sujetos «gravemente sospechosos de un delito para el que la ley establece la pena de reclusión perpetua o no inferior en su mínimo a dos años y superior en su máximo a seis o cuando se trate de delitos relacionados con armas de guerra o con explosivos». Este segundo tipo de medida coercitiva puede decidirla tanto el ministerio fiscal (párrafo primero) como la policía judicial, que podrá proceder «a iniciativa propia... antes de que el ministerio público haya asumido la dirección de las investigaciones» (párrafo segundo) o incluso después «cuando el sospechoso sea identificado posteriormente o cuando sobrevengan elementos específicos que hagan pensar fundadamente en el peligro de que el sospechoso se dé a la fuga y no sea posible, en razón de la urgencia, esperar a la decisión del ministerio público» (párrafo tercero).

Hay que recordar, además, el *traslado a comisaría* —introducido por el art. 11 del d.l. n. 59 de 21.3.1978 y reproducido por el art. 349.4 c.p.p. para las personas que interesan a las investigaciones de la policía judicial— en cuya virtud la policía puede «acompañar a sus dependencias» y mantener en ellas «durante el tiempo estrictamente necesario, y nunca más de doce horas», para su identificación a quienes «rechacen identificarse o faciliten datos o documentos de identificación en relación a los cuales existan elementos suficientes para creer que son falsos». La primera de estas dos hipótesis equivale a un arresto facultativo por la contravención flagrante de infringir las órdenes de la autoridad, prevista en el art. 650 c.p. La segunda equivale a una detención judicial por el delito de declaraciones falsas sobre la propia identidad previsto en el art. 496 c.p., y castigado con la pena, notoriamente menor que la que permite la detención normal, de pri-

sión de hasta un año o de multa. Por otra parte, la total discrecionalidad e irrefutabilidad de las sospechas policiales sobre la falsedad de las declaraciones o de los documentos exhibidos transforman esta medida en una detención policial o de seguridad pública.

No es, por el contrario, ni un arresto ni una detención, aunque se preste a los usos y abusos del uno y de la otra, el *traslado a comisaría por razones de seguridad pública*, previsto por el art. 15 del Texto Único de las leyes de seguridad pública n. 773 de 18.6.1931. Esta medida, que en verdad habría que incluir entre las de orden público, de las que se hablará en el próximo apartado, puede aplicarse a la persona «invitada a comparecer» ante las autoridades de la seguridad pública y que «no se presentare en el plazo prescrito». La convocatoria se configura aquí como un acto («invitación») que no requiere motivación y que es, por ello, totalmente potestativo; y la desobediencia está considerada como un delito contravencional punible alternativamente con arresto o con multa. Este mecanismo permite el abuso de que un ciudadano —al que puede citar y, eventualmente, ordenar su presentación el propio juez sólo mediante decreto motivado que indique si se hace a título de imputado o de testigo (arts. 132 y 133 c.p.p.) y sin que la incomparecencia constituya delito— pueda ser «invitado» por la policía, sin información ninguna sobre los motivos, llevado después coactivamente a las dependencias policiales, e incluso ser sometido a las *anotaciones* previstas en el art. 4 del mismo texto único y en el art. 349 c.p.p. o a los interrogatorios sumarios sin defensor de los artículos 350.5 y 351.

La *clausura de sedes políticas sospechosas* (las llamadas «madriguerras») ocupa un lugar propio, en la medida en que no supone restricción de la libertad personal sino el mero empleo de fuerza. El art. 3 de la ley n. 533 de 8.8.1977 ha atribuido no sólo a la autoridad judicial, con la simple base de que el proceso está pendiente, sino también autónomamente a la policía «en caso de flagrancia» de los delitos «relativos a armas» o de los «previstos en los arts. 241, 285, 286 y 306 del código penal y de la ley de 20 de junio de 1952, n. 645», la facultad de proceder al «secuestro de inmuebles que sirvan de sede a entes, asociaciones o grupos, cuando en ellos se encuentren armas de fuego, explosivos o mecanismos incendiarios o explosivos o bien cuando el propio inmueble tenga relación con el delito». Si se considera la total indeterminación del supuesto de que el inmueble tenga relación con el delito y, aún más, de la figura de la «flagrancia» —siempre concurrente en los delitos permanentes, como son éstos— se comprenderá el carácter puramente potestativo de estas decisiones, ya sea la autoridad judicial o la policial quien las tome.

3. *Los poderes de instrucción de la policía en el proceso ordinario.* Además del poder de limitar la libertad personal, la policía está investida, incluso en el nuevo código procesal, de auténticos y propios

poderes de instrucción, que puede ejercer, de hecho, con total autonomía²⁷.

En principio, se ha dado cobertura legal al *interrogatorio policial*. El art. 350 c.p.p. contempla dos modalidades: *interrogatorio en presencia del defensor*, para obtener «informaciones sumarias útiles a las investigaciones», previsto por los párrafos 1 a 4 cuando el sospechoso «no se encuentre en situación de arrestado o detenido»; e *interrogatorio sin defensor*, para obtener «noticias e indicaciones útiles para la prosecución inmediata de las indagaciones», a realizar, según el párrafo 5, «en el lugar del hecho o en sus inmediaciones» con la persona sospechosa, «incluso si está arrestada en flagrancia o detenida». Dado el carácter genérico de las «inmediaciones» y la ausencia de otros límites, es lícito temer que esta segunda forma de interrogatorio pueda convertirse, en la fase de las indagaciones iniciales, en prevalente. El interrogatorio del sospechoso sin defensor que dibuja el nuevo código, al estar previsto para todos los delitos, es aún más amplio que el configurado por el art. 225 bis del viejo código, introducido por el art. 5 del decreto ley n. 59 de 21.3.1978, que lo permitía «en caso de absoluta urgencia» y sólo para los delitos previstos en los arts. 241 a 293, 306, 422, 423, 426, 428, 432.1, 433, 438, 439, 575, 628.3, 629.2 y 630 c.p. Y, puesto que se puede aplicar tanto a los arrestados como a los sospechosos en libertad, es incluso más amplio que el interrogatorio policial sin defensor previsto, sólo para el «arrestado en flagrante delito» por el originario art. 225 del código Rocco, derogado, después de declarada su inconstitucionalidad el 5.7.1968, por la ley n. 932 de 5.12.1969. De ello se deriva, entre otras cosas, que el sospechoso en libertad «que en la proximidad del hecho» sea simplemente invitado o incluso conducido a las dependencias policiales en base al art. 15 del Texto Único de las leyes de seguridad pública, queda sometido a una suerte de detención no reglada por el tiempo —indeterminado— que dure el interrogatorio informal. Y, sobre todo, se activa, una vez más, el cortocircuito de la tortura por efecto de la costumbre, sumamente arraigada en la práctica, de utilizar el interrogatorio como medio de presión para inducir al imputado a confesar y a colaborar con la acusación²⁸.

En segundo lugar, el art. 351 c.p.p. prevé la posibilidad de que la policía lleve a cabo *indagaciones sumarias*. La nueva norma es bastante más simple que la del art. 225 del viejo código que, después de la declaración de nulidad parcial por el Tribunal constitucional (n. 86 de 5.7.1968) y de las fatigosas modificaciones subsiguientes —primero mejorándolo (arts. 3 de la ley de 5.12.1969 n. 932 y 3 de la Ley de 18.3.1971 n. 62) y después empeorándolo (art. 7 de la ley 14.10.1974 n. 497)—, permitía a la policía judicial, con las garantías previstas en el art. 304 bis y más en general en las normas sobre la instrucción formal, proceder a «las anotaciones necesarias, a informaciones testimoniales sumarias, así como al interrogatorio del sospechoso y a actos de

reconocimiento, inspección y careo». Ésta, en cambio, se limita a establecer: «La policía judicial se encarga del examen sumario de las personas que puedan referir circunstancias útiles a los fines de la investigación». Junto a este poder de recibir testimonios informales, la policía tiene, conforme al art. 350.7, la facultad de «recibir declaraciones espontáneas de las personas en relación con las cuales se vengán realizando las investigaciones», de las que podrá hacer uso para el interrogatorio del potencial «arrepentido».

Finalmente la policía judicial, como ya ocurría a tenor del art. 224 del viejo código, puede proceder siempre, sin el mandato judicial que exige, por principio, el art. 247 c.p.p., a algunas fomas de *registro*. Puede practicar el «registro personal o local» cuando haya «motivos fundados para entender que la persona oculta sobre sí objetos o pistas relativas al delito que puedan desaparecer o extraviarse, que tales objetos o pistas se encuentren en un determinado lugar o que en él se encuentre la persona sometida a investigación o que se ha evadido» (art. 352.1 c.p.p.). Puede también, por el mismo motivo y cuando subsistan especiales razones de urgencia que no permitan obtener a tiempo una orden de registro, proceder a registros «personales o locales» al ejecutar una orden de custodia cautelar o prisión por un delito para el que se prevé el arresto obligatorio en flagrancia o la detención judicial (art. 352 c.p.p.). Puede además proceder a registros domiciliarios «en cualquier local público o privado o en cualquier dependencia» cuando tenga noticia, «incluso por indicios, de la existencia de armas, municiones o materias explosivas no denunciadas, no consignadas o cuya tenencia sea, por cualquier otro motivo, abusiva» (art. 41 del Texto Único de las leyes de seguridad pública, del 18.6.1931, n. 773). Y puede, por último, realizar registros personales *in situ* y registros del «medio de transporte» «al solo fin de comprobar la posesión eventual de armas, explosivos e instrumentos para fracturar, por parte de personas cuya actitud o cuya presencia, en relación con las específicas circunstancias de lugar y tiempo, no parezcan justificables» (art. 4 de la ley Reale, n. 152 de 22.5.1975). Todo ello equivale, en la práctica, a un indiscriminado poder policial para registrar, si no por otras razones, por la de que todo registro, incluso el más arbitrario, puede responder siempre al pretexto, no controlable en modo alguno, de que se realizó para buscar armas.

Lo anterior permite hablar, aún hoy, de una *instrucción policial* que precede al juicio y lo predetermina. El art. 357 c.p.p. prevé, en efecto, que la policía judicial debe «anotar», entre otros extremos, las «informaciones sumarias realizadas» y las «declaraciones espontáneas recibidas de las personas en relación con las cuales se han practicado las indagaciones», así como «las informaciones obtenidas, en aplicación del artículo 351, en el curso de los registros o en el lugar del hecho y sus inmediaciones». Queda, sin embargo, excluida, por el art. 350.6 (como por lo demás ya hacía el art. 225 bis del viejo código

go), «la documentación y utilización» de los «datos e indicaciones» obtenidos del sospechoso en el curso de los interrogatorios policiales realizados sin defensor. Pero nada impide que estos «datos e indicaciones» sean puestos de manifiesto informalmente al ministerio público ni que éste los utilice, incluso con el fin de lograr un acuerdo, en el curso del interrogatorio, también sin defensor, al que éste puede posteriormente someter al sospechoso (art. 364). Como nada impide que el sospechoso, en el secreto de las dependencias policiales, sea persuadido, incluso cara a un ulterior acuerdo, a transformar lo admitido informalmente en la «declaración espontánea» prevista por el art. 350.7, cuya documentación sí es posible en base al art. 357, b), como lo es, a tenor del art. 503.3, su utilización por parte del ministerio fiscal a los fines de su alegato de oposición. Obviamente, los documentos policiales, puestos todos ellos a disposición del ministerio público (art. 357.4), no son «pruebas» y no se puede argumentar con ellos en la motivación, pero eso no quita que su utilización en el juicio «pueda ser valorada por el juez para establecer la credibilidad de la persona examinada» (art. 500.3). En un sistema basado en la libre convicción queda, pues, en evidencia el carácter poco más que formal de su exclusión del juicio.

51. *Las medidas de orden público*

1. *El orden público.* «La autoridad de seguridad pública vela por el mantenimiento del orden público, por la seguridad e incolumidad de los ciudadanos, y por la tutela de la propiedad; cuida de la observancia de las leyes y reglamentos generales y especiales del estado, de la provincia y del municipio, así como de las órdenes de la autoridad; presta socorro en el caso de infortunios públicos y privados». Con estas palabras se abre el Texto Único de las leyes de seguridad pública aprobado por el R.D. n. 773 de 18.6.1931, que contiene, aún hoy, la mayor parte de las *medidas de orden público* o *de seguridad pública*, un conjunto heterogéneo de medidas atípicas —entre las que se incluían las «medidas preventivas» ahora reguladas en la ley sobre «personas peligrosas» de 1956 y en sus sucesivas modificaciones e integraciones— totalmente confiadas a la discrecionalidad de las autoridades administrativas y policiales. A pesar de tratarse de medidas que inciden sobre derechos y libertades de rango constitucional, aquí no están vigentes los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad, ni el conjunto de garantías que comportan.

Estas medidas, al contrario de lo que ocurre con las cautelares, encomendadas a la policía judicial y subsidiarias con respecto a la jurisdicción, están reservadas a la competencia funcional de la policía de seguridad pública y son, en todo, ajenas a la actividad judicial. Hablando con rigor, no pertenecen a la materia penal. Sin embargo,

ya que representan una derogación ulterior al principio axiológico del monopolio penal y judicial de la fuerza en el estado de derecho, merecen ser, cuando menos, recordadas. Las dividiremos en dos subclases: medidas de administración policial ordinaria y medidas de excepción.

2. *Medidas de administración policial ordinaria.* En el apartado precedente se ha hablado ya de la *invitación* y el *traslado coactivo* «por medio de la fuerza pública», previstos en el art. 15 del Texto Único de las leyes de seguridad pública, y de la posibilidad de que se transformen en una informal e incontrolada detención policial. Un ulterior y potestativo ataque a la libertad personal viene constituido por las *anotación de características* a que pueden ser sometidos, al arbitrio de la autoridad pública y en aplicación del art. 4 del mismo Texto Único, no sólo «quienes no estén en situación de probar su identidad o rechacen hacerlo», sino también las personas simplemente «peligrosas o sospechosas».

A su vez, los arts. 18 a 24 del Texto Único lesionan la libertad de reunión. Precisamente, el art. 18, tras haber establecido la obligación que tienen los promotores de cualquier «reunión en lugar público» de «dar aviso, al menos con tres días de antelación, al jefe de policía», atribuye a éste, en caso no sólo de que falte ese aviso sino también «por razones de orden público, de moralidad o de sanidad públicas», la facultad de «impedir que la reunión tenga lugar» o de «decidir modificaciones temporales y espaciales de la reunión». El art. 20, por su parte, atribuye a la policía el poder de disolver las reuniones en lugar público, además de por motivos de «orden público» o de «seguridad», cuando se produzcan en ellas «manifestaciones o gritos sediciosos o lesivos del prestigio de la autoridad». Tenemos así una potestad ilimitada, y por ello contraria, además de al art. 17 de la Constitución que prevé la prohibición de las reuniones públicas sólo por «probados motivos de seguridad o incolumidad públicas», al principio general de legalidad propio del estado de derecho, que veta que las libertades constitucionales de los ciudadanos queden confiadas a formas de tutela administrativa, no rígidamente delimitadas, por lo demás, por la ley.

Se pueden provocar restricciones a la libertad de manifestación del pensamiento a través del ilimitado abanico de *autorizaciones* y *licencias policiales* (art. 8) y de las prescripciones conexas (art. 9). Las correspondientes facultades pueden traducirse en denegaciones, revocaciones o suspensiones (arts. 10 y 11), y, por tanto, en la prohibición de una cantidad innumerable de actividades y profesiones —entre ellas, los espectáculos (arts. 68 a 85), sobre los que está previsto un poder administrativo de censura por «ofensa a las buenas costumbres» (arts. 6 y 12 de la ley 161 de 21.4.1962), y la prensa (art. 111)—, con el consiguiente control sobre formas esenciales de ejerci-

cio de la libertad constitucional de expresión del pensamiento. Por otra parte, el art. 16 concede a todos «los oficiales y agentes de la seguridad pública» la «facultad de acceder en cualquier momento» a todos los «locales destinados al ejercicio de actividades sometidas a autorización policial», a fin de «asegurarse del cumplimiento de las prescripciones impuestas por la ley, los reglamentos o la autoridad», lo que es una forma de registro informal y absolutamente potestativo, que se añade a las variadas formas de registro policial de carácter caudelar recordadas en el apartado 50.3.

La expulsión de extranjeros queda confiada totalmente al arbitrio policial. El ministro del interior (art. 150) y los prefectos (art. 152.1 y 2) pueden «expulsar», «alejar» o «poner en la frontera con hoja de ruta obligatoria» a los extranjeros no sólo «condenados por delito» (art. 150.1) o por «infracción contravencional» de la obligación de presentación a las autoridades de seguridad pública en el momento de su llegada o de la declaración de residencia (art. 150.4, en relación con los arts. 142 a 148), sino también por motivos, no más precisos, de «orden público» (art. 150.2), esto es, a total discreción. Además, según el art. 25 de la ley Reale (n. 152 de 22.5.1975), «pueden ser expulsados del estado... los extranjeros que no demuestren, a requerimiento de las autoridades de seguridad pública, la suficiencia y la licitud de sus fuentes de sustento en Italia»; no, por supuesto, los turistas, sino los emigrantes de color o del tercer mundo, los prófugos y, más genéricamente, los extranjeros pobres²⁹.

Entre los poderes atípicos de la policía hay que hacer referencia, finalmente, al de poder utilizar armas. Los casos de uso legítimo de las armas por parte de la policía previstos en el código Rocco eran ya abundantes; además de las eximentes normales de legítima defensa y estado de necesidad (arts. 51 y 52 c.p.) estaba la, también genérica e indeterminada, «necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad» (art. 53 c.p.). El art. 14 de la ley Reale las ha ampliado ulteriormente, incluyendo también la «necesidad de impedir la consumación de delitos de estragos, naufragio, hundimiento, siniestro aéreo, siniestro ferroviario, homicidio voluntario, robo a mano armada y secuestro de personas». De este modo el presupuesto de una medida tan grave corre el riesgo de no ser siquiera un hecho, aunque fuese modesto como la violencia o la resistencia a la autoridad, sino sólo la finalidad subjetiva de «impedir» uno de los delitos enumerados y, por tanto, la mera sospecha de su posible comisión futura. Añádase que para los procedimientos relativos a los «delitos cometidos por oficiales o agentes de la seguridad pública o de la policía judicial o por militares en servicios de seguridad pública, por hechos cometidos estando en servicio y relativos al uso de armas o de otros medios de coacción física», los arts. 27 a 32 de la ley Reale establecieron, contradiciendo el principio de igualdad, un control especial y una especie de avocación permanente a los fiscales generales, quizá en

consideración a su mayor lealtad al ejecutivo. El uso de armas en los establecimientos penitenciarios lo autorizó, posteriormente, la ley n. 374 de 28.6.1977, que, desenterrando y dando fuerza de ley a una vieja norma de un reglamento fascista —el art. 169 del reglamento n. 2584 de 30.12.1937 para los Cuerpos de los agentes de vigilancia, contrario además de a la Constitución, al código penal y por ello olvidado hasta entonces—, «extiende» los poderes en ella establecidos «a cuanto concierne la actividad de vigilancia exterior, a los militares de las fuerzas públicas y de las fuerzas armadas llamados a cooperar en el reforzamiento de los servicios de seguridad externa de los establecimientos penitenciarios». En otras palabras, a los carabineros encargados de la «coordinación» de tales servicios por un decreto ministerial de 4 de mayo de 1977. Con base en esta ley, las fuerzas armadas y de policía, además de los agentes de vigilancia, pueden hacer uso de las armas de fuego en los siguientes casos: «1) en el interior del establecimiento, cuando sean constreñidos por la necesidad de sofocar una revuelta de los internos; 2) en los lugares donde los internos trabajen en el exterior, en las hipótesis del número 1 y para impedir su fuga; 3) en el servicio de vigilancia externa, cuando desde el exterior se intente perturbar, en cualquier modo, el orden; 4) en caso de intento de huida por parte de los internos, cuando el fugitivo, a pesar de la intimación, no desista en su intento de evasión».

3. *Medidas de excepción. El estado de sitio y los distintos estados de peligro.* El Texto Único de Seguridad Pública prevé una serie de medidas policiales de excepción en cuya virtud pueden suspenderse las principales garantías constitucionales, en supuestos tan imprecisos como los de estado de necesidad o de peligro. Se hablará más tarde, en el capítulo siguiente dedicado al derecho penal de la emergencia, de la ambigua y peligrosa categoría de la «razón de estado» y de su contradicción con la lógica del «estado de derecho». Ahora me limitaré a recordar las distintas formas del derecho de policía informadas por aquélla.

Las *órdenes del prefecto en materia de orden público*, previstas en el art. 2 del Texto Único de las leyes de seguridad pública, no parecen, hablando con propiedad, estar inspiradas en la «razón de estado», sino en razones administrativas y, por decirlo así, «de prefectura». Esta norma atribuye al prefecto, «en caso de urgencia o de grave necesidad pública», la facultad de «adoptar las medidas indispensables para la tutela del orden público y de la seguridad pública». No se dice, empero, cuáles sean las «medidas indispensables» que pueden tomarse, ni cuáles son sus presupuestos específicos. Se trata, pues, de una potestad, por así decir, «absoluta», no vinculada ni por condiciones de hecho ni por formas o modalidades normativas de ejercicio. Como tal —aunque el Tribunal constitucional en sentencia n. 26 de 23.5.1961 haya declarado su ilegitimidad constitucional sólo cuando

su ejercicio «no respete los principios del ordenamiento jurídico»— debe considerarse como un residuo absolutista, contrario a la naturaleza misma del estado de derecho, que no admite la existencia de medidas administrativas no «típicas» ni de «plenos poderes» no regulados legalmente³⁰.

Aún más inquietantes son el *estado de peligro público* y el *estado de guerra* (interna). El «ministro del interior, con el asentimiento del presidente del consejo de ministros o, por delegación, los prefectos, pueden declarar, mediante decreto, el estado de peligro público», por la simple existencia de «peligro de desórdenes» (art. 214). Durante el «estado de peligro público», «el prefecto puede ordenar el arresto o la detención de cualquier persona, si lo estimase necesario para restablecer o para conservar el orden público» (art. 215), y «el ministro del interior puede dictar órdenes, incluso en oposición a las leyes vigentes, sobre materias relacionadas con el orden público o con la seguridad pública» (art. 216). En cuanto al «estado de guerra», puede ser igualmente declarado por el «ministro del interior con el asentimiento del presidente del consejo de ministros» o por «los prefectos, por delegación», basándose en el presupuesto, aun más indeterminado, de que sea «necesario confiar a la autoridad militar la tutela del orden público» (art. 217.1). En tal caso, además de los poderes excepcionales establecidos para el estado de peligro, conferidos a «la autoridad que tiene el mando de las fuerzas militares» (art. 217), está previsto que, en lo atinente al orden público, «las autoridades civiles ejercerán aquellos poderes que en ellas deleguen las autoridades militares» (art. 218) y que «las personas acusadas de delitos contra la personalidad del estado» (esto es, los previstos en los arts. 241a 313 c.p.) «serán juzgadas por los tribunales militares» (art. 219)³¹.

Se trata, como se comprende fácilmente, de normas llamativamente inconstitucionales, por oposición a los arts. 13, 70, 76, 77, 78, 102, 103, 3.º de la Constitución. Y como tales deben entenderse abrogadas a la entrada en vigor de ésta. En particular, los arts. 217 a 219 sobre el estado de guerra interna —esto es, por motivos de orden público— deben considerarse abrogados por su art. 78, que atribuye inequívocamente a las Cámaras —sobre el presupuesto de una guerra con un país extranjero o, quizá, incluso de una situación de guerra interna que, sin embargo, debería ser definida por ley, pero nunca cuando simplemente «sea necesario confiar el orden público a la autoridad militar»— el poder de tomar decisiones sobre el «estado de guerra» y de conferir «al gobierno los poderes necesarios». Por otra parte, puesto que, dado el silencio de la Constitución, sólo el estado de guerra puede ser considerado estado de sitio o de emergencia, hay que decir, *a contrario*, que también las normas sobre el estado de peligro público han quedado suprimidas por la Constitución. Hay que temer, no obstante, que alguien pueda pensar que toda esta terrible

panoplia de normas, citada en todas las colecciones de leyes vigentes en materia de orden público, está todavía en vigor. Tal es, por lo demás, la opinión de un amplio sector doctrinal³², según el cual dichas normas deben considerarse vigentes en cuanto que no han sido derogadas por la Constitución, aunque sean constitucionalmente «ilegítimas». Serían así plenamente eficaces hasta que el Tribunal constitucional tenga la ocasión (¡ojalá que también el tiempo y la fuerza!) de declarar su inconstitucionalidad.

La cuestión, con todo, no se puede decidir sólo en el marco de la argumentación jurídica. Estas normas, que dicen responder a la «necesidad» de tutela preventiva del orden público contra el genérico «peligro de desórdenes» (art. 214), como si fuesen una suerte de norma fundamental del ordenamiento, son minas errantes en el sistema jurídico. Permiten, sobre la base de medidas puramente potestativas, la suspensión administrativa de la Constitución y, en general, de todo el ordenamiento, y para legitimarlas podría ser invocado en todo momento cualquier género de subversión del poder. Esto significa que, hasta su derogación expresa, constituirán, por situar al poder policial por encima de la Constitución, una pesada hipoteca sobre todo el conjunto de garantías legales y constitucionales.

NOTAS

1. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 563.
2. *Sociología criminal*, cit., t. I, p. 334.
3. S. Longhi, *Per un codice della prevenzione criminale*, Unitas, Milán, 1922.
4. W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, en *Schriften* (1955), trad. it. de R. Solmi, *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Turín, 1981, p. 15: «El aspecto ignominioso de esta autoridad —dice Benjamin— radica en que en ella ha desaparecido la distinción entre violencia que pone la ley y violencia que conserva la ley. Si se exige a la primera que muestre sus títulos en la victoria, la segunda queda sujeta a la limitación de no proponerse nuevos fines. La policía se ha liberado de ambas condiciones. Es poder que pone, puesto que la función de éste no es la de promulgar las leyes sino cualquier disposición con fuerza de ley, y es poder que conserva el derecho, porque se pone a disposición de aquellos objetivos. La afirmación de que los objetivos del poder de policía son siempre idénticos o sólo vinculados a los del derecho es profundamente falsa. Antes bien, el 'derecho' de la policía marca el punto en el que el estado, bien por impotencia, bien por las conexiones inmanentes a todo ordenamiento jurídico, no está ya en condiciones de asegurar —con el ordenamiento jurídico— los fines empíricos que pretende alcanzar a cualquier precio. Por eso interviene la policía, 'por razones de seguridad', en innumerables casos en los que no existe una clara situación jurídica, cuando no acompaña al ciudadano como una vejación brutal sin relación ninguna con los fines jurídicos, a través de una vida regulada por las ordenanzas, o cuando, directamente, no lo espía. A diferencia del derecho... su poder es informe como su presencia espectral, inaferrable y difusa siempre presente en la vida de los Estados civilizados».
5. Naturalmente, las funciones de policía ya fueron reguladas en el derecho romano y en el intermedio. Cf., para el derecho romano, Th. Mommsen, *Le droit pénal*

romain, cit., I, pp. 38 ss. y 348 ss.; M. A. de Dominicis, «Coercitio», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit. III, 1959, pp. 417-426; G. Purpura, *Polizia (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIV, 1985, pp. 101-111. Sobre la policía en el derecho intermedio, véanse A. Pertile, *Storia del diritto pubblico e delle sue fonti*, en *Storia del diritto italiano*, cit., II/2, pp. 3 ss. y 186 ss.; Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 659-676; I. Santangelo Spoto, *Polizia*, en *Digesto Italiano*, cit., XVIII/2, 1906, pp. 974-987; M. Le Clère, *Histoire de la police*, P.U.F., París, 1964, pp. 14.48; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., cap. I-III; M. Sbriccoli, *Polizia (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIV, 1985, pp. 111-120. Con todo, la especialización de las funciones policiales con respecto a las demás funciones de gobierno y a la función judicial sólo se produjo, tras una larga serie de decretos y ordenanzas en materia de costumbres y de orden público, a partir del siglo XVII: en Francia merced a las *Ordonnances* de Luis XIV de 15.3.1667 y de 14.4.1669; y en Alemania gracias a la *Allgemeine Ordnung die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend*, dictada el 2.6.1713 por Federico Guillermo I. Sobre el tema, cf. O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. I. Orlando, Società Editrice Libreria, Milán, 1904, IV, I, pp. 262 ss., e I. Santangelo Spoto, *loc. cit.*, que recuerdan también la primera sistematización de las instituciones policiales en la literatura jurídica alemana y francesa del siglo XVIII (cf., *infra*, nota 8); G. Augusti, *La formazione dello stato moderno in Italia*, Giappichelli, Turín, 1957, pp. 257 ss.; A. Chiappetti, *Polizia (Diritto pubblico)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 121 ss.

6. O. c., p. 16.

7. Véase lo escrito por C. Beccaria, *Sulla polizia* (1790), en *Opere*, cit., vol. II, pp. 697-704, donde se encuentra una apasionada apología de la oficina de policía, recientemente establecida en Milán, y de sus funciones de «vigilancia», fichado de personas, alistamiento forzoso en el «servicio militar» de los ociosos y reos de delitos leves, así como de los «registros» («que sólo se practican cuando proceden, por lo menos, sospechas fundadas; de lo que se deduce la falta de fundamento de la protesta de los ciudadanos interesados en aparecer como si en el actual sistema estuvieran expuestos a registros caprichosos y a vejaciones indebidas, para descrédito de la policía»). En la segunda mitad del siglo XVIII se desarrolló una rica literatura jurídica sobre el concepto y sobre la reglamentación de la policía, sobre todo en Alemania y en Francia: recuérdense las obras de los alemanes Justi, Sonnenfels, Lotz y Moser, y las de los franceses Delamare y Peuchet, recordados por O. Ranelletti, o. c., p. 264.

8. Una vez más fueron Prusia y Francia —aquella con la regulación sistemática de las funciones de la *Polizei* en el código general (*Allgemeines Landrecht*) de 1794, ésta con las leyes napoleónicas de 17.2.1800 y de 10.7.1804, de regulación de la policía y sobre la creación del Ministerio de la policía (encargado a Joseph Fouché)— las que brindaron el modelo organizativo de la policía moderna. Respecto a la legislación sobre la policía y el desarrollo de las instituciones policiales en los estados italianos preunitarios y, más tarde, en la Italia liberal, véanse L. Lucchini, *Gli istituti di polizia preventiva in Italia*, Turín, Botta, 1881; G. Saredo, *Accattonaggio o mendicizia*, en *Digesto Italiano*, cit., VI, 1884, pp. 250-286; G. de Rosa, *Sicurezza pubblica*, *ibid.*, XXI/3, 1895, pp. 330-383; L. Perroni, *La legge di pubblica sicurezza*, en *Enciclopedia del diritto penale*, cit., vol. XIII, 1910, pp. 1-508; I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia 'liberale'*, en *Le misure di prevenzione*, Actas del congreso «Enrico De Nicola», Alghero, abril de 1974, Giuffrè, Milán, 1975, pp. 197-212; R. Canosa, *La polizia in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bolonia, 1976, pp. 8-61; R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Il Mulino, Bolonia, 1980; F. Cordova, *Democrazia e repressione nell'Italia di fine secolo*, Bulzoni,

Roma, 1983; M. Sbriccoli, o. c., pp. 118-120; A. Chiappetti, o. c., pp. 124-129. Particular interés tiene el volumen, rico en referencias bibliográficas, *Amministrazione della giustizia e poteri di polizia degli stati preunitari alla caduta della destra*, Istituto di Storia del Risorgimento italiano, Roma, 1986, que recoge trabajos de C. Ghisalberti, *Premesse ideologiche e modelli ispiratori*, pp. 23-41; G. S. Pene Vidari, *Il Regno di Sardegna*, pp. 43-83; N. Raponi, *Il Regno Lombardo-Veneto (1815-1859/66)*, pp. 91-157; B. Montale, *Ducato di Parma e Piacenza. Ducato di Modena e Reggio*, pp. 215-260; L. Lotti, *Il Granducato di Toscana*, pp. 267-287; A. Scirocco, *Il Regno delle Due Sicilie*, pp. 295-322; F. Bartocchini, *Lo stato pontificio*, pp. 371-403; A. Berselli, *Amministrazione e ordine pubblico dopo l'unità*, pp. 165-211. Cf. también el reciente estudio de C. Mangio, *La polizia toscana. Organizzazione e criteri d'intervento (1765/1808)*, Giuffrè, Milán, 1988.

9. Por eso son especialmente meritorias las contribuciones de L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milán, 1962; G. Amato, *Individuo e autorità*, cit.; A. Chiappetti, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Cedam, Padua, 1973; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 111-273, y, sobre todo, G. Corso, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1979, con amplia bibliografía en el apéndice.

10. Programa. Parte General, cit., I, p. 21.

11. G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 287, p. 375. Sobre el *Polizeistaat* en la doctrina germánica, véanse P. Schiera, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Giuffrè, Milán 1968; C. Ghisalberti, o. c., pp. 26 ss.; A. Chiappetti, *Polizia*, cit., pp. 122-124.

12. En concreto eran 12.614 sobre 36.728, equivalente al 34,3% de la población penitenciaria (ISTAT, *Annuario de statistiche giudiziarie*. 1955, Roma, 1956, p. 500).

13. El número de presos en espera de juicio llegó a superar la mitad de la población carcelaria —16.020 de 36.728, equivalente al 51,7%— en 1975, tras el aumento de los plazos máximos de la prisión preventiva decidido por el decreto-ley de 11.4.1974. Y creció constantemente en los años sucesivos, hasta alcanzar su cota máxima en 1983, como consecuencia de las agravaciones introducidas por la ley Reale de 22.5.1975 y por el decreto ley de 15.12.1979: 18.006 detenidos sobre 29.504, el 61%, en 1976; 19.558 sobre 28.691, el 68%, en 1981; 23.585 de 33.416, el 70,5%, en 1982; 27.749 sobre 40.031, el 69,3%, en 1983. Después de 1984, a causa de la reducción de la duración máxima realizada por la ley de 28.7.1984 y, más tarde, por la de 5.8.1988, las cifras, tanto absolutas como proporcionales, fueron decreciendo: 23.807 sobre 41.158, el 57,8%, en 1985; 18.158 sobre 32.284, el 56,2%, en 1988; 17.167 sobre 36.252, el 47,35%, en mayo de 1989 (para los datos anteriores a 1985, cf. L. Daga, *Prime osservazioni sull'applicazione della legge n. 663/1986*, en «Questione Giustizia», 3, 1987, p. 648. Las fuentes sobre los datos relativos a 1988 y 1989 son ministeriales). Entretanto, la duración media de los procesos en primera instancia, que en 1979 llegaba a 24 meses, descendió a 18 en 1986 (para los años 1978-79 y 1986, *Annuario di statistiche giudiziarie*, Roma, respectivamente 1981, p. 180 y 1988, p. 319).

14. *Procedura penale*, cit., p. 138.

15. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVIII, pp. 252-253, que afirma que la custodia preventiva «no constituye un castigo», por lo que «cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza»; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. VII, pp. 80 ss., donde se mantiene la necesidad de un mejor tratamiento de los acusados a la espera del juicio y de la necesaria diferenciación entre «cárceles para los acusados y cárceles para los convictos»; F. Carrara, o. c., 898, p. 377, que lamenta que «en la mayor

parte de las prisiones de Europa, los calabozos son los peores locales del establecimiento, y en ellos se trata peor al ciudadano a quien ampara la presunción de ser inocente, que al culpable ya condenado». El principio de no afluictividad de la prisión preventiva fue también consagrado por el art. 9 de la *Declaración de derechos* de 1789: «Ya que todo hombre es presuntamente inocente hasta que no sea declarado culpable, si se entiende que es indispensable arrestarlo, debe castigarse severamente por la ley cualquier rigor innecesario para asegurar su persona». El art. 277 del nuevo código de procedimiento reconoce formalmente el principio: «Las formas de ejecución de las medidas deben salvaguardar los derechos del imputado cuyo ejercicio no sea incompatible con las exigencias cautelares del caso concreto».

16. Sobre la asimilación de la custodia preventiva a la tortura, véanse los textos de Carmignani, Carrara y Nicolini de la nota 40 del cap. 9.

17. Cf., por todos, F. Antolisei, *o. c.*, pp. 546-548; A. de Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, en «Rivista di Diritto penitenziario», 1933, pp. 1288 ss., y, recientemente, G. Pagliaro, *Principi di Diritto penale*, cit., pp. 679 ss. La misma tesis es la mantenida por Pietro Nuvolone, que, sin embargo, considera «acto jurisdiccional» la aplicación de las medidas de prevención, y excluye toda «diferenciación conceptual» entre las dos categorías de medidas, que, por otra parte, trata conjuntamente (*Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., XXVI, 1976, pp. 649 y 633).

18. Sobre estas formas de «reclusión perpetua de bata blanca» por enfermedad mental sobrevvenida, posterior al juicio o a la pena, véanse las hermosas páginas de I. Cappelli, *Gli avanzi della giustizia*, cit., pp. 68-82, que recogen numerosos y terroríficos casos de enajenados olvidados a veces durante decenios en los manicomios judiciales.

19. Instituciones análogas se pueden encontrar en los ordenamientos premodernos. Véanse, p. ej., las referencias a la *relegatio* romana y a las «ciudades-asilo» bíblicas en la nota 125 del cap. 7. Huellas de la antigua relegación se encuentran en Francia, en los edictos de 1862 y 1715 y, más tarde, en una ley de noviembre de 1815 (M. Carnot, *Commentaire sur le code pénal*, Warée, París, 1823, tomo I, p. 45). El *Code pénal* de 1810 instituyó la «vigilancia especial de la alta policía» (art.11), que suponía el pago de una caución o bien que el condenado quedaba «a disposición del Gobierno, que tiene el derecho de ordenar el extrañamiento del individuo de un cierto lugar, su residencia continuada en un lugar determinado» (art. 44), y que se aplicaba en algunos delitos como pena principal (arts. 100, 107, 108 y 138) y, más frecuentemente, como medida subsidiaria a los trabajos forzados y al destierro (arts. 47 y 48) o a la reclusión por delitos contra la seguridad del estado (art. 49), así como por los de rebelión (art. 210), intento de fuga (art. 246), extorsión (art. 308), atentado a las buenas costumbres (art. 335), secuestro (art. 343), hurto (art. 401) y promoción de huelgas, aun en grado de tentativa (art. 446). Se añadía también a las agravaciones de la pena previstas para los reincidentes (art. 58). En cuanto al estado del vagabundo y del ocioso, fue configurado por el código de Napoleón, al igual que hicieron las demás legislaciones europeas, directamente como delito (arts. 269 y 271).

20. La cita está recogida por I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione*, cit., p. 197. Sobre el derecho de Saboya relativo a las medidas de prevención, véanse también G. de Rosa, *Sicurezza*, cit., pp. 363 ss.; S. G. Pene Vidari, *o. c.*, pp. 63-72. Recuérdese que Cesare Beccaria había dedicado a los ociosos un capítulo entero de *De los delitos y de las penas*, cit., XXIV, p. 67: «Llamo ocio político aquel que no contribuye a la sociedad ni con el trabajo ni con las riquezas, que adquiere sin perder nunca... No es ocioso políticamente quien goza el fruto de los vicios o de las virtudes de sus mayores y vende por placeres actuales el pan y la existencia a la industriosa pobreza, quien

ejercita en paz la tácita guerra de industria con la pobreza en lugar de la incierta y sanguinaria con la fuerza». En el mismo capítulo Beccaria propone el destierro para los que «turban la tranquilidad pública» y contra los sospechosos de «delitos atroces».

21. «Se trata —proseguía la exposición de motivos— de un delito excepcional, que, como ya he dicho, es ocasión y fuente de todos los demás delitos y crímenes... Y al ser origen de todos los demás, exige, por razones especiales, que se dote al gobierno de los medios necesarios para reprimirlo rigurosamente» (citado por I. Mereu, *o. c.*, p. 198). La calificación de «ocioso» o de «vagabundo» se imponía a través de un «acto de sumisión» realizado ante el juez como consecuencia de una denuncia de la autoridad de seguridad pública. La configuración de los delitos de *status* de ocioso o de vagabundo surge de un edicto francés de 5.2.1731, y fue consagrada por el *Code* francés de 1810, según el cual «el vagabundeo es un delito» (art. 269), castigado con reclusión de tres a seis meses, seguida de *surveillance ordinaire* (art. 217). Los códigos rumano, finlandés, portugués y holandés, la ley noruega de 31.5.1900, la danesa de 1.5.1905, las *Vagrancy Acts* inglesas, algunos códigos de la confederación suiza y el código de Nueva York también prevén y castigan análogas figuras delictivas de *status* (cf., sobre estas leyes, G. Sabatini, *Ammonizione*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., 1957, I/1, p. 576). Finalmente, recuérdese la ley soviética contra los «parásitos», dictada en mayo de 1961 en la R.S.F.S.R. y más tarde en las otras repúblicas soviéticas, por virtud de la cual aquellos que llevan una «vida parasitaria» rehuyendo «trabajar honestamente», «explotando parcelas, automóviles o actividades urbanísticas», dedicándose simultáneamente a empleos públicos y a actividades empresariales privadas, o realizando «otras actividades antisociales», serán sometidos, después de una admonición sin éxito, al «confinamiento en las localidades específicamente designadas, por un período de dos a cinco años, confiscándoseles las propiedades adquiridas con medios no laborales y con adscripción obligatoria al trabajo en el mismo lugar» (H. J. Berman, *La giustizia nell'U.R.S.S.*, cit., pp. 297-305).

22. I. Mereu, *o. c.*, pp. 202-203. La «cartilla obrera», en la cual el trabajador debía anotar todos sus desplazamientos, fue creada en Francia por un edicto de 2.1.1749, y estuvo allí en vigor hasta 1890 (cf. G. Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., pp. 126-127). La consideración de los trabajadores como «sospechosos subversivos» fue retomada por el código napoleónico de 1810, cuyo art. 219 calificaba y castigaba como «reuniones de rebeldes» las celebradas «por obreros y jornaleros en los talleres públicos o manufacturas» y «acompañados de violencias o amenazas» contra la fuerza pública; y cuyos artículos 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» para jefes y 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, en general, para suspender, impedir u obstaculizar los trabajos», así como toda «tentativa o comienzo de ejecución» de la huelga, y toda forma de intimidación dirigida por los trabajadores a los empresarios o a sus compañeros.

23. El origen de estas normas son los arts. 375-382 del *Code Napoléon* de 1806, que preveían, entre otros «medios de corrección», el poder del padre para hacer detener al hijo menor «durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento sobre su conducta». Si el hijo era menor de 16 años, el presidente del tribunal no podía juzgar en modo alguno la decisión del padre y debía «a petición suya» ordenar su arresto; si, por el contrario, el hijo era mayor de 16 años o tenía bienes propios, el presidente tenía la facultad de aceptar o de rechazar la orden de arresto (arts. 377 y 382). En todo caso, no se exigía «escrito ni formalidad judicial ninguna», sino sólo «la orden de arresto, sin mencionar sus motivos» (art. 378); y el padre

siempre tenía en sus manos el poder de «anular la detención que había ordenado o solicitado» (art. 379). Con algunas modificaciones, estas normas pasaron del código Napoleón, vigente hasta 1806 en el Reino de Italia, a los códigos italianos pre-unitarios; al napolitano (arts. 302-308), al parmesano (arts. 84-90) al paduano (arts. 120-125) y al sardo (arts. 214-221). Y fueron después incluidas por el código civil italiano de 1865, cuyo art. 222 sustituyó la cárcel por «casas» especiales o por «instituciones de educación», pero mantiene el carácter totalmente potestativo de la decisión paterna y el informalismo de la autorización judicial: «El padre que no logre refrenar los extravíos del hijo puede alejarlo de la familia, asignándole, según sus recursos, los alimentos estrictamente necesarios; o confiarlo, recurriendo cuando fuere necesario al presidente del tribunal, a la casa o establecimiento de educación que reputa más indicado para corregirlo y mejorarlo. La autorización puede ser solicitada también verbalmente, y el presidente proveerá, sin formalidades y sin manifestar los motivos de su decisión». Finalmente, el art. 319 del código civil de 1942, en vigor hasta 1975, reprodujo el viejo art. 222 del código precedente, con la simple sustitución de «extravíos» por «mala conducta» y exigiendo siempre «la autorización del presidente del tribunal».

24. Sobre la exclusión por parte de la Escuela Clásica de la relevancia penal de los actos preparatorios, cuando no llegasen a tentativa y no comportasen un «peligro concreto» en el sentido carrariano de *pericolo corso*, véanse, *supra*, los apartados 33.4 y 34.3. La figura de los «actos preparatorios» estuvo a punto de ser elevada a la categoría de delito en 1978, cuando, para impedir el *referendum* abrogatorio sobre la ley Reale a través de una modificación del texto, fue presentado (el 16 de marzo) un proyecto de ley, no aprobado por insuficiencia de tiempo, cuyo art. 5 preveía para estos delitos incluso la detención judicial, que, por estar vinculada a un delito de sospecha, se hubiera transformado en una detención policial o de la seguridad pública.

25. La tesis de la inconstitucionalidad de las medidas de prevención es la mantenida por L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., pp. 513 ss. Para la tesis opuesta, véase, por todos, P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., pp. 634 ss.; F. Tagliarini, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, en «Indice penale», 2, 1974, pp. 369-389.

26. El origen de esta facultad instructoria en el derecho procesal moderno es rastreable en el art. 10 del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, que encomendaba a los prefectos y a la policía judicial «todos los actos necesarios para comprobar los crímenes, los delitos y las contravenciones, y para entregar los autores a los tribunales encargados de castigarlos».

27. Para un primer análisis, cf. P. L. Vigna, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, en «La Giustizia penale», III, 1988, pp. 257-271; Id., *investigazione e prova nel processo penale*, *ibid.*, V, 1988, pp. 321-325; V. Grevi, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, *ibid.*, VI, 1988, pp. 353-374.

28. Sobre este tema, con referencia a las torturas practicadas por los agentes del Núcleo especial operativo de seguridad (Nocs) entre el 28 y el 31.1.1982 sobre cinco brigadistas detenidos por el secuestro del general Dozier y sobre el acrobático juicio absolutorio de la Corte de casación, cf. L. Saraceni, *Come si svuota un processo (la vicenda dei Nocs dall'istruttoria al giudizio de cassazione)*, en «Questione Giustizia», 2 (1988), pp. 331-341; cf. también, respecto a la tortura sufrida por Francesco Badano en mayo de 1988, F. Misiani, *La tortura moderna*, *ibid.*, pp. 438-441.

29. Véanse, sobre esta cuestión, M. Mazzanti, *Espulsione dello straniero*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XV, 1966, pp. 913 ss.; G. Sabatini, *Stranieri (espulsione degli)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XVIII, 1971, pp. 543 ss.; P. D'Agostino,

Stranieri, *ibid.*, *Appendice*, cit., VII, 1987, pp. 585-588; G. Cerminara, *Prassi discutibili e incerte prospettive per il soggiorno degli stranieri in Italia*, en «*Questione Giustizia*», 1, 1987, pp. 20-28; M. La Terza, *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, *ibid.*, pp. 29-43.

30. Que la sentencia del Tribunal constitucional de 1961 no había cuestionado su naturaleza de poder de contenido indeterminado queda probado por las aplicaciones de la norma a cuestiones de libertad constitucional de reunión: en su virtud se dictaron el 13.3 y el 22.4.1977 las ordenanzas de la prefectura que prohibieron, durante 15 y 45 días, «en Roma y en la provincia todas las manifestaciones, reuniones y concentraciones que, con carácter público, fuesen convocadas o realizadas por partidos, asociaciones o movimientos políticos».

31. Recuérdese, entre los casos más conocidos, el R.D. n. 147 de 7.5.1898: «Art. 1. Se declara en la provincia de Milán el estado de sitio. Art. 2. El caballero Fiorenzo Bava Beccaris, comandante del III Cuerpo del Ejército, queda nombrado nuestro comisario extraordinario con plenos poderes. Todas las autoridades civiles y militares dependerán de él. Dicho Comandante, nuestro comisario extraordinario, está facultado para extender la declaración del estado de sitio a otras provincias comprendidas en la jurisdicción del mismo Cuerpo del Ejército cuando lo estime conveniente para la tranquilidad pública». En respuesta a un recurso presentado por Anna Kuliscioff, la Corte de casación se pronunció en estos, singulares, términos: «Este supremo colegio ha tomado ya la decisión de declarar que dada la necesidad de afrontar con medios excepcionales los desórdenes internos, cuestión que no corresponde determinar al orden judicial, es plenamente legítima la proclamación del estado de sitio, porque la salud de la patria es ley suprema para todos. Si no existe una disposición en los Códigos que establezca que las reglas del Código penal militar para tiempos de guerra son aplicables a la insurrección y a la guerra civil, tampoco existe en el estatuto fundamental del Reino ni en otras leyes ninguna disposición que lo prohíba» (reproducida por L. Perroni, *o. c.*, p. 9). Sobre la legislación excepcional y sobre los estados de sitio en la Italia del siglo pasado, véase L. Violante, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, en «*Rivista di Storia contemporanea*», 1976, pp. 481-524; R. Martucci, *Emergenza*, cit., donde se analizan, ante todo, las leyes excepcionales contra el bandolerismo entre 1861 y 1863; F. Cordova, *Democrazia e repressione*, cit.

32. En el mismo sentido, cf., por ejemplo, F. Modugno y D. Nocilla, *Stato d'assedio*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., XVIII, Utet, Turín, 1971, p. 28. En sentido contrario, G. Corso, *L'ordine pubblico*, cit., pp. 241-247.

Capítulo 12

EL SUBSISTEMA PENAL DE EXCEPCION

52. *Emergencia penal, razón de estado y estado de derecho*

1. *Emergencia y estado de excepción. La excepción y la regla.* El análisis desarrollado en los dos capítulos precedentes ha puesto en claro un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. No comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismos años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de en la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía. De esta regresión interesa ahora señalar qué aspectos se han consolidado —más allá de su profesada naturaleza «especial» o «excepcional»— en normas, prácticas y culturas que han entrado a formar parte de la administración de justicia ordinaria y de las mismas estrategias legislativas dirigidas en estos años a promover la superación de la emergencia.

La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterrorista, antimafia o anticamorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal. Esta concepción de la

emergencia no es otra que la idea de la primacía de la *razón de estado* sobre la *razón jurídica* como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino supraordenado a ella. *Salus rei publicae, suprema lex*¹: la salvación o incluso el bien del estado es la *Grundnorm* del «derecho de emergencia», la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio.

La excepción, por otra parte, suele formar la fuente más o menos latente de legitimación externa de toda práctica judicial conscientemente diferenciada de las reglas ordinarias. Las prácticas, de hecho, cada vez que son obstaculizadas por impedimentos legales y garantistas, son contempladas siempre con sentimiento de excepción, es decir, con la idea de que el caso concreto, tanto más si es política o socialmente grave y alarmante, es «excepcional» respecto de la regla. «In atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi», fue la máxima de Claro que todavía puede servir de epígrafe para toda la doctrina penal de la emergencia. «Derecho penal de excepción», en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada.

Evidentemente, las dos cosas están conectadas e indican, a distintos niveles, una misma crisis de legalidad del derecho penal, tal y como resulta de la creciente divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo. Pero una no justifica a la otra, aunque sin duda ha contribuido a alimentarla. Ciertamente, las leyes de la emergencia tienen enormemente desplegado el poder judicial de disposición, legitimando arbitrios y atropellos. Ciertamente, la represión del terrorismo y de la delincuencia organizada ha requerido en los años pasados procesos difíciles y complejos, donde los márgenes de error eran mayores que en los ordinarios, así como también lo eran los espacios abiertos a las injusticias involuntarias. Igualmente cierto es que en muchos casos las injusticias han sido, sin más, queridas por las leyes. Pero la crítica de las leyes excepcionales no puede hacer callar la responsabilidad de muchos jueces que demasiado a menudo, de hecho, han sobrepasado esas mismas leyes. Y «cuando, al observar más atentamente los hechos» —son las severas palabras de Alessandro Manzoni— «se descubre una injusticia que podía ser vista por los mismos que la cometían, una transgresión de las reglas admitidas también por ellos, acciones opuestas a las luces que no sólo se daban en su tiempo, sino que ellos mismos, en circunstancias semejantes, demostraron tener, es un consuelo pensar que, si no supieron lo que hacían,

fue por no querer saberlo, fue por la ignorancia que el hombre asume y pierde a su gusto, y no es una excusa sino una culpa; y que de tales hechos se puede ser por fuerza víctima, pero no autores»².

2. *El delito político. Dos tradiciones: razón de estado y derecho de resistencia.* La emergencia del terrorismo político y el desarrollo en Italia de un derecho penal de excepción basado en el empleo de figuras de delito asociativas han vuelto a proponer un antiguo tema de la filosofía jurídica: el del tratamiento de los *delitos políticos*, que oponen directamente a ciudadanos e instituciones estatales ofendiendo y poniendo en peligro, más allá de los bienes particulares concretamente lesionados, la soberanía del estado y sus intereses políticos fundamentales.

Antes de las codificaciones modernas, estos delitos entraban en la más vasta categoría de los *crimina laesae maiestatis*, sustraída por su propia naturaleza al principio de estricta legalidad en cuanto comprendía cualquier ofensa —incluso la más leve, hasta la *cogitatio* o la *voluntas sine actu*— a la autoridad del soberano³. «Delito político» es, en cambio, una categoría moderna relativamente reciente, que hace su primera aparición legislativa, en contraposición al «delito común», en la Francia del siglo pasado, justo tras la Revolución de julio⁴. Con ella se comprenden figuras de delito predeterminadas por la ley: como, por ejemplo, la definida en el art. 8 del código penal italiano, según el cual son *objetivamente políticos* los delitos contra la personalidad del estado previstos en los dos primeros capítulos del título primero del libro segundo (arts. 241-294), los cuales «ofenden un interés político del estado, o bien un derecho político del ciudadano», y *subjétivamente políticos* todos los delitos comunes «determinados en todo o en parte por motivos políticos»⁵. Permanecen, sin embargo, incluso en la configuración moderna de los delitos políticos, residuos de la vieja figura de los *crimina maiestatis*: piénsese en las diversas figuras de «atentado» y de «desacato» y en las de los delitos de «asociación subversiva», «banda armada» e «insurrección armada», que comparten con las antiguas figuras de los delitos de lesa majestad la absoluta generalidad e indeterminación de significado y por ello, de hecho, la sustracción al principio de estricta legalidad penal⁶.

En la concepción de los delitos políticos y antes todavía de los *crimina laesae maiestatis* se entrecruzan y alternan, históricamente, dos tradiciones filosóficas opuestas. La primera tradición es la que se informa en el derecho de resistencia, concebido como derecho natural de grupos sociales organizados o de todo el pueblo a oponerse por cualquier medio —incluso con el delito político y hasta el regicidio— al ejercicio abusivo y tiránico del poder estatal⁷. Se trata de una tradición antiquísima que se remonta al iusnaturalismo clásico, donde fue emblemáticamente expresada por la *Antígona* de Sófocles; se de-

sarrolla con las doctrinas paleocristianas de la desobediencia en caso de conflicto entre preceptos jurídicos y reglas religiosas y después con las medievales y germánicas del tiranicidio⁸; prosigue con la doctrina tomista de la desobediencia a las leyes injustas, con la inglesa de Henry Bracton y de John Fortescue sobre la limitación legal del poder regio y con las alemanas de la doble soberanía y de la resistencia en el *Ständestaat* o «estado estamental» o «de los órdenes»⁹; se radicaliza en el siglo XVI, en conexión con las guerras de religión, con la doctrina calvinista de los monarcómacos, de Hotman y Beza a Du Plassis Mornay, Buchanan y Danaeus¹⁰; se consolida teóricamente en la Edad Moderna por obra del iusnaturalismo racionalista y contractualista —de Althusius y Grocio a Locke, Rousseau y Condorcet¹¹— hasta ser positivamente sancionada por el reconocimiento del «derecho de resistencia» en muchas constituciones dieciochescas¹², además de en algunas constituciones contemporáneas de la segunda postguerra¹³.

La segunda tradición que concurre, de manera sin duda predominante, en la configuración y el tratamiento del delito político es la que se informa en el principio opuesto, en gran parte moderno, de la *razón de estado*: entendiéndolo por «razón de estado» un principio normativo de la política que hace del «bien del estado», identificado con la conservación y acrecentamiento de su potencia, el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. Aun cuando el concepto de «razón de estado» no se encuentre más que raramente en el léxico filosófico-político, es cierto que, como demostró Friedrich Meinecke, informa ininterrumpidamente la historia práctica del estado moderno y también todo el pensamiento político absolutista y autoritario del siglo XVI en adelante¹⁴. *El Príncipe* de Maquiavelo es, en su sustancia, un tratado sobre la razón de estado, aunque esta expresión no aparezca nunca en él. Y desde Maquiavelo en adelante, la idea de la «razón de estado» como superioridad de la razón política respecto al derecho y a la moral es de hecho, aunque no se desarrolle expresamente, el principio inspirador de todas las filosofías políticas estatalistas, desde los teóricos del absolutismo como Bodino y Botero¹⁵ a las doctrinas de los «intereses de los estados» en la Francia del siglo XVII¹⁶, hasta Fichte, Hegel¹⁷ y, por último, Carl Schmitt¹⁸, que son filosofías curiosamente convergentes, en este aspecto, con las doctrinas revolucionarias —de Necaev a Lukács y a las perversiones estalinistas y terroristas— sobre la justificación ético-política de las «manos sucias» y del uso «oportunistamente» del derecho¹⁹. En el derecho y en el proceso penal, por lo demás, la misma idea está como fundamento de todos los modelos antiliberales y antigarantistas, invariablemente informados en la concepción del delincuente político como «enemigo» al que suprimir en aras del interés general y por su identificación *extra legem* conforme a criterios sustancialistas y a instrumentos inquisitivos²⁰.

Las dos tradiciones —la del derecho de resistencia como justificación del delito político, cualquiera que sea, y la de la razón de estado como justificación de la represión, cualquiera que sea— se oponen entre sí y, sin embargo, convergen y conviven en la práctica de la política moderna: una, fundada sobre la justificación de cualquier medio por muy inmoral que sea y penalmente ilegal respecto al fin ético de la resistencia contra las perversiones tiránicas del estado, y la otra, fundada sobre la justificación de cualquier medio, incluso del más inmoral e ilegal, con el fin igualmente ético de defender al estado de los atentados internos —y no sólo externos— contra su seguridad. Y conviven hasta el punto de que ambas se han traducido en figuras jurídicas, incluso en el seno del propio ordenamiento jurídico, como en Alemania Federal, en cuya Constitución se sancionan simultáneamente el derecho de resistencia (art. 20, 4.º párrafo) y un principio de autotutela del ordenamiento «democrático y liberal» virtualmente ilimitado (arts. 18 y 21, 2.º párrafo). O, como en casi todos los sistemas penales modernos, donde las dos tradiciones han dado lugar a una ambivalencia en el tratamiento de los delitos políticos, para los que, mientras el principio de la «razón de estado» ha justificado siempre tratamientos penales severísimos, agravantes especiales y procedimientos excepcionales, la tradición informada en el «derecho de resistencia» ha funcionado de forma opuesta, inspirando figuras de favor, como la concesión de amnistías, la prohibición de la extradición por delitos políticos (art. 8 de nuestra Constitución) y la atenuante de los «motivos de especial valor moral y social» (art. 62 n. 1 c.p.)²¹.

¿Cómo concluyen estas dos tradiciones políticas con el nacimiento del estado moderno en la forma del *estado de derecho*? Me parece que la primera tradición, la del derecho de resistencia, a pesar de cierta elaboración decimonónica²² y de las declaraciones ya recordadas en algunas Constituciones de la última posguerra, desaparece de hecho al haber confluído en la versión conservadora del estado de derecho y de la limitación y división de poderes. «Contra el supremo legislador del estado», proclamó Kant, «no puede haber ninguna oposición legítima por parte del pueblo, porque sólo gracias a la sumisión de todos a su voluntad universalmente legisladora es posible un estado jurídico; por ello no puede ser admitido ningún derecho de *insurrección (seditio)*, todavía menos de *rebelión (rebellio)* y aún menos que todo de *atentados* contra él como individuo (como monarca) bajo el pretexto de abuso de poder (*tyrannis*)»²³. Por otra parte, se ha considerado —a causa de una falacia normativista que analizaré en el apartado 61.4— que si en el estado absoluto el derecho de resistencia se justifica, conforme a una fundamentación iusnaturalista y contractualista de la obligación política, como garantía contra las violaciones por parte del soberano del contrato social estipulado con sus súbditos, aquél pierde gran parte de su razón teórica y de su signifi-

cación axiológica en un ordenamiento caracterizado por la sujeción a la ley de todos los actos del estado y por la previsión de remedios y sanciones jurídicas, incluso penales, por las violaciones por parte de los titulares de los poderes públicos de aquellos «pactos sociales» que son las leyes²⁴. En donde es evidente la confusión entre derecho y hecho, es decir, la asunción como un hecho del sometimiento a sanción de los poderes públicos, que, en cambio, sólo es un principio normativo y que, como tal, sirve para convertir en políticamente injustificada la resistencia sólo si —y mientras— es efectivo.

No puede decirse lo mismo del principio opuesto de la «razón de estado». Si se excluye Toscana, donde por pocos años los delitos de lesa majestad fueron expresamente abolidos por la reforma leopoldina del 30 de noviembre de 1786²⁵, la categoría de los delitos políticos, que el pensamiento ilustrado había tratado de circunscribir sólo a las lesiones fundamentales del contrato social²⁶, volvió a expandirse por todas las legislaciones decimonónicas. Y en el código Rocco llega a ocupar todo un título de más de sesenta delitos, casi todos de peligro abstracto, contra la «personalidad del estado». Por otra parte, la razón de estado siempre ha continuado y todavía continúa inspirando la práctica, si no la teoría, del derecho penal político, y no sólo en el plano del derecho sustantivo, donde ha informado, además de muy variadas figuras de delito político, gran parte de la legislación de policía aprobada en toda Europa después de la segunda mitad del siglo XIX, sino también en el plano del derecho procesal, donde ha dado vida, de tanto en tanto, a «tribunales especiales», como en Italia durante el fascismo o, menos brutalmente, a «procedimientos especiales», como son, precisamente, los introducidos en la Italia de los años setenta por la legislación de la emergencia contra el terrorismo. En efecto, como ha escrito Meinecke, en general «la forma de la legislación excepcional» es la que «permite legalizar los medios inusitados», incluso «ilegales e inmorales», que «el estado utiliza en tales casos»²⁷.

La tesis que sostendré es que el principio de la razón de estado es incompatible con la jurisdicción penal dentro del marco del moderno estado de derecho, de forma tal que cuando interviene —como en el derecho penal de la emergencia— para condicionar las formas de la justicia o, peor, para orientar un concreto proceso penal, entonces ya no existe jurisdicción sino *otra cosa*: arbitrio policial, represión política, regresión neoabsolutista del estado a formas premodernas. Esta tesis será corroborada por el análisis de las perversiones sustancialistas y policiales de la jurisdicción provocadas en Italia por la legislación y la cultura de la emergencia. Y formará la base para una redefinición de la relación entre medios y fines penales, además de para una crítica de la legitimidad de la categoría misma de los delitos políticos y, más en general, de toda forma de derecho penal especial o excepcional.

3. *La incompatibilidad entre estado de derecho y derecho penal de excepción.* La insanabilidad del contraste entre la razón de estado y la razón jurídica propia del estado de derecho depende de las lógicas opuestas en las que se basan una y otra. «La razón de estado», escribió expeditiva pero eficazmente Voltaire, «no es más que una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos»²⁸. Más analíticamente, en el sentido en que puede ser usada de Maquiavelo en adelante, la expresión designa dos cosas: ante todo, una «norma de la acción política»²⁹, esto es, un principio de autorregulación de la política como actividad incondicionalmente destinada al «bien» o a la «potencia» del estado y por tanto independizada de otros valores o criterios relativos a intereses o necesidades distintas, tanto individuales como sociales; en segundo lugar, y correlativamente, una fuente de legitimación autónoma —extralegal, extramoral, extrasocial, extrarreligiosa y específicamente «política»— de las decisiones y los medios adoptados para tal fin. Está claro que esta idea de la razón de estado es estrictamente moderna, al contradecir, en cuanto principio de autofundamentación y autorregulación de la política, el modelo medieval y cristiano de la sujeción del poder político a la voluntad divina y a vínculos de naturaleza moral y religiosa³⁰. Nace con el estado y la política moderna y con su proceso de secularización; es coetánea del desarrollo de los estados absolutos y nacionales como potencias en competencia entre sí; está conectada con la doctrina de la soberanía del estado como *suprema potestas* que tiene en sí misma y no en otra sede su principio de legitimación; y se confunde, finalmente, con la idea de la primacía y la autonomía de la política, así como su crítica coincide con la crítica a esta concepción y a esta práctica de la política.

Todo ello vale para las dos versiones de la idea de razón de estado —opuestas pero de resultados idénticos— que me parece se puedan rastrear en el pensamiento político moderno: a) la empírico-científica del *realismo* político, de Maquiavelo a Carl Schmitt, pasando a través de las teorías absolutistas de los «intereses de los estados», que se caracteriza expresamente como doctrina de la *separación entre política y moral* y, más en general, entre política y valores extrapolíticos (jurídicos, de justicia, humanitarios y semejantes) como consecuencia del carácter abiertamente *amoral* (o *extramoral*) reconocido a la acción política; b) la filosófico-historicista del *idealismo*, que tuvo su máxima formulación en Hegel y después en el historicismo alemán y que, al contrario que la primera, se caracteriza por la *confusión entre política y moral* como consecuencia del carácter directamente *ético* asignado al estado y de su sublimación totalitaria como «espíritu del mundo».

En ambas versiones el derecho y la moral resultan plegados a la «razón política» o «de estado» o modelados sobre ella, ya sea por estar realístaamente disociados y sometidos a ella, ya sea por estar idealístaamente identificados con ella. Y en los dos casos «razón de es-

tado» designa algo más y distinto respecto al significado común de «razón»: por un lado, porque alude a una razón autofundamentada, superior a las razones que informan otros intereses o ámbitos de vida, por otro, porque se configura como razón no intersubjetiva, sino fuera del alcance del pueblo, detenida exclusivamente por aquellos espíritus «videntes» que son «los hombres de estado»³¹. Al mismo tiempo, junto a su carácter superior, la razón de estado se configura como un principio de legitimación histórica de tipo extra y, de ser necesario, antijurídico: en el sentido en que permite la ruptura de la legalidad y la alteración de las reglas del juego ordinarias cada vez que éstas, por la emergencia o la excepcionalidad, valorables siempre y sólo por los gobernantes, entran en conflicto y no son funcionales al «supremo» interés del estado.

Se comprende la contradicción entre la «razón de estado» así entendida y el «estado de derecho». El criterio regulativo de la primera es la subordinación de los «medios», de por sí indeterminados y no regulados, a la consecución de «fines» políticos cuya formulación se confía, realista o históricamente, a la persona del soberano o, en todo caso, a los titulares del poder estatal; el principio guía del segundo es en cambio la subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos, esto es, no abiertos ni indeterminados, sino vinculados a la ley. De este modo, mientras para las teorías de la *razón de estado* el estado es un *fin*, no fundado sino sobre sí mismo y fundamento a su vez de los medios jurídicos que resultan indiferentes, flexibles, cambiantes y manipulables según arbitrio, para las del *estado de derecho*, de Locke en adelante, el estado es un *medio* justificado por sus fines de tutela de los derechos «fundamentales» de los ciudadanos y vinculado a aquéllos mediante la sujeción de todos sus poderes a reglas constitucionales rígidas y fundadas³². Y se entiende, además, la contradictoriedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la «defensa del estado de derecho y la democracia»³³. Formulado así, el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es el estado valorado como «democrático», «constitucional» o «de derecho», bien porque el cambio de los medios legales se presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión. Pero está claro que la contradicción lo es en los términos: en realidad, la ruptura de las reglas del juego se invoca en estos casos para tutela de las mismas reglas del juego; el estado de derecho se defiende mediante su negación.

Todavía más estridente, por otra parte, es la contradicción entre razón de estado o de emergencia y esa específica función del estado de derecho que es la jurisdicción penal. Ante todo, si la jurisdicción es la

actividad tendencialmente reconocitiva de la ley y cognoscitiva de los hechos por ella denotados, tanto la valoración de los intereses del estado como el principio de autoridad sobre el que tal valoración se basa están irremediabilmente en contraste con su legitimación formal, que deriva de su sujeción a la ley y del valor de verdad de sus pronunciamientos. En segundo lugar, la función judicial no se refiere, como la razón de estado, a intereses públicos de carácter general, sino a casos particulares, en los que incide sobre derechos fundamentales de los ciudadanos cuya tutela, incluso en conflicto con los intereses del estado, es precisamente su fuente de legitimación sustancial. En tercer lugar, la razón de estado está guiada por principio por la lógica partidista y conflictual del amigo/enemigo, que es en cambio incompatible con la naturaleza de la jurisdicción, que exige la imparcialidad del órgano juzgador y su indiferencia hacia cualquier fin o valor extraño al proceso. En cuarto lugar, la razón de estado, por la indiferencia que, por el contrario, alimenta hacia la naturaleza de los medios empleados, legitima una absoluta discrecionalidad del soberano, es decir, su gracia y su arbitrio, allí donde la jurisdicción sólo está legitimada si está vinculada a la ley, o sea, a la predeterminación legal y taxativa de las hipótesis de delito y a la formulación judicial de acusaciones correspondientes y empíricamente determinadas. En fin, mientras la razón de estado persigue la «verdad sustancial» por cualquier medio y admite por ello procedimientos inquisitivos dirigidos a identificar al enemigo con indagaciones directas sobre las personas mas allá de las acciones cometidas, la jurisdicción persigue la «verdad formal» o «procesal», según reglas como el carácter fáctico de las imputaciones, la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el juicio contradictorio que la someten a la verificación de la acusación y la exponen a la refutación de la defensa.

El derecho penal producido en Italia para afrontar la emergencia del terrorismo y la delincuencia organizada está indudablemente en contraste con el estado de derecho bajo más de uno de estos aspectos. El cambio de su fuente de legitimación externa —la razón de estado y el criterio pragmático del fin en la lucha contra la delincuencia, en vez de las reglas del estado de derecho en torno a los medios y a sus vínculos garantistas— ha producido en muchos casos una *justicia política* alterada en su lógica interna respecto a los cánones ordinarios: no ya actividad cognoscitiva basada en la imparcialidad del juicio, sino procedimiento decisionista e inquisitivo fundado en el principio del amigo/enemigo y apoyado, más que en la estricta legalidad, en el consenso mayoritario de los partidos y de la opinión pública. Esta lógica ha penetrado en todos los momentos del mecanismo punitivo: desde la legislación hasta la jurisdicción y la ejecución penal. Y permite hablar de un derecho penal especial —*especial* en cuanto a las figuras de delito, *especial* en cuanto a las formas de los procesos y *especial* en cuanto al tratamiento carcelario— y caracterizado bajo

estos tres aspectos por una aplastante distorsión sustancialista y subjetivista. Como habitualmente, en el derecho penal nunca se inventa nada nuevo: este modelo sustancialista está ligado a una tradición antigua y recurrente de decisionismo penal que celebró sus mayores fastos precisamente en materia de delitos políticos y de *crimina maiestatis*.

53. *Tres fases de la emergencia penal*

1. *Primera fase: el derecho especial de policía.* ¿Cuáles han sido las etapas y los instrumentos a través de los cuales se ha construido este derecho especial o de excepción y que —lo que es más grave— a fuerza de desconocer su excepcionalidad, la excepción ha desbancado a la regla, contagiando con sus esquemas sustancialistas y subjetivistas todo el sistema de nuestra justicia penal? Para contestar a esta pregunta debemos renunciar a considerar el «derecho de la emergencia» como un todo unitario e indiferenciado. A menudo, cuando se usa esta expresión, se alude a un largo período que comienza a mediados de la década de 1970, alcanza su apogeo en los primeros años de la década de 1980 y después se apaga, sin solución de continuidad, en una incierta transición hacia una nueva situación de postemergencia del sistema penal. Me parece en cambio que dentro de este período es preciso distinguir tres fases que corresponden a tres políticas del derecho netamente distintas; distintas por los contenidos y los destinatarios de las leyes promulgadas, por sus efectos sobre las estructuras de nuestro sistema punitivo, por las culturas jurídicas y por los mensajes políticos de los cuales han sido expresión y vehículo.

En una primera fase, que va de 1974 a 1978, las leyes excepcionales no tienen nada que ver con el terrorismo ni, en general, con la delincuencia organizada. Y aun cuando en contraste con los principios del estado de derecho, ni siquiera son leyes que incidan de manera directa y significativa sobre el tejido de las garantías propias del subsistema penal ordinario. Piénsese en la ley Bartolomei de 14 de octubre de 1974, con la que se extendieron los poderes policiales de investigaciones sumarias y se reintrodujo el interrogatorio policial, si bien con la presencia del abogado; o en la ley Reale de 22 de mayo de 1975, con su densa panoplia de medidas policiales: la extensión del arresto judicial (art. 3), el poder de inspección personal sin orden judicial (art. 4), la extensión a la desviación política de las disposiciones antimafia y, en particular, de la medida preventiva del destierro (arts. 18 y 19) o la ampliación de la facultad de los agentes de policía de disparar para impedir la posible comisión de delitos graves (art. 14). Estas dos leyes fueron promulgadas cuando el terrorismo todavía no se había manifestado en formas sangrientas y para hacer frente, según el eslogan de la campaña política que acompañó a su promulgación,

al genérico fenómeno de la «delincuencia desbordante». Pero en la misma dirección genérica se movió la política penal del bienio 1977-78: el vaciamiento de la reforma penitenciaria del 75, desde la ley n. 450 de 20.7.1977 sobre restricción de permisos hasta las reiteradas suspensiones de sus normas más liberales y la creación de las cárceles especiales conforme a su artículo 90, e, incluso, hasta la atribución a los carabinieri de las funciones de vigilancia exterior de las cárceles (D.M. de 4.5.1977), aparte del poder de disparar para impedir la fuga de los detenidos o contra todo el que «desde el exterior intente alterar el orden de cualquier modo» (ley n. 374 de 28.6.1977); la introducción del poder de cerrar «cubiles» o sedes políticas sospechosas (art. 3 de la ley n. 533 de 8.8.1977); el otorgamiento a la policía del poder de interrogar al sospechoso incluso sin la asistencia del abogado (art. 5 del d.l. n. 59 de 21.3.1978); el traslado a las dependencias policiales por no exhibir el documento de identidad o por sospechas respecto de su autenticidad (art. 11 del mismo d.l.); el arresto del que «sin motivo justificado» o «en todo caso» durante las «manifestaciones» haga «uso de cascos protectores o de cualquier otro medio apropiado para dificultar el reconocimiento» (art. 2 de la ley n. 533 de 8.8.1977); la liberalización de las escuchas telefónicas policiales incluso con fines de prevención (arts. 6-8 del d.l. n. 59 de 21.3.1978); o el control policial sobre los alquileres de casas (art. 12 del mismo d.l. de 1978).

Todas éstas fueron esencialmente leyes sobre el orden público que iban al encuentro de la exigencia de «manos libres» avanzada en varios ocasiones durante aquellos años por las cúpulas de los aparatos policiales³⁴. Si se excluyen algunas normas —como la de la reduplicación de los plazos de prisión preventiva aprobada por el decreto ley de 11 de abril de 1974 y las disposiciones restrictivas de la concesión de la libertad provisional contenidas en el art. 1 de la ley Reale—, en realidad la mayor parte de las innovaciones introducidas por aquéllas no hicieron más que extender o reforzar los poderes de la policía, cancelando las minirreformas que los habían limitado en los años inmediatamente precedentes y volviendo a desarrollar la vieja tradición policial del estado italiano. Añado que las mismas normas sobre la prolongación de la prisión preventiva y, en especial, sobre los límites a la libertad provisional no fueron dictadas con la intención de endurecer o reforzar el instrumento judicial, sino, al contrario, de limitar los poderes de los jueces —entonces acusados de obstaculizar la actividad policial por excesiva permisividad o garantismo— mediante la extensión del deber de captura y de la prohibición de libertad. Fue en todo caso la policía, y no desde luego la magistratura, el aparato institucional privilegiado en aquellos años por el sistema político en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo.

Gracias a este conjunto de leyes de seguridad, se fue completando el derecho penal y procesal de policía antes ilustrado basado en la du-

plicación de casi todos los poderes de instrucción de competencia de la magistratura en la cabeza de la administración policial: arresto, inspecciones, interrogatorio, investigaciones sumarias. Y se perfeccionó la diferenciación, dentro del sistema punitivo, de dos subsistemas penales analizados en los capítulos precedentes: uno ordinario y otro especial; uno judicial y otro administrativo o policial; uno retributivo o *post delictum*, vinculado a las reglas del estado de derecho, y otro esencialmente preventivo o *ante delictum*, reservado a las intervenciones de la razón de estado y de emergencia como zona exenta de estorbos garantistas. Pero el desarrollo del subsistema de policía no tocó entonces, a no ser marginalmente y de soslayo, la fundación garantista del subsistema ordinario, no introdujo nuevos métodos procesales ni nuevos modelos de justicia penal, no influyó más que en una mínima parte en la cultura y los comportamientos de los jueces. Al contrario, la crítica que se dirigió entonces a aquella primera legislación de emergencia, y a la que se adhirió la mayoría de los jueces, fue que trataba de sortear el papel garantista de la magistratura confiriendo funciones judiciales supletorias a la policía y anulando las conquistas de los años sesenta y de los primeros setenta. El balance de aquella legislación fue en todo caso negativo. Aquellas medidas resultaron absolutamente inútiles en la lucha contra el terrorismo y tuvieron como único efecto el de acentuar la capacidad de invasión policial en la jurisdicción y en la vida de los ciudadanos.

2. *Segunda fase: el derecho penal político especial.* Una legislación antiterrorista y un derecho político de excepción propiamente dichos nacieron solamente a finales de 1979, por obra de nuevas leyes y, sobre todo, de nuevas prácticas judiciales. En esta segunda fase la suplencia se invierte: es la magistratura, y no ya la policía, la que asume por entero el peso de la lucha contra el terrorismo y a la que se dirigen la atención y el apoyo de las fuerzas políticas.

Los instrumentos normativos —presentes en parte en el código Rocco y revitalizados, pero en su mayor parte introducidos por el decreto Cossiga de 15.12.1979, por la ley sobre arrepenitidos de 29.5.1982 y por las diversas leyes y medidas en materia penitenciaria, son principalmente: 1) la respuesta a gran escala a los delitos asociativos como marcos de instrucción y como hipótesis de trabajo a desarrollar en el curso del proceso, pero comportando desde el principio la prisión preventiva de los imputados; 2) la prolongación de la duración máxima de ésta hasta diez años y ocho meses (art. 10 del d.l. n. 625 de 15.12.1979) y, sobre todo, su transformación en medida automática y obligatoria gracias al deber de la orden de captura y a la prohibición de la libertad provisional con arreglo a la sola calificación del delito hipotetizado y de su naturaleza terrorista (art. 8 del citado d.l. de 1979); 3) la agravante especial de la «finalidad terrorista», su no compensabilidad con atenuantes y el consiguiente aumento, rígido

y automático, tanto de las penas como de los plazos de la prisión preventiva (art. 1 del mismo decreto ley); 4) las reducciones de pena y las medidas de indulgencia durante la instrucción, incluso en relación con la libertad personal, permitidas en medida ampliamente discrecional por las normas sobre arrepentidos para los imputados que confiesan o colaboran con la acusación (arts. 4-5 del susodicho decreto ley n. 304 de 29.5.1982); 5) el interrogatorio sin la presencia del abogado, figura extraña y entorpecedora en el *tête à tête* inquisitivo en que se convirtió entonces la relación entre interrogadores e imputados (art. 5 del d.l. n. 59 de 21.3.1978); 6) las normas sobre el libre interrogatorio de los coimputados, sobre la acumulación o no de los procesos (arts. 2-3 y 9-11 de la ley n. 534 de 8.8.1977) y sobre los intercambios de informaciones y expedientes entre las oficinas judiciales (art. 4 del d.l. n. 59 de 21.3.1978), que han suprimido de hecho la autonomía de los procesos singulares y el secreto sumarial entre jueces; 7) las normas sobre la diferenciación en el tratamiento penal introducidas por la reforma penitenciaria y el establecimiento por vía administrativa de las prisiones especiales.

Es difícil decir en qué medida estos medios, más allá de su dudosa legitimidad constitucional, han sido decisivos en la lucha contra el terrorismo y, después, contra la delincuencia mafiosa y camorrista. Sobre esta cuestión nunca se acabará de discutir. Lo cierto es que su acción conjunta ha transformado el proceso en una máquina con varios brazos accionable contra el imputado y ha perturbado todas las garantías clásicas: la estricta legalidad penal, que requiere la conexión cierta de la pena con el delito cometido, y no con la calificación de la acusación o de la defensa del imputado, y penas iguales para delitos iguales; el principio de contradicción y, en general, el esquema triangular del proceso, que exigen el antagonismo entre acusación y defensa y la imparcialidad del juez; la presunción de inocencia y la conexa carga de la prueba que pesa sobre la acusación, una y otra convertidas en una genérica presunción de culpabilidad que de hecho grava por igual a los arrepentidos y a los no arrepentidos.

3. *Tercera fase: el derecho penal diferenciado.* Estas heridas no han cicatrizado. Han cambiado, más que las leyes, la cultura de los jueces, consolidándose en las prácticas y en las deontologías profesionales. Y puesto que las prácticas siempre están un escalón por debajo de la legalidad formal, por muy desarreglada que sea, el desprendimiento judicial de las garantías ha superado con mucho los estropicios legislativos, manifestándose con frecuencia en métodos de investigación y de proceso contrarios a las propias leyes de excepción. A la excepción del terrorismo, por otra parte, se han añadido en los años ochenta muchas otras excepciones: la mafia, la camorra, el tráfico internacional de drogas y de armas, la alta delincuencia económica y financiera, la corrupción política y administrativa.

Las prácticas de la emergencia antiterrorista se han difundido así por la totalidad del sistema penal, injertando en él las dos líneas de tendencia que he analizado en el capítulo 10 y que señalan un cambio de paradigma: por un lado, la diferenciación y subjetivización penal por tipos de autor, de imputado o de detenido y, por tanto, la generalización de la especialidad mediante el desarrollo de varios derechos penales especiales y diferenciados; y por otro, el crecimiento de la discrecionalidad en las fases *ante* y *post iudicium* según módulos transaccionales idóneos para conferir la máxima flexibilidad tanto al rito como a la pena, con la consiguiente pérdida de centralidad del juicio, no menos que la del nexo causal y legal entre pena y delito. Las leyes de esta tercera fase, en las que se han expresado estas líneas de tendencia, son las ya ilustradas de 1981 sobre los pequeños pactos, de 1982 sobre los premios a los arrepentidos, de 1986 sobre las medidas alternativas a la pena y, en fin, las normas sobre el interrogatorio sin abogado y sobre los grandes pactos contenidas en el nuevo código de procedimiento, que, en este aspecto, marca el fin del período de la emergencia y, a la vez, la normalización de su más emblemática institución.

Naturalmente, un análisis no aproximativo de las transformaciones o incluso sólo de las tendencias inducidas en la jurisdicción por las prácticas de la emergencia requeriría el examen de los procesos más importantes en materia de terrorismo y de delincuencia organizada. Se pueden señalar, no obstante, tres aspectos estructurales exhibidos por los más clamorosos de estos procesos³⁵, correspondientes siempre a otros tantos peligros para el futuro de la jurisdicción: ante todo, la ya mencionada deformación sustancialista y subjetivista de todos los elementos —delito, proceso y pena— del fenómeno penal; en segundo lugar, el gigantismo de los maxiprocesos y los abusos judiciales permitidos por ellos; en tercer lugar, y consiguientemente, una gravosa connotación policial de toda la función judicial.

54. Caracteres del derecho penal especial o de excepción

1. *La mutación sustancialista del modelo de legalidad penal.* La primera y más relevante alteración del modelo clásico de legalidad penal en los procesos de la emergencia consiste en la *mutación sustancialista* —inducida por el paradigma del «enemigo»— de cada uno de los tres momentos de la técnica punitiva.

Esta mutación golpea ante todo la configuración de los tipos penales. Y se expresa en una acentuada personalización del derecho penal de la emergencia, que es bastante más un derecho penal *del reo* que un derecho penal *del delito*. Las figuras de calificación penal que han permitido esta personalización son muchas y variadas: los delitos asociativos —banda armada, asociación subversiva, insurrección ar-

mada contra los poderes del estado, asociación de carácter mafioso o camorrista—, la categoría del concurso moral y la agravante de la «finalidad de terrorismo» como desvalor subjetivo de la actividad delictiva: fórmulas elásticas y con varios significados que, por su indeterminación empírica y sus connotaciones subjetivas y valorativas, se prestan a ser usadas como cajas vacías y a dar cuerpo a hipótesis sociológicas o a teoremas político-historiográficos elaborados a partir de la personalidad de los imputados o de interpretaciones supuestas y conspiratorias del fenómeno terrorista o mafioso. En estas figuras normativas el hecho se difumina en el recorrido vital o en la colocación política o ambiental del imputado y, como tal, es tan poco verificable por la acusación como poco refutable por la defensa. Y se configura tendencialmente como un delito de *status* más que como un delito de acción o de resultado, identificable, en vez de mediante pruebas, mediante valoraciones referidas a la subjetividad subversiva o sustancialmente antijurídica de su autor. De ello resulta un modelo de antijuricidad sustancial, en vez de formal o convencional, que solicita investigaciones sobre los reos en vez de sobre los delitos y que corresponde a una vieja y nunca apagada tentación totalitaria: la concepción ontológica —ética o naturalista— del delito como mal *quia peccatum* y no sólo *quia prohibitum* y la idea de que se debe castigar no por lo que se ha hecho sino por lo que se es.

Íntimamente conectada con esta distorsión subjetivista y sustancialista del delito se encuentra una concepción también subjetivista y sustancialista de la *verdad procesal* que ha dado lugar a la predilección por métodos fuertes de tipo inquisitivo en el proceso. El esquema del amigo/enemigo propio de la razón de estado opera aquí en un doble sentido. En primer lugar, en la connotación partidaria imprimida a la acusación y al juicio y en la transformación del proceso en momento de «lucha» contra la delincuencia terrorista o de otra forma organizada: el proceso no es ya lo que Beccaria llamaba «proceso *informativo*, esto es, la indagación indiferente del hecho» donde el juez es «un indiferente indagador de la verdad», sino que se ha convertido en un «proceso *ofensivo*» donde «el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado... y no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado. Le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos»³⁶. En segundo lugar, el esquema se manifiesta en la alteración del objeto procesal que se sigue directamente de la de las figuras de delito. Si el presupuesto de la pena viene representado, más que por hechos delictivos determinados, por la personalidad terrorista sustancial de su autor, el proceso decae inevitablemente de procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de la acusación a técnica de inquisición sobre la persona, es decir, sobre su subjetividad sustancialmente enemiga o amiga tal y como se expresa no sólo en los delitos cometidos sino también en su comport-

tamiento procesal. En coherencia con la nueva naturaleza del proceso como terreno de lucha, objeto de prueba, además de objeto de pena, es en definitiva no tanto o no sólo si el imputado *ha cometido* un hecho terrorista o criminal, sino también *si ha sido* y sobre todo *si es todavía* un terrorista o un criminal.

Se entiende la perfecta coherencia entre este esquema y la ley sobre arrepentidos, que indica no sólo un medio sino también un fin. En esta lógica, la confesión y, sobre todo, la colaboración mediante la denuncia de los copartícipes funcionan de hecho como resultados no sólo procesal sino también penalmente relevantes. Con ellas, el imputado, más allá de la relevancia y quizá del fundamento de sus revelaciones, forma filas con la acusación y da la prueba visible y cierta, más que de su culpabilidad o de la de sus compañeros, de su elección de campo anticriminal. De este modo, el proceso se convierte en el lugar en que no sólo (o no tanto) se comprueba sino que (o como) se constituye directamente el presupuesto sustancial de la pena; donde no sólo se prueba sino que se pone en práctica directamente y se define el carácter de «amigo» (arrepentido, disociado o similares) o de «enemigo» del imputado según se ponga o no de parte de la acusación frente a la defensa, cuyo papel tendría sin embargo derecho a representar. Evidentemente, tras esta subjetivación del tema del proceso todas las garantías procesales clásicas —del principio de contradicción a la carga de la prueba, de la defensa a la presunción de inocencia— terminan despojadas de sentido³⁷.

En fin, una alteración sustancialista y subjetivista afecta también al tercer momento del derecho penal: la *ejecución de la pena*, sujeta a la diferenciación y personalización ya ilustradas en los apartados 44 y 47. Por un lado, la pena es predominantemente irrogada y cumplida antes de la condena bajo forma de prisión preventiva. La cárcel ha vuelto a ser, como en la época premoderna, lugar de tránsito más que de expiación, medida cautelar más que sanción penal. Y el proceso y la pena se superponen y se confunden entre sí cada vez más, el primero como momento directamente aflictivo de penalización preventiva y la segunda como instrumento de instrucción dirigido a poner al imputado en manos de la acusación y a forzar su voluntad para que confiese o colabore a cambio de premios y favores. Por otra parte, han decaído los caracteres de igualdad, abstracción, certeza y preterminación legal que eran propios de la pena privativa de libertad en su modelo liberal. Cárceles especiales, regímenes especiales y diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad, medidas alternativas y otras formas de premios o castigos han modelado hoy la pena sobre la concreta personalidad del condenado y, más a menudo, del imputado: sea por el predominio que han asumido las funciones correccionales de la prevención especial, sea sobre todo porque incluso el tratamiento penal ha sido sometido a la lógica del amigo/enemigo, que exige la severidad de la pena tasada

conforme al grado de irreductibilidad o de arrepentimiento o, si se quiere, de irrecuperabilidad o de recuperación social del detenido concreto. Es así como a la pena legal de privación de libertad personal se añaden *penas en la penas* o, a la inversa, *premios en las penas*, unas y otros atípicos, extralegales y extrajudiciales, no vinculados ya al delito sino inmediatamente al reo y discrecionalmente dispensados por vía sustancialmente administrativa.

2. *El gigantismo procesal y los maxiprocesos.* El segundo elemento estructural del derecho penal de excepción es el que he llamado *gigantismo procesal*, desarrollado a su vez en tres dimensiones: *horizontalmente*, con la apertura de macroinvestigaciones contra centenares de imputados, mediante redadas masivas basadas en frágiles indicios como actos de instrucción iniciales y prejudiciales; *verticalmente*, con la multiplicación a cargo de cada imputado de los delitos adjudicados, circularmente deducidos unos de los otros —los delitos asociativos de los delitos específicos, y viceversa— o bien inducidos a título de concurso moral de los adscritos a los coimputados; *temporalmente*, con la prolongación desmesurada de los procesos, que se arrastran, a menudo sin razón, a veces con intervalos de años entre la conclusión de la instrucción y la apertura del juicio, de modo que se cumpla el máximo de la prisión preventiva. Por no hablar de las duplicaciones o multiplicaciones de los procesos por las mismas causas: 7 de abril romano, 7 de abril paduano, 7 de abril milanés; investigaciones Moro uno, Moro bis, Moro ter, Moro quater; investigaciones Rosso uno, Rosso dos; y similares. Los procesos han tomado así la forma de laberintos intrincados, de modelos en expansión entrelazados entre sí y concurrentes, de montañas de papel mensurables por toneladas y por decenas de miles de páginas con la consiguiente neutralización del principio de publicidad del proceso y de las posibilidades materiales de defensa³⁸.

Esta expansión pluridimensional de los procesos es indudablemente un efecto de la mutación sustancialista de las figuras de delito y de los métodos de comprobación de la verdad de los que se ha hablado hace un momento. Está claro que cuando el proceso no tiene ya como objeto de investigación un hecho criminal determinado, sino que pretende investigar toda una fenomenología criminal en todas sus complejas dimensiones políticas y sociales, se transforma inevitablemente en investigación historiográfica o en encuesta sociológica de dimensiones exorbitantes en relación con los esquemas garantistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad. Por otra parte, el gigantismo procesal ha representado a su vez un terreno propicio para cualquier abuso posible. Es sobre todo gracias a ello como ha podido desarrollarse el perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación: la primera, utilizada como medio de presión sobre los imputados para obtener de ellos la segun-

da, y ésta, como instrumento de ratificación de la acusación, a veces más allá de toda verificación e incluso de los careos con los coimputados denunciados. Este maridaje se ha revelado en la práctica como una fuente inagotable de arbitrariedades. El precio de las confesiones y de las colaboraciones no se ha limitado en realidad sólo a las reducciones de penas previstas por la ley, sino que a menudo ha sido elevado bajo forma de favores ilegítimos: como las retiradas de las imputaciones, las liberaciones anticipadas a través de complicadas operaciones de descuento, el no ejercicio de la acción penal y hasta el favorecimiento de fugas al extranjero con pasaportes facilitados para sustraer al arrepentido de la verificación del juicio oral. A todo esto deben añadirse las múltiples operaciones concebidas por la inventiva de los jueces como válvulas de seguridad para agravar a placer las posiciones procesales de los imputados, para encubrir las fallas de los sumarios o para alargar indefinidamente la prisión preventiva: como las órdenes de busca y captura reiteradas o en cadena por los mismos hechos pero con nuevas agravantes o nuevos *nomina iuris*, el manejo de las competencias o de las acumulaciones para esquivar a jueces o a tribunales no gratos a la acusación, la manipulación de las imputaciones en el curso de la instrucción mediante la sustitución indebida del ingreso en prisión por otras medidas³⁹.

Evidentemente, estos sistemas han conseguido éxitos. También porque los fracasos —es decir, el castigo de los inocentes o la sobredefinición de las culpas— no podían hacerse visibles. El mecanismo inquisitivo puesto en pie por la emergencia ha sido de hecho, en muchos de estos procesos, eminentemente autorreflexivo: una vez formulada la acusación, la prisión seguía automáticamente y funcionaba como prueba de fuerza sobre el imputado, que no tenía más vías de salida defensivas que las de acusar, acusarse o invocar clemencia. La extensión de los plazos procesales formaba parte de la máquina como engranaje necesario: para dar tiempo a los jueces que habían actuado sin pruebas a echarlas todas sobre las espaldas de los imputados; para hacer que estos últimos meditaran sobre lo ineluctable y decidieran colaborar; para avivar, entrelazar y concluir los infinitos tratos y transacciones a los que se ha reducido nuestro sistema penal. Es verdad que ha habido muchos jueces que se han sustraído a la tentación de la inquisición y muchos juicios que se han desarrollado correctamente y que eso ha ocurrido sobre todo —es útil precizarlo— en los procesos que han golpeado al verdadero terrorismo y han juzgado delitos empíricamente determinados. Pero los instrumentos ofrecidos a la magistratura por la legislación de la segunda fase de la emergencia han distorsionado profundamente el método procesal: ya no la carga de la prueba para la acusación y el juicio contradictorio con la defensa, sino los métodos expeditivos —presiones sobre los imputados y obtención de sus confesiones y sus denuncias a coimputados— que siempre han caracterizado a la ineptitud y a los malos hábitos policiales.

3. *La deformación policial de la jurisdicción de emergencia.* Esta contaminación policial, me parece, es el tercer rasgo en que se pueden resumir todas las deformaciones de la justicia penal producidas por la emergencia. Diría que si la primera fase de la legislación excepcional —desde 1974 a 1978— ha engendrado un subsistema penal y procesal administrativo, confiando a la policía funciones propias del poder judicial, la legislación de la segunda fase ha realizado la operación inversa, con efectos todavía más destructivos sobre el sistema de nuestras garantías y los usos de los jueces, pues ha transformado la función judicial en una función tendencialmente policial, legalizando y confiando directamente a los magistrados tareas e instrumentos de investigación típicamente propios de la policía.

Lo que distingue a los usos policiales de los judiciales y justifica la separación entre las dos funciones es un conjunto de diferenciaciones que hacen de la policía una función político-administrativa, pragmáticamente informada por la prioridad del resultado respecto de los medios para conseguirlo, los cuales, a su vez, son prioritarios en la actividad judicial: que es, además, el rasgo distintivo antes dilucidado de la lógica política de la razón de estado respecto de la jurídica del estado de derecho y, en particular, de la jurisdicción. La primera de estas diferenciaciones es la connatural parcialidad de la policía respecto de la imparcialidad institucional del juez: las fuerzas de policía, al tener como función descubrir y capturar a los culpables, conciben profesionalmente su función como «lucha» contra la delincuencia y tienen por ello la tendencia a considerar a todos los sospechosos como igualmente culpables y enemigos. Una segunda diferenciación es el carácter discrecional, por ser principalmente preventivo, de las tareas de policía: los aparatos policiales —especialmente en Italia, donde ejercen promiscuamente funciones de policía judicial y de orden público— tienen como atención primaria la seguridad colectiva contra los delitos futuros más que la justicia de los casos individuales y pasados; y siguen por ello estrategias flexibles y cambiantes, no sometidas a los rígidos vínculos legales y procesales que deben presidir la comprobación judicial de los delitos. Hay además un tercer carácter —degenerado pero inducido por los dos primeros—, propio del poder policial, como es la relación de sujeción y a veces de prevaricación que tiende a establecer con el investigado una relación que se consuma en secreto y es por eso una posible sede de amenazas, engaños, chantajes y pactos bajo cuerda.

Estos tres caracteres son fácilmente reconocibles en muchos procesos de la emergencia. Ya he hablado de la lógica del amigo/enemigo. Añado ahora que las normas sobre los arrepentidos y el uso de la prisión preventiva como medio inquisitivo han rebajado frecuentemente nuestra justicia a práctica policial incluso en los otros dos aspectos, al haber conferido al poder judicial funciones y poderes que son *algo distinto* de la función jurisdiccional. Nada, en efecto, es más discrecional e incontrolado que el poder inquisitivo que tiene como fin la confesión

o la colaboración del imputado por medio de ese tormento moderno que es la prisión preventiva y la incertidumbre de la pena comparadas con su contención procesal. Con ello, escribía Beccaria, «el juez toma posesión del cuerpo de un reo y lo destruye con metódica formalidad para sacar como de un fondo de ganancia todo el provecho que puede»⁴⁰. El corazón del proceso se convierte de esta manera en el secreto de confesonario, es decir, una relación desigual que se desarrolla en la sombra y que vincula al investigado con el investigador en una dependencia recíproca y malsana, ya que el arrepentido que ha hablado está en manos de la acusación, disponible para cualquier servicio ulterior; pero la acusación, por la complicidad e intimidad creadas entre las dos partes, está a su vez en las manos del arrepentido, que se convierte por ello en un favorito, impuesto como fuente privilegiada de verdad y de justicia. En esta relación protegida por el secreto, la jurisdicción no tiene lugar y cualquier arbitrariedad es posible: las intimidaciones, a veces acompañadas de amenazas, a satisfacer las expectativas de la acusación, redacción de las actas de los interrogatorios en momentos distintos a su realización real, los pactos informales e inconfesables⁴¹. «El dominio de la recompensa», advirtió Bentham, «es el último asilo donde se ha atrincherado el poder arbitrario»⁴².

4. *El futuro de la jurisdicción penal.* ¿Qué cambia de este paradigma del derecho penal de excepción con el nuevo código de procedimiento penal? Indudablemente, gracias a la separación entre juez y acusación y a la supresión de la figura del juez de instrucción, decae la contaminación policial de la función jurisdiccional en sentido estricto.

Las funciones inquisitivas profesionalmente desarrolladas por el viejo juez de instrucción habían terminado por alterar incluso formalmente la estructura del órgano: ya no coincidente con el «juez natural» definido en el código y garantizado por la Constitución, sino con grupos especializados de magistrados (los llamados *pools*) que actuaban colectivamente y, además, aliados con otros investigadores—sin distinción entre ministerio fiscal y jueces de instrucción— mediante encuentros operativos, intercambios informales de noticias y consejos, iniciativas concertadas fuera de los canales procesales normales y sin la transparencia asegurada por éstos. Al mismo tiempo, precisamente la declarada esencialidad de tales modelos organizativos en las investigaciones contra la delincuencia organizada había revelado de manera inconfundible la naturaleza no jurisdiccional sino investigadora que había asumido el juez de instrucción⁴³. Este mismo cambio, en fin, había hecho caer también la última diferencia entre poder judicial, que es un poder dividido horizontalmente entre varios jueces con competencias definidas, no fungibles y no coordinados ni interdependientes entre sí, y poder de policía, que es en cambio un poder burocrático, centralizado, organizado jerárquicamente y operativo a través de la coordinación de sus distintas sedes.

Así, los dos subsistemas —judicial y policial— en los que hemos diferenciado nuestro sistema penal se habían conjuntado y homogeneizado tanto que era difícil distinguirlos. Los daños para los ciudadanos de la perversión policial del subsistema judicial eran sin embargo todavía más graves que los de la usurpación de competencias judiciales llevada a cabo por la policía en la primera fase de la emergencia. Por dos razones. La primera es que la policía, por muchas arbitrariedades que pueda cometer, está sometida al control ulterior de un órgano judicial que siempre puede reparar sus abusos, mientras que cuando los abusos son cometidos directamente por los jueces no son controlables ni remediabiles en otro ámbito. La segunda es que la contaminación policial de la jurisdicción une los vicios de ambos subsistemas, sumando a la arbitrariedad policial, que aunque no sea más suele ir acompañada de una suerte de justicia sumaria e inmediata del caso concreto, la ceguera de los automatismos, la lentitud y el formalismo desresponsabilizador de los procedimientos que pueden prolongar durante años la relación de arbitrariedad.

El nuevo código ha restablecido en gran parte las diferencias y las distancias entre función judicial y función policial. Desaparecida la figura del juez de instrucción, las funciones acusatorias se desarrollan hoy sólo por el ministerio público, que conforme al art. 371 y como corresponde a su papel instructor, «se coordinan entre sí para la rapidez, economía y eficacia de las investigaciones», «proveen al intercambio de actuaciones e informaciones» y «pueden proceder, conjuntamente, al cumplimiento de actuaciones específicas». Los nuevos jueces de la audiencia preliminar, por contra, no desarrollan investigaciones sino exclusivamente juicios, aunque, como se ha dicho en el apartado 45.3, sería deseable su más neta diferenciación de los jueces para las investigaciones preliminares. Y el juicio no es ya un lugar de coerción o subordinación del imputado sino una sede de verificación del material probatorio recogido.

Sin embargo, las funciones policiales se han concentrado y reforzado en la fase de las investigaciones, comenzando por los órganos del ministerio público. Los nuevos ritos alternativos hacen además de estos órganos los verdaderos señores del proceso. Gracias a ellos no sólo el *quomodo* sino también el *an* del juicio y hasta el *quomodo*, el *quantum* y el *an* de la pena son en realidad decididos de manera del todo discrecional por la acusación pública, que para la mayor parte de los delitos puede prácticamente dejar libres a los imputados, pactando con ellos penas hasta un tercio más bajas y además susceptibles de condena condicional o incluso de sustitución por las medidas alternativas de la libertad a prueba o de la detención domiciliaria. Es muy cierto que un imputado puede rechazar las propuestas de la acusación y pretender el juicio. Pero la entidad de los beneficios es tal comparada con los riesgos de la condena en el juicio público, que hasta el inocente tendrá interés en aceptarlas a cambio de la confesión

o de la colaboración con la acusación. El mecanismo del premio y del pacto, destinado a actuar en secreto desde el primer interrogatorio, acaso sin defensor, pone en definitiva el destino del imputado en las manos de su acusador, que de hecho tendrá sobre él un poder quizá mayor que los que en el viejo régimen tenían a la vez el juez de instrucción, el ministerio fiscal y la policía judicial.

Por otra parte, sigue inalterada la perversión sustancialista del sistema de legalidad penal también en sus otros dos momentos constitutivos: en la semántica de los supuestos de hecho punitivos, que todavía son los indeterminados y elásticos del código penal de 1930, y en las modalidades diferenciadas de ejecución de la pena según la valoración de la personalidad del detenido y las medidas alternativas que se dispensan discrecionalmente. En cuanto al gigantismo procesal, es decir, al tercer aspecto del derecho penal de excepción, es muy probable que decaiga: pero sólo gracias a las simplificaciones de los procesos que ha hecho posibles el nuevo arbitrio transaccional. Premios y transacciones se afirman así, por obra de las reformas penitenciarias y procesales y de la conservación inalterada del derecho sustantivo, como los rasgos más destacados del nuevo modelo de legalidad penal. Al quebrarse el nexo entre pena y delito, el destino del reo tras la imputación corre el riesgo de ser confiado, más que al juicio en el sentido propio sobre su responsabilidad, a un largo e incierto partido que tiene la forma de una negociación ininterrumpida con la administración de justicia: primero, con la acusación, para la rebaja de la pena legal, e inmediatamente después, con las autoridades penitenciarias y con los jueces de vigilancia, para la rebaja de la pena judicial.

55. *Medios y fines penales. Después de la emergencia*

1. *Si el fin justifica los medios. Estado de necesidad y estado de derecho.* Volvamos ahora a la cuestión planteada al comienzo de este capítulo. El cambio producido por la emergencia en las fuentes de legitimación del derecho penal —no ya la legitimación jurídica de las reglas del estado de derecho sino la inmediatamente política y pragmática de la razón de estado y de la lucha contra el crimen organizado— ¿es, a su vez, en algún caso y en algún sentido justificable? Ya he hablado del conflicto entre las dos fuentes de legitimación y entre sus principios respectivos. El problema, metajurídico y metapolítico al mismo tiempo, es ahora el de los criterios de solución de esta antinomia. ¿Cuándo —y, antes aún, existen circunstancias en presencia de las cuales— el estado de necesidad o de emergencia justifica la ruptura de las reglas del estado de derecho? ¿Y cómo debe calificarse esta ruptura, que tiene lugar cada vez que el estado trata a un ciudadano como a un enemigo? En concreto, además, ¿cómo se ha de valorar la alteración producida en nuestro modelo constitucional de

legalidad por el derecho penal de la emergencia de los años setenta y ochenta?

Las consideraciones más consecuentes para el planteamiento de estas cuestiones de filosofía jurídica y política son todavía hoy las sugeridas por Hobbes hace tres siglos. Hay un solo caso, afirma Hobbes, en el cual el estado de necesidad —o, si se quiere, la razón de estado dictada por la emergencia— legitima políticamente la ruptura de las reglas del juego, y es el estado de guerra, poco importa que sea externo o interno. En guerra, dice, «infligir un daño cualquiera a un individuo inocente que no es un súbdito, si ello se hace para beneficio del estado y sin violación de ningún convenio previo, no es un quebrantamiento de la ley de naturaleza»⁴⁴; y puesto que la rebelión «constituye un regreso a la condición de guerra», cualquiera que atenta contra la seguridad o la supervivencia del estado no es un delincuente sino un «enemigo», y contra él no valen las reglas del derecho sino las de la fuerza. Esto quiere decir, sin embargo, que, a la inversa, el abandono de las reglas y de los principios jurídicos no está permitido en tiempo de paz contra los ciudadanos, sino sólo «contra los enemigos, a los cuales... es legal, según los principios básicos de la ley de naturaleza, hacer la guerra; y en la guerra, la espada no hace distingos, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes... ni respeta el principio de la caridad, como no sea que conduzca al bien de su propio pueblo»⁴⁵. Naturalmente, en un estado no absoluto, sino democrático y de derecho, la guerra no corresponde en modo alguno a un «principio básico»; en particular, la guerra interna no es nunca justificable por la existencia de cualquier amenaza para la seguridad del gobierno o de las formas de poder establecidas, sino sólo por un peligro para la supervivencia del estado y de sus leyes fundamentales no afrontable de otro modo. Tanto la democracia como el estado de derecho se caracterizan, en efecto, por la rigidez normativa de los medios de represión o de tutela de la desviación y precisamente por esto comportan mayores valores y mayores riesgos.

¿Ha sido en Italia el terrorismo un fenómeno de guerra, aunque sea interna o civil, en el sentido ahora dicho? Sobre esta cuestión la publicística política ha sido siempre oscilante y contradictoria. Por un lado, siempre se ha negado tajante y unánimemente que el terrorismo, a pesar de su insano programa subversivo, merezca ser calificado como «guerra civil». Simultáneamente, sin embargo, se ha insistido con la misma decisión sobre el hecho de que ha supuesto un ataque, cualitativamente distinto de cualquier otro fenómeno criminal, contra los fundamentos de las instituciones democráticas: lo que es una tesis en contraste con la primera, dado que un ataque no sólo a la seguridad de los ciudadanos, como el provocado por cualquier delito, sino a los fundamentos del estado, es, justamente, un acto de guerra. En ambos casos «derecho de emergencia» es una *contradictio in adiecto*. Si la primera tesis es cierta (como yo creo, dado que nadie, salvo los

propios terroristas o algún acusador público, puede haber pensado seriamente que el terrorismo pusiera realmente en peligro los fundamentos del estado), la legislación y la jurisdicción de la emergencia han sido injustificadas no sólo jurídicamente sino también políticamente. Si en cambio es cierta la segunda tesis y se considera que nuestro país había entrado en guerra con los terroristas, entonces las prácticas de la emergencia han sido políticamente legítimas, pero no se ha tratado ya de derecho penal, sino de mero ejercicio de la fuerza con fines defensivos. En el primer caso se debe hablar de derecho *ilegítimo*, en el segundo, de *no derecho*, es decir, de defensa de hecho, justificada entonces por la necesidad y hoy injustificada al haber terminado el terrorismo.

La cuestión es de importancia central para una doctrina garantista del derecho penal. Se piense lo que se piense sobre el terrorismo y en general de los fenómenos criminales de gravedad excepcional, sólo las dos respuestas apuntadas son compatibles con la lógica del estado de derecho, la cual excluye que se pueda considerar la razón de estado como razón jurídica. La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o anti-jurídico, dado que las reglas —si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el *fin* no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono.

Si esto es verdad, el presupuesto de toda política garantista es hoy la crítica de la dirección aceptada en el pasado por nuestro estamento político en relación con la delincuencia de excepción: por no haber mantenido firmes los principios del estado de derecho y, a la vez, por haber presentado sus cesiones como perfectamente conformes con estos principios. No discutiré aquí si el fin, evidentemente importantísimo, de la derrota del terrorismo equivalía al de la salvación de los fundamentos democráticos del estado y justificaba por ello los medios excepcionales que se adoptaron. Destaco sólo que semejante equivalencia —si no expresaba el insensato temor de una inverosímil victoria de los terroristas y de la caída de la democracia bajo su mano— siempre ha mantenido un oscuro sobreentendido: la idea de que el peligro para la *salus rei publicae* provenía en realidad del interior del sistema político, minado por tentaciones autoritarias, y señalaba, por ello, la fragilidad de nuestra democracia, constreñida a sufrir pequeñas rupturas para evitar rupturas mayores. Más allá de este significado, nunca claramente hecho explícito, el argumento de la defensa del estado democrático era evidentemente nada más que un lugar retórico,

además de contradictorio, teniendo en cuenta que la democracia y el estado de derecho se defienden precisamente con el respeto a sus reglas. En todo caso, una vez abierto el camino de la emergencia como necesario para la defensa del estado (respecto del terrorismo o de sí mismo), se debía tener al menos el coraje y la honestidad de admitir que tal respuesta al peligro subversivo era una respuesta fuera de la ley, como lo son siempre las respuestas de guerra, para no corromper con ella los principios garantistas del derecho penal, que es esencialmente un instrumento de paz.

En sentido contrario, la tesis dominante en el mundo político y en la cultura jurídica ha sido que el estado de derecho y las garantías se han respetado plenamente y que el derecho penal de excepción ha sido perfectamente coherente con la Constitución. Esta actitud ha hecho más difícil el retorno a la normalidad, al haber hecho perder la diferencia misma entre normalidad y excepcionalidad. El sentido común del derecho creado por las leyes de emergencia, y sobre todo por su ambigua legitimación, ha resultado por ello alterado. Durante años aquél ha sido que las leyes excepcionales eran al mismo tiempo necesarias políticamente y legítimas constitucionalmente, que por ello las garantías procesales de libertad y de verdad sirven para las épocas y los procesos ordinarios y no para los extraordinarios, que en materia de justicia el fin justifica los medios porque los medios no cuentan y pueden cambiarse o sustituirse a placer⁴⁶. Este sentido común ha permanecido, e incluso se ha consolidado, aunque la emergencia del terrorismo ha desaparecido y ha sido sustituida por otras emergencias criminales. Pues lo que se ha roto no es uno o más principios, sino el valor mismo de los principios, que se han probado flexibles y, en caso necesario, apartables: en una palabra, ya no «principios».

Este estropicio cultural es la verdadera ruptura producida por la emergencia. Las nuevas medidas excepcionales se han enraizado en las prácticas y difundido incluso en los procesos normales, generando poderes y centros de poder no dispuestos a normalizarse y, sobre todo, una incultura policial informada preferentemente por los valores pragmáticos de la seguridad y la eficacia. Y se han alimentado de una regresión más general del sentido del derecho a la que en los años pasados han contribuido casi todos los partidos, los grandes periódicos y la mayor parte de los juristas. El nuevo código de procedimiento penal no podía dejar de quedar marcado por ello. Ha tenido la desventura de haber sido elaborado justo después de tres leyes excepcionales: el decreto-ley sobre interrogatorio policial sin defensor, la ley de arrepentidos y la de lecturas en fase de juicio de oral ocasionada por el maxiproceso de Palermo. Que son, precisamente, los tres gravosos retazos heredados de la emergencia y que el código ha elevado de excepción a regla. «¡Ay del código penal —advertía Francesco Carrara— forjado sobre el tipo de las *leyes ocasionales*, pues todo principio de justicia será conculcado por él! Pero al mismo tiempo es

inútil esperar que la ciencia subordine a preceptos jurídicos absolutos las medidas y providencias que, en circunstancias excepcionales de perturbación pública, en la práctica siempre se guían únicamente por el *miedo*, que entre todos los sentimientos es el que menos razona»⁴⁷.

2. *Perspectivas de reforma de la legislación.* Una reformulación garantista del derecho penal supone hoy, ante todo, la clausura del período de la emergencia. «Cuando una República ha conseguido destruir a los que querían acabar con ella», escribe Montesquieu, «tiene que apresurarse a poner fin a las venganzas, a las penas e incluso a las recompensas... Hay que volver, lo más pronto posible, al ritmo ordinario del gobierno, en el cual las leyes protegen sin dañar a nadie»⁴⁸. Para que este «ritmo ordinario» no siga corrompiéndose y para que las leyes no vuelvan a «dañar a nadie», el primer paso debería ser, así pues, la supresión de cualquier forma de derecho penal especial, comenzando por la figura del «delito político», sea en sentido objetivo de «delito contra la personalidad del Estado», sea en el sentido subjetivo de «delito determinado en todo o en parte por motivos políticos», como por ejemplo los «fines de terrorismo».

El delito político, como estableció hace dos siglos el art. 62 del código penal de Pedro Leopoldo, si no equivale a un delito común, no se justifica como figura criminal especial. Ya he hablado en el apartado 33.6 de la posibilidad de suprimir o, todo lo más, reconducir a delitos comunes, consumados o intentados, muchos de los actuales delitos contra la personalidad del estado: los desacatos, los atentados, los delitos asociativos y de conspiración. Añado ahora que no existe razón para no incluir entre los delitos comunes los otros pocos delitos políticos que, al igual que las malversaciones de fondos públicos o de los cohechos lesionan bienes jurídicos concretos de carácter público, como el sabotaje, el espionaje, la usurpación o la obstaculización de funciones públicas. En cuanto a los restantes delitos políticos, en la medida en que tienen por objeto entidades ambiguas y abstractas como la «personalidad» o «el interés político» del estado, no son algo distinto de los antiguos delitos de lesa majestad y su punición no se justifica, sino que, al contrario, ha de excluirse. Esta inconsistencia y vaguedad de su objeto jurídico reenvía de hecho inevitablemente a la figura del tipo de autor. Y comporta, como la experiencia enseña, una distorsión sustancialista y subjetivista de los supuestos de hecho, una perversión inquisitiva del proceso penal y una connotación del reo como enemigo que ha de resultar absolutamente ajena al estado de derecho⁴⁹.

De ahí se sigue que para el derecho no deben existir delincuentes políticos sino sólo delincuentes comunes: en el doble sentido en el que ningún hecho no contemplado como delito común debe ser penalizado por razón exclusiva de su carácter «objetivamente político» y ningún delito debe ser tratado de forma distinta que los demás por razón

del carácter «subjetivamente político» de sus motivaciones. En el primer aspecto, toda penalización a título de delito «político» termina en la tutela excesivamente anticipada de figuras de peligro abstracto o presunto en contradicción con el principio de lesividad o, incluso, como ocurre en los delitos asociativos, en una duplicación de la responsabilidad penal ya afirmada en los delitos comunes, como la tenencia de armas, los actos de violencia consumados o intentados o el concurso en su comisión o preparación. En el segundo aspecto, es injustificada y peligrosamente arbitraria cualquier forma de discriminación conforme al tipo de autor o a las motivaciones del hecho. Esto no quiere decir, evidentemente, que la personalidad del autor y sus motivaciones políticas no deban tener relevancia en el plano de la equidad, es decir, a los fines de la comprensión de la especificidad del hecho y de la valoración de su gravedad. Ni tampoco excluye que se le dé relevancia a las motivaciones políticas del delito a efectos de la prohibición de extradición o de esos procedimientos extraordinarios por su naturaleza que son las amnistías y los indultos⁵⁰. Lo único que se excluye es que la naturaleza «política» del delito pueda justificar la configuración de tipos penales especiales o alteraciones legales de la medida de la pena o, todavía peor, de procedimientos especiales o excepcionales⁵¹.

La misma argumentación vale también, evidentemente, para las demás figuras de delitos y de delincuentes especiales, igualmente re-conducibles a fenomenologías criminales globales —el bandidaje, la mafia, la camorra— y, por lo demás, ni siquiera caracterizadas por una especificidad en abstracto de los bienes jurídicos protegidos. También la expulsión del derecho penal de tales tipologías de autor responde a una garantía de seguridad contra las perversiones sustancialistas e inquisitivas, además de a una elemental exigencia de igualdad. Se trata, en efecto, de figuras informadas por el paradigma constitutivo y, por tanto, contrarias al carácter exclusivamente regulativo que deben tener las normas penales. Naturalmente, también en estos casos la naturaleza mafiosa o camorrista de un delito puede considerarse como un rasgo particularmente grave en el momento de la comprensión y la valoración equitativa del hecho. Pero ni siquiera en estos casos se justifican figuras de delito especial, como lo es típicamente, en nuestro ordenamiento, la asociación de tipo mafioso prevista por el art. 416 bis del código penal en lugar de la normal asociación para delinquir. También la mafia, como el terrorismo, debe y puede ser afrontada con los medios penales ordinarios.

Más en general, una reformulación garantista del derecho penal requeriría el abandono de toda forma de disciplina especial o de excepción por tipologías criminales, así como también de todas aquellas instituciones penales y procesales de policía que, como se ha visto, se han adosado al derecho penal ordinario, excediendo de las funciones puramente auxiliares que a la policía deberían corresponder. En efec-

to, toda función punitiva y procesal de la policía que no sea puramente auxiliar respecto del proceso penal mina en sus fundamentos la legitimidad misma del derecho penal, la cual, se ha dicho, tiene como presupuesto el monopolio penal y judicial de la coerción punitiva y su permanente ejercicio, como técnica de tutela de los bienes y los derechos fundamentales, en la forma y con las reglas que garantizan la minimización de esta coerción.

En esta perspectiva, también las dos reformas principales de estos últimos años —la reforma penitenciaria y el nuevo código de procedimiento penal— deberían ser discutidas de nuevo. La diferenciación penal y procesal introducida por ellas gracias al nuevo paradigma de premios y transacciones puede no considerarse un legado perverso de la emergencia en tanto en cuanto se conciba como una estrategia contingente y transitoria de reducción de la afflictividad penal destinada a una superación progresiva. Evidentemente, tal superación no es concebible al margen de una perspectiva reformadora que afecte ante todo al viejo código penal y a toda la variada legislación especial que se ha acumulado en torno a él. Y eso requiere una *programación legislativa* que sólo puede expresarse a través de una rigurosa recodificación dirigida a restaurar, con las garantías para los ciudadanos, tanto la legitimación formal de la jurisdicción como la sustancial.

Esta programación debería apuntar en primer lugar a la rehabilitación de la *forma* de la ley penal, que ha entrado en crisis en las últimas décadas a causa de masivos procesos de descodificación, del uso de un lenguaje legal deliberadamente oscuro y polisémico y, sobre todo, de la creciente separación entre penas legales, penas judiciales y penas cumplidas: en realidad, ni siquiera puede hablarse ya de sujeción a la ley, ni de garantías de certeza para los ciudadanos, cuando las leyes son, en cuanto a los delitos, cajas vacías incapaces de poner límites al arbitrio judicial y, en cuanto a las penas, indicaciones excesivamente severas y por ello susceptibles de cualquier transacción. En cuanto a los *contenidos*, una programación legislativa supone hoy la recuperación de una dimensión axiológica a la altura de los valores de la Constitución y capaz por ello de asegurar la tutela de todos y sólo los bienes y derechos fundamentales en el sentido explicitado en el apartado 33. Esto querría decir recodificar, conforme a un riguroso criterio de economía, los bienes jurídicos merecedores de tutela penal; despenalizar todos los delitos menores, desde las faltas hasta los delitos castigados con simples penas pecuniarias, que no justifican penas ni procesos; ampliar la esfera de la tutela civil y administrativa transfiriéndoles muchos intereses tutelados hoy penalmente; redefinir con el máximo rigor el campo de denotación empírica de los supuestos delictivos suprimiendo todas las figuras penales elásticas e indeterminadas; expulsar del sistema toda forma manifiesta u oculta de responsabilidad objetiva o colectiva; en fin, rebajar drásticamente las penas, reduciéndolas de derecho a la medida a la que hoy se han reducido de

hecho, lo que significa, como se ha dicho, partirlas por la mitad y establecer su límite máximo para cualquier delito en no más de diez años.

3. *Dos puntos de vista para una deontología de la jurisdicción.* Una refundación garantista del derecho penal tiene, en fin, como presupuesto la redefinición del horizonte axiológico, no sólo de la legislación, sino también de la jurisdicción. Este horizonte debe identificarse, a mi modo de ver, con los dos puntos de vista delineados en el apartado 26 y con sus correspondientes fuentes de legitimación: el punto de vista *jurídico* o *interno* de la Constitución, es decir, de los principios y los derechos fundamentales incorporados en ella como parámetros normativos de *validez*, y el punto de vista *ético-político* o *externo* de la sociedad, es decir, de los sujetos titulares de los derechos fundamentales violados o insatisfechos por el funcionamiento efectivo del ordenamiento y con referencia a los cuales es valorable su *justicia*.

El primer punto de vista es aquel que permite a los jueces y juristas ver la divergencia interna al ordenamiento entre su deber ser normativo y su ser efectivo, es decir, la antinomia entre los parámetros constitucionales de *validez*, representados esencialmente por los derechos fundamentales de los ciudadanos, y las leyes vigentes y, más todavía, sus aplicaciones. En contraste con la escolástica identificación positivista entre *validez* y *vigencia*, ese punto de vista sirve para caracterizar la sujeción del juez a la ley, que es antes que nada la ley constitucional, como *tensión crítica* respecto de las leyes ordinarias vigentes que son virtualmente *inválidas* respecto de la Constitución y sus principios fundamentales. Y, por tanto, sirve también, por un lado, para requerir de él interpretaciones conformes a los valores constitucionales o censuras de *inconstitucionalidad* y, por otro lado —y sobre todo—, para fundamentar una sana consciencia de los márgenes irreducibles de *ilegitimidad* de la legalidad ordinaria y con ella de todo el conjunto de los poderes, incluido el propio poder judicial. Una *ilegitimidad*, obsérvese, que no es un defecto, sino un mérito del estado de derecho. Como se ha visto en el apartado 37.5 para la función judicial y como sostendré en general en los apartados 57.5 y 59.3, la *legitimidad* del poder en un estado de derecho, a diferencia de en los estados totalitarios, es siempre imperfecta, y tanto más cuanto más altos son los valores y los derechos incorporados en su Constitución.

El segundo punto de vista, al que inevitablemente remite el primero, es el *externo* de la sociedad y, en particular, de sus sujetos y de sus componentes más débiles. La primacía de los derechos «fundamentales» sancionados por la Constitución equivale en realidad a la primacía de los sujetos que son los titulares insatisfechos de aquellos derechos: de sus expectativas, de sus exigencias de igualdad, de sus valores y culturas, que por eso se configuran como el lugar y la fuente —no jurídicos sino ético-políticos— de interpretación y, por así de-

cirlo, de verificación de los valores constitucionales. Al mismo tiempo, como se verá en los dos capítulos siguientes, primacía de los derechos fundamentales —en el sentido literal de que «fundan» la legitimidad tanto del derecho como del estado— equivale a la primacía axiológica de la sociedad sobre el estado, entendido el segundo como instrumento de la primera y, en definitiva, del punto de vista externo o social sobre el interno o institucional. De ahí se siguen dos adquisiciones esenciales de deontología judicial. En primer lugar, la conciencia profesional del juez como tutor y garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos frente a los poderes tanto públicos como privados. En segundo lugar, el valor que los mismos jueces deben asociar a la crítica de la jurisdicción por parte de la opinión pública: no sólo tolerándola, sino ejercitándola ellos mismos como particulares y como grupo; y dándole valor no sólo en el sentido liberal de su legitimidad y fecundidad, sino también en el sentido directamente social de la relevancia, como criterios de orientación de la jurisprudencia, del punto de vista expresado por ella de los derechos fundamentales insatisfechos y de los correspondientes intereses materiales. Es por medio de estas dos vías como el poder judicial se vincula a la soberanía popular: la garantía de derechos fundamentales de todos, enunciados formalmente por la Constitución pero concretamente verificados y sustanciados por su tutela y justiciabilidad, y la crítica y el control popular sobre la justicia. Y es únicamente sobre esta base como se puede refundar una cultura no corporativa de la independencia del poder judicial como contrapoder institucional, es decir, como instrumento de tutela del ciudadano en conflicto potencial con los demás poderes del estado.

Estos dos puntos de vista se expresan, en el ordenamiento italiano, en el art. 3, 2.º de la Constitución. Ésta al menos fue la interpretación que de tal norma, durante largos años ignorada por la cultura jurídica y política, se dio a fines de los años sesenta por los jueces asociados en el grupo «Magistratura Democrática». Fue precisamente la «tarea» indicada por esta norma de remover los obstáculos que «de hecho» limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos lo que permitió a la cultura judicial progresista reconocer la divergencia estructural entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del ordenamiento, además de la invalidez tendencial del segundo respecto del primero. Conforme a ello, la sujeción del juez a la ley, en cuanto sujeción a la ley constitucional, cambió así de signo: ya no el fetichismo y tecnicismo legalista, que agotaba en la ley el horizonte axiológico de la jurisdicción, sino la aproximación constantemente crítica al derecho vigente para comprobar su eventual contraste con los valores elevados y difíciles —la igualdad sustancial y los derechos fundamentales— incorporados en la Constitución y nunca plenamente realizables. Al mismo tiempo, la referencia al art. 3, 2.º y a la primacía de los derechos constitucionales de los ciudadanos representó entonces, para la jurisprudencia

progresista, el trámite de su apertura al punto de vista externo de los sujetos que son los titulares insatisfechos de aquellos derechos. En aquellos años se desarrolló una suerte de reformismo judicial, que se expresó en el incremento de las excepciones y de los pronunciamientos de inconstitucionalidad y, sobre todo, en las orientaciones progresistas de la jurisprudencia en materia de derechos de libertad, de defensa del ambiente y de control sobre la ilegalidad de los poderes. Y se fue delineando a la vez un nuevo papel político del juez: llamado, precisamente por el horizonte axiológico constitucional y por su divergencia con la efectividad del derecho positivo, no ya a la obtusa aplicación de la ley vigente sino a su crítica y censura, para adecuarla una y otra vez, aunque nunca de una vez para siempre, a los valores supremos de la Constitución⁵².

La emergencia antiterrorista de la segunda mitad de los años setenta y la más genérica contra la delincuencia organizada de los años ochenta han oscurecido, para la mayoría de los magistrados, la perspectiva indicada por el art. 3, 2.º de la Constitución y expresada por los dos puntos de vista axiológicos que se acaban de señalar. La emergencia ha sustituido esos dos puntos de vista por uno solo y fundamental: la defensa del estado contra al ataque de la delincuencia y las consiguientes razones de la eficiencia represiva. La primacía atribuida al fin respecto de los medios es precisamente el producto de este vuelco, que ha invertido las fuentes de legitimación de la jurisdicción y ha vuelto a alimentar a las nunca reprimidas vocaciones sustancialistas y autoritarias de nuestra cultura penalista. La reapertura hoy de los dos horizontes axiológicos perdidos supone el fin, más que de la emergencia, de la misma idea de la emergencia en materia penal y, a la vez, la recuperación general de la dimensión axiológica y política propia del garantismo. Es a esta dimensión general a la que dedicaré la parte conclusiva de este libro.

NOTAS

1. Cicerón, *De legibus*, 3, 3, 8.
2. *Historia de la columna infame*, cit., Introducción p. 14.
3. Francisco Carrara habla al respecto del «terrible y fantasmagórico título de *lesa majestad*: lo llamo terrible, porque se apoya en millones de cadáveres; y fantasmagórico, porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo y con principios excepcionales y feroces los preceptos de la justicia» (*Programa. Parte especial*, cit., VII, 3918, p. 514). Véase el importante volumen de M. Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milán, 1974. La figura, como se sabe, proviene del derecho romano, de la legislación comicial de finales de la república (*lex Apuleia* del 103 a. de C., *lex Varia* del 90, *lex Cornelia de maiestate* del 81); pero se desarrolla y degenera en un instrumento de represión sobre todo en la época imperial («proximum sacrilegium crimen est, quod maiestatis dicitur», según la definición de Ulpiano, *7 de officio proconsulis*, D. 48.4.1.1).

4. Los primeros textos legislativos en los que aparece la expresión «delito político» son la Constitución francesa de 14.8.1830, cuyo artículo 69 prevé para los *délits politiques* la aplicación del jurado; una ley de amnistía para tales delitos de 8.10.1930; la Constitución belga de 1831, cuyo art. 98 reproduce el art. 69 de la Constitución francesa. La expresión fue usada ya por F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique* (1822), trad. it. de A. Répaci, *Giustizia e politica*, Chiantore, Turín, 1945, pp. 31, 44, 55, 63 y *passim*. Con anterioridad al término «delito político» se usó con un sentido completamente distinto, para designar lo que hoy se llaman faltas de policía: véase, por ejemplo, el código josefino y el comentario de C. Beccaria, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici* (1791), en *Opere*, cit., pp. 706-707. Apuntes históricos y de derecho comparado sobre el delito político en el siglo pasado se encuentran en A. Rolin, *Les infractions politiques, leur histoire, leurs caractères distinctifs, au point de vue du droit belge*, en «Revue de Droit international», 15, 1883, pp. 417 ss; P. Barsanti, *Del reato politico, in Completo trattato teorico-prattico del diritto penale*, dirigido por P. Cogliolo, Vallardi, Milán, 1890, vol. II; F. Carfora, *Delitto politico*, en *Digesto italiano*, cit., IX/1, 1898, pp. 833-840; P. Nocito, *Alto tradimento*, *ibid.*, II/2, 1893, pp. 723-1088; Id., *Reati contro el diritto politico*, Forzani, Roma, 1901; E. Florian, *Trattato di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la sicurezza dello stato*, Vallardi, Milán, 1915. Entre las aportaciones historiográficas recientes, véanse C. U. Schminck, *Stato di diritto e movimento operaio. Per una storia del diritto penale politico in Italia*, en «Studi storici», 1970, pp. 445-487; M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», II, 1973, p. 608 ss.; S. Panagia, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Cedam, Padua, 1980, pp. 47 ss.; R. Messina, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello stato*, Giuffrè, Milán, 1981, cap. I y II y apéndice (con los textos de las normas en materia de códigos italianos preunitarios); R. Canosa, *Il delitto politico: «natura» e «storia»*, en Varios, *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Sapere, Roma, 1984.

5. Véanse, sobre esta noción de «delito político», V. Manzini, *Trattato de diritto penale*, cit., I, 186, pp. 422-433; E. Altavilla, *Delitto politico*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., V, 1960, pp. 410-416; G. Marini, *Delitto politico, ibid.*, *Appendice II*, 1981, pp. 1043-1047; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 831-836.

6. En este sentido, T. Padovani, *Bene giuridico e deliti politici. Contributo alla critica e alla riforma del titolo I, libro II C.P.*, en A. M. Stile (ed.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 233 ss.

7. La definición es de G. Cassandro, *Resistenza (diritto di)*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., XV, 1968, p. 591. De la amplia literatura sobre el «derecho de resistencia» y sobre la «desobediencia civil» recuérdese, además del artículo de Cassandro, N. Nicolai, *Resistenza (diritto di)*, en *Digesto italiano*, cit., XX, 1; 1915, pp. 1279-1290; O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1913), trad. it. de A. Giolitti, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Einaudi, Turín, 1943, VI, pp. 205 ss.; H. Arendt, *Civil Disobedience* (1970), trad. it. de T. Serra en *La disobbedienza civile e altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 29-88; J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, trad. it. de S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, 55-59, pp. 302-324; G. Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., pp. 89-95; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 136 ss.; Id., *Disobbedienza civile*, en *Dizionario di politica*, dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci, Turín, 1976, pp. 324 ss.; Id., *La resistenza all'oppressione oggi*, en Varios, *Studi sassaresi. Autonomia e diritto di resistenza*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 15-31; A. Passerin d'Entreves, *Legittimità e resistenza, ibid.*, pp. 33-45; Id.,

Obbedienza e resistenza in una società democratica, Comunità, Milán, 1973; G. Cosi, *Saggio sulla disobbedienza civile*, Giuffrè, Milán, 1984; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 452-456; F. M. de Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIX, 1988, pp. 994-1003.

8. «Reddite ergo quae sunt Caesaris, Caesari, et quae sunt Dei, Deo» (*Mateo*, 22, 21; *Marcos*, 12, 17; *Lucas*, 20, 25); el deber de desobediencia a la autoridad estaba además fundamentado en la tesis de que no hay autoridad «nisi a Deo» (Pablo, *Romanos*, 13, *Tito*, 3, 1; Pedro, *Primera carta*, 2, 13), por lo que la obligación política quedaba subordinada a la moral y religiosa (*Hechos*, 5, 9: «Oboedire oportet Deo magis quam hominibus»). Para una referencia más amplia a las doctrinas paleocristianas de la primacía de los preceptos divinos sobre los jurídicos y a las alto-medievales y germánicas de la «resistencia eclesial» autorizada por la Iglesia, de la soberanía popular en virtud del contrato que liga el poder soberano al pueblo, así como del tiranicidio, cf. G. Cassandro, o. c., pp. 591-595.

9. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio XIII, art. 2: «Videtur quod seditio non semper sit peccatum mortale... 3. Praeterea, laudantur que multitudinem a potestate tyrannica liberant... Ad tertium dicendum quod regimen tyrannicum non est iustum: quia non ordinatur ad bonum commune, sed ad bonum privatum regentis. Et ideo perturbatio huius regiminis non habet rationem seditiomis»; *ibid.*, quaestio CIV, art. 6: «principibus saecularibus intantum homo oboedire tenetur inquantum ordo iustitiae requirit. Et ideo si non habeant iustum principatum sed usurpatum, vel si iniusta praecipiant, non tenentur eis subditi oboedire»; H. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, cit., lib. II, p. 33: «ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem»; J. Fortescue, *The Governance of England, or The Difference between an Absolute and a Limited Monarchy* (1471-1476), a cargo de Ch. Plummer, Clarendon Press, Oxford, 1885: «non potest rex Angliae ad libitum suum mutare regni sui leges». Véase también el apartado 61 de la *Magna Charta* que estableció la responsabilidad del rey por la violación de las normas contenidas en ésta y el derecho de los varones y del pueblo a la violencia en caso de su falta de reparación. En cuanto a las doctrinas alemanas de la doble soberanía en el *Ständestaat*, y a las distintas declaraciones *libertatis* alemanas e italianas, véase G. Cassandro, o. c., pp. 595-599.

10. El pasaje de Calvino, *Institutio christianae religionis*, IV, 10, en el que suele basarse su doctrina de la resistencia, está en G. Cassandro, o. c., pp. 599, donde también se recogen las tesis de los monarcómacos protestantes Hotman, Beza, Du Plessis Mornay, Buchanan y Danaeus y de los católicos Fickler, Boucher y Mariana. Común a todos ellos, como por otra parte a los estatutos italianos y alemanes, es la configuración del derecho de resistencia como un derecho colectivo y nunca como un derecho individual.

11. J. Althusius, *Politica methodice digesta et exemplis sacris atque profanis illustrata* (1603), Scientia, Aalen, 1961, cap. XXXVIII, pp. 879-940; H. Grocio, *Annales et historiae de rebus belgicis*, Blaeu, Amsterdam, 1657, lib. III; *Id.*, *De iure belli ac pacis*, cit., lib. I, cap. IV; J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit., apart. 21, 149, 168, 176 y 241, pp. 254, 361 ss. 378, 385 y 440; J. J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., III, 10, pp. 84-87; E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), Robert et Gauthier, Lyon, 1802, lib. I, apart. 51, t. I, pp. 63-69; Condorcet, *Projet de déclaration des droits naturels, civiles et politiques des hommes*, presentado el 15.2.1793, arts. 1, 31, 32, en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni*, cit., pp. 311-313; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., cap. VI.

12. Recordaré, en particular, el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia de 1776, que proclama el «derecho de cambiar o abolir» los gobiernos que no persigan

la felicidad y la seguridad de los ciudadanos; el art. 2 de la Declaración francesa de 1789, que incluye la «resistencia a la opresión» entre los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre»; los arts. 1, 29 y 30 de la Declaración de 29.5.1793, que sanciona igualmente el «derecho de resistencia a la opresión» y el «sagrado deber» de «la insurrección» cuando los medios legales de resistencia se revelen «impotentes»; el art. 33 de la Constitución de 24.6.1793, según el cual «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre»; el art. 9 del proyecto de Constitución para la República Partenopea redactado por Francesco María Pagano, que también establece el derecho de resistencia de toda persona contra quien «impide el libre ejercicio de sus facultades», así como contra «las autoridades perpetuas y hereditarias, siempre tiránicas».

13. Es significativo que la positivización del derecho de resistencia reaparezca en las Constituciones de los países que han experimentado regímenes de tipo fascista. Recuérdense el art. 50 del proyecto de la Constitución italiana, que establecía que «la resistencia a la opresión es derecho y deber del ciudadano»; las Constituciones del 46 y del 47 de algunos estados alemanes como Assia, Bremen, Brandenburgo y Hessen, que aseguran el derecho de resistencia contra las «violaciones de la Constitución» o «de los derechos del hombre», «contra las leyes que se opongan a la moral y la humanidad» o «contra el ejercicio anticonstitucional de los poderes públicos»; el art. 20 de la Constitución portuguesa del 76 sobre «el derecho de oponerse» incluso «con la fuerza» a toda agresión contra los derechos fundamentales; el art. 1 de la Constitución nicaragüense de 1978 sobre «el derecho del pueblo de defender con las armas en la mano la independencia y la autodeterminación nacional».

14. F. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte* (1924), trad. it. de D. Scolari, *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*, Sansoni, Florencia, 1977 (hay trad. cast. de F. González Vicen, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, con estudio preliminar de L. Díez del Corral, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).

15. J. Bodin, *Les six livres de la Republique* (1576), trad. it. de M. Isnardi Parente, *I sei libri dello stato*, Utet, Turín, 1964, lib. I, cap. VIII, pp. 345-406; G. Botero, *Della ragion di stato* (1589), selección de párrafos de L. Firpo, en *La ragion di stato*, Giappichelli, Turín, 1976.

16. Cf., sobre estas doctrinas, F. Meinecke, *o. c.*, VI, pp. 149-196. De Richelieu se recuerdan, en materia de delitos políticos, las palabras siguientes: «Hay crímenes que es necesario castigar primero e informarse después. Entre éstos, el delito de lesa majestad es tan grave que se debe castigar el pensamiento» (cit. en R. Canosa, *Il delitto politico*, cit., p. 20).

17. Sobre el maquiavelismo en el idealismo y en el historicismo alemán de Fichte y Hegel, Ranke y Treitschke, véase F. Meinecke, *o. c.*, lib. III, pp. 349 y ss.

18. Cf. por ejemplo, *Die Diktatur* (1921), trad. it. de B. Liverani, *La dittatura, Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975, pp. 212-215, donde Schmitt sostiene la interpretación extensiva del art. 48 de la Constitución de Weimar, según la cual el Presidente del Reich, durante el estado de emergencia, podía tomar cualquier decisión para restablecer el orden, incluida la de lanzar gases venenosos sobre ciudades enteras. La misma interpretación del art. 48 se encuentra en *Verfassungslehre* (1928), trad. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 46.

19. El paradigma es el mismo, en el sentido en que la razón política —no importa si de Estado o de partido— justifica por igual cualquier delito político para la conquista del poder y cualquier forma de represión excepcional de los delitos políticos que atenten contra el poder. Filangieri recuerda las leyes excepcionales contra los delitos de lesa

majestad promulgadas por Sila, que precisamente gracias a delitos idénticos había conquistado el poder (*Ciencia de la legislación*, cit., t. IV, lib. III, cap. XLV, pp. 165 ss.). Para un análisis del paradigma, véase mi *Crítica della violenza come critica della politica*, en L. Manconi (ed.), *La violenza e la politica*, Savelli, Roma, 1979, pp. 49 ss.

20. Recuérdense, por ejemplo, las interpretaciones antropológicas del delito político de C. Lombroso y R. Laschi en *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto all'antropologia criminale e alla scienza di governo*, Bocca, Turín, 1890; C. Lombroso, *Gli anarchi*, Bocca, Turín, 1894, donde se presenta a los anarquistas como una categoría especial de delinquentes; Id., *La delinquenza nella rivoluzione francese*, en Varios, *La vita italiana durante la rivoluzione francese e l'impero*, Treves, Milán, 1900, que comienza con estas palabras: «La que se suele llamar Revolución del 89 no fue más que una gran revuelta y un gran delito político que sirvió para aumentar una triste cadena de delitos comunes». Sobre la concepción positivista del delito político, cf. G. Paoli, *Il delitto politico-sociale secondo la concezione positivistica*, en «La Scuola positiva», 1924, pp. 354 y ss.

21. «Por una parte» —afirma F. Carrara, *Programa. Parte especial*, cit., VII, 3938, pp. 523-524, a propósito de la «fluctuaciones» y las «dudas» de las legislaciones y de la opinión pública sobre la cuestión— «los conspiradores y los innovadores políticos son declarados infames y se les persigue hasta en sus bienes y en sus hijos; por otra, se esparcen flores sobre sus tumbas y se perpetúa su memoria, como si fueran mártires, en biografías y en cánticos populares; y mientras unos reproducen su efigie para entregarla al verdugo, otros la colocan en el muro doméstico como un recuerdo digno de veneración y de llanto. De un lado el estercolero, de otro el altar. Mori deplora de modo cruel la hospitalidad que las naciones cultas les conceden a esos individuos; pero entretanto los pactos internacionales de los pueblos cultos los excluyen de los convenios de extradición. De un lado se exigen excepcionales formas judiciales y jueces selectos para aumentar sus garantías ante el gobierno que los persigue; de otro se buscan formas más rápidas y juicios anormales para hacer más seguro el castigo... Carmignani combatió hasta el exceso la pena de muerte para los delitos comunes, pero se doblegó hasta reconocerla como necesaria para los delitos políticos... Guizot sostiene tenazmente la legitimidad de la pena de muerte en los delitos comunes, pero con esa misma tenacidad la rechaza en los delitos políticos. En Rusia fue abolido el suplicio capital para los delinquentes comunes, pero se conserva con esmero contra los rebeldes. En Francia se admite el reinado de la guillotina contra los asesinos, pero no se acepta la pena de muerte contra los delinquentes políticos. ¿Cómo será posible que el pobre entendimiento humano pueda componer un orden filosófico racional en una materia en que impera tanta confusión?».

22. Un «derecho de resistencia de la nación armada» fue por ejemplo el perfilado por Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale e rappresentativa*, cit., que disciplinó prolijamente su ejercicio confiándolo a una guardia cívica no jerarquizada, subdividida en secciones municipales y no dependiente del príncipe sino del Senado, competente además para decidir los casos de necesidad: «Una Constitución sin la fuerza de las armas contra un poder siempre armado no descansa más que en el papel, y no vale más que como papel. Los poderes distribuidos no sostenidos por una fuerza suficiente no son más que títulos nominales y no valen más que como nombres. El antagonismo constitucional no avalado por un temor efectivo se presenta como un ladrido de perro no sostenido por una posibilidad de defensa» (parte II, apart. 88, pp. 655-656); «¿Debería pues limitarse con la ley el ejercicio de la fuerza? Pero, contra una fuerza real, ¿se puede oponer con confianza sólo el papel? No queda más que oponer fuerza a la fuerza», es decir, «recurrir a una fuerza armada distinta de la que se destina a los enemigos externos, no obstante, fuerza armada de la nación» (parte I, apart. 56,

pp. 118-120); «Vosotros os conformáis enseguida cuando se trata de hacer la guerra fuera de casa y la justificáis con el riesgo de engrandecimiento de los vecinos que podría amenazar vuestra independencia, con un daño comercial, con una ofensa al honor del trono, y ¿no queríais permitir una guerra bastante más necesaria contra la tiranía?» (parte I, apart. 70, p. 153). Una teorización en algunos aspectos análoga del derecho de resistencia se encuentra también en V. E. Orlando, *Della resistenza individuale e collettiva*, Loescher, Turín, 1885; Id., *Principi di diritto costituzionale* (1889), Barbera, Florencia, 1909, pp. 303-311, donde el derecho de resistencia se concibe como «garantía constitucional» e «inevitable corolario de la libertad personal» en cuanto «derecho del ciudadano a defenderse contra quien quiere lesionar su derecho».

23. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 151-152. «El menor intento en este sentido», prosigue Kant, «es un crimen de alta traición (*proditio eminens*) y el traidor de esta clase ha de ser castigado, al menos, con la muerte, como alguien que intenta dar muerte a su patria (*parricida*). La razón por la que el pueblo debe soportar, a pesar de todo, un abuso del poder supremo, incluso un abuso considerado como intolerable, es que su resistencia a la legislación suprema misma ha de concebirse como contraria a la ley, incluso como destructora de la constitución legal en su totalidad. Porque para estar capacitado para ello tendría que haber una ley pública que autorizara esta resistencia del pueblo; es decir, que la legislación suprema contendría en sí misma la determinación de no ser la suprema y de convertir al pueblo como súbdito, en uno y el mismo juicio, en soberano de aquel al que esta sometido; lo cual es contradictorio... Por tanto, un cambio en una Constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducido por el soberano mismo mediante *reforma*, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por *revolución*». Kant argumenta esta negación absoluta del derecho de resistencia —en una larga nota de execración de la decapitación de Luis XVI sucedida pocos años antes— con la tesis de que «el pueblo», en cuanto súbdito y no soberano, no tiene «nunca el mínimo derecho a castigar al jefe supremo por la gestión anterior... Entre todas las atrocidades que conlleva un golpe de estado por insurrección, el *asesinato* mismo del monarca no es todavía lo más grave, porque cabe pensar que el pueblo lo hace por *miedo* de que, si sobrevive el monarca, pueda recuperarse de nuevo y hacer sentir al pueblo el castigo merecido... La *ejecución* formal es la que conmueve el alma imbuida de la idea del derecho humano con un estremecimiento que se renueva tan pronto como imaginamos una escena como la del destino de Carlos I o de Luis XVI», que es «un crimen que permanece perpetuamente y nunca puede expiarse (*crimen immortale, inexpiabile*), y parece asemejarse a lo que los teólogos llaman el pecado que no puede perdonarse ni en este mundo ni en el otro... La razón de que sea terrible la idea de que un pueblo ejecute formalmente a su monarca es, pues, que el *asesinato* ha de pensarse sólo como una *excepción* a la regla que el pueblo había erigido para sí mismo en máxima, pero la *ejecución* ha de pensarse como la total *inversión* de los principios de la relación entre el soberano y el pueblo (éste, que tiene que agradecer su existencia sólo a la legislación del primero, se convierte en soberano de aquél), de suerte que la violencia, con la frente bien alta y siguiendo principios, se eleva sobre el derecho más sagrado; lo cual, como un abismo que lo devora todo sin retorno, como un suicidio cometido por el Estado, parece ser un delito sin explicación posible» (*ibid.*, pp. 152-154).

24. Es la motivación con que la comisión para la Constituyente rechazó el art. 50 del Proyecto que sancionaba el derecho de resistencia, juzgándolo incompatible con un ordenamiento en el que el pueblo «tiene competencia para intervenir directamente en la determinación del funcionamiento de los poderes supremos». La misma tesis fue mantenida, por ejemplo, por F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano I, La libertà religiosa come diritto pubblico obbiettivo*, F. Bocca, Turín, 1924, p. 184; Id., *Diritto di li-*

bertà (1926), La Nuova Italia, Florencia, 1946, pp. 58-60, y, por último, por F. M. de Sanctis, o. c. Sobre el origen kantiano de esta tesis, cf. *infra* nota 39 del cap. 14.

25. «Mandamos que sean eliminadas y queden derogadas todas las leyes que con extensión abusiva han creado y multiplicado los delitos de lesa majestad como provenientes en su mayor parte del despotismo del Imperio Romano y no tolerables en ninguna sociedad bien regulada. Y para cortar tal abuso, abolido cualquier tipo de delito de lesa majestad... abolida también la criminalidad de todas aquellas acciones, que en sí mismas no son delictivas, han resultado serlo únicamente por ley, todas las demás deberán considerarse como delitos ordinarios en su clase respectiva» (art. LXII). Este artículo de la reforma leopoldina, junto al art. LI que había suprimido la pena de muerte, fueron derogados por la ley de 30.6.1790 y después por la de Fernando III de 30.8.1795, que restauraron la pena capital y el título «delitos de lesa majestad» para cuantos «tratan de inflamar, de sublevar, de ponerse al frente del pueblo, para oponerse con la violencia pública a las pródidas disposiciones del gobierno y para cometer otros excesos o desórdenes de tal naturaleza».

26. Véanse, en esta dirección, Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., XII, 7-18, pp. 177-183, para el que «basta con que el delito de lesa majestad sea impreciso para que el gobierno degeneren en despotismo» y «otro abuso violento es el de dar el nombre de delito de lesa majestad a un acto que no lo es», como por ejemplo las genéricas e indirectas faltas de respeto y los delitos de opinión, de palabra y de prensa; C. Beccaria, o. c., VIII, p. 39, que limita la categoría de delitos de lesa majestad a aquellos que «destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa» y añade que «sólo la tiranía y la ignorancia, que confunden los vocablos y las ideas más claras, pueden dar este nombre, y por consecuencia la pena mayor, a delitos de diferente naturaleza, y hacer así a los hombres, como en otras infinitas ocasiones, víctimas de una palabra»; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. IV, lib. III, caps. XLV-XLVI, pp. 165 ss., que de la misma manera polemiza contra la extraordinaria expansión del crimen de lesa majestad desde Sila, a través de Julio César, Augusto y Tiberio, hasta la legislación francesa y recomienda una drástica redefinición y reducción; G. Carmignani, *Elementos del derecho criminal*, cit., 516, p. 208, que invierte el dicho de Claro «in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi», como ya había hecho Filangieri (o. c., t. III, cap. IX, pp. 99-100) exigiendo para los delitos y las penas más graves, mayor rigor probatorio; J. Bentham, *Principios del código penal*, cit., 1.ª parte, cap. II, pp. 227-228, e *Idea general de un cuerpo completo de legislación*, *ibid.*, caps. VI-VII, pp. 438-461, donde los delitos políticos están incluidos entre los llamados «públicos». Una expansión de hecho de la categoría de delito político a través de la calificación de «todo malhechor», como «rebelde y traidor a la patria» que «cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes» de forma que «cuando se (le) hace morir» es «menos como ciudadano que como enemigo», se encuentra, en cambio, en J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., II, 5, p. 41. Y también I. Kant, *ibid.*, cuando analiza las razones específicas del «estremecimiento» suscitado por el hecho de que «un pueblo ejecute formalmente a su monarca», encuentra la mayor «maldad» precisamente en la connotación política del delito, en virtud de la cual el delincuente no se limita a «desviarse», es decir, a «hacer una excepción a la regla (eximirse de ella en ocasiones)», sino que «rechaza la autoridad... y convierte en regla de su acción obrar contra la ley», de modo que «su máxima no sólo se opone a la ley por defecto (*negative*), sino incluso dañándola (*contrarie*) o, como se dice, *diametralmente*».

27. *L'idea della ragion di stato*, cit., p. 14.

28. *Prix de la justice*, cit., art. XX, p. 572.

29. Es la definición con la que se abre el libro de F. Meinecke, o. c., p. 1.

30. La idea no es, sin embargo, extraña a la tradición clásica y precristiana.

Meinecke (o. c., pp. 25-26) recuerda el pasaje de las *Phoenissae* en el que Eurípides hace proclamar a Eteocles la doble moral, una para la vida política y otra para la privada: «Si es necesario cometer injusticia, es bueno hacerlo para conseguir el poder, pero no es justo y pío en los demás casos»; y también Cicerón en *De officiis*, 3, 46: «Utilitatis specie in republica saepissime peccatur»; Id., *Epistularum ad familiares libri XVI*, 10, 16, donde, por vez primera, aparece la expresión «ratio rei publicae». Recuérdese, por lo demás, la máxima ciceroniana «salus populi suprema lex esto» (*De legibus*, 3, 3, 8). Cf. también Platón, *La república*, cit., III, 389b, p. 153: «Si es adecuado que algunos hombres mientan, éstos serán los que gobiernen el Estado, y que frente a sus enemigos o frente a los ciudadanos mientan para beneficio del Estado; a todos los demás les estará vedado»; *ibid.*, V, 459d, p. 260: «parece que los gobernantes deben hacer uso de la mentira y el engaño en buena cantidad para beneficio de los gobernados; en algún momento dijimos que todas las cosas de esa índole son útiles en concepto de remedios».

31. Tales son, para Hegel, «los grandes individuos en la historia universal», «los que se proponen fines particulares que contienen lo sustancial, la voluntad del espíritu universal», que «tienen el derecho de su parte, porque son los clarividentes» y los «demás les obedecen necesariamente» (*Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* [1837], trad. cast. de José Gaos, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Revista de Occidente, Madrid, 1974, pp. 91-92). Esta idealización de los hombres de Estado fue retomada por Leopoldo Ranke, para quien la razón de Estado es la idea que «vive prácticamente en los verdaderos hombres de Estado: ésa es la regla de su conducta. En su pensamiento, en su espíritu, se concentra la existencia espiritual del Estado» (citado por F. Meinecke, o. c., p. 395).

32. Sobre la idea del Estado de derecho como «medio» o «instrumento» de tutela de los derechos fundamentales, contrapuesta a la de Estado como «fin» o «valor» volveré en el próximo capítulo. Recuérdese que la configuración del derecho penal como «defensa jurídica» más que como «defensa social» fue motivada por F. Carrara, *Programa. Parte General*, cit., II, 815, p. 278, con la tesis de que «la defensa social podría llevarse, en ciertos casos, a legitimar también la violación del derecho individual, si se amplía el peligroso principio *salus publica suprema lex esto* (sea ley suprema la salvación del pueblo); pero esto no puede concederse en derecho penal, pues al sustituir por el dominio de la utilidad el dominio de la justicia (que es el único dominio legítimo), las leyes son llevadas a la violencia».

33. Llevan por título «para la tutela del orden democrático» y «para la defensa del orden constitucional» respectivamente el decreto ley n. 625 de 15.12.1975, convertido en ley n. 15 de 6.2.1980, y la ley n. 304 de 25.5.1982. Más sobrios son los títulos de las leyes especiales precedentes: «disposiciones para la tutela del orden público» (ley Reale de 22.5.1975), «normas penales y procesales para la prevención y represión de delitos graves» (decreto ley n. 59 de 21.3.1978, convertido en ley n. 191 de 18.5.1978) y otros similares.

34. Para un análisis más profundo de la legislación de esta primera fase de la emergencia, véase mi artículo 1977: *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, en «La questione criminale», 1977, 3, pp. 361-404, cf. además F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, cit., pp. 16 ss. y 261 ss.

35. En materia de terrorismo, piénsese en los procesos del «7 de abril» y en el seguío contra las «Unidades Comunistas Combatientes», que aún constituyendo casos límite que sería injusto generalizar, contienen una especie de *summa* de todas las desviaciones procesales de la emergencia que han ejercido mayor influencia sobre los hábitos de los jueces. Sobre estos y otros procesos de la emergencia, reenvío a G. Scarpari, *Processo a mezzo stampa: il 7 aprile*, en «Quale giustizia», 51, 1979, pp. 228-292; Id., *La vicenda del «7 de aprile»*, en «Questione Giustizia», 1982, 3, pp. 599-

565; L. Ferrajoli, *Il teorema Calogero: frane e puntelli nella requisitoria Ciampani*, en «Critica del diritto», 23-24, 1981, pp. 51-62; Id., *Il caso «7 aprile». Lineamenti di un proceso inquisitorio*, en «Dei delitti e delle pene», 1983, 1, pp. 167-205; Id., *Il processo penale diffuso (Ancora sul caso «7 aprile»)*, 1983, 2, pp. 381-388; Id., *L'imputato come nemico: un topos della giustizia dell'emergenza*, 1983, 3, pp. 581-593; P. Petta, *I reati associativi e i giudici del «7 aprile»*, en «Critica del diritto», 23-24, 1981, pp. 103-115; P. Dusi, *Il «7 aprile» padovano e la stampa*, en «Questione Giustizia», 1982, 3, pp. 627-637; G. Palombarini, *7 aprile; il proceso e la storia*, con introd. de G. Scarpari, Arsenale, Venecia, 1982; A. Portelli, *Oral Testimony, the Law and the Making of History: the «April 7» Murder Trial*, en «History Workshop Journal», 20, 1985, pp. 5-36. Una amplia documentación sobre numerosos casos —entre los que se encuentran el caso Tortora y el caso Naria— se contiene en el volumen *Lo stato de la giustizia in Europa. Il caso Italia. Strasburgo 23-24 ottobre 1984*, Cedam, Padua, 1985, con escritos de Stephan Trechsel, Giulano Vassalli, Muro Mellini, Patrizio Rovelli, Italo Mereu, Agostino Viviani y Gian Domenico Pisapia. Una crítica analítica y durante algunos años casi cotidiana de la jurisdicción de la emergencia se debe además al periódico *Il Manifesto* y a la revista *Antigone*.

36. *De los delitos y de las penas*, cit., XVII, p. 59.

37. Para una crítica de la ley sobre «arrepentidos» de 1982, además de las observaciones de carácter general desarrolladas *supra* en el apartado 41.2, remito a L. Ferrajoli, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, en «Questione Giustizia» 1982, 2, pp. 209-222; E. Resta, *Il diritto penale premiale. «Nuove» strategie di controllo sociale*, en «Dei delitti e delle pene», 1983, 1, pp. 41-69; T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», II, pp. 529-545; Id., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica delle punibilità, en Varios, *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milán, 1987; D. Pulitanò, *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, pp. 39-74; F. Cordero, *Contratto penale e giustizia amministrativa nella filosofia del processo*, *ibid.*, pp. 105-114; E. Musco, *La premialità nel diritto penale*, *ibid.*, pp. 115-132. Sobre la relevancia probatoria de la denuncia del coimputado, existe una amplia literatura y una rica jurisprudencia, me limito a recordar: E. Fassone, *Riflessioni sul tema della prova*, en «Questione Giustizia», 1985, 3, pp. 515 y s.; G. Neppi Modona, *Dichiarazioni dei «pentiti» e problema della prova*, *ibid.*, 1985, 4, pp. 766-777; G. Lozzi, *La valutazione probatoria della chiamata di correità*, *ibid.*, 1986, 1, pp. 62-71; G. Fiandaca, *La «chiamata di correo» fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo*, en «Il Foro italiano», 1986, II, pp. 529 ss.; A. Bevere, *La chiamata di correo. Regole dell'esperienza giurisprudenziale*, Sapere, Roma, 1988. Sobre el problema de la «disociación silenciosa», y sobre su pésima regulación legislativa, cf. L. Saraceni, *Ancora sulla dissociazione dal terrorismo*, en «Questione Giustizia», 1983, 4, pp. 769-802; L. Ferrajoli, *La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza*, 1987, 2, pp. 268-278.

38. Una dura crítica de los maxi-procesos se encuentra en M. Ramat, *Il maxi-processo*, en «Questione Giustizia», 1985, 2, pp. 259-275, cf. también, sobre el tema, E. Amodio, *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, en «Cassazione penale», 1987, pp. 2056 ss.; G. Neppi Modona, *Il proceso cumulativo nel nuovo codice di procedura penale*, 1988, pp. 940-955, donde se recomienda el uso de la expresión «más neutra»: «proceso acumulativo», en lugar de «maxi-proceso» (ya adoptada por Vassalli en la relación al congreso sobre el estado de la justicia, cit., p. 31) para exorcizar «componentes emotivos o ideológicos que normalmente acompañarían al tema» y para propiciar «una aproximación más laica y menos ideologizada» al problema. Véase también el fascículo de «La difesa penale» n. 16-17, 1987, relativo a las actas del Congreso celebrado en San Remo sobre *Anatomia del maxiprocesso*.

39. Es ejemplar al respecto el proceso 7 de abril, en el curso del cual los jueces rechazaron repetidamente durante la instrucción el careo entre los arrepentidos Fioroni y Casirati y los imputados todos ellos detenidos. Otorgaron a Fioroni favores escandalosos, hasta consentirle la fuga por medio de un pasaporte falso ilícitamente concedido por la presidencia del consejo, y a otros arrepentidos, como Temil, la eliminación de las iniciales y gravísimas imputaciones; hicieron un uso continuo de órdenes de captura reiteradas o sustitutivas para «sostituire» (en vez de sobreseer) las imputaciones formuladas con las primeras órdenes de captura, a medida que fueron resultando inviables las acusaciones formuladas inicialmente. Cf., sobre todo esto, L. Ferrajoli, *Il caso «7 aprile»*, cit.

40. *De los delitos y de las penas*, cit., XVII, p. 58.

41. Cf. los trabajos citados en la nota 35. Véase también mi *Emergenza penale e crisi della giurisdizione* en «Dei delitti e delle pene», 1984, 2, p. 287.

42. *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., t. III, lib. I, cap. XII, p. 125. Sobre la incompatibilidad con el garantismo procesal de toda forma de colaboración o pacto del imputado con la acusación, cf., *supra*, el apartado 41.2 y las críticas a instituciones similares de Beccaria, Diderot, Filangieri, Pagano y Romagnosi, recogidas en las notas 299-305.

43. Este singular «modelo de colaboración» se defiende con argumentos puramente eficientistas por G. Conte, *La gestione collettiva dei processi di criminalità organizzata tra le vecchie strutture e le nuove tendenze della magistratura*, en «Questione Giustizia», 1985, 2, pp. 277-285.

44. *Leviatán*, cit., XXVIII, p. 254.

45. *Ibid.*

46. Recuérdense el aval prestado a la legislación de emergencia y antes aún a la idea de la emergencia como estado de necesidad que justifica el cambio de las reglas ordinarias, por la sentencia n. 15 de 1.2.1982 de la Corte constitucional: «Frente a una situación de emergencia... Parlamento y Gobierno tienen no sólo el derecho y el poder, sino también el preciso e indeclinable deber de proveer, adoptando una adecuada legislación de emergencia»; y además: «(La emergencia) legitima medidas insólitas», aunque —se añade después— «éstas pierden legitimidad si permanecen injustificadamente en el tiempo».

47. *Programa. Parte especial*, cit., 3939, p. 182.

48. *Del espíritu de las leyes*, cit., XII, 18, p. 708.

49. Como se sabe, Carrara negó toda consistencia científica y filosófica a la clase de los «delitos políticos», a la que dedicó, como conclusión de su *Programa*, un capítulo titulado «Por qué no se expone esta clase». A su juicio, en efecto, «las condiciones de la ciencia demuestran que el delito político no es definible mediante principios absolutos, pues se vacila al tratar de definir cuál es el criterio que constituye su culpabilidad», ya que si el criterio en la materia es el de la «mayoría», «habrá que contar uno por uno a los supuestos conspiradores; y si resulta que suman quinientos diez, sobre una población de mil ciudadanos, no se les podrá llamar ni conspiradores ni delincuentes, y en cambio serán delincuentes y rebeldes los cuatrocientos noventa que se les oponen. Y no siempre bastará la cuenta, pues si, al bajar a la lid, los de menor número vencen a los de la mayoría por ser superiores en destreza, fuerza o valor, la razón y la gloria serán para aquéllos, y el vituperio y la cárcel, para los otros»; de este modo, «para juzgar *a priori* si un proyecto de conspiración es o no delito, ya no será preciso contar el número de los conspiradores, sino calcular su sagacidad o inteligencia» (*ibid.*, 3928-3932, pp. 519-521). Lo que equivale «a decirles a los penalistas: *Procul esto, prophani* (lejos de aquí los profanos), porque el campo de los delitos políticos no está bajo el dominio del derecho penal», que «nunca será el árbitro de la suerte de un hombre a quien unos aplauden y

otros execran, porque jamás el derecho punitivo podrá llegar a ser árbitro de la verdad entre esos aplausos y esas execraciones» (*ibid.*, 3935 y 3939, pp. 522 y 525).

50. Recuérdense, entre las amnistías de este siglo en las que se da revelancia al móvil político, el R.D. n. 437 de 7.8.1905 para los delitos cometidos con ocasión de «sediciones» y tumultos»; el R.D. n. 34 de 4.2.1909 para algunos delitos de índole económica y política; el R.D. n. 157 de 21.2.1919 y el n. 1501 de 2.9.1919, que hablan de «delitos cometidos con ocasión de motines populares, manifestaciones públicas y tumultos determinados por causas políticas y económicas»; el R.D. n. 1300 de 11.9.1921 «por delitos de índole política y por los cometidos con ocasión o por causa de móviles políticos o en cualquier forma determinados por motivos políticos», cometidos en Tripolitania y en Cirenaica; el R.D. n. 1641 de 22.12.1922, referido a «los delitos previstos en cualquier código o ley, incluso financiera, cometidos con ocasión o por causa de móviles políticos cuando el hecho se haya cometido con fines nacionales, mediatos o inmediatos»; el D.L. n. 719 de 17.11.1945 para los delitos políticos antifascistas; el D.P. n. 4 de 22.6.1946 para los delitos políticos y militares; el D.P. n. 460 de 11.7.1959 «para los delitos políticos del art. 8 c.p. cometidos desde el 25.7.1943 hasta el 18.6.1946», así como para los «cometidos con posterioridad y punibles con pena privativa de libertad no superior a 4 años», y, finalmente el D.P.R. n. 283 de 22.5.1970 para los delitos castigados con pena no superior en el máximo a 5 años» y cometidos «con finalidades políticas, a causa y con ocasión de agitaciones, manifestaciones sindicales o estudiantiles, o de agitaciones o manifestaciones atinentes a problemas del trabajo, el empleo, la vivienda o la seguridad social».

51. Más argumentos en apoyo de esta tesis, en mi *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, en Varios, *Il delitto politico*, cit., pp. 49-58.

52. No se comprendería la contestación de los jueces desarrollada en aquellos años si no se tuviese en cuenta el doble horizonte axiológico delineado aquí: el jurídico-constitucional de los derechos fundamentales y el político y social de los intereses subalternos y de las perspectivas de transformación que aquellos derechos reclamaban y legitimaban. Ni se entendería, fuera de la dimensión axiológica asociada al art. 3, el sentido de una indicación como la expresada entonces en las fórmulas «jurisprudencia alternativa» y «uso alternativo del derecho»: que nunca estuvieron dirigidas a contestar la legalidad positiva como tal, sino el dogma positivista de la validez de las normas sólo porque vigentes y, por otra parte, el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detentado por la jurisprudencia conservadora. La expresión «jurisprudencia alternativa» —además de las de «interpretación o aplicación alternativa» y «praxis judicial alternativa»— fue introducida por D. Pulitanó, *Appunti per magistratura democratica* (1971), en *Giudice negli anni 70*, De Donato, Bari, 1977, pp. 60, 63 y 72. Fue después retomada por V. Accattatis, L. Ferrajoli y S. Senese, *Per una magistratura democratica*, relación al Congreso de M.D. de 3-5.12.1971, en «Problemi del socialismo», 1973, 13-14, pp. 165 ss. (trad. cast. en P. Andrés Ibáñez [ed.], *Política y justicia en el Estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 115 ss.). La fórmula «uso alternativo del derecho», que tuvo enseguida mayor fortuna, fue también el título del Congreso celebrado en Catania el 15-17.5.1972 y después del volumen con las actas recogidas por Pietro Barcellona y publicado en Laterza, Bari, 1973. Sobre el tema de la inevitable «politicidad» de la función judicial que en los primeros años setenta dividió a la cultura jurídica, recuérdense, además de los trabajos citados, el fascículo *La magistratura in Italia*, «Il Ponte», julio 1968, n. 6-7; N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, 21-22, 1974, pp. 502-515; S. Senese, *Lotta ideologica, istituzioni e potere giudiziario*, en «Problemi del socialismo», 1974, 19-20, pp. 54-87; Id., *Relazione, in Atti del seminario sulla magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Pisa, 28 abril 1977,

Giuffrè, Milán, 1978, pp. 1-87; N. López Calera, M. Saavedra López y P. Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Torres, Valencia, 1978; R. Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984. Para un lúcido balance, cf. P. Costa, *L'alternativa «presa sul serio»*. *Manifesti giuridici degli anni settanta*, en «Democrazia e Diritto», 1987, y para la experiencia española, P. Andrés Ibáñez, *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988.

Parte V

PARA UNA TEORIA GENERAL
DEL GARANTISMO

Capítulo 13

¿QUE ES EL GARANTISMO?

56. *Tres acepciones de «garantismo»*

1. *El estado de derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación.* Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de «garantismo» nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático. Ahora es posible distinguir tres acepciones de la palabra «garantismo», diversas pero relacionadas entre sí, que corresponden a otros tantos temas tratados en las tres primeras partes de este libro pero susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico.

Según una primera acepción, «garantismo» designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la li-

bertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de *grados* de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

2. *Teoría del derecho y crítica del derecho.* En una segunda acepción, «garantismo» designa una *teoría jurídica* de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» *en el derecho*; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia —dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica— que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Una aproximación semejante no es puramente «normativista» y tampoco puramente «realista»: la teoría que contribuye a fundar es una *teoría de la divergencia entre normatividad y realidad*, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. La desarrollada en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de inefectividad. Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación *interna* del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión *crítica* hacia las leyes vigentes, a causa del

doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo.

Esta perspectiva crítica no es externa, política o metajurídica, sino interna, científica y jurídica, en el sentido de que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho válido, los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo. Esto dista de ser lo habitual en la ciencia y en la práctica jurídica, en las que un malentendido positivismo jurídico suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas. Y lo es más aún en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico. En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal —y por tanto irrealizado y pendiente de realización— de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

3. *Filosofía del derecho y crítica de la política.* En una tercera acepción, en fin, «garantismo» designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente *externo*, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

Como hemos señalado, este punto de vista fue característico del pensamiento ilustrado y de la «ciencia de la legislación» por él elaborada en los orígenes del moderno estado de derecho; y es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria. Más en general, la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado y no sólo del poder penal. En un doble sentido: porque el punto de vista

externo es el de abajo o *ex parte populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o *ex parte principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra —o meta— o pre-jurídicos «fundamentales», o sea, los intereses y las necesidades «*naturales*» —individuales y colectivas— cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas «*artificiales*»¹ que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos. Añado que la carga de la justificación externa es idónea para fundamentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas, no sólo, como se ha visto en el capítulo 6, del derecho penal, sino del derecho y del estado en general.

4. *Una teoría del garantismo.* Estas tres acepciones de «garantismo», de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas —jurídicas y políticas— que permiten poner de manifiesto.

El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser, en los múltiples sentidos ilustrados en el apartado 15. Esta separación, elaborada en los orígenes del estado de derecho por el pensamiento ilustrado, debe ser considerada en todo su alcance —epistemológico, teórico y político— por dicha teoría como

objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores ético-políticos externos, el jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas. Sólo el reconocimiento de la divergencia —insuperable en cuanto ligada a la estructura deóntica de las normas— entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos. Esta doble falacia está en la base de muchas regresiones ideológicas que caracterizan a la historia de la cultura no sólo penalista sino jurídica en general: tanto de las filosofías de la justicia, por lo que concierne a la relación entre ser y deber ser *del* derecho y por consiguiente al problema de la justificación externa o política; así como de las teorías del derecho, en lo que hace a la relación entre ser y deber ser *en el* derecho y por ende al problema de la validez interna o jurídica. Una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es en consecuencia también una *crítica de las ideologías*: de las ideologías *políticas*, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor aún a la inversa; y de las ideologías *jurídicas*, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la vigencia o, al contrario, la efectividad con la validez.

57. A) *Un modelo de derecho. Estado de derecho y democracia*

1. *El estado de derecho: gobierno «per leges» y gobierno «sub lege»*. *Legitimación formal y legitimación sustancial*. En la primera de las tres acepciones que se han distinguido, el «garantismo» es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*.

«Estado de derecho» es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea, que se remonta a Platón y a Aristóteles, del «gobierno de las leyes» contrapuesto al «gobierno de los hombres»², la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, el pensamiento político liberal sobre los límites de la actividad del estado y sobre el estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el constitucionalismo inglés y norteamericano, la tesis de la separación de poderes, la *teoría jurídica* del estado elaborada por la ciencia alemana del derecho público del siglo pasado y después por el normativismo

kelseniano. Según una distinción sugerida por Norberto Bobbio, puede querer decir dos cosas: gobierno *sub lege* o sometido a las leyes, o gobierno *per leges* o mediante leyes generales y abstractas³. Al menos en el campo del derecho penal, «estado de derecho» designa ambas cosas: el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto *sub lege* por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita *per leges*; y el poder legislativo se ejercita *per leges* en cuanto a su vez está *sub lege*, es decir, está prescrita por ley constitucional la reserva de ley general y abstracta en materia penal.

Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse en dos sentidos diversos: en el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y en el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. Diré que el primero de estos significados corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, mientras el segundo corresponde al uso inglés de *rule of law* y al italiano de *stato di diritto*⁴. En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal⁵; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales —y, en particular, los de constitución rígida como es típicamente el italiano—, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder. En términos generales, podemos asociar estos dos significados de «estado de derecho» a las dos nociones del principio de legalidad aquí elaboradas: a la legalidad en sentido lato, o *validex formal*, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y a la legalidad en sentido estricto, o *validex sustancial*, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.

El término «estado de derecho» se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de «garantismo». Por eso designa no simplemente un «estado legal» o «regulado por la ley», sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: *a*) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); *b*) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de

los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial. Como se ha visto en los apartados 26.3, 28.3 y 37.3, la primera de estas dos condiciones representa la fuente de *legitimación formal* de cada poder; la segunda, su fuente de *legitimación sustancial*. Gracias a estas dos fuentes no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores.

Recuperando una tesis formulada en el apartado 28.3, ahora podemos identificar en términos generales estas dos fuentes de legitimación con los dos modelos de legalidad, lógicamente distintos, que he diferenciado varias veces en este libro sólo con referencia al derecho penal: con la *legalidad en sentido amplio*, en virtud de la cual la ley es condicionante (según la fórmula *nulla poena... sine lege*) y con la *legalidad en sentido estricto* en cuya virtud la ley se encuentra condicionada (según la fórmula *nulla lex sine...*). El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la «taxatividad» de las hipótesis de delito, que comporta, de un lado, la referencia empírica a los tres elementos constitutivos que encuentran expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad y refutabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales. En los otros sectores del ordenamiento los derechos fundamentales objeto de tutela son diversos; pero también ellos, cuando están constitucionalmente garantizados, se configuran como vínculos de validez para la legalidad ordinaria, por lo que ésta resulta igualmente caracterizable como estricta legalidad. En todos los casos se puede decir que la *mera legalidad*, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras la *estricta legalidad*, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su *legitimación sustancial*.

2. *Democracia y estado de derecho: «quién» puede y «cómo» se debe decidir; «qué» se debe y «qué no» se debe decidir.* La distinción

entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o sea, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre *democracia política* y *estado de derecho* en los ordenamientos modernos. Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre *quién* puede y sobre *cómo* se debe decidir, y las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente *democrático* (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter *de derecho* (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico.

La Constitución italiana por ejemplo, contiene reglas tanto del primer tipo como del segundo, que sirven, respectivamente, para caracterizar a nuestro ordenamiento como estado «democrático» y como estado «de derecho». Las reglas de la democracia política, contenidas sobre todo en la segunda parte, son las que disciplinan las formas de expresión de la soberanía popular definiendo *quién* decide y *cómo* se decide y estableciendo a tal fin competencias y procedimientos: tales son las normas sobre el sufragio universal para la elección de los órganos legislativos, el principio de mayoría en la formación de sus decisiones, los diversos métodos de elección indirecta de los demás órganos del estado, según sus diversas funciones, y similares. En cambio, las reglas del estado de derecho, contenidas preferentemente en la primera parte, son las que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, estableciendo *qué* no se debe o se debe decidir e impartiendo con ese fin prohibiciones y obligaciones a los poderes del estado: por una parte, las prohibiciones de suprimir o limitar, fuera de las formas y los casos taxativamente previstos, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la libertad de opinión, los derechos de reunión y de asociación, de culto y de circulación; por otra, las obligaciones de remover las desigualdades sociales, de promover las condiciones que hacen efectivo el derecho al trabajo, de proteger a las minorías lingüísticas, de asegurar la educación y la salud, de mantener y asistir a los incapacitados para el trabajo y a cuantos carezcan de medios de subsistencia. Puede añadirse que habitualmente la violación de las reglas del primer tipo es causa de inexistencia o falta de vigencia, mientras que la de las reglas del segundo tipo es causa de invalidez de las normas producidas; y que la característica estructural del estado de derecho respecto al mero estado legal es la posible divergencia entre validez y vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo pero no a las del segundo.

Resulta superfluo recordar que el estado moderno nació históri-

camente como estado de derecho mucho antes que como estado democrático, como monarquía constitucional y no como democracia representativa. Más exactamente, nació como estado de derecho limitado por prohibiciones (o deberes negativos de no hacer) pero no vinculado por obligaciones (o deberes positivos de hacer). El núcleo esencial de las primeras cartas fundamentales —desde la antigua *Magna Charta* inglesa a las declaraciones de derechos del siglo XVIII y hasta los estatutos y las Constituciones del XIX— está formado por reglas sobre los límites del poder y no sobre su fuente o sus formas de ejercicio. Pero también axiológicamente, y no sólo cronológicamente, la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa. La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contrapone al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera; que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil. «Sobre cuestiones de existencia», se ha dicho, «no nos dejamos poner en minoría»⁶.

El pensamiento iusnaturalista y contractualista de la Ilustración formuló esta regla primaria de la relación entre estado y ciudadano y de la convivencia civil entre mayoría y minorías, concibiendo los derechos vitales del hombre como «naturales» y su garantía como condición de legitimidad de ese «hombre artificial que es el estado» y del pacto social que él mismo asegura. La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización y constitucionalización de estos derechos a través de lo que en el apartado 26.4 he llamado «incorporación limitativa» al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de

los poderes públicos. Es con la estipulación constitucional de tales deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos *inviolables* y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no absoluto sino limitado y condicionado. «La declaración de los derechos», dice el art. 1 de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, «contiene las obligaciones de los legisladores»⁷. Estas obligaciones, en la medida en que su satisfacción sea efectivamente exigible, forman las *garantías* del ciudadano: que son contra la mayoría, al haber sido instituidas contra cualquier poder para tutela sobre todo de los individuos y de las minorías que carecen de poder; y son contra la utilidad general, teniendo como fin exclusivo la tutela de los derechos individuales⁸. Gracias a ellas el legislador, incluso si es o representa a la mayoría del pueblo, deja de ser omnipotente, dado que su violación confiere vigencia a normas no sólo injustas sino también inválidas, y por consiguiente censurables y sancionables no sólo política sino también jurídicamente.

Es así como la transformación del estado absoluto en estado de derecho acontece a la vez que la transformación del súdito en *ciudadano*, es decir, en sujeto titular de derechos ya no sólo «naturales» sino «constitucionales» frente al estado, que resulta a su vez vinculado frente a él. El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.

3. *Los derechos fundamentales: libertades y expectativas. Estado de derecho liberal y estado de derecho social.* En la tradición liberal se concibió el estado de derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). En efecto, las *garantías liberales* o *negativas* consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer —de dejar vivir y de dejar hacer— que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones.

Se entiende que el campo más importante de estas prohibiciones de prestación es el que se refiere al uso de la fuerza y, por ello, ante todo el derecho punitivo, del derecho penal ordinario al derecho administrativo de policía. Es en este campo en el que las Constituciones han vinculado más rigidamente a los poderes públicos, cualesquiera que sean su fuente y su forma. Ninguna ley, acabamos de decir, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido algún hecho prohibido o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa; y un ciudadano, sobre todo si es discrepante o desviado, no goza del mínimo de garantías por el hecho de que la decisión de condenarlo se

adopte con el consenso unánime de sus conciudadanos si no se ha llegado a la prueba de su culpabilidad en un juicio desarrollado de forma contradictoria con su defensa⁹. Las garantías penales y procesales, como hemos dicho otras veces, no pueden ser más que un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar de libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, si no concurrieren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos de poder. Prohibiciones análogas, por lo demás, garantizan los derechos de libertad no sólo frente a los poderes estatales sino también frente a los poderes privados, al no permitir su privación ni aun con el consentimiento de los titulares de los mismos. Ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales, reconocidas a cada ciudadano como derechos «personalísimos»¹⁰. Además de *inviolables* o *inderogables*, estos derechos son también *indisponibles* e *inalienables*: y es precisamente esto, como expondremos mejor en el apartado 60.2, lo que los distingue de cualquier otro tipo de derecho, en particular del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales, que no son inviolables, puesto que no son, obviamente, inalienables¹¹.

Junto a los tradicionales derechos de libertad, las Constituciones de este siglo han reconocido sin embargo otros derechos vitales o fundamentales: los ya recordados derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la información y similares¹². A diferencia de los derechos de libertad, que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar «sociales» o también «materiales», son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* (o deberes públicos de hacer). La noción liberal de «estado de derecho» debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos por consiguiente que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*.

Esta dicotomía entre *garantías liberales negativas* y *garantías sociales positivas*, y correlativamente entre los dos tipos de normas de derecho público —negativas y positivas— que las establecen, me parece que expresa la diferencia entre estado liberal y estado socialista de manera más apropiada que otras distinciones elaboradas con ese fin, como la de Friedrich Hayek entre normas de conducta y normas de organización, o la de Herbert Hart entre normas primarias que im-

ponen obligaciones y normas secundarias que confieren poderes¹³. Tal diferencia reside, en efecto, no tanto en la diversa estructura de las normas en general como sólo en la de las normas de derecho público que disciplinan las actividades del estado y que aquí llamaré «secundarias» respecto a todas las demás, a las que llamaré «primarias»¹⁴. Podemos por tanto caracterizar al *estado liberal* como un estado limitado por *normas secundarias negativas*, es decir, por prohibiciones dirigidas a sus órganos de poder; y al *estado social* o *socialista*¹⁵, como un estado vinculado por *normas secundarias positivas*, es decir, por mandatos igualmente dirigidos a los poderes públicos. La técnica garantista es siempre la de la *incorporación limitativa* de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: la declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del estado. Cambia sin embargo profundamente la estructura normativa del poder estatal, no (ya sólo) limitado negativamente por prohibiciones de impedir y «derechos de», sino (también) funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los «derechos a». Y cambia igualmente la base de legitimación del estado: mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder y, hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.

Es obvio que los dos tipos de garantías y los correspondientes modelos de estado no se excluyen entre sí, como a veces se afirma conforme a contraposiciones injustificadas entre libertades individuales y justicia social¹⁶, pero tampoco se implican recíprocamente, como por el contrario quisieran algunas utopías anarquistas o marxistas-leninistas basadas en la idea de un cierto nexo indisoluble entre perfecta igualdad y libertad plena. Los dos modelos son más bien lógicamente independientes entre sí: pueden darse (e históricamente se han dado) estados liberales profundamente antisociales, como lo fueron los paleocapitalistas del siglo pasado; estados sociales profundamente antiliberales, como los del socialismo real; estados antiliberales y antisociales al mismo tiempo, como muchas dictaduras del primero y del

tercer mundo que han afligido a nuestro siglo; y, en fin, estados al menos normativamente tanto liberales como sociales en cuanto enuncian y garantizan los derechos fundamentales a prestaciones negativas y los asimismo fundamentales a prestaciones positivas.

El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales* o *positivas* adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. Las prestaciones positivas del estado en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho, con el crecimiento en este siglo del *Welfare State* y la multiplicación de las funciones públicas de tipo económico y social. Pero este desarrollo se ha producido en gran parte a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extra-legales, incontroladas y ocultas de poder público y para-público¹⁷. No se ha realizado ni teorizado, en suma, un estado social de derecho, es decir, caracterizado —más que por concesiones— por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de las expectativas.

Volveré más adelante sobre esta carencia. Baste decir aquí que la misma se ha debido a la ajenidad política y cultural al pensamiento liberal de las nuevas figuras de los derechos sociales, maduras en el campo socialista, y a la no menor ajenidad al pensamiento socialista de las categorías garantistas del estado de derecho, elaboradas en el campo liberal. En el plano práctico ha sido el efecto de las resistencias de los aparatos y de sus vocaciones absolutistas y también de dificultades objetivas sin duda superiores a las encontradas por el estado liberal. En primer lugar, efectivamente, mientras las garantías liberales requieren del estado prestaciones negativas consistentes en no hacer y que, por consiguiente, de por sí no cuestan nada, las garantías sociales exigen al estado prestaciones positivas y tienen en consecuencia un coste económico, si bien no mayor para la colectividad que el del estado social burocrático o paternalista. En segundo lugar, mientras los «derechos de» responden al esquema de la *facultas agendi*, los «derechos a» lo hacen al de la *pretensión*; de suerte que los unos son situaciones que se pueden llamar *activas*, en el sentido de que son directamente activables o tutelables mediante el ejercicio pacífico por sus titulares, mientras que las otras son situaciones *pasivas*, cuya satisfacción requiere una actividad de otros sujetos. En tercer lugar, mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los «derechos de» da lugar a *antinomias*, es decir, a

normas vigentes pero inválidas, la violación de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los «derechos a» produce *lagunas*, es decir, carencia de normas: y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma inválida, una laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable.

4. *Democracia formal y democracia sustancial. El garantismo como base de la democracia sustancial.* El estado de derecho, como resulta del conjunto de las garantías liberales y sociales, puede ser, pues, configurado como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política. Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que *no sobre todo se puede decidir*, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que *no sobre todo se puede dejar de decidir*, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría. Sólo para todo lo restante vale la regla de la democracia política según la cual se debe decidir por mayoría, directa o indirecta, de los ciudadanos.

Sin embargo, en un sentido no formal y político sino sustancial y social de «democracia», el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la *mayoría*, los intereses y las necesidades vitales de *todos*. En este sentido, el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba. No existe diferencia, en este sentido, entre derechos de libertad y derechos sociales: también los derechos sociales, como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría.

Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de «democracia». Llamaré *democracia sustancial* o *social* al «estado de derecho» dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y *democracia formal* o *política* al «estado político representativo», es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. *Sustanciales*, respecto de las *formales* de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el «qué»

y sobre el «cómo» se debe decidir, que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a «qué» se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales. Y *sociales*, respecto de las *políticas* en materia de representación, pueden ser consideradas sus funciones: mientras, en efecto, el estado representativo supone que la soberanía reside en el pueblo y que, por consiguiente, su ejercicio sea legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses. En el orden lógico, los dos modelos de democracia son obviamente independientes, siendo independientes entre sí los sistemas de garantías constitucionales dirigidos a asegurarlos: por una parte, las reglas idóneas para asegurar, según los esquemas formales de la *mera legalidad*, la manifestación, directa o indirecta, de la voluntad de la mayoría; por otra, las reglas idóneas para vincular, según los esquemas sustanciales de la *estricta legalidad*, los objetos que no deben o deben ser materia de decisión, cualquiera que sea el sujeto llamado a decidir y sea cual fuere su voluntad. Pero es también claro, en el plano axiológico, que la democracia sustancial incorpora valores más importantes, y por consiguiente previos, en relación con la formal. Ninguna mayoría, se ha dicho, puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario; y tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. En suma, el principio de la democracia política, relativo al *quién* decide, se encuentra subordinado a los principios de la democracia social relativos a *qué no es lícito decidir* y a *qué es lícito dejar de decidir*.

Si esto es verdad, la expansión de la democracia, tras la conquista política del sufragio universal, podrá acontecer no sólo mediante la multiplicación de las sedes también no políticas en las que resulta formalmente democratizado el «quién» y el «cómo» de las decisiones¹⁸, sino sobre todo mediante la extensión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes —democráticos y burocráticos, públicos y privados— para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una mayor efectividad. Como veremos en el apartado 60, la noción de «bien» o «derecho vital» es histórica y no natural, ético-valorativa y no empírico-descriptiva. El aire que se respira no fue nunca en el pasado un bien jurídico o un derecho, porque no había estado nunca amenazado; está llegando a serlo hoy con los peligros de la guerra atómica, de la contaminación radiactiva y de otras catástrofes artificiales. Si en la época liberal sólo se consideraron vitales los derechos a la vida y a la libertad y en este siglo también el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza

y similares, hoy el catálogo de bienes fundamentales se ha ampliado, al haber crecido el número de las amenazas a las condiciones naturales de vida.

Un proyecto de democracia social forma por tanto un todo único con el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como *estado liberal mínimo* y a la vez como *estado social máximo*: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas. Es inútil decir que semejante proyecto reclama del sistema político un aumento de la *complejidad institucional* y no, por cierto, una simplificación y menos la extinción del estado, como quisieran, en cambio, las utopías acariadas por la tradición anarquista y la marxista-leninista; y, al mismo tiempo, exige de la ciencia del derecho una *imaginación jurídica* no menor que la desarrollada por el pensamiento reformador ilustrado en materia de derechos de libertad. Aunque sólo sea porque las garantías de los «derechos a», «materiales» o «sociales», a diferencia de las de los «derechos de libertad», requieren la elaboración, más que de técnicas negativas de invalidación, de mecanismos positivos de distribución y de control de las prestaciones dirigidas a satisfacerlos.

5. *La aporía de la irreducible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho.* Es claro, conforme a lo que hasta ahora se ha dicho, que cuanto más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre normatividad y efectividad, entre validez y vigencia, entre deber ser y ser del derecho. Corresponde a la naturaleza deóntica de los deberes, no importa que estén impuestos a poderes públicos, la posibilidad de ser violados. Y está en la misma naturaleza deóntica de los valores la imposibilidad de ser íntegramente realizados. La proclamación de los derechos fundamentales, como por lo demás del principio de igualdad y por otro lado de la representación, equivale a la estipulación de valores. Y contiene, por eso, un elemento de utopía, siendo la *utopía* un elemento integrante de la noción de *valor* en el sentido de que es propio de los valores el hecho de no ser nunca perfectamente realizables o de una vez por todas y de admitir siempre una satisfacción sólo imperfecta, es decir, parcial, relativa y contingente. Precisamente por esto los valores son *universales e imperecederos*.

De aquí se sigue una latente y estructural *ilegitimidad jurídica* del estado de derecho debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Esta ilegitimidad puede alcanzar formas patológicas, cuando las normas de nivel superior son del todo inefectivas. Pero también en los ordenamientos más perfectos existe siempre un margen acaso estrecho pero irreductible de ilegitimidad del poder basado en la voluntad, en los derechos y los intereses populares, dado que aquella voluntad, aquellos derechos y aquellos intereses no resultan nunca realizados y garantizados en su integridad. Ésta es una aporía insuprimible de todo estado de derecho, desconocida en el estado absoluto, donde no existen promesas o deberes que vinculen jurídicamente a los poderes públicos y validez y vigor coinciden. Es la misma que atormenta al *estado de derecho liberal*, en el que las *antinomias*, o violaciones por comisión, dan lugar a las divergencias entre normatividad y efectividad que por lo que se refiere al derecho penal han sido ilustradas en este libro; y atormenta aun más al *estado de derecho social*, en el que las *lagunas*, o violaciones por omisión, son tan llamativas como para hacer que los actuales estados sociales de tipo asistencial y clientelar se parezcan bastante más al *Wohlfahrtsstaat* paternalista del despotismo ilustrado que a los sistemas jurídicos de garantías. A diferencia de los estados absolutos, dotados de una estructura normativa elemental, en los estados de derecho antinomias y lagunas son, en suma, un fenómeno estructural, tanto más relevante cuanto más complejos son los desniveles entre las diversas actividades normativas. Por esto, frente al problema de la inefectividad y de la consecuente ilegitimidad en el estado de derecho, siempre es una solución regresiva la búsqueda de la coherencia mediante interpretaciones restrictivas de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior o, peor, mediante reformas de la llamada «constitución formal» para adecuarla a la llamada «constitución material»¹⁹; mientras que es siempre progresiva, aun a costa de ver crecer las incoherencias del ordenamiento, toda interpretación extensiva de los valores constitucionales o, mejor aún, toda reformulación normativa en términos más ricos y vinculantes.

El progreso del estado de derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad. Puesto que la distancia entre deber ser y ser forma parte de la imperfección del mundo, tal realización resulta siempre imperfecta. Pero esta distancia es también la principal fuerza ofrecida —al menos en el plano jurídico— a los titulares de los derechos proclamados pero insatisfechos: gracias precisamente a las garantías, tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden. En este sentido, el estado de derecho es ca-

racterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen. El análisis de las formas de esta deslegitimación constituye uno de los principales problemas teóricos de una ciencia jurídica garantista. Y esto remite a nuestra segunda acepción de «garantismo», a la que se dedica el apartado siguiente.

58. B) Una teoría del derecho. El derecho ilegítimo

1. *Garantismo y positivismo jurídico.* Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del estado de derecho, aquél no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico. Este horizonte se ha venido delineando a su vez dentro de la experiencia jurídica y política moderna. Más exactamente modernas son, por un lado, la *forma estatal del derecho* y, por otro, la *forma jurídica del estado*. Fue, en efecto, en la edad moderna, con la formación de los estados nacionales y con el desarrollo de las *codificaciones*, como se afirmó la forma y el monopolio estatal de la producción jurídica, o sea, el principio de que son jurídicas todas y sólo las normas producidas por el estado. Y le siguió de cerca, remontándose a las declaraciones de derechos del XVIII y después a los estatutos y a las *constituciones* que se sucederán durante todo el siglo pasado, la afirmación de la forma y de la legitimación jurídica del estado, es decir, de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos según las formas ya analizadas del «estado de derecho».

Probablemente no se ha dado en la historia ninguna revolución «político-institucional» tan radical. Para comprender su alcance bastará recordar la naturaleza tan opuesta de la experiencia jurídica premoderna. El derecho premoderno —desde el derecho romano al derecho común europeo— fue, como se sabe, un derecho no legislativo, sino jurisprudencial y doctrinal. Como es obvio, existían también en el derecho premoderno fuentes estatutarias que regulaban aspectos particulares o sectores de la vida civil. Sin embargo, estas fuentes no estaban organizadas en sistemas unitarios, exhaustivos y, mucho menos, exclusivos respecto a fuentes o sistemas de fuentes en concurrencia con ellas. La consecuencia era una pluralidad de fuentes y de ordenamientos coexistentes y en ocasiones en conflicto —iglesia, imperio, feudalidad, municipalidad, corporaciones y otros— y de ahí la confusión, la falta de certeza y sobre todo la falta de plenitud y la incoherencia del derecho estatutario. Varias fuentes en contradicción entre sí, todas de validez incierta y ninguna exclusiva y exhaustiva, equivalen en efecto a la ausencia de un sistema formal de fuentes positivas. Por eso, más allá de las contingentes fuentes estatutarias,

permaneció como derecho vigente el viejo derecho romano transmitido y enriquecido por la ciencia jurídica medieval. En otras palabras, el derecho premoderno consistía, más que en un sistema de leyes, en un patrimonio doctrinal o literario.

Esto quiere decir que antes del surgimiento en la Edad Moderna del monopolio estatal de la producción jurídica no existió una distinción real entre el derecho como sistema de normas «objetivo» o «positivo» y la ciencia del derecho. El derecho, aparte de las diversas y confusas fuentes estatutarias, estaba constituido por las mismas opiniones y elaboraciones de los «doctores», desde las de los jurisconsultos romanos recibidas en el *Corpus iuris* hasta las de los sucesivos juristas del derecho común y del canónico; y su principio de legitimación no era la fórmula iuspositivista *auctoritas, non veritas facit legem*, sino la opuesta, iusnaturalista, *veritas, non auctoritas facit legem*. No se comprendería la persistente vitalidad epistemológica del iusnaturalismo todavía en la cultura filosófica y jurídica del siglo pasado si no se tuviera en cuenta este horizonte institucional de la experiencia jurídica premoderna. A falta de un sistema formalizado de fuentes positivas, la fuente de legitimación del derecho y el objeto de la ciencia jurídica no era el derecho *positum* por alguna *auctoritas*, sino precisamente su *veritas* o *natura*: o sea, directamente la justicia o el derecho *natural*, inmediatamente extraídos, a través de la razón y el conocimiento, de la ciencia o el saber jurídico.

Es claro que, con respecto a esta experiencia, la positivación o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico. La naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido y su identificación con el derecho natural o con la justicia se resolvían de hecho, no obstante la aparente racionalidad, en una total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente. La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma «legal», «convencional», o «artificial», es decir, «positiva», del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por vez primera se autonomiza como «objeto» o «universo» empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas. Bajo ambos aspectos el *principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la

moderna ciencia del derecho como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto.

Más exactamente, entendido como fuente jurídica de legitimación, el principio de legalidad representa un *postulado jurídico* del iuspositivismo sobre el que descansa la función garantista del derecho frente al arbitrio. Se puede incluso afirmar, con aparente paradoja, que la idea de la legalidad como fuente exclusiva y exhaustiva del derecho positivo nació precisamente como una instancia iusnaturalista de racionalidad y de justicia. En dos sentidos, que después corresponden a los dos modelos de legalidad (lata y estricta) y de legitimación (formal y sustancial) en los que aquí se ha articulado el principio: por una parte, en el sentido de que la (mera) legalidad, como fuente (formal) de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y, por tanto, de libertad frente a los poderes, que si no actuarían sin freno; por otra parte, en el sentido de que la (estricta) legalidad, como fuente (sustancial) de la validez de las normas mismas, constituye una técnica de positivación y de estabilización de los derechos fundamentales de los ciudadanos apta para hacer funcional a su satisfacción y tutela el «artificio» estatal, que si no sería «absoluto».

Entendido como principio de reconocimiento de las normas jurídicas, el principio de legalidad es, en cambio, un *postulado meta-científico* de la ciencia jurídica sobre el que se basa la posibilidad de su control empírico e intersubjetivo. A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma. Precisamente, como he señalado en los apartados 28.1 y 28.2, el principio de mera legalidad es condición necesaria de una ciencia como ésta, a la que sirve para delimitar su universo-objeto (positivo o existente) mediante la identificación de todas y sólo las normas que pertenecen al mismo; el principio de estricta legalidad, en la siempre imperfecta medida que resulta satisfecho, constituye también para aquélla una condición suficiente al estar dirigido a dotar a las normas de denotación taxativa y, por consiguiente, a permitir, aunque sólo sea de forma aproximada, el uso de las palabras «verdadero» y «falso» a propósito de las aseveraciones sobre el derecho. Incidentalmente, puesto que la taxatividad es un contenido sólo de la estricta legalidad penal, la instancia de una ciencia jurídica lo más rigurosa posible desde una opción garantista únicamente viene postulada en el derecho penal. En todos los casos, gracias al principio de legalidad, las *normas se objetivan como hechos empíricos separados del jurista y objetos de su interpretación*. Claro que estos hechos son siempre hechos norma-

tivos y lingüísticos, reguladores y a su vez regulados jurídicamente. Y es precisamente de esta ambivalencia de donde nacen los problemas meta-teóricos y teóricos más espinosos de una teoría general del garantismo.

2. *Iuspositivismo dogmático y iuspositivismo crítico. La crítica jurídica del derecho vigente inválido.* «Derecho como norma» y «derecho como hecho» son las divisas contrapuestas de las dos principales orientaciones —normativismo y realismo— en las que se divide la teoría del derecho contemporánea. En realidad, como he demostrado en el apartado 26, lo mejor es concebir norma y hecho, normatividad y efectividad, como los dos puntos de vista, parciales y complementarios, desde los que puede contemplarse todo fenómeno jurídico normativo. Cada uno de éstos —al menos en los ordenamientos mínimamente complejos, y típicamente en los propios del estado de derecho— es a la vez norma respecto a los hechos (también normativos) que regula y hecho (aun cuando normativo) respecto a las normas que lo regulan. En consecuencia, como se ha dicho, «derecho vigente» no coincide con «derecho válido»: está vigente, aunque sea inválida, una norma efectiva que no cumple todas las normas que regulan su producción. Y no coincide, por otra parte, con «derecho efectivo»: está vigente, aunque sea inefectiva, una norma válida no observada por las normas cuya producción regula.

Llamo «iuspositivismo dogmático» a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad: tanto las orientaciones normativistas, que asumen como vigentes solamente las normas válidas, como las orientaciones realistas, que asumen como vigentes sólo las normas efectivas. Ambas orientaciones son, a mi modo de ver, *ideológicas* en los dos sentidos ilustrados en los apartados 15.2 y 23.1: la primera porque se limita a contemplar el derecho válido olvidándose de su posible inefectividad; la segunda porque se limita a considerar el derecho efectivo pasando por alto su posible invalidez. Además de dar lugar a las aporías de que he hablado en el apartado 26, las dos tienen el defecto de cerrarse, por su unilateralidad, una al análisis y la crítica de la inefectividad de las normas válidas (puramente aceptadas como vigentes) y de la efectividad de las normas inválidas (descuidadas como no vigentes), la otra a la de la invalidez de las normas efectivas (puramente aceptadas como vigentes) y de la validez de las normas inefectivas (descuidadas como no vigentes). Precisamente, una aproximación exclusivamente normativista, al limitarse al análisis (del significado) de las normas, permite solamente describir el «deber ser» normativo de los fenómenos jurídicos regulados, pero no su «ser» efectivo. A la inversa, una aproximación exclusivamente realista, al limitarse a la observación de lo que sucede de hecho, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como «son» efectivamente, y no

como normativamente «deben ser». En ambos casos resultan favorecidos modelos unidimensionales de ciencia jurídica: en el primero, la visión acrítica y edificante de la imagen legal (pero desgraciadamente a veces irreal) que con sus normas un sistema jurídico da de sí mismo y su identificación con el «ser» del derecho; en el segundo caso, la constatación acrítica y resignada de sus modos de funcionamiento reales (pero desgraciadamente a veces ilegales) y su identificación con el «deber ser» del derecho. El resultado común es la legitimación ideológica del derecho inválido vigente: ya porque resulta ignorado como no vigente, o bien porque resulta acreditado como válido.

Una teoría garantista del derecho —no solamente penal— parte en cambio de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad²⁰. Esta distinción, como se ha visto a su tiempo, es esencial para comprender la estructura normativa del estado de derecho, caracterizada: *a*) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en relación con el superior; *b*) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; *c*) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; *d*) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento.

Esta tendencial e irreductible ilegitimidad del poder es el tema privilegiado de investigación de una teoría del derecho de orientación garantista, que, por consiguiente, se configura sobre todo como *crítica del derecho* positivo vigente no meramente externa, política o *de iure condendo*, sino interna, jurídica o *de iure condito*, puesto que va dirigida a sus aspectos de inefectividad y de invalidez. Este planteamiento, que bien podemos llamar «positivismo crítico», se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez y del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente.

3. *Dos dogmas del iuspositivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica.* El primero de estos dogmas consiste en la afirmación de la existencia para el juez de una obligación jurídica de aplicar las leyes vigentes, que desde Bentham a Kelsen es un postulado teórico del positivismo²¹. Después de lo dicho hasta ahora, es evidente que esta tesis, al menos en los es-

tados de derecho dotados de constitución rígida, no es del todo verdadera: cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces —incluso aun menos para los jueces— una obligación jurídica de aplicarlas.

¿Qué quiere decir que una ley existe o está vigente? Significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado y puede por consiguiente ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella²². Pero esto no quita que la misma pueda también no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. En tal caso debería decirse más bien que éste *debe* no aplicarla si no se tratase de un deber puramente potestativo, es decir, dependiente del juicio de invalidez formulado por él mismo. En todo caso, puesto que los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contrastar con la Constitución, no se puede decir, en rigor, que tengan la obligación jurídica de aplicarlas²³. Que una ley se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva y no que también es válida, dado que la validez y la invalidez son calificaciones jurídicas del todo independientes del hecho de la aplicación. Ni siquiera es relevante que aquélla no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en anteriores ocasiones: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento; y la validez no se da nunca por descontada de una vez por todas. Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad, normalmente distinta del juez llamado a aplicarla, como es por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que por razones obvias de certeza y de funcionalidad asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.

El segundo dogma, conectado con el primero, hace referencia a la actitud del jurista y a la función de la ciencia jurídica en su relación con el derecho positivo. Una idea común a las doctrinas positivistas es el carácter avalorativo de la ciencia jurídica y que las leyes no pueden criticarse desde dentro —sino sólo desde fuera, en sede moral y política— de las leyes vigentes. Sobre esta base Kelsen configura la teoría del derecho como «pura», es decir, exenta de «juicios subjetivos de valor»²⁴; y Bobbio critica como iusnaturalista toda subordinación de los juicios de validez a juicios de valor²⁵. Es claro que estas tesis son sacrosantas si se reducen a las —enunciadas en el apartado 15— de la separación entre derecho y moral, entre juicios de validez y juicios de justicia: indudablemente al jurista no le está permitido, en sede científica, valorar las normas jurídicas desde fuera y condicionar el juicio sobre su validez a valoraciones ético-políticas o, en cualquier caso, extralegales. Sin embargo, en su formulación usual, son desorientadoras, según se verá mejor en el apartado 61.3. Al confundirse

con la tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica, impiden en efecto al jurista la valoración y la crítica del derecho vigente no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez. Precisamente cuando es tarea del jurista —no sólo cívica y política, sino, antes incluso, científica— valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas de rango superior.

4. *Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez.* La crítica de los dos dogmas resulta quizá más clara si se analiza la estructura de los juicios de validez. Al menos en los ordenamientos complejos propios de los estados de derecho, estos juicios difieren de los juicios sobre la vigencia de las normas al requerir, a diferencia de éstos, la determinación de ulteriores condiciones de diversa naturaleza. Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea, válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*²⁶. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de *hecho* en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de *valores* —como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos— cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible.

De aquí se sigue que mientras la verdad (o la falsedad) de los juicios sobre la vigencia es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho, no se puede decir otro tanto de los juicios sobre la validez: éstos, cuando consisten en la valoración de la conformidad o la disconformidad de las normas con los valores expresados por las normas superiores a ellas, son, como escribe Bobbio, no ya juicios de hecho²⁷, sino a su vez juicios de valor, y como tales ni verdaderos ni falsos. Por ejemplo, no se requieren juicios de valor, sino sólo averiguaciones de hecho, para afirmar o negar la vigencia de una ley de la que se cuestione la aprobación por parte de una sola o de ambas Cámaras, o si se ha producido u omitido la promulgación o la publicación, u otras características formales similares. Mientras es

sin duda un juicio de valor —no verificable (o refutable) del mismo modo y con toda probabilidad opinable y controvertido— la tesis de que las normas sobre el desacato (*vilipendio*) contenidas en el código penal italiano son inválidas porque están en contradicción con el valor constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento. Es obvio que los juicios de validez o de invalidez de las normas sobre la base de los valores contenidos en las normas superiores pueden ser más o menos opinables. Sería difícilmente opinable, en nuestro ordenamiento, la invalidez de una ley penal racista, claramente en contraste con el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos «sin distinciones de raza». Sin embargo, en la mayor parte de los casos, los juicios de valor necesarios para sostener la validez o la invalidez sustancial de las normas no son tan sencillos. Lo demuestran la permanente invalidabilidad de leyes antes declaradas válidas y, a la inversa, la resistencia opuesta a veces durante decenios, antes de su anulación, por leyes más tarde declaradas inválidas.

Estamos así frente a una aporía teórica que es el reflejo de la ya apuntada aporía jurídica de la ilegitimidad potencial de todo ejercicio de poder en el estado de derecho y que se manifiesta en la disociación estructural entre juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez de las normas, así como en la indecidibilidad de la verdad de estos últimos. En los estados absolutos, tanto autocráticos como democráticos, validez y vigencia son equivalentes, en el sentido de que es válido además de vigente *quod principi placuit*: en estos regímenes las únicas normas sobre producción de normas son las que disciplinan la vigencia, es decir, las que definen *quién* es el príncipe y *cómo* se manifiesta *quod principi placuit* (identidad del soberano legítimo, regla de la mayoría, forma de dictar los decretos o de las votaciones, modalidades de promulgación y similares); y en ellos los juicios de validez se resuelven en juicios de hecho sobre la presencia o no de requisitos formales que condicionan la vigencia. En el estado de derecho, por el contrario, como se ha visto, las Constituciones no se limitan a dictar las condiciones formales que permiten reconocer la vigencia de *quod principi placuit*, sino que establecen también *qué* no debe molestar (o debe aceptar) al príncipe, es decir, los derechos inviolables de los ciudadanos cuya garantía es condición de validez sustancial de las normas que aquél produce. «Nos no haremos nada», dice el art. 61 de la *Magna Charta*, «para que parte alguna de estas libertades sea revocada o disminuida. Pero si sucediera tal cosa, deberá ser considerada nula e ilegal».

Desgraciadamente, la cosa no es ni tan simple ni, mucho menos, automática. Para que una ley sea considerada «nula e ilegal» debe ser juzgada tal por un poder, posiblemente distinto del que la ha dictado. Y tal juicio es habitualmente un juicio de valor, como tal ni verdadero ni falso, dado que el principio de legitimidad constitucional de las leyes no puede satisfacer la regla semántica con la que hemos carac-

terizado, en el capítulo 1, el principio de estricta legalidad de las motivaciones judiciales y que requiere la verificabilidad jurídica y la avaloratividad de éstas. A diferencia de los estados absolutos, donde los requisitos de la validez se refieren sólo a las formas de los actos y pueden por ello ser afirmados o negados a través de juicios de hecho, los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten efectivamente en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (igualdad, libertad, dignidad de la persona, taxatividad, materialidad y ofensividad de los delitos y otros semejantes), así como la (verdad jurídica de los juicios de) validez de las leyes no es nunca decidible con certeza. Se comprende que siempre que los jueces sean llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes, resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa a las leyes vigentes, así como su naturaleza de «dogmas» indiscutibles como objetos de explicación científica. Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar —y eventualmente censurar— las leyes ordinarias vigentes.

5. *Antinomias y lagunas irreducibles. La crítica del derecho inválido como tarea del juez y del jurista.* Para comprender mejor la aporía antes aludida —es decir, el carácter potestativo de la sujeción del juez a la ley y el valorativo de la ciencia jurídica— volveremos por un momento al derecho penal. Conforme a lo que se ha dicho, el principio de legalidad penal debe ser reformulado y precisado mediante la adición de una condición ulterior respecto a la expresada por el principio de mera legalidad *nullum crimen sine lege*, según el cual para que un hecho sea castigado como delito debe estar previsto como tal en una ley existente. Esta circunstancia, aunque necesaria, no es en realidad suficiente; y es por lo que entre los axiomas de SG no he establecido el principio inverso según el cual para que un hecho sea castigado como delito basta que se halle previsto como tal en una ley vigente. Para que la previsión de un hecho como delito por parte de una ley sea suficiente para que el juez lo considere como tal, en un estado de derecho es necesario que la ley sea, además de vigente, también válida, es decir, conforme a sus normas superiores tanto en el orden formal como sustancial. Sólo una ley (que el juez considere) válida comporta para él la obligación de aplicarla, es decir, de calificar y castigar como delito el hecho previsto por ella. De ahí se sigue que un hecho es y debe ser considerado delito si y sólo si es tal conforme a una ley vigente y válida, o sea, si concurren todas las garantías penales y procesales: que es la definición teórica y legal —es decir, descriptiva, y no sólo prescriptiva, en un estado de derecho— de la noción válida de «delito» formulada en el apartado 28.3.

Pero el juicio de validez sustancial de las leyes, se ha dicho, es un juicio de valor confiado a la valoración operativa del juez, además de a la doctrinal del jurista. De donde se sigue otra aporía todavía más grave, que afecta en particular al principio de estricta legalidad. Este principio ha sido antes definido como una regla semántica del lenguaje legal que requiere la verificabilidad de las tesis judiciales y excluye que el juez tenga, aparte de un poder de denotación y de connotación, también un poder de disposición. Pero allí donde ese poder del juez subsista ilegítimamente a causa de leyes penales que deroguen el principio constitucional de estricta legalidad o taxatividad, sólo podrá ser eliminado merced a la asignación al mismo juez de un poder de censura sobre las leyes que, a su vez, al expresarse en juicios de valor, es un poder de disposición: de este modo, cuanto menos se encuentre un juez vinculado por la ley a la simple denotación y connotación de los hechos en ella previstos como delitos, tanto menos estará vinculado por la Constitución a su aplicación, y tanto más autorizado a censurar su invalidez. Esta aporía afecta, en una perspectiva más general, a toda la estructura garantista del estado constitucional de derecho. En efecto, sabemos que la técnica garantista consiste en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos. Pero una vez incorporados a los niveles más altos, los valores convierten en valorativos los juicios de validez sobre las normas del nivel más bajo, confiados a los órganos judiciales de nivel a su vez más bajo en relación con las normas que están llamados a aplicar. Si en los niveles más altos no fueran incorporados valores, sino sólo el principio formal que es válido además de vigente *quod principi placuit*, el juicio de validez se reduciría a una aserción empírica, verificable y cierta, sobre la fuente y los procedimientos previstos para la vigencia de la ley; y las valoraciones, en tal caso, tendrían entrada libre tanto en el lenguaje de las leyes, no vinculadas a la estricta legalidad, como en el de los jueces, no vinculados a la estricta jurisdiccionalidad y válidamente investidos de poder de disposición en la calificación legal de los hechos pero no en la censura de las leyes. Pero ya que el estado de derecho vincula al legislador penal a la taxatividad de las previsiones legales, excluyendo los juicios de valor en los niveles más bajos para incorporarlos sólo a los niveles más altos, debe admitir paradójicamente un poder de disposición del juez, si no en la calificación de los hechos como delitos, sí en la calificación como inválidas de las leyes que permiten la calificación dispositiva de los hechos como delitos. En suma, el poder de disposición a través de valoraciones libres, que en el estado absoluto está excluido hacia arriba (las leyes) y admitido hacia abajo (los hechos), en el estado de derecho se encuentra en principio excluido hacia abajo, pero debe ser admitido hacia arriba, en tanto cuanto tal exclusión deviene inefectiva por la semántica del lenguaje legal. En todo caso, con los valores no caben

exorcismos: si se expulsan por la puerta, entran de nuevo por la ventana. Y en el fondo está bien que así sea.

Estas aporías del garantismo en realidad no tienen nada de sorprendente. Dependen de los vicios de hecho del sistema jurídico, que *no es un mundo natural*, sino un mundo artificial construido por los hombres. Precisamente, dependen de la distancia entre las promesas normativas y las prácticas efectivas del ordenamiento y, además, de la complejidad de las técnicas garantistas elaboradas para acortar tales distancias. En efecto, tal y como han sido históricamente construidos, en los estados de derecho existe una pesada viscosidad del poder ilegítimo y de los vicios que marcan su ejercicio: *antinomias* (o violaciones consistentes en acciones) que permanecen mientras no son resueltas mediante la anulación de las *normas indebidamente vigentes*; y *lagunas* (o violaciones consistentes en omisiones), que permanecen hasta que son colmadas por la emisión de las *normas indebidamente no vigentes*. Y esta viscosidad se agrava por el hecho de que, en la mayor parte de los ordenamientos, tanto las antinomias como las lagunas sólo pueden ser eliminadas a instancia de órganos públicos —judiciales o legislativos—, y no también directamente por los ciudadanos titulares de los «derechos de» y de los «derechos a» respectivamente violados por aquéllas²⁸. Estos vicios y las consiguientes aporías, sin embargo, pueden ser, si no del todo eliminados, cuando menos reducidos con la activación y la ampliación de los mecanismos de auto-corrección del ordenamiento dirigidos a asegurar la efectividad de los principios garantistas. Pero esto requiere la crítica sin prejuicios de las leyes, no sólo desde fuera sino, antes todavía, desde dentro. El precepto «obedecer puntualmente, censurar libremente» con el que Bentham definió la actitud positivista frente a la ley omite la complejidad estructural del estado de derecho y la potencial ilegitimidad de las leyes generadas en él por los desniveles normativos²⁹; y por consiguiente no vale ni para los jueces ni para los juristas, los cuales no deben obedecer o recomendar indiscriminadamente la obediencia a las leyes, sino valorar en cada caso su posible invalidez, censurándola en el plano jurídico antes que en el político. En efecto, la *crítica del derecho*, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica. Y es de ella de donde proviene la permanente posibilidad de auto-reforma del ordenamiento a partir de sus propios principios, y en la que reside la superioridad política del estado de derecho frente a cualquier otro régimen jurídico.

Hay otros dos postulados del positivismo dogmático que resultan desmentidos desde esta base: son el de la *coherencia* y el de la *plenitud* del ordenamiento jurídico³⁰. Coherencia y plenitud se configuran en efecto, en el estado de derecho, no como propiedades del derecho *vigente sino como ideales-límite de derecho válido que no reflejan el «ser» efectivo sino sólo el «deber ser» de las normas con respecto a*

sus normas superiores. A causa de los desniveles entre normas y de que cada nivel se configura como fáctico respecto del superior y como *normativo* respecto del inferior, no son la coherencia y la plenitud las características estructurales del derecho vigente, sino la *incoherencia* y la *falta de plenitud*, debidas a las inevitables violaciones de hecho de las prohibiciones y de las obligaciones normativamente impuestas al legislador. La tarea del jurista, en una perspectiva positivista de tipo crítico, no es, pues, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas con una coherencia y una plenitud que efectivamente no tienen³¹, sino, por el contrario, explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las superiores. Es así como la crítica del derecho positivo desde el punto de vista del derecho positivo tiene una función descriptiva de sus antinomias y de sus lagunas y al mismo tiempo prescriptiva de su auto-reforma, mediante la invalidación de las primeras y la integración de las segundas.

Mientras tanto, al no ser nunca eliminables del todo tales vicios, las aporías del garantismo dan lugar a complejos problemas teóricos y prácticos. Señalaré aquí, por su importancia, uno solo de éstos, que se presenta como un dilema que divide a la jurisprudencia y a la ciencia jurídica progresistas. En un ordenamiento de constitución rígida como es el nuestro, frente a una ley de dudosa validez, tanto el juez como el jurista tienen ante sí dos caminos igualmente legítimos: pueden hacerla cuadrar con la Constitución, aportando interpretaciones que reduzcan su alcance normativo pero legitimando así su conservación; o pueden enfatizar el contraste con la Constitución, acentuando los aspectos de invalidez de aquélla pero avalando de este modo, en tanto la norma no sea anulada, interpretaciones anticonstitucionales. Tómese por ejemplo la duda de validez constitucional que puede suscitar el art. 290 del código Rocco sobre el desacato al gobierno y el consiguiente problema de la aplicación de esta norma al caso de quien dice públicamente «gobierno ladrón». Siguiendo el primer camino se dirá que la norma es válida en base a una interpretación restrictiva de la misma que excluye su aplicación a la frase «gobierno ladrón», que se entiende permitida por el principio constitucional de libertad de expresión. Siguiendo la segunda, se dirá por el contrario que la misma norma es inválida conforme a una interpretación extensiva que incluye su aplicación a la misma frase, igualmente considerada permitida por el principio constitucional de libertad de expresión. Es difícil decir cuál de las dos estrategias de solución de la antinomia es preferible en la práctica: si la que impide en el caso concreto una decisión claramente en contraste con la Constitución, a costa de dejar que en casos futuros puedan adoptarse posibles decisiones análogas; o bien la que insta la supresión de la norma para casos futuros, a costa de avalar mientras tanto interpretaciones aberrantes en los casos concretos. Puede decirse no obstante

que al menos en sede científica las dos vías no se excluyen entre sí: cabe efectivamente sostener tanto que la norma sobre el desacato debe ser interpretada, mientras tenga vigencia, de la manera más restrictiva, como que la misma debe ser invalidada porque en todos los casos, y por tanto en el del ejemplo, es contraria a la Constitución. Lo único que no se puede hacer, so pena de incoherencia e inconsistencia científica del discurso sobre el derecho, es ocultar las antinomias y las lagunas o incluso sostener, en virtud de una actitud dogmáticamente avalorativa y contemplativa de las leyes (sólo porque están vigentes), la validez simultánea tanto de las normas que permiten como de las que prohíben un mismo comportamiento³².

59. C) *Una filosofía de la política. El estado-instrumento*

1. *Estado-instrumento o estado-fin: utilitarismo o eticismo político.* Si en la primera de nuestras tres acepciones la palabra «garantismo» designa un modelo de ordenamiento dotado de medios de invalidación de todo ejercicio del poder en contraste con normas superiores dictadas para la tutela de derechos fundamentales y en la segunda designa una teoría jurídica que permite la crítica y la deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas, en la tercera acepción designa una doctrina filosófico-política que permite la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la rígida separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia, o entre punto de vista jurídico o interno y punto de vista ético-político o externo al ordenamiento.

Bajo este tercer aspecto, el modo en que reiteradamente se ha planteado y resuelto el problema penal es indudablemente una clave de lectura entre las más reveladoras de toda la historia del pensamiento jurídico y político. Hemos visto —a propósito de las doctrinas sobre el fin de la pena, de las teorías del delito y de las concepciones del proceso que responden a las demandas *por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar*— cómo históricamente el pensamiento penalista se ha dividido siempre conforme a una opción de fondo entre dos orientaciones opuestas: la idea de la auto-justificación del derecho penal como valor en sí o como inmediata actuación de valores ontológicos y metajurídicos y la de su hétéro-justificación como instrumento oneroso de tutela de concretos y vitales intereses de los ciudadanos. Hemos demostrado además cómo estas dos orientaciones —caracterizadas respectivamente por la confusión y la separación entre legitimación interna o jurídica y legitimación externa o moral— están en la base, una, de las culturas y de los modelos penales autoritarios, la otra, de las culturas y de los modelos penales garantistas. Esta alternativa, al ser el derecho penal el lugar donde el conflicto entre estado y ciudadano o entre autoridad y libertad es más ele-

mental y directo, puede ser ahora considerada como el reflejo de una alternativa más general: la que existe entre las doctrinas políticas que fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el estado como *bienes* o valores intrínsecos, y las doctrinas políticas que por el contrario los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como *males* necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos.

Parafraseando la expresión «autopoyesis» utilizada por Niklas Luhmann para designar el carácter autorreferencial que él asocia a los sistemas políticos³³, podemos llamar *auto-poyéticas* a las doctrinas políticas del primer tipo, y *hétero-poyéticas* a las del segundo. Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un *medio* legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola. Por tanto, mientras el punto de vista de las doctrinas del primer tipo es únicamente el *interno* del estado, que en cuanto fin o valor subordina a sí mismo tanto a la sociedad como a los individuos, el punto de vista de las doctrinas del segundo tipo es sobre todo el *externo* de la sociedad y de las personas que la componen, consideradas ellas mismas como fines y valores con respecto a los cuales es el estado el que es un medio instituido para su tutela.

Sobre la base de esta sumaria distinción, podemos decir que son *auto-poyéticas* todas las doctrinas de legitimación *desde arriba*, comenzando por las premodernas que fundamentan la soberanía del estado en entidades metafísicas o metahistóricas como Dios, la religión, la naturaleza y similares. La moderna secularización de los sistemas políticos y jurídicos, al menos en los países evolucionados, ha dado al traste con semejantes fuentes de legitimación teológica o naturalista. Rotos los lazos de unión con mundos trascendentes, en la Edad Moderna se han desarrollado, sin embargo, doctrinas tanto idealistas como realistas del estado que fundamentan igualmente desde arriba su legitimación política. Las más nefastas, por la enorme influencia que han ejercido en la historia de la cultura política, han sido sin duda las doctrinas idealistas, en las múltiples versiones del positivismo ético —liberal-nacionalistas, fascistas y estalinistas— que de diversas maneras traen causa de la doctrina hegeliana del «estado ético»³⁴. Estas ideologías asumen el principio de legalidad no sólo como principio jurídico interno sino también como principio axiológico externo, plasmando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor, y no sólo validez o vigencia, únicamente en base al valor asociado apriorísticamente a su *forma* o peor aun a su *fuentes* (soberano o asamblea, *duce*, partido, pueblo o simi-

lares). Además, suelen ir acompañadas o se confunden con concepciones organicistas del estado, idealizado como personificación de toda la sociedad y como síntesis de razón, de valores y de intereses sociales generales³⁵. La confusión entre derecho y moral, entre ser y deber ser, o entre punto de vista interno y punto de vista externo, se asocia de tal modo a la confusión entre estado y sociedad o, peor, entre estado y ciudadanos particulares: «por ser el estado», escribe Hegel, «espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética, si forma parte de él»³⁶. Lo que constituye políticamente una conclusión no muy distinta de aquella a la que llegan, desde diferentes premisas, muchas doctrinas realistas, desde las teorías de la razón de estado evocadas en el apartado 52 hasta la reciente teoría sistémica de Niklas Luhmann, quien, partiendo de una representación del estado como «sistema» y de la sociedad como «ambiente», postula la primacía del primero sobre la segunda sometiendo el conjunto a una especie de ley biológica: la necesidad que tiene el sistema de dominar su ambiente modificándolo, simplificándolo y en todos los casos ple-gándolo a sus propias instancias funcionales, para sobrevivir y desarrollarse³⁷. En todos los casos, la pérdida de un punto de vista ético-político externo, independiente del jurídico o interno, se resuelve en la negación de la legitimidad o, cuando menos, de la relevancia de todo punto de vista autónomo del individuo y de los sujetos sociales y, consiguientemente, en una doctrina de la ausencia de límites al poder del estado.

Pueden, por el contrario, considerarse *hétero-poyéticas* todas las doctrinas según las cuales la legitimación política del derecho y del estado proviene de fuera o *desde abajo*, es decir, de la sociedad, entendida como suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales. Se cuentan entre éstas las diversas filosofías políticas utilitaristas, comenzando por las elaboradas por el iusnaturalismo laico y racionalista de la época de la Ilustración. En estas doctrinas no sólo el derecho penal sino el derecho en general fue concebido como un «artificio» creado por el hombre y para el hombre como su instrumento. Lo *natural* de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo *artificial* no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos. Derechos *innatos* o *naturales*, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos «pre-estatales» o «pre-políticos», en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son «fundamentales» o «fundantes» de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional. El vicio ideológico, y no sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la idea de un derecho natural como entidad ontológica en lugar de puramente axiológica. Es obvio que el «derecho» y los «de-

rechos naturales» no existen: no son realidades objetivas, sino principios axiológicos o normativos de tipo extrajurídico³⁸. Pero esto no quita nada del valor que se decida asociar a los mismos en cuanto fundamentos externos —«naturales» en el sentido de «pre-políticos» o «sociales»— del derecho positivo y del estado, y ni siquiera a la primacía y a la autonomía moral y política atribuida a los fines para los que estos son creados. La idea iusnaturalista del contrato social es, desde este punto de vista, una gran metáfora de la democracia. El estado, según el paradigma de justificación externa que la misma sugiere, no es ni un fin ni un valor: es antes bien un producto fabricado por los hombres, «pues es mediante el arte» —son palabras de Hobbes— «como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido»³⁹; de modo que vale en tanto en cuanto sirva a los «hombres naturales» que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y si fuera necesario demolido en el caso de alzarse contra ellos. Todavía más: aquél es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y *a posteriori*. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como «justos» sólo según quien los detente, sino sobre todo según el *por qué*, el *cuándo* y el *cómo* sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción.

2. *El garantismo como doctrina de la fundamentación externa del estado en los derechos vitales de los ciudadanos.* Si se comparte esta reinterpretación del contractualismo clásico como esquema de justificación del estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales, es lícito reconocerlo como la primera aunque embrional doctrina de la democracia: no sólo de la *democracia política* o *formal*, a la que permite fundar sobre el *consenso* de los contratantes⁴⁰, sino también —y diría que sobre todo— de la *democracia sustancial*, a la que hace posible fundar sobre la *garantía* de sus derechos. Los derechos fundamentales, como se ha dicho en el apartado 57 y mostraré mejor en el apartado 60, corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de *todos* que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: piénsese en el derecho a la vida, en los derechos de libertad, en los derechos sociales a la subsistencia, a la salud, a la instrucción, a la conservación del ambiente y otros similares. Al mismo tiempo, éstos han servido para recibir, primero en la forma de «derechos naturales» y después en la de los modernos «derechos civiles», derivada de aquélla, las *necesidades* o *intereses ma-*

teriales primarios de las personas, cuya garantía equivale a la tutela por igual de sus diversas identidades y, al mismo tiempo, a la realización siquiera tendencial de su igualdad sustancial.

Una tesis como ésta puede resultar paradójica. Por lo general, dentro de la tradición contractualista, el punto de referencia canónico del pensamiento democrático está en Rousseau y su doctrina de la omnipotencia de la voluntad general, mientras el modelo lockeano (por no decir hobbesiano) se considera estrictamente burgués y liberal. A mí me parece que, al menos por lo que concierne al paradigma filosófico-político de la justificación del estado, este esquema interpretativo puede invertirse. La doctrina de la voluntad general, tanto directa como representativa, es una doctrina de la democracia *política* que resuelve solamente el problema de la legitimación formal de *quién decide*, es decir, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los poderes de gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo de resolverlo —cuando tal legitimación se asume, del mismo modo que en Rousseau, como un valor absoluto y exclusivo— con el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos⁴¹. Por el contrario, el problema de la legitimación sustancial del *qué es obligado decidir o no decidir* constituye precisamente el objeto de las doctrinas liberal-contractualistas sobre la razón y sobre los límites del estado, a las que se debe, de una parte, la elaboración de una noción de «derecho fundamental» que aunque circunscrita por ella tan sólo a los derechos burgueses de libertad y propiedad, resulta sin embargo apta para ser utilizada para todos los derechos que se estiman vitales, tanto liberales como sociales, y, por tanto, para servir de base a una doctrina general sobre la democracia *sustancial*; por otro lado, y correlativamente, la configuración del derecho y del estado no ya según la tradición aristotélica y medieval, como entidades naturales, sino como «artificios», «criaturas», «invenciones» o «convenciones»⁴², justificados únicamente por su función de *instrumentos* para finalidades externas identificadas con la satisfacción de los derechos naturales o fundamentales de los ciudadanos.

El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétéro-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.

Ambos elementos son exactamente lo contrario de aquellos con los que se puede caracterizar a las ideologías auto-poyéticas y sus vo-

caciones totalitarias. El presupuesto de todo totalitarismo, en efecto, es siempre una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo⁴³. Añado que ambas concepciones del poder acompañan generalmente a dos representaciones opuestas y simétricas de la sociedad: la idea del «poder bueno» tiende a asociarse a la de la «sociedad mala», mientras la idea del «poder malo» tiende a asociarse a la de la «sociedad buena»⁴⁴. El optimismo y el pesimismo politológicos parecen en suma respectivamente solidarios con el pesimismo y el optimismo sociológicos. Y dan lugar a dos configuraciones opuestas de la relación entre potestades públicas y derechos civiles.

En el primer caso, los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido: «los derechos civiles», establecía el art. 1 del código civil ruso de 1923, «están protegidos por la ley mientras su ejercicio no entre en contradicción con los fines sociales y económicos para los que han sido establecidos»; «pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones, así como el derecho de propiedad y el de asilo», afirma el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, «quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos»; y el art. 61 de la Constitución cubana establece: «ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible»⁴⁵.

En el segundo caso, son por el contrario los poderes, públicos y privados, los que están instrumentalizados para la tutela de los derechos civiles fundamentales y a tal fin limitados y disciplinados: «el gobierno», proclamó el art. 3 de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, «es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que de todas las formas y modos de gobierno es el mejor, el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad»; «la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», afirmó el art. 2 de la Declaración francesa de 1789; y el art. 12 añadió: «la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad

particular de aquellos que la tienen a su cargo»⁴⁶. Todo el pensamiento contractualista e ilustrado parece, por lo demás, de acuerdo al considerar la «felicidad», las «necesidades», el «bienestar social», es decir, la satisfacción de los derechos fundamentales como fines y justificaciones hétero-poyéticas tanto del derecho como del estado⁴⁷.

Llegados a este punto, podemos caracterizar políticamente el estado de derecho como el modelo de ordenamiento justificado o fundamentado por fines completamente externos, declarados por lo general normativamente en sus constituciones, normas o cartas fundamentales, pero siempre de manera incompleta. Estos fines justificantes o fundamentales no sólo no se ven satisfechos —a causa de la divergencia inevitable entre validez, vigencia y efectividad de que ya se ha hablado en el apartado precedente— por su simple enunciación legal, sino que tampoco son enteramente reducibles —debido a la divergencia que asimismo subsiste entre valores ético-políticos y validez— a los enunciados por las normas positivas, tanto ordinarias como constitucionales. El rechazo de todo positivismo ético y, por tanto, no sólo del legalismo sino también del constitucionalismo ético, excluye en efecto como ideológico el aplastamiento del deber ser político por el ser jurídico, aunque sea normativo y constitucional, tanto como el del deber ser jurídico por el ser efectivo del derecho. El deber ser político, o, más sencillamente, *la política* como dimensión axiológica del obrar social, permanece de forma irreducible como punto de vista externo, o desde abajo, que legitima la crítica y el cambio no sólo del funcionamiento de hecho sino también de los modelos de derecho de las instituciones vigentes.

3. *Una aporía política: la irreducible ilegitimidad política del poder en el estado de derecho. Las ideologías de legitimación.* La consecuencia más importante de este esquema de justificación externa es que, al no estar nunca plenamente realizados los fines y los valores justificantes, la legitimación política del poder en el estado de derecho, más todavía que su legitimación jurídica, es siempre, por su misma naturaleza, sólo tendencial e irremediabilmente imperfecta.

He hablado ya en los apartados 12.2, 26.5 y 37.5 de la irreducible ilegitimidad política del poder judicial, que incluso en los sistemas normativamente más perfeccionados es siempre en alguna medida poder discrecional de disposición y no sólo, como querría su modelo de justificación, poder legal de denotación y poder equitativo de comprensión. Lo mismo se puede decir ahora de los otros dos poderes del estado democrático de derecho, cuya legitimación depende de su capacidad de expresar y satisfacer las voluntades y los intereses representados: del poder legislativo, cuya representatividad es siempre aproximativa e imperfecta por la ausencia de mandatos imperativos y por las mediaciones burocráticas interpuestas por los partidos que la expresan; y del poder ejecutivo, cuya representatividad es aun

más tenue y mediata por los amplios márgenes de autonomía de que goza y por la ineffectividad de los controles parlamentarios. Nuestro esquema de justificación implica además que la legitimación política en el estado de derecho no sólo no es nunca perfecta, sino ni siquiera apriorística, ni global, ni permanente: en términos semejantes a lo que se ha visto para el derecho penal, no puede ser más que *a posteriori*, parcial, contingente y relativa a las funciones de utilidad efectivamente aseguradas por el estado o, mejor, de esta o aquella de sus instituciones o, todavía mejor, de este o aquel de sus actos singulares.

Esta irreducible ilegitimidad política de todos los poderes en el estado de derecho es una aporía política del garantismo, que se suma a la ya ilustrada en los dos apartados anteriores de su irreducible ilegitimidad jurídica. Como ésta, aquélla depende de la divergencia estructural entre deber ser y ser que siempre caracteriza a los modelos normativos de legitimación impuestos —tanto desde fuera como desde dentro— al ejercicio del poder. Diré incluso que una irreducible ilegitimidad política es el carácter común y fisiológico de todos los ordenamientos basados en modelos de legitimación hétero-poyética, ascendente o desde abajo. Garantismo y democracia son siempre, en efecto, modelos normativos imperfectamente realizados y valen por tanto, además de como parámetros de legitimación, también como parámetros de deslegitimación política. Paradójicamente, en los regímenes absolutos premodernos, en los que la legitimación descendía desde lo alto (Dios, nacimiento, investidura soberana y otros similares) y se limitaba a la fuente del poder (*quod principi placuit*), la legitimidad —no sólo jurídica sino también política— era absoluta y perfecta, en cuanto apriorística e incondicionada. Por el contrario, en los modernos estados de derecho, donde proviene de abajo y de fuera, la legitimidad política es siempre relativa, condicionada y mensurable en *grados*: tanto porque depende del grado de efectiva realización de las funciones externas que justifican los poderes (grado de representatividad, grado de satisfacción de los derechos garantizados y de los intereses representados), como por la imperfección estructural de los instrumentos institucionales dispuestos para ese fin (representación indirecta, principio de mayoría, garantías jurisdiccionales y otras técnicas jurídicas de tutela). Por eso se debería hablar siempre, a propósito de los sistemas políticos que se remiten a fuentes de legitimación desde abajo, de «democracia imperfecta», de «liberalismo imperfecto», de «socialismo imperfecto», más que, parece obvio, de «garantismo imperfecto».

Ha sucedido, por el contrario —en las culturas penalistas y, más en general, en la cultura jurídica y política de este último siglo—, que las teorías liberal-democráticas, como por lo demás las socialistas, se han concebido a menudo a sí mismas no como parámetros, sino como fuentes de legitimación absoluta de los sistemas políticos edifi-

cados en su nombre. «Democracia», «liberalismo» y «socialismo» se han transmutado consecuentemente en *ideologías* de legitimación —en el sentido normativista que aquí se ha dado a esta expresión— en las que se cambian las funciones ideales del estado por las reales, la fuente normativa de justificación por la justificación misma, el deber ser político por el ser jurídico o, peor todavía, por el ser de hecho de los poderes institucionales. Y cada vez que estado y derecho resultan así idealizados o valorizados éticamente, tienden a perder su carácter instrumental para transformarse ellos mismos en fines, valores, o «sustancias éticas»⁴⁸ auto-justificadas.

Esta valorización ética del derecho y del estado se encuentra en el origen de todas las modernas perversiones autoritarias: del fascismo y del estalinismo, pero también de las tentaciones totalitarias que de forma recurrente emergen, en los momentos de crisis, en las democracias liberales. No pertenece a la tradición iusnaturalista, ni siquiera en su versión autoritaria y absolutista, sino que es una connotación específica del totalitarismo moderno. Hobbes, por ejemplo, no habría dicho nunca, como dirá Hegel, que «el sacrificio por la individualidad del estado es la condición sustancial de todos y, por lo tanto, un deber general»⁴⁹, o que «el estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección y la seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. El mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio»⁵⁰. Y mucho menos habría suscrito la apología hegeliana del «valor militar» como «la suprema abstracción que hace la libertad» y «la suprema autonomía del *ser por sí*»⁵¹, y no digamos la exaltación de la «guerra» como el «medio» por el que «la salud ética de los pueblos es mantenida»⁵². Al contrario, aquél teorizó como fundamentales el derecho del súbdito a la autoconservación⁵³, la consiguiente facultad de desobedecer al soberano cuando éste le ordene perjudicarse a sí mismo⁵⁴ e incluso la legitimidad del miedo y de la cobardía y el derecho a huir del peligro a que el soberano le expone con la guerra⁵⁵ o con la pena⁵⁶. «Dios», dice Hobbes, «hizo a los reyes para el pueblo y no al pueblo para los reyes»⁵⁷. La relación entre estado y ciudadano, que para Hobbes, teórico del absolutismo, era de medio a fin, se invierte en Hegel y en el totalitarismo moderno en relación de fin a medio. Y el estado-fin resulta tanto más absoluto e incondicionado en cuanto que, con respecto a las viejas concepciones teológicas, se ha autonomizado no sólo de sus bases terrenas y humanas, sino también de vínculos religiosos y metafísicos.

Como se ha visto en el curso de este libro, el tránsito del utilitarismo del estado-instrumento al eticismo del estado-fin ha supuesto una fractura en la historia del pensamiento penalista moderno, que se expresa en la pérdida progresiva del punto de vista externo en relación con todos los temas de mayor importancia en el derecho penal: la le-

sividad de los delitos y el concepto de bien jurídico, la exterioridad o materialidad de la acción, la imputabilidad y la culpabilidad, la función de la pena y los modelos de proceso. Pero hay otra cuestión en la que esta transformación se ha manifestado de manera aun más significativa: la relación entre condenado y pena, que es un reflejo de la cuestión más general de la obediencia política. El pensamiento penalista ha pasado en este problema de un extremo a otro, cuyos términos tuvieron expresión ejemplar en Hobbes y en Hegel. Hobbes y junto a él Thomasius consideran que si el soberano tiene el derecho de castigar, el condenado tiene el derecho de sustraerse a la pena y «defenderse a sí mismo», evadiéndose u oponiendo resistencia⁵⁸; la autonomía del punto de vista individual externo queda en este caso salvaguardada con el mayor rigor, incluso frente al esquema contractualista que quisiera que a un poder correspondiera un deber y a un derecho una obligación: potestad punitiva del soberano y derecho de autodefensa del condenado son efectivamente situaciones asimétricas, inconexas y en conflicto. Hay una doctrina intermedia, la contractualista clásica de Grocio, Rousseau, Vico, Genovesi, Beccaria, Feuerbach, Fichte y Filangieri, según la cual el condenado tiene la obligación contractual de someterse a la pena, concebida siempre como un «mal» impuesto coercitivamente, puesto que «qui delinquit, sua voluntate se obligasse videtur poenae»⁵⁹. Se debe, en fin, al pensamiento de Hegel la tesis estatalista más extrema, según la cual la pena no es ni siquiera un mal sino un bien para el que la sufre, de manera que el condenado no sólo tiene el deber sino incluso el «derecho» de someterse a ella y así autogratificarse éticamente: «la lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí*», declara Hegel, «es al mismo tiempo su voluntad existente *en sí*, una existencia de su libertad, *su* derecho»⁶⁰; con ella «el delincuente es honrado como ser racional»⁶¹. Aquí no sólo no hay conflicto, sino tampoco mediación: el bien del individuo se identifica inmediatamente con el del estado, su punto de vista externo, con el jurídico interno, su derecho individual, con la potestad estatal de castigarle.

He querido recordar estas concepciones opuestas de la relación punitiva entre estado y ciudadano porque son las que caracterizan con la mayor nitidez la alternativa entre doctrinas hétero-poyéticas y doctrinas auto-poyéticas no sólo con respecto al problema filosófico de los juicios de legitimidad política sobre el derecho, sino también al de las actitudes prácticas frente al mismo. La cuestión de la sujeción a la pena es en realidad un aspecto, quizá el más dramático, del problema más general de la *obligación política*: si la obligación de los ciudadanos de cumplir las leyes y someterse al derecho y al estado en cuanto tales tiene carácter moral o solamente jurídico; es decir, si es ilícita sólo jurídicamente, o también moralmente, la desobediencia a las leyes con independencia de su contenido. Parecería evidente, después de lo que se ha dicho, que la tesis del carácter *también moral* del

deber de obediencia es concorde con tesis auto-poyéticas que asignan un valor moral intrínseco al derecho confundiendo con él la moral, mientras que la tesis de su carácter *sólo jurídico* va unido a tesis hetero-poyéticas que desconocen al derecho ese valor separando de él la moral. El problema es no obstante más complejo. Toca uno de los nudos cruciales de la filosofía política y convendrá volver sobre él en el apartado 61 del próximo capítulo.

4. *Liberalismos reales y socialismos reales.* Ya he tenido ocasión de señalar, desde el apartado 16, que la conversión de la cultura penalista del punto de vista externo al punto de vista interno, detectada en orden a casi todos los problemas teóricos del derecho penal, es sólo el reflejo de un cambio más general de la cultura liberal, producido en el siglo pasado de forma paralela al nacimiento y consolidación del estado moderno.

En la historia del pensamiento jurídico liberal, dijimos, podemos distinguir dos fases: la fase ilustrada y revolucionaria, en la que el liberalismo reivindicó, frente al *ancien régime*, los fundamentos axiológicos externos del estado y, conforme a ellos, la carga de su justificación; y la conservadora y estatalista, que siguió a la crisis del viejo estado absoluto y al reforzamiento del poder burgués, en la que la cultura liberal abandonó muy a menudo el punto de vista externo alineándose en la defensa del nuevo orden frente a la emergencia de nuevas fuerzas revolucionarias. El cambio, como se ha visto a propósito del derecho penal, tuvo expresión en una doble caída, teórica y política. En el plano teórico, el liberalismo reformador fue suplantado por doctrinas abiertamente estatalistas, que disolvieron la originaria tensión axiológica de aquél haciéndola pasar de cultura de oposición, orientada a la defensa de los derechos de los ciudadanos y a la consiguiente delimitación y funcionalización de los poderes estatales, a doctrina de legitimación y de apología de lo existente preordenada a la defensa y a la seguridad del estado como bien supremo. En el plano práctico e institucional, el *liberalismo realizado* se ha manifestado en sistemas penales y procesales ampliamente lesivos para los modelos teóricos garantistas y en compactas legislaciones policíacas en materia de orden público y contra las «clases peligrosas». El advenimiento de los fascismos representó, en los países de más frágiles tradiciones liberal-democráticas, el punto más bajo de la caída. Pero también en las democracias renacidas la cultura jurídica ha mantenido a menudo un actitud de acrítica veneración en relación con el derecho vigente (y, en Italia, largamente inalterado), expresada en una suerte de legitimismo democrático informado por la idea de que todo lo que acontece bajo el cielo de la democracia y de la Constitución es democrático y legítimo.

Es significativo que le haya ocurrido algo parecido —y peor— a la otra gran cultura política de nuestro tiempo, que partió también de un

punto de vista radicalmente externo y desde abajo respecto a los sistemas existentes: la cultura marxista, libertaria y revolucionaria antes de la toma del poder y transformada después en pura ideología de legitimación de los nuevos estados y poderes «socialistas». Aquí la quiebra ha sido total: aunque sólo sea porque la cultura socialista no había desarrollado, ni siquiera en el plano teórico y normativo, ningún proyecto jurídico e institucional. El rechazo en bloque de todos los principios teóricos y de todas las conquistas políticas y jurídicas de la tradición liberal y la vaga utopía de un estado bueno destinado a autodisolverse hicieron posible por el contrario eludir *ab origine* el problema de los límites de los poderes estatales. Y esto permitió a los *socialismos realizados* las perversiones totalitarias que todos conocemos sin siquiera la carga de tener que desmentir una inexistente teoría del derecho. En el derecho penal, por ejemplo, la idea del «intercambio de equivalentes», tomada en préstamo del derecho civil con poco más que un juego de palabras —el intercambio entre delito y pena, o sea, la pena como precio del delito—, sirvió para descalificar todo el sistema de las garantías jurídicas. Y en todo el derecho público la ilusión de un poder bueno legitimado por su fuente ha producido, en vez de la fabulada extinción del estado, la extinción de cualquier función garantista del derecho.

De todas las divergencias entre deber ser y ser o entre normatividad y efectividad que hemos examinado, sin duda la más llamativa es, en suma, la que existe entre doctrinas de fundamentación externa e ideologías de legitimación que remiten a ellas: hasta el punto de que hay que hablar de una verdadera cesura entre unas y otras. Añadiré que la relativa similitud entre los itinerarios de las dos grandes culturas políticas de la edad moderna está paradójicamente en el origen de las incomprendiones que siempre las han separado. Cada una de ellas ha dirigido justamente sus críticas a las realizaciones históricas de la otra, sucediéndose sin embargo indebidamente de ellas la descalificación también de sus ascendencias teóricas y axiológicas. Así, ha ocurrido que la cultura marxista ha confundido durante mucho tiempo el liberalismo ilustrado y reformador con el conservador, atacando al primero casi más que al segundo como falsa conciencia y juego con trampas. Es como atacar a Marx sobre la base de Visinskij: que es lo que realmente ha sucedido en la parte opuesta, mediante la descalificación del marxismo teórico a la luz de los socialismos reales. Naturalmente, no se ha tratado sólo de errores metodológicos, sino también de operaciones propagandísticas dirigidas a tapar los defectos prácticos de cada sistema con los del otro.

La rehabilitación del *punto de vista externo* del que partieron las dos culturas de la transformación en que se ha dividido la filosofía política moderna representa, por lo demás, el presupuesto de cualquier doctrina democrática del derecho y del estado. En el plano metodológico, aquélla comporta sobre todo el reconocimiento del carácter

normativo y no descriptivo de cualquier doctrina política o jurídica de fundamentación o justificación externa, es decir, anclada en los derechos y los intereses vitales de las personas; en segundo lugar, el análisis teórico de los espacios y las condiciones de realizabilidad, así como de los márgenes de irrealizabilidad de cada doctrina; en tercer lugar, el análisis empírico y la crítica política y jurídica de las concretas desviaciones o divergencias de cada sistema respecto de sus fuentes de legitimación tanto interna como externa. En efecto, la tesis mantenida en el apartado 25.3 a propósito del derecho penal de que estas fuentes no permiten legitimaciones apriorísticas o absolutas, sino sólo justificaciones *a posteriori*, parciales, imperfectas, contingentes y condicionadas, tiene el valor de un principio de carácter general *a posteriori*, en relación con las connotaciones empíricas de cada sistema; *parciales*, por ser relativas a normas particulares, institutos o actividades de cada ordenamiento y nunca al ordenamiento en su conjunto; *imperfectas*, en el sentido de que puede hablarse de grado más o menos alto de legitimidad, pero nunca de legitimidad absoluta; *contingentes*, por estar ligadas a este o aquel aspecto del pasado o del presente de cada sistema y nunca a sus aspectos futuros; *condicionadas*, por ser dependientes de la fuerza y del grado de madurez democrática de los sujetos sociales y de sus capacidades de control sobre los poderes, tanto públicos como privados.

NOTAS

1. La expresión es de Hobbes, que la usa a propósito de «este hombre artificial nuestro al que llamamos estado» (*Leviatán*, 26, p. 219), así como de las «ataduras artificiales, llamadas *leyes civiles*» (*ibid.*, 21, p. 175). Cf., también, *ibid.*, p. 13.

2. Platón, *Las Leyes* cit., II, lib. IV, 715d, p. 145: «A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades»; cf., también, *ibid.*, lib. V, 729 d-c (recuérdense, sin embargo, los pasajes de *Las Leyes* y del *Político* citados en la nota 22 del cap. 2, en los cuales Platón se había expresado en sentido precisamente opuesto, es decir, a favor del gobierno de los hombres contra el de las leyes); Aristóteles, *Política*, cit., III, 15-16, 1286a-1287a, pp. 100-104: «Lo primero que debemos considerar en esta investigación es si conviene más ser gobernados por el mejor hombre o por las mejores leyes... Es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos... Por tanto, el que defiende el gobierno de la ley defiende el gobierno exclusivo de la divinidad y la razón y el que defiende el gobierno de un hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres. La ley es, por consiguiente, razón sin apetito». La expresión «servidores de las leyes» usada por Platón y por Aristóteles será recuperada por Cicerón en la célebre máxima «omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus» (*Pro*

Cluentio, cit., cap. LIII, p. 101). La opción por el «gobierno de las leyes» es, en fin, un postulado de la cultura jurídica ilustrada: «en los gobiernos despóticos», escribe por ejemplo Filangieri, «mandan los hombres; en los gobiernos moderados mandan las leyes» (*Riflessioni*, cit., p. 378; cf., *supra*, las notas 5 y 23 del cap. 1). Para referencias más amplias, cf. N. Bobbio, *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?* (1983), en *El futuro de la democracia*, cit., pp. 195 ss.

3. O. c., pp. 124 ss. La expresión *sub lege*, recuerda Bobbio, aparece en la clásica fórmula de Henri Bracton sobre la fundación jurídica de la soberanía: «ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub deo et sub lege quia lex facit regem» (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, cit., II, p. 33).

4. Sobre la expresión italiana *stato di diritto* y sobre las homónimas o sinónimas de *Rechtsstaat*, *Rule of law*, *Règne de la loi* y *Séparation des pouvoirs*, remito a A. Baratta, voz *Stato di diritto*, en *Scienze politiche*, A. Negri (ed.), I, *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, Feltrinelli, Milán, 1970, pp. 509-523.

5. Cf., por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 345: «si se reconoce en el estado un orden jurídico, todo estado es un estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica; *ibid.*, p. 320: «todo estado, en este sentido, tiene que ser un estado de derecho, puesto que todo estado es un orden jurídico».

6. B. Guggenberger y C. Offe, *La legittimazione della maggioranza di fronte a minoranze, gruppi di pressione e movimenti sociali*, en Varios, *Rappresentanza, legittimazione e minoranze. L'esperienza storico-tedesca in un contesto comparativo*, «Quaderni della Fondazione Basso», Angeli, Milán, 1986, p. 167. Una tesis análoga es la mantenida por N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 15, según el cual «las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego».

7. Cf. también los artículos 9 y 19 de la misma Constitución, primera parte, sobre el carácter ilegal y punible del ejercicio de cualquier poder público en violación de tales deberes. Sobre esta idea de una auto-obligación del estado correlativa a la existencia de derechos fundamentales de los ciudadanos en su relación con él —rechazada como insensata por H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., p. 236 y *Teoría pura*, cit., pp. 287 y 314-315, como antes por J. Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno* cit., cap. IV— se basa la estructura normativa del estado constitucional de derecho (cf., *supra*, apartado 26).

8. En este sentido cf. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 286-288 y 383-388, donde se sostiene el carácter anti-utilitarista de los derechos fundamentales, si por «utilidad» se entiende la utilidad general: «el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos»; en efecto, «ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes» (*ibid.*, p. 288).

9. A. Tocqueville, *La democracia en América*, cit., II, p. 34: «En cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente, 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».

10. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., 14, p. 113: «Hay algunos derechos que ningún hombre, ni mediante palabras ni mediante cualquier otro signo, ha dado a entender que los ha abandonado o que ha renunciado a ellos. En primer lugar, un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a aquellos que lo asaltan por la fuerza y quieren quitarle la vida, porque no puede entenderse que de su pasividad se derive bien alguno para sí mismo. Lo mismo puede decirse de la resistencia al daño físico, a las cadenas y al en-

carcelamiento», *ibid.*, 28, p. 248: «Ningún hombre está obligado por convenio a no resistir que se le haga violencia; y, consecuentemente, no puede pretenderse que haya otorgado a otro el derecho de poner las manos sobre su persona de una manera violenta».

11. De esta y de otras diferencias estructurales entre derecho de propiedad (que es un «derecho sobre» y, por tanto, propiamente un «poder») y derechos de libertad, y sobre el uso ideológico de la misma palabra «derecho (subjetivo)» para designar a uno y a otros, hablaré de forma más analítica en el apartado 60. Cf. también mi *Teoría axiomatizada del derecho*, cit., pp. 99 ss. La confusión entre propiedad y libertad ha constituido todavía últimamente el fundamento teórico de las doctrinas liberal-conservadoras de Nozick, Friedman, Rand y otros apologetas americanos de la propiedad y de la libertad de mercado. Para un balance crítico de estos planteamientos llamados *libertarian*, cf. P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, cit., que con feliz expresión los califica de «anarcocapitalistas» (p. 14).

12. Sería sin embargo un error pensar que las Constituciones del siglo XVIII olvidaron completamente estos derechos. En el título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se establece, entre las «disposiciones fundamentales garantizadas por la constitución», que «se creará y organizará un instituto general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres y enfermos y proporcionar trabajo a los pobres válidos que no hubieran podido procurárselo. Se creará y organizará una Instrucción pública común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres, cuyos establecimientos serán distribuidos gradualmente, según las divisiones del reino». La Constitución del 24 de junio de 1793, además, establecía en el art. 21 que «Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, tanto procurándoles trabajo, como asegurando los medios de subsistencia a aquellos que no estén en condiciones de trabajar»; y en el art. 22 que «la instrucción es necesidad de todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos». En fin, la Constitución del 22 de agosto de 1795 dedicaba un título entero a la enseñanza pública y gratuita (título X, arts. 296-301). Por último, merecen ser recordados el proyecto de *Déclaration* presentado por Robespierre el 24 de abril de 1793 (que en los arts. 6-8 prescribía límites a la propiedad y en el art. 11 establecía la obligación de proveer a la subsistencia de aquellos que carecen de lo necesario) y la *Déclaration solennelle des droits de l'homme dans l'état social*, presentada en nombre de los Enragés por Jean-François Varlet el 13 de mayo de 1793, cuyos textos se encuentran recogidos en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, cit., pp. 358 y 402-408.

13. F. A. Hayek, *The Principles of a Liberal Social Order*, en «Il Politico», 1966, pp. 601-618; Id., *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, *ibid.*, 1968, pp. 693-723; Id., *The Constitution of Liberty* (1960), trad. cast. de J. Vicente Torres, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 31978, pp. 177 ss.; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 34 ss. Para una crítica de estas distinciones, y en particular de la de Hayek, cf. N. Bobbio, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, (1970), en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977, pp. 123 ss.

14. Esta acepción de «norma secundaria» —bien distinta de la de Hart (*loc. cit.*), según el cual son «secundarias» todas las normas que confieren poderes (incluidos por tanto los negocios que confieren poderes privados), mientras son «primarias» todas las que asignan obligaciones (incluidas por consiguiente las que prescriben a los órganos públicos producir normas jurídicas)— escapa a la crítica que G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Turín, 1967, pp. 146 ss., hace de la noción de «norma secundaria» como norma genéricamente «superior» respecto a las normas de

grado «inferior». En ella entran, en efecto, las normas no ya en tanto que simplemente «superiores», sino en cuanto disciplinan —instituyendo prohibiciones, obligaciones o facultades, de tipo procesal o sustancial— la actividad normativa de los órganos públicos, poco importa si sólo primaria o también secundaria respecto a otras fuentes normativas.

15. Uso con alguna duda la expresión *estado de derecho socialista*, en vez de la menos comprometedora de *estado de derecho social*, a causa de los muchos significados —desde el socialismo «utópico» al «científico» de Marx, de los «socialismos reales» del Este a las socialdemocracias europeas y a los diversos socialismos más o menos reformistas— ya evocados por la palabra «socialismo», la cual, sin embargo, al menos a los fines de una teoría del derecho, me parece útilmente redefinible precisamente como un sistema que consiste en la garantía de los que he llamado «derechos sociales» y en su efectiva e igualitaria satisfacción.

16. Además de las tesis formuladas por Hayek en los textos citados en la nota 13, entre los sostenedores de esta tesis de la incompatibilidad entre los dos tipos de garantías y, más en general, entre estado de derecho y estado social, puede recordarse a N. Luhmann, *Il Welfare State come problema politico e teorico*, en *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, E. Fano, G. Marramao y S. Rodotà (eds.), De Donato, Bari, 1983, pp. 349-359. Véanse también —en apoyo de esta tesis y, más en general, de estrategias políticas neoconservadoras que justifican perspectivas de *deregulation* y redimensionamiento del estado social por la necesidad de salvaguardar el estado de derecho— los escritos, informados por el paradigma de la *auto-poyesis*, de los teóricos de la *reflexive Law* Peter Heil, Helmut Willke y Gunther Teubner, así como los xerografiados del mismo Luhmann citados y criticados por D. Zolo, *Autopoiesis: un paradigma conservatore* (1986), en *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Turín, 1987, pp. 283-285.

17. Cf., sobre estos temas, N. Bobbio, *La democrazia y el poder invisibile* (1980), en *El futuro*, cit., pp. 65-84. Véase además L. Ferrajoli-D. Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milán, 1978 y L. Ferrajoli, *Stato di diritto e stato sociale*, cit.

18. Es la dirección indicada por N. Bobbio en *Democrazia rappresentativa y democrazia directa* (1978), en *El futuro*, cit., pp. 32 ss.

19. La distinción entre «constitución formal» y «constitución material» fue usada originariamente para distinguir, según las palabras de C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico* (1949), Cedam, Padua, 6^a 1962, pp. 70-71, el texto de la Constitución y de las leyes constitucionales del «principio supremo institucional», que se concreta en el «estado sociedad, en el cuerpo social recogido en una serie de concepciones y de fines comunes», o sea, en los «fines institucionales en torno a los cuales se ordenan las fuerzas que se encuentran, en virtud de la posesión de los medios adecuados para asegurar el ejercicio del poder social, en una posición de supraordenación»; cf. también, para una noción más o menos del mismo tenor, Id., *Costituzione (Dottrine generali)*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XI, 1962, pp. 169-178. Esta confusa noción sociológica de «constitución material» se ha prestado en muchos casos a ser utilizada para legitimar las derogaciones de hecho de la constitución formal y las consiguientes propuestas de reforma dirigidas a la adecuación de ésta a aquéllas. Me parece por ello menos perturbador utilizar la distinción para designar la divergencia entre modelo constitucional normativo y orden constitucional efectivo, es decir, entre deber ser (normativo) y ser (efectivo) del orden constitucional.

20. Para una profundización de estas indicaciones meta-teóricas y de la crítica epistemológica del normativismo y del realismo, remito, además de al apartado 26.3, a mi *La semantica della teoria del diritto*, cit., pp. 104 ss.

21. J. Bentham, *Fragmento*, cit., cap. IV, pp. 101 ss.; H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 68-69; 72; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 250-251.

22. Sobre la pertinencia del atributo «válido» no ya a la totalidad del ordenamiento al que pertenece el precepto de que se predica, sino sólo al contenido prescriptivo de las normas inmediatamente superiores a él, remito a mi trabajo *La semántica*, cit., pp. 124-125.

23. Según S. Senese, *Crisi della giustizia o crisi della democrazia?*, en «Mondoperaio», 1984, n. 6/7, pp. 26-28, la Constitución italiana, al conferir al juez el poder de excepcionar la inconstitucionalidad, le ha asignado un papel institucional de «crítico de las leyes» que retroactúa sobre el significado del «mismo principio de la sujeción del juez solamente a la ley»: en efecto, «la ley a la que el juez está sujeto no es nunca un dato textual inmóvil y fijo, sino sobre todo una combinación de ley ordinaria y norma constitucional, que puede invalidarla y en todo caso la pone en tensión».

24. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. IX y 7 ss.; Id., *Teoría pura*, cit., pp. 38 y ss. y 121-122.

25. N. Bobbio, *La teoría pura del diritto e i suoi critici* (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, pp. 79-82 (hay trad. cast., *La teoría pura del derecho y sus críticos*, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, pp. 122-124); Id., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 199-200; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 106.

26. Cf., *supra*, el apartado 26.3.

27. N. Bobbio, *Il positivismo*, cit., pp. 196-201. Del mismo modo Kelsen llama a los juicios jurídicos de validez «juicios de valor objetivo», caracterizados por el hecho de que en ellos «la existencia del valor de legalidad es objetivamente constatable» (*Teoría*, cit., p. 48).

28. Merece una referencia a este propósito la reciente Constitución de Nicaragua, de 9 de enero de 1987, que en los arts. 44 y 187 confiere a todo ciudadano el «recurso de amparo» por violación de cualquier derecho individual por parte del estado, así como el «recurso por inconstitucionalidad de toda Ley, Decreto o Reglamento que se oponga a lo prescripto por la constitución».

29. J. Bentham, *Fragmento*, cit., Prefacio, p. 11.

30. Véase su formulación en H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 174-175 y 192; Id., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 204 ss. y 364 ss.

31. Son dos de las tres tareas asignadas por Bobbio a la ciencia jurídica en el conocidísimo ensayo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, 1976, pp. 313-319 (trad. cast., *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*, en N. Bobbio, *Contribución*, cit., pp. 192-197).

32. Es precisamente lo que hace H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 364 ss., a causa de la ausencia de distinción entre vigencia y validez. Kelsen dedica todo un capítulo al intento de demostrar el carácter no contradictorio de los discursos científicos que admiten simultáneamente la validez de varias normas entre sí contradictorias. Es obvio que semejante tesis puede regir sólo en cuanto «validez» se entienda en el sentido formal de vigencia: no existe, en efecto, ninguna contradicción en constatar el hecho de que en el derecho vigente existen normas en contradicción entre sí. Si por el contrario «validez» se entiende, más propiamente, en el sentido de conformidad también sustancial de una norma con la norma superior a ella, resulta irremediablemente contradictorio decir que dos normas contradictorias entre sí son ambas válidas. Quizás resulte superfluo precisar que la epistemología que aquí se postula es válida sólo para los ordenamientos, como los estados de derecho, caracterizados por la existencia de distintos niveles de normas y por la consiguiente desviación virtual entre uno y otro nivel.

Este nexo entre epistemología jurídica y estructura normativa de los ordenamientos no tiene nada de extraño: del mismo modo que, en ausencia de un sistema formalizado de fuentes positivas, la epistemología iusnaturalista de la doctrina jurídica premoderna era distinta de la positivista, también lo es la epistemología garantista exigida por la presencia de una estructura escalonada en el ordenamiento, como lo es la de un estado de derecho dotado de Constitución rígida, con respecto a la epistemología que hacen posible ordenamientos con un sólo nivel normativo. Sobre esta cuestión remito a mis trabajos *La semántica*, cit., pp. 115 ss., y *La formazione dei concetti*, cit., pp. 421 ss.

33. Sobre la categoría de la *auto-poyesis* —elaborada por los biólogos chilenos H. R. Maturana y F. J. Varela en un trabajo de 1973 para explicar las condiciones biológicas de la supervivencia, recuperada y aplicada como nuevo paradigma en las disciplinas epistemológicas y en las ciencias sociales por numerosos estudiosos y en particular por N. Luhmann— cf. E. Resta, *Stili cognitivi della legittimazione*, en R. Treves (ed.), *Diritto e legittimazione*, Angeli, Milán, 1985, pp. 69 ss.; D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., pp. 279-336.

34. «El estado», afirma Hegel, «es la realidad efectiva de la idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial *revelada*, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe. En las *costumbres* (el estado) *tiene su existencia inmediata*» (*Principios de la filosofía del derecho*, cit., 257, p. 318); «El estado... es lo *racional* en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo *supremo deber* es ser miembro del estado» (*ibid.*, 258, p. 209). Cf. también, de Hegel, los Agregados, cit., 152, p. 234; Id., *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, cit., 535-541, pp. 473 ss.; Id., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, cit., pp. 100-107.

35. «El estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares... se conviertan por sí mismos en interés de lo universal» (*Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., 260, p. 325); «(el sentimiento político) es la conciencia de que mi interés sustancial y particular está contenido y preservado en el interés y el fin de otro (aquí el estado), en cuanto está en relación conmigo como individuo. De esta manera, este otro deja inmediatamente de ser un otro para mí y yo no soy libre en esta conciencia (*ibid.*, 268, p. 332).

36. *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 258, p. 319.

37. N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (1981), trad. it. de R. Sutter, *Teoria politica nello stato del benessere*, Angeli, Milán, 1983; cf. también Id., *Politische Planung* (1971), trad. it. di F. Spalla, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Nápoles, 1978, pp. 67-68: «En la tradicional teoría europea de la sociedad política, la sociedad venía considerada como un todo formado de partes, es decir, del mismo modo que un organismo, como una totalidad viviente formada de partes vivientes. Según esta concepción, la vida de las partes representaba un momento esencial... La teoría sociológica de los sistemas sociales rompe esta tradición en cuanto considera al hombre ya no como parte del sistema social, sino como ambiente problemático del sistema mismo». Véanse las críticas, de orden epistemológico y lógico, dirigidas a semejante paradigma por D. Zolo, *Autopoiesis*, cit., pp. 314-336. Parecen por otra parte evidentes las valencias ideológicas del nuevo planteamiento teórico. Sobre todo, la opción organicista, es decir, la concepción de los sistemas políticos como organismos (aunque sean no vivientes) en los que las partes, comprendidos los individuos, son subsistemas funcionales y subordinados al todo. En segundo lugar, la asunción —en la relación sistema/ambiente, que en la teoría política se traduce en la de sistema político/ambiente social— de la primacía del primero sobre el segundo: es el sistema político

y no el ambiente social, el estado y no los ciudadanos, el que resulta concebido como sujeto activo que debe autoconservarse a expensas de la sociedad, configurada respecto al primero como parte pasiva o en todo caso puramente reactiva. En tercer lugar, la constante ambigüedad de esta doctrina, que pasa continuamente de tesis descriptivas a tesis valorativas, y en último análisis axiológicas: Luhmann parece en efecto resistirse a aclarar si su teoría se limita a decir cómo van las cosas o bien si aspira también a sugerirnos cómo las cosas no pueden andar o, lo que es peor, cómo deben andar. Y acaba a menudo por equiparar subrepticamente su descripción «científica» del mundo como es con la tesis, no importa si optimista o pesimista, de que el mundo no *puede ser de otro modo*. Lo que hace evidente la falacia naturalista. De la tesis (opinable) de que éste es el mundo existente, es decir, de un juicio de hecho, se deriva un juicio de valor o, lo que es lo mismo, de necesidad: precisamente, el juicio de derechas de que éste es el mejor de los mundos posibles; o el de izquierdas de que este mundo, aun siendo pésimo, es el único posible, el ser necesario o inevitable. Es así como el cientifismo sociológico se convierte en una nueva filosofía de la historia y en una nueva metafísica determinista.

38. Por eso carece de sentido, si se toma al pie de la letra, la pregunta *Are there any Natural Rights?*, que constituye el título del excelente ensayo de H. L. A. Hart, *¿Hay derechos naturales?* (1955), en *Derecho y moral*, cit., pp. 65 ss. Lo mismo cabe decir de la pregunta *Vi sono diritti fondamentali?*, que da título a la confrontación entre las tesis ético-cognoscitivistas de Giuliano Pontara y las anticognoscitivistas de Norberto Bobbio, en «Rivista di Filosofia», 18, 1980, pp. 455-478 (hay trad. cast. de R. de A. Roig, *¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara*, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991, pp. 85-95).

39. «En él», prosigue Hobbes, «la soberanía actúa como *alma artificial*, como algo que da vida y movimiento a todo el cuerpo; [...] la *equidad* y las *leyes* son una *razón* y una *voluntad artificiales*» (*Leviatán*, cit., Introducción, pp. 13-14).

40. Cf., al respecto, N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, y N. Bobbio y M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore, Milán, 1979, pp. 59 ss. (hay trad. cast. de J. C. Bayón, *El modelo iusnaturalista*, en N. Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1985, pp. 115 y ss.).

41. Es significativo que Rousseau sea el único de los grandes pensadores iusnaturalistas que concibió el contrato social como enajenación en el estado de todos los derechos que el hombre tiene en el estado de naturaleza, incluido el derecho a la vida (*Del contrato social*, cit., I, 6, pp. 21-23 y 9, p. 28; II, 4-5, pp. 36-42): cf., sobre este tema, N. Bobbio, *o. c.*, pp. 68-71, que subraya que ni siquiera Hobbes sostuvo una tesis semejante y recuerda que mientras según Hobbes y Spinoza los hombres, al entrar en el estado civil, renuncian a todos los derechos excepto a uno (para Hobbes el derecho a la vida, para Spinoza la libertad de opinión), según Locke conservan todos menos uno (el derecho de castigar y de hacerse justicia por sí mismos). Esto depende precisamente de la bien conocida connotación ética y organicista asociada por Rousseau a la voluntad general —es decir, al elemento formal y político del *quién* decide, cualesquiera que sean los contenidos de la decisión— y a la consiguiente confusión entre derecho y moral y entre estado e individuo: «(El pacto social) se reduce a los términos siguientes: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo*. En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad» (*o. c.*, p. 23); «Igual que la natu-

raleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos... la voluntad general es siempre recta» (*ibid.*, pp. 36-37); «Quien se atreve con la empresa de instituir un pueblo debe sentirse en condiciones de cambiar, por así decir, la naturaleza humana; de transformar a cada individuo, que por sí mismo es un todo perfecto y solitario, en parte de un todo mayor, del que ese individuo recibe en cierta forma su vida y su ser; de alterar la constitución del hombre para reforzarla; de sustituir por una existencia parcial y moral la existencia física e independiente que todos hemos recibido de la naturaleza» (*ibid.*, II, 7, p. 46).

42. Sobre la concepción del estado como entidad «natural» en la antigüedad clásica y en toda la Edad Media cristiana, en oposición a la iusnaturalista del estado como entidad pactada o positiva, cf. G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno* (1930-1931), Guida, Nápoles, 1985, pp. 9-35 y 42 ss.; N. Bobbio, *o. c.*, pp. 34-48, que recuerda también cómo la idea antigua de la naturalidad del estado fue siempre exhumada, en oposición a las doctrinas iusnaturalistas, por los «escritores reaccionarios», como por ejemplo Robert Filmer y Carl Ludwig von Haller. La caracterización del estado como «artificio» o «criatura» es de Hobbes, del que pueden verse los textos citados en las notas 1 y 39. La calificación del mismo como «invención» es de J. Locke, *Seconda lettera sulla tolleranza* (1690), en *Scritti sulla tolleranza*, ed. de D. Marconi, Utet, Turín, 1977, p. 253, donde se llama «invención e institución del hombre» a todas «las sociedades políticas, es decir, a las sociedades civiles y a los gobiernos». La definición de las instituciones jurídicas como «convenciones» se encuentra por el contrario en J.-J. Rousseau, *Del Contrato social*, cit., I, 4, p. 15 y en C. A. Helvetius, *De l'Homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Société Typographique, Londres, 1773, IX, 9, vol. II, p. 314: «¿Qué es sino un gobierno el conjunto de leyes o de convenciones acordadas por los ciudadanos de una misma nación?»; cf. también, *ibid.*, apart. X, cap. VII, vol. II, pp. 418 ss. Véase, en fin, el mismo orden de ideas en C. Beccaria, *o. c.*, 28 p. 77 y *passim*. Es quizá superfluo precisar que la tesis que aquí se mantiene del carácter «democrático» de la justificación contractualista del estado como artificio construido por los hombres para la tutela de sus derechos no quiere decir que los autores citados, y mucho menos Hobbes, sean escritores «demócratas»; y tampoco supone pasar por alto la fuerte connotación propietaria y mercantilista asociada por la mayoría de ellos a las nociones de «libertad» y de «derechos naturales» (sobre las cuales volveré en el apartado 60.3 a propósito de la construcción iusnaturalista de la noción de «derecho subjetivo»).

43. Cf., por ejemplo, C. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., XI, 4, p. 150: «es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites». Para Hobbes, el «deseo de conseguir poder tras poder, que sólo cesa con la muerte», es como se sabe la primera inclinación natural de los hombres y constituye la base de su conflicto permanente (*Leviatán*, caps. X-XI, pp. 78-92; Id., *Elementos de derecho natural y político*, cit., parte I, caps. VII, 7 y VIII, 4-6). Recuérdese también la caracterización del poder de los hombres en Aristóteles, *Política*, cit., III, 16, 1287a, p. 104, como «animal», «pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres».

44. Una expresión extrema de la primera actitud la ofrece J. de Maistre, *Las veladas de San Petersburgo*, cit., que basa su apología de la pena y del poder punitivo en la tesis de que «el hombre es malo, horriblemente malo» (p. 37); «se contempla sin cesar y no puede hacerlo sin avergonzarse... sus luces... no sirven más que para demostrarle inclinaciones abominables que le hacen descender a la región de los brutos. Busca en las profundidades de su ser alguna parte sana, sin poderla encontrar: el mal lo

ha corrompido todo, y el hombre entero es una enfermedad» (p. 36); una «enfermedad original», ya que «no pudiendo ser la degradación sino una pena, y suponiendo la pena un crimen, la razón por sí sola se encuentra conducida, como por fuerza, al pecado original» (p. 38). Pero recuérdense, sobre todo, las visiones de la sociedad como «gran enferma» necesitada de cuidados y de disciplina y las imágenes medicinales y terapéuticas del poder político en los escritos de los positivistas franceses de finales del siglo pasado, como por ejemplo Taine: «Por malo que sea un gobierno, hay una cosa peor, y es la falta de gobierno. En efecto, es gracias al gobierno como las voluntades humanas se coordinan en vez de ser presa del desorden. Esto, en una sociedad, sirve casi como el cerebro en una criatura viviente. Incapaz, desconsiderado, distraído, vuelto sobre sí mismo, a menudo aquél abusa de su papel y descuida y deforma el cuerpo que debería dirigir y guiar. Pero en conjunto, haga lo que haga, hará más bien que mal, porque es por medio de él como el cuerpo se rige, camina y coordina sus pasos... Si falla el gobierno, la razón deja de conducir los asuntos públicos y la organización social retrocede de muchas etapas... Si las *manos groseras* del pueblo tocan todas aquellas ruedas dentadas y delicadas que constituyen la gran máquina económica, social y política... no pueden más que deformarla, y acaso romperla, bajo el impulso del momento» (H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, II parte, *La révolution. L'anarchie*, cap. III, p. 81). Sobre las culturas de la «derecha revolucionaria» desarrolladas en Francia después de la Comuna, cf. P. Ferraris, *Società malata e potere medicale nelle visioni positiviste della Francia di fine ottocento*, en curso de publicación.

Una expresión de la segunda actitud es por el contrario la ofrecida por T. Paine, *Common sense* (1776), trad. it. de T. Magri, en *I diritti dell'uomo*, Editori Riuniti, Roma, 1978, p. 65: «La sociedad ha sido producida por nuestras necesidades y el gobierno por nuestra maldad: la primera promueve nuestra felicidad positivamente uniendo entre sí nuestros afectos, el segundo negativamente poniendo freno a nuestros vicios. Una estimula las relaciones, el otro crea las diferencias. La primera protege, el segundo castiga. La sociedad es bajo cualquier condición una bendición; el gobierno, incluso en su forma mejor, no es más que un mal necesario, en la peor es insoportable». Recuérdense también el optimismo y el pesimismo antropológico respectivamente en la base del principio de presunción de inocencia y de su negación en los autores citados en la nota 6 del capítulo 9.

45. Cláusulas semejantes de vaciamiento —estipuladas mediante fórmulas semánticamente indeterminadas (prohibición del «abuso» de los derechos, condicionamiento de su ejercicio a «fines lícitos», límite de la «seguridad nacional», o de la «moralidad pública», del «orden público» y de las «buenas costumbres», o del «interés general») — tienen una gran difusión en los textos constitucionales latinoamericanos: en particular, se encuentran en las Constituciones de México (art. 5.1), Cuba (art. 61), Honduras (arts. 62, 78, 79.2 y 103), Costa Rica (art. 25), Colombia (art. 44), Venezuela (arts. 43, 70, 71, 115), Perú (arts. 2.7, 2.10, 2.11), Brasil (arts. 153.28 y 154), Chile (arts. 8, 19, 23.1), Uruguay (arts. 7 y 10.1) y Nicaragua (art. 24). Para una reseña analítica, cf. E. P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986, I, pp. 355 ss. Fórmulas indeterminadas son también las que vinculan a fines sociales las libertades civiles sancionadas en la Constitución soviética (art. 125) y más aun las que las connotan, como en la Constitución china de 1975 (arts. 11-14), en sentido ético-pedagógico. Hay que recordar, en fin, las cláusulas de vaciamiento contenidas en la Constitución de Alemania Occidental: además del citado art. 18, también el art. 2.1, que condiciona el «derecho al libre desarrollo de la propia personalidad» al respeto, entre otras, de la «ley moral»; los arts. 5.2 y 5.3, según los cuales las libertades de expresión y de prensa «encuentran sus límites en las disposiciones de las leyes» ordinarias y la libertad de enseñanza «no

exime de la fidelidad a la Constitución»; los arts. 9.2 y 21.2, que prohíben las asociaciones «dirigidas contra el ordenamiento constitucional» y los partidos que «se propongan perjudicar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal».

46. Entre las Constituciones modernas merece recordarse la reciente de Nicaragua, que en el art. 2 califica literalmente al estado como «instrumento del pueblo» para la tutela y la satisfacción de sus derechos.

47. «El fin al que tiende la ley no es otro que la felicidad de los ciudadanos» (F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX*, cit., lib. VIII, aphor. 5, p. 805). Cf. también L. Muratori, *Della pubblica felicità oggetto d'buoni principi* (1749), L. Bosi di Palma (ed.), Loescher, Turín, 1971, cap. IX, pp. 31-40; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., Introducción, pp. 25-26; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., t. I, Introducción, pp. 2-3, y t. I, lib. I y II, pp. 47-55 y X, pp. 111-112; J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit. El nexo funcional entre derecho y felicidad se encuentra expresado con agudeza por C. A. Helvetius, *De l'Homme*, cit., apart. VI, cap. XV, vol. II, p. 118: «Unas leyes sabias podrían sin duda operar el prodigio de una felicidad universal». Para una interpretación liberal-democrática del pensamiento de Helvetius, replanteada en polémica con las deformaciones corrientes de quienes querrían ver en él una posición totalitaria, véase el excelente ensayo de L. Gianformaggio, *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvetius*, Edizioni di Comunità, Milán, 1979. Ya Aristóteles, *Política*, cit., III, 10, 1281a, p. 85, había afirmado que «fin de la ciudad es, pues, el vivir bien»; y que «la ciudad es mejor gobernada por el régimen que hace posible la mayor medida de felicidad» (*ibid.*, VII, 13, 1332a, p. 134). Norberto Bobbio resalta por lo demás que «la idea de que sea tarea del estado proveer a la felicidad de los súbditos» fue progresivamente abandonada «a medida que tomó cuerpo la figura del estado liberal y de derecho»; y recuerda la firme aversión de Kant al «estado paternalista» o «eudemonológico, cuyo cometido se pretendía que fuese hacer felices a los súbditos», en vez de «dar a los mismos tanta libertad como para permitir a cada uno perseguir la propia libertad a su manera» (*La rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo*, conferencia celebrada en la Biblioteca de la Cámara de los diputados el 14.12.1988, p.15; hay trad. cast., *La Revolución francesa y los derechos del hombre*, en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 131 y ss).

48. La expresión es de Hegel (o. c., apartado 337, p. 418).

49. *Ibid.*, 325, p. 410.

50. *Ibid.*, 100, p. 161.

51. *Ibid.*, 327-328, pp. 411-412.

52. *Ibid.*, 324, p. 409.

53. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., 14, p. 118: «Un convenio que me obligue a no defenderme usando la fuerza cuando la fuerza es ejercida sobre mí, siempre será nulo. Porque, como he mostrado antes, ningún hombre puede transferir o ceder su derecho a salvarse de la muerte, del daño físico y del encarcelamiento». Cf., *supra*, la nota 10.

54. «Ya he mostrado antes, en el capítulo 14, que aquellos convenios en los que un hombre renuncia a la defensa de su propio cuerpo son inválidos. Por consiguiente, si el soberano manda a un hombre (aunque éste haya sido condenado justamente) que se mate, se hiera o se mutila a sí mismo, o que no haga resistencia a quienes lo asaltan, o que se abstenga de hacer uso de comida, aire, medicina y cualquier otra cosa sin la cual no podrá vivir, ese hombre tendrá la libertad de desobedecer» (*ibid.*, 21, p. 179).

55. «Un hombre al que, en su condición de soldado, se le ordena luchar contra el enemigo, podrá en muchos casos, sin cometer injusticia, negarse a obedecer esa orden, si bien el soberano tendrá el derecho de castigar su negativa con la muerte... Y debe también hacerse alguna concesión a la timidez natural, no sólo de las mujeres, de las que no debe esperarse un servicio tan peligroso, sino también de los hombres cuyo coraje es

feminoide. Siempre que los ejércitos luchan, tienen lugar huidas en uno de los bandos, o en los dos; sin embargo, cuando huir no es un acto de traición, sino simplemente de miedo, no se estima injusto que los hombres huyan, sino deshonroso. Por la misma razón, evitar la batalla no es injusticia, sino cobardía» (*ibid.*, 21, pp. 179-180).

56. «Si un hombre es encerrado en prisión, o es encadenado, o no se le concede la libertad corporal, no podrá asumirse que está obligado a la sujeción en virtud de pacto alguno y, por lo tanto, le estará permitido, si puede, escapar por todos los medios a su alcance» (*Leviatán*, cit., 21, p. 182). Puede incluso, si «es hecho prisionero en la guerra, o su persona y sus medios de vida caen bajo control del enemigo, de modo que su vida y su libertad corporal le son concedidas bajo condición de hacerse súbdito del vencedor», aceptar esa condición (*ibid.*). Y «cuando un gran número de hombres se ha opuesto injustamente al poder soberano ¿no tendrán la libertad de agruparse para ayudarse y defenderse mutuamente? Sí que la tienen, ciertamente, pues no están haciendo otra cosa que defender sus vidas, a lo cual tiene derecho tanto el hombre culpable como el inocente. Hubo, desde luego, injusticia cuando por primera vez quebrantaron su deber; pero cuando después tomaron las armas, aunque lo hicieron por mantener lo que habían hecho, ello no constituyó un nuevo acto injusto. Y si tomaron las armas para defender sus personas no fue acto injusto en absoluto» (*ibid.*, p. 180).

57. *Diálogo*, cit., p. 13.

58. «Al instituir un estado, cada hombre renuncia a su derecho de defender a otro, pero no al de defenderse a sí mismo. También asume la obligación de asistir a quien posee la soberanía cuando el soberano castiga a otro» (*Leviatán*, cit., 28, p. 248); Ch. Thomasius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, cit., lib. III, cap. VII, apart. 12 y 13, p. 280: «nullum jus violo, si sponte mihi non accersam poenam, sed potius omnia tentem, ut poenam effugere possim».

59. H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, apart. 2, n. 1: «In hac re est aliquid quod ad contractuum naturam accedit: quia, sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quae venditionis sunt naturalia, ita qui delinquit sua voluntate se obligasse videtur poenae, quia crimen grave non potest non esse punibile; ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit»; J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., II, 5, pp. 40-41: «El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. Quien quiere el fin quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos, de algunas pérdidas incluso... para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si uno se convierte en ello»; A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., lib. I, cap. XVIII, apart. XIV y cap. XIX, apart. II-X, tomo II, pp. 167 ss., donde las penas se conciben como cumplimientos mediante los que «se extinguen con justicia las obligaciones nacidas de los delitos»; P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, cit., VII, pp. 112-113, que recoge y hace suyo el texto de Grocio que se ha citado; G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* cit., t. III, lib. III, caps. XXV-XXVI, pp. 303-310: «Si las leyes son las fórmulas que expresan los pactos sociales, toda transgresión de la ley es la violación de un pacto»; «si el pacto que violas es uno de los más preciosos de la sociedad, el derecho que pierdes será también uno de los más preciosos para ti». El texto de Vico sobre el fundamento contractual y consensual de la obligación de someterse a la pena se encuentra recogido, *supra*, en la nota 140 del cap. 7.

60. *Principios de la filosofía del derecho*, cit., 100, p. 161. Véanse también *ibid.*, el agregado 63 al apart. 100, pp. 162-163 y las notas a los apart. 99-100, pp. 160-162.

61. *Ibid.*, apart. 100, p. 161. En el mismo orden de ideas se mueven E. Pessina, *Elementos de Derecho penal*, cit., I, p. 89: «(La pena), si se presenta en forma de dolor y de mal para el individuo que la sufre, es un bien en sí misma y el verdadero bien para

la actividad delincuente, reconciliándola con el orden»; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 215, que igualmente concibe la pena como «la que la sociedad, el hombre, se inflige a sí mismo para hacerse más hombre, es una corrección necesaria para su redención, es obra de esencial autoeducación»; V. Mathieu, *Perché punire?*, cit., pp. 163-164, donde se retoma la tesis hegeliana de que la pena le es «debida» al delincuente y que éste tiene «derecho» a sufrirla para poner a salvo su humanidad. La configuración de la pena como un «bien» para el que la padece, porque es «liberación del mal» y «medicina de la maldad», se remonta, como se recordará, a Platón, *Gorgias*, cit., 477-478, pp. 70-74; y fue retomada por Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, cit., IIa, IIae, quaestio LXIX, art. 4, según el cual, en el caso de condena a muerte injusta, «non licet condemnato se defendere».

Capítulo 14

EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

60. *Garantismo, igualdad y tutela de los derechos fundamentales*

1. *Valor de la persona, tolerancia, igualdad y derechos fundamentales.* En el capítulo precedente he identificado la principal connotación del «garantismo», y al mismo tiempo de la «democracia sustancial», en la primacía axiológica de lo que he llamado «punto de vista externo» respecto al «punto de vista interno» del sistema político, o sea, en el carácter instrumental del derecho y del estado respecto a finalidades, valores, necesidades, intereses y voluntades extra-estatales y meta-jurídicas. Después he identificado las técnicas institucionales mediante las que el punto de vista externo se ha introducido en el derecho positivo en las formas del moderno «estado de derecho» y, precisamente, en la incorporación a las normas constitucionales de los derechos fundamentales de los ciudadanos como vínculos funcionales que condicionan la validez jurídica de toda la actividad del estado. Estas formas, se ha dicho, aun siendo técnicamente inconcebibles fuera del horizonte teórico e institucional del positivismo jurídico, tomaron del iusnaturalismo contractualista su paradigma de justificación política: de una parte, la idea hobbesiana de la fundamentación desde fuera y desde abajo del derecho y del estado, en cuanto artificios «puestos» por los hombres para la tutela de sus derechos: de otra, la idea lockeana de la conservación por parte de los hombres de su natural independencia de «poderes absolutos y arbitrarios» aun después del nacimiento del estado y de la sociedad civil ¹. Ahora pretendo desarrollar el análisis metateórico del punto de vista externo: vinculándolo sobre todo a los derechos fundamentales, y elucidando por consiguiente su significado en orden a las relaciones entre ciudadano y estado, entre derechos fundamentales y poderes y entre conservación y cambio de los sistemas jurídicos.

«Punto de vista externo» o «de abajo» quiere decir sobre todo punto de vista de las *personas*. Su primacía axiológica, en consecuencia, equivale a la primacía de la *persona como valor*, o sea, del *valor de la persona*, y, por tanto, de todas sus específicas y *diversas identidades*, así como de la variedad y *pluralidad de los puntos de vista externos* expresados por ellas. Es éste el valor sobre el que se basa la moderna *tolerancia*: que consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista y de la cual es un corolario nuestro principio de inadmisibilidad de las normas penales constitutivas. La tolerancia puede ser definida como la atribución de idéntico valor a cada persona: mientras, la *intolerancia* es el desvalor asociado a alguna persona por su particular identidad. A la inversa, la esfera de lo *intolerable* es identificable, por oposición, con la de las violaciones de las personas a través de la lesiones intolerantes de sus personales identidades.

Valor primario de la persona y consiguiente principio de tolerancia son, a mi juicio, los elementos constitutivos del moderno principio de *igualdad jurídica*: un principio complejo, que incluye las *diferencias personales* y excluye las *diferencias sociales*. En un primer sentido, en efecto, la igualdad reside en el valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, es decir, «sin distinción», como dice por ejemplo el art. 3, 1.º de la Constitución italiana, «de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales». En este sentido, igualdad y diferencias no sólo no son antinómicas sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad, según esta primera acepción, consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de *cada persona un individuo diferente de los demás* y de *cada individuo una persona como todas las demás*. Y por eso vale para individualizar los confines tanto de la *tolerancia*, que reside en el respeto de todas las diferencias que forman las diversas identidades de las personas, como de lo que, al revés, reside en la inadmisibilidad de sus violaciones.

En un segundo sentido, por el contrario, la igualdad radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias: a todas aquellas «de orden económico y social» de las que provienen, como dice el art. 3, 2.º de la Constitución italiana, los «obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana». En este segundo sentido las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en *privilegios* o *discriminaciones* sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquéllas, perjudicando al mismo tiempo su igual valor. Por eso, conforme al propio principio de igualdad, son *intolerables* más allá de ciertos límites. Sólo que el confín entre tolerancia e intolerancia es en este caso bastante más problemático e incierto. En efecto, no todas las desigualdades jurídicas, como veremos, son en efecto intolerables. Lo son

solamente aquellas que *obstaculizan* la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas; y la identificación del límite, cualitativo y cuantitativo, más allá del cual son por eso intolerables es una de las cuestiones más difíciles de la filosofía jurídica y política.

Llamaré *igualdad formal o política* a la primera forma de igualdad, e *igualdad sustancial o social* a la segunda. En ambos sentidos el principio de igualdad no es una tesis descriptiva sino un principio normativo; no un juicio de hecho, sino un juicio de valor o, más sencillamente, un valor que se postula precisamente porque se reconoce que los hombres son distintos². Su normatividad, sin embargo, tiene una función opuesta en uno y otro caso. Con la prescripción de la igualdad formal se conviene que los hombres *deben ser considerados como iguales* precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, es decir, de sus diferencias personales de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y similares. Con la afirmación de la igualdad sustancial se conviene, por el contrario, que aquéllos *deben ser hechos tan iguales como sea posible* y que, por consiguiente, *no* se debe prescindir del *hecho* de que son social y económicamente desiguales. Convendrá llamar *diferencias* a las diversidades del primer tipo, y *desigualdades* a las del segundo. Unas deben ser reconocidas para ser respetadas y garantizadas; las otras deben serlo igualmente, pero para ser removidas o compensadas lo más posible.

En todos los casos, la igualdad jurídica, tanto formal como sustancial, puede ser definida como *igualdad en los derechos fundamentales*. Los derechos fundamentales son, en efecto, las técnicas mediante las cuales la igualdad resulta en ambos casos asegurada o perseguida; y es la diversa naturaleza de los derechos sancionados en los dos casos lo que permite explicar su diverso modo de relación con las desigualdades de hecho. Precisamente, las garantías de los derechos de libertad (o «derechos de») aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales (o «derechos a») posibilitan la igualdad sustancial o social. Unas tutelan las diferencias, para las que postulan la tolerancia; las otras remueven o compensan las desigualdades que postulan como intolerables. Los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo son derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia. En el primer caso, la diversidad es un valor a garantizar; en el segundo, un desvalor al que hay que oponerse. La relación entre los tres clásicos principios inscritos en la bandera de la Revolución francesa —*liberté, égalité, fraternité*— puede ser recalificada conforme a ella. Estos valores no se implican recíprocamente, así como —ya se ha visto— no lo hacen los derechos de libertad y los derechos sociales. Pero tampoco son incompatibles. Por el contrario, se encuentran me-

diados por el valor de igualdad, que constituye el fundamento axiológico de los otros dos. El derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un meta-derecho tanto con respecto a la libertad asegurada por los derechos de libertad como a la fraternidad prometida con los derechos sociales: precisamente, aquél es el principio constitutivo tanto de los derechos de libertad, en cuanto igualdad formal en los derechos de todos a sus diferencias personales, como de los derechos sociales, en cuanto igualdad sustancial en los derechos de todos a condiciones sociales de supervivencia.

En este punto podemos redefinir los *derechos fundamentales*, en contraposición a todas las demás *situaciones jurídicas*, como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. A diferencia de los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los derechos de crédito— los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a «todos» y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano³. Es su igualdad, y al mismo tiempo su nexo con el valor de la persona, lo que permite identificar a su conjunto con la esfera de la tolerancia y a sus violaciones con la esfera de lo intolerable. El área de la tolerancia, que históricamente hubo de afirmarse en relación con la libertad de religión y contra los fanatismos intolerantes y represivos de las ortodoxias religiosas, ha ido ampliándose progresivamente, con el multiplicarse de los derechos de libertad, a otras identidades y diferencias, hasta tener hoy como campo privilegiado el del disenso político y la tutela de las minorías étnicas frente a los sectarismos ideológicos y los siempre nuevos racismos. Y, sobre todo, con el desarrollo de los derechos sociales se ha extendido correlativamente el campo de lo intolerable. En todos los casos, entre igualdad jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca: no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad.

2. *Derechos fundamentales e igualdad. Poderes y desigualdad.* De las tesis mantenidas ahora, he ofrecido en otra ocasión una versión formalizada, con referencia sólo a los derechos de libertad⁴. Partiendo de la definición de «situación jurídica» como modalidad deóntica de comportamientos productivos de efectos jurídicos, llegué a una neta distinción entre las *situaciones jurídicas* —públicas y privadas, de poder y de deber— y los *derechos fundamentales*, y particularmente entre el *derecho de propiedad* y los *derechos de libertad*. Las primeras —sostuve— corresponden a poderes (o deberes) adquiridos conforme a «causas» o «títulos» específicos y ejercibles mediante actos potestativos dotados a su vez de efectos en la esfera jurídica propia o en la de otros; los segundos, por el contrario, corresponden a inmunidades

o facultades reconocidas a todos con independencia de cualquier título y ejercidas únicamente mediante comportamientos meramente lícitos que no interfieren jurídicamente en la esfera de otros sujetos. Por ejemplo, mientras el derecho de propiedad es el efecto de un cierto título y puede ser ejercido a través de actos de disposición productivos de ulteriores efectos consistentes en obligaciones y derechos, no puede decirse lo mismo para la libertad de opinión, cuyo ejercicio no depende de ningún título o acto de adquisición y, por grande que pueda ser su relevancia moral y política, al estar privado a su vez de cualquier efecto jurídico no tiene ninguna relevancia jurídica.

Esta diferencia básica de estructura me parece que justifica una drástica revisión terminológica: el abandono de la genérica y sumamente ambigua figura del «derecho subjetivo» para designar cumulativamente modalidades deónticas de contenido opuesto como, de un lado, la propiedad y el crédito y, del otro, la libertad personal y las libertades civiles; su utilización, sea para designar sólo a las primeras en oposición a las segundas, denominadas «libertades», o para designar sólo a las segundas en oposición a las primeras, más bien clasificables dentro de la categoría de los «poderes»; y, en fin, la drástica separación de la teoría de las modalidades positivas (o autorizaciones) en dos subteorías netamente diferenciadas: la de los *poderes*, tanto públicos como privados, que son situaciones producidas por actos potestativos y a su vez ejercibles mediante actos potestativos y productivos de efectos, y la de los *derechos fundamentales* —inviolables, inalienables, indisponibles y, por decirlo así, «personalísimos»— que, por el contrario, son modalidades no causadas por ningún acto y no productivas de ningún efecto. En esta perspectiva de mejoramiento conceptual y lingüístico, critiqué en fin el uso indiscriminado de la palabra «derecho subjetivo» referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una secular operación de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista: la primera, con objeto de acreditar la propiedad como derecho del mismo tipo que los derechos de libertad, mediante el valor comúnmente asociado a las libertades; y la segunda, con el fin de desacreditar las libertades como «derechos burgueses» del mismo tipo que la propiedad, mediante el desvalor asociado a las situaciones de poder representadas por el derecho de propiedad y los demás derechos patrimoniales.

La configuración aquí propuesta de los derechos fundamentales como condiciones constitutivas de la igualdad y al mismo tiempo del valor de la persona permite ahora no sólo reafirmar, sino precisar y generalizar la distinción entre el conjunto de los derechos fundamentales, comprendidos los sociales, y el conjunto de las situaciones jurídicas, comprendidas las de deber. Se puede en efecto afirmar que la suma de las *situaciones jurídicas* caracteriza a las diversas, desiguales, singulares e irrepetibles *esferas* o *condiciones jurídicas* de cada suje-

to: su posición de propietario de este o aquel objeto; de deudor o de acreedor de tal suma de dinero frente a tal otro sujeto; de arrendador o de arrendatario de tal inmueble; de trabajador dependiente, de arrendador de obra, de artesano o de empresario, por ser titular de tales obligaciones, derechos o poderes privados; de juez, de diputado, de funcionario público o de ministro, en cuanto titular de tales potestades públicas y de los correspondientes deberes funcionales; de abogado, de médico, de docente, de comerciante, etc., en cuanto dotado de las habilitaciones, licencias o concesiones precisas y de las relativas obligaciones. La suma de los *derechos fundamentales* caracteriza por el contrario a la igual *personalidad jurídica* de cada sujeto en cuanto persona y ciudadano. De ello se sigue que mientras las libertades y su ejercicio, al carecer tanto de títulos como de efectos jurídicos, forman la base de la *igualdad jurídica*, las situaciones y su ejercicio, al precisar de títulos y al ser productoras de efectos, constituyen la base de la *desigualdad jurídica*. Y mientras las relaciones y las comunicaciones establecidas conforme a las primeras —de los derechos de palabra y de opinión a los de asociación y reunión, desde la libertad personal a la religiosa y hasta los derechos políticos y sindicales— son relaciones de libertad entre sujetos iguales, las relaciones instauradas conforme a las segundas son relaciones de dominio y sujeción, es decir, de poder y de exclusión entre sujetos jurídicamente desiguales. Existe, en fin, una tercera categoría de modalidades, por decirlo de alguna manera, intermedia respecto de las otras dos: la de las *capacidades* (jurídica, de obrar, penal, político-electoral y similares), las cuales definen los *status* de las personas designando su igual idoneidad para realizar actos o llegar a ser titulares de situaciones desiguales, y que comparten con los derechos fundamentales el hecho de no ser efectos ni de tener su título en actos jurídicos de adquisición, sino que corresponden a todos en condiciones de igualdad, y con las situaciones jurídicas el hecho de ser ejercidas mediante actos jurídicos productivos de nuevas situaciones y por consiguiente de desigualdades.

Es del todo evidente la diversidad entre las *diferencias* de identidad tuteladas por los derechos fundamentales y las *desigualdades* jurídicas expresadas por las situaciones y producidas por el desigual ejercicio de las iguales capacidades que aquéllas implican, la primera entre todas la capacidad de obrar o de contratar: sólo las primeras, pero no así las segundas, corresponden a valores o derechos «fundamentales». Esto no quiere decir, obviamente, que todas las desigualdades jurídicas sean desvalores y, menos, que sean todas intolerables. Por el contrario, el desarrollo social se caracteriza por la creciente división de los roles y la diferenciación de posiciones y situaciones entre los sujetos del ordenamiento. Y sería no sólo ilusorio sino también regresivo pretender una supresión o, incluso, aunque fuera sólo una reducción de las consiguientes desigualdades bajo la enseña de utópicos proyectos de extinción del derecho y del estado. La distinción entre «dife-

rencias» y «desigualdades» es importante sin embargo para deslindar la esfera de las diversidades que forman la identidad de la persona de la de las diversidades independientes de tal identidad. En los ordenamientos de constitución rígida sólo las primeras se encuentran rigurosamente protegidas bajo la forma de libertades fundamentales; las segundas, por el contrario, están reguladas, limitadas e instrumentalizadas de diversas maneras y en todos los casos tuteladas sólo de forma condicionada al respeto de los derechos fundamentales tanto liberales como sociales.

Conforme a esto, podemos indicar otros tres sentidos en los que los derechos fundamentales, en contraposición a la particularidad de las situaciones jurídicas, son caracterizables como *universales*. Lo son no sólo, como se ha dicho en el capítulo precedente, por no ser *nunca realizables* de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanentemente normativos, sino también porque *corresponden igualmente a todos*. A diferencia de las situaciones jurídicas de poder, tanto públicas como privadas, que se encuentran sujetas a vicisitudes, transmisiones, sucesiones, investiduras y extinciones, las libertades y los derechos sociales no se intercambian ni se acumulan, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona, sin jamás interferir ni sufrir interferencias al variar las situaciones jurídicas. Por una parte, en efecto, su ejercicio no está en condiciones de ampliar ni de reducir la esfera de las situaciones jurídicas, tanto de poder como de deber; por otra, el ejercicio de las situaciones jurídicas, mientras produce siempre la adquisición o la pérdida de nuevos poderes o deberes, no está en condiciones de aumentar ni de disminuir la personalidad jurídica de los ciudadanos y la esfera de sus derechos fundamentales. Además, estos derechos, por ser *personalísimos*, son *indivisibles*, en el sentido de que su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas. Prueba de ello es el hecho de que su lesión es siempre un factor de crisis en la vida del ordenamiento. Estos derechos son en realidad *inviolables*, además de inalienables e indisponibles, en el sentido de que su violación justifica la violencia: la violencia individual de la legítima defensa o del estado de necesidad como causa de justificación de actos que de otro modo serían punibles como delitos; la violencia colectiva de la resistencia y la desobediencia cuando, como veremos en el próximo apartado, su violación proviene de las autoridades públicas.

Todo esto hace aun más insensata la asociación entre derechos fundamentales y otras figuras de derechos o potestades, sugerida por las omnicomprensivas categorías de los «derechos subjetivos» y de las «situaciones jurídicas». La radical diferencia de estructura de los derechos fundamentales con respecto a todas las situaciones jurídicas de poder y deber hace más bien de los primeros el campo del *no poder*, donde toman forma y desarrollo las identidades, las necesidades y los

valores —personales y sociales— que a través de su cauce exigen idéntica tutela y satisfacción. Pero, como se verá, hace también de ellos el campo de los *contra-poderes*, o sea, de los instrumentos de tutela, de autonomía y de conflicto —individual y colectivo— atribuidos a los sujetos más débiles y carentes de poder frente al juego, de otro modo libre y desenfrenado, de los poderes públicos y privados y de las desigualdades que les son inherentes. En todos los casos este campo constituye el *fundamento axiológico externo* del derecho: fundamento jurídico, puesto que viene positivamente consagrado y, sin embargo, lugar de expresión de la autonomía y de la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del estado y la moral está separada del derecho.

3. *Construcción y crisis del concepto de derecho subjetivo en el positivismo jurídico decimonónico.* La categoría ahora criticada del «derecho subjetivo» —equivocamente comprensiva tanto de las libertades como de la propiedad, de los no-poderes como de los poderes— es una construcción moderna, fruto de las doctrinas de los «derechos naturales» desarrolladas en los siglos XVII y XVIII. Su sistematización dogmática se llevó a cabo, sin embargo, por la ciencia jurídica decimonónica, que injertó en ella una segunda operación: la calificación de los derechos fundamentales dentro de la categoría más amplia de los «derechos públicos subjetivos», ya no fundantes sino fundados por el estado.

«La meta de toda asociación política», proclamó el art. 2 de la Declaración de 1789, «es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». La asociación de los derechos fundamentales de libertad a una figura de poder estructuralmente distinta como es el derecho de propiedad es, por consiguiente, un vicio de origen⁵. Los «derechos fundamentales», sin embargo, en su formulación iusnaturalista, precisamente por estar concebidos como «naturales», fueron identificados como un *príus* respecto del estado y contrapuestos a los poderes públicos como su antítesis y como fines justificantes: «la ley es un vínculo, el derecho una libertad, y difieren como contrarios», había escrito con su habitual incisividad Thomas Hobbes⁶. Este paradigma resulta invertido en el siglo pasado, por obra sobre todo de la doctrina alemana del derecho público. De un lado, la categoría del «derecho subjetivo», dentro de la que se clasifican los derechos de libertad, aparece modelada sobre la figura de la *potestas agendi* y/o del interés sobre bienes con que se desarrolla el viejo derecho de propiedad; del otro, en obsequio

al principio positivista de que toda situación jurídica emana del estado y es regulada por el derecho, todos los derechos, patrimoniales y fundamentales, se conciben igualmente como creados por el derecho positivo y derivados del estado.

Las etapas de esta operación fueron muchas y complejas y tuvieron la desventura de haberse desarrollado en un país como Alemania, de débiles tradiciones liberales y constitucionales y de fuertes inclinaciones hacia las abstracciones idealistas. Trasladado al campo del derecho público y aplicado a los derechos fundamentales, el esquema privatista del derecho subjetivo se revela de una desconcertante fragilidad: tanto en su configuración como «potestad de querer» (*Willensmacht*), propugnada sobre todo por Windscheid⁷, como en la de «interés jurídicamente protegido», sostenida por Jhering⁸. Es así como en un primer momento, conforme a la noción potestativa de «derecho», fue puesta en duda sin más e, incluso, negada la existencia de derechos del ciudadano frente al estado, al parecer inadmisibles en la esfera del derecho público una voluntad distinta de la del estado: semejantes derechos —proclamó Gerber en una célebre monografía de 1852, y repitieron después de él Laband, Kohler, Bornhak y Otto Mayer—, no son más que un «reflejo» (*Reflexrecht*) del derecho soberano con el que el estado regula su actividad⁹. Más tarde, por obra de Jellinek en Alemania y después de Santi Romano en Italia, se llegó a una especie de compromiso, en virtud del cual tales derechos, concebidos según el esquema del interés jurídicamente protegido, se configuraron como «derechos públicos subjetivos», producidos por «una auto-obligación» o «auto-limitación» del estado y en todo caso subordinados, a causa de la naturaleza pública de los intereses en juego, al interés general¹⁰. En todos los casos la tesis liberal clásica conforme a la cual son los derechos vitales o «fundamentales» los que dan fundamento y justifican al estado resulta invertida en la tesis opuesta según la cual es el estado el que presta fundamento a los derechos vitales de los ciudadanos, que por eso ya no son «fundamentales»¹¹. Dentro del horizonte paracientífico de esta metafísica estatalista, la misma noción de «derecho subjetivo» terminó por vaciarse o desvanecerse: por una parte, en efecto, en la doctrina iuspublicista de finales de siglo se amplió desmesuradamente hasta englobar no sólo los derechos públicos y privados de los individuos, sino hasta los poderes públicos, si bien éstos cualificados como «derechos públicos» del estado frente a los ciudadanos, comenzando por el derecho a la obediencia o, peor aún, a la «fidelidad», como correlativo del deber de obediencia o fidelidad de los ciudadanos¹²; por otra parte, en la más tardía teorización de Hans Kelsen, la noción fue marginada como conceptualmente inconsistente a causa de su carácter genérico o, a lo sumo, rebajada a presupuesto técnico de la aplicación de la sanción¹³.

Evidentemente, toda esta historia es un capítulo, entre los más im-

portantes y desoladores, de la inflexión estatista y autoritaria, ya apuntada en otras ocasiones, que el pensamiento liberal experimenta durante el siglo pasado. Y le cabe la responsabilidad de la afirmación de una concepción abiertamente auto-poyética del derecho y del estado, en la cultura jurídica europea. Naturalmente, en cuestión de fundamentos, el problema es de opciones y tan legítima y valorativa es la opción auto-poyética como la opción hétero-poyética. Sólo que la primera lleva a resultados inevitablemente ético-legalistas, que contradicen el modelo histórico y teórico del moderno estado democrático de derecho; mientras que la segunda, al evidenciar su carácter de «puesto» o «fundado» por los hombres tanto del derecho como del estado, sin duda se adhiere más a aquel modelo.

No es, sin embargo, una cuestión de opciones políticas, sino de consistencia teórica y de adecuación científica, la diferenciación conceptual que se ha llevado a cabo entre categorías tan diversas y en muchos aspectos contrapuestas como son, por un lado, los derechos fundamentales y, por otro, las situaciones jurídicas de poder, tanto públicas como privadas. La cuestión terminológica es obviamente secundaria. Podemos seguir hablando de «derechos fundamentales», evitando en lo posible hablar de «derecho» antes que de «poder de propiedad», o, peor, de «derechos» del estado en lugar de «potestades públicas»; o bien podemos hablar, a propósito de los principios que los enuncian, simplemente de «fundamentos» o tal vez de «normas fundamentales», si bien en tal caso la revisión terminológica sería quizá más laboriosa; o, en fin, se puede seguir usando la expresión «derechos» para designar tanto los derechos fundamentales como los poderes patrimoniales, a condición, sin embargo, de caracterizar y aislar a estos últimos como «derechos-poder sobre». Lo importante es que quede bien claro que los derechos fundamentales no tienen nada que ver con los «derechos-poderes» ni tampoco con las «capacidades», de modo que se impida la mistificación liberal de la propiedad como libertad y la no menos grave mistificación marxista-leninista de las libertades como libertades de contratación o de mercado.

Esta diferencia radical de estructura entre los dos tipos de conceptos permite, por lo demás, replantear el problema teórico de la naturaleza de los «derechos fundamentales» («fundamentos» o «normas fundamentales», como se prefiera) sustrayéndolo a la vieja alternativa de si son situaciones jurídicas «fundantes» (en cuanto fundamentales y prepolíticas, según la hipótesis iusnaturalista) o «fundadas» (en cuanto jurídicamente puestas por el estado, según la hipótesis positivista). Semejante alternativa se deriva directamente de la calificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos del mismo tipo que todos los demás derechos o situaciones, que son todas inequívocamente creadas por el ordenamiento; y, por el contrario, cae cuando esta calificación se abandona como lógicamente infundada y mistificadora. Es claro que una vez reconocida su naturaleza de prin-

principios axiológicos de justificación del estado, aquéllos ya no son fundados, sino fundantes; pero lo son ya no en cuanto normas o, peor, situaciones de derecho natural, sino precisamente como principios ético-políticos externos, carentes de fundamentos puesto que ellos mismos son fundamentos y fruto de opciones morales o convenciones y no de normas jurídicas. Por otra parte, es también claro que una vez incorporados a las Constituciones, estos principios se convierten además en normas jurídicas de rango constitucional. Pero ésta ya no es una alternativa sino una ambivalencia. Y es una ambivalencia que no tiene nada de misterioso, puesto que refleja simplemente el carácter tanto externo, o ético-político, como interno, o jurídico, de las fuentes de legitimación del estado constitucional de derecho.

4. *Derechos fundamentales y garantías.* Dar nueva fundamentación teórica a la categoría de los derechos fundamentales exigiría no sólo su neta distinción de los demás derechos subjetivos, sino también su descomposición analítica, dirigida a identificar, redefinir y distinguir las diversas figuras comprendidas en ella. También la categoría de los derechos fundamentales es en realidad un contenedor en el que han encontrado sitio figuras relacionadas entre sí por su nexo con la igualdad y con el valor de la persona pero por lo demás completamente heterogéneas: desde el derecho a la vida hasta la libertad personal; desde los diversos derechos de libertad —de opinión, de palabra, de prensa, de religión, de reunión, de asociación, de circulación y de huelga— hasta las inmunidades del domicilio y la correspondencia; desde los derechos políticos hasta los derechos civiles de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar; desde los derechos sociales individuales —al trabajo, a la subsistencia, a la salud, a la vivienda, a la educación, a un salario justo— hasta los derechos sociales colectivos, como los derechos a la paz, al medio ambiente, a la información, a la autodeterminación. Y también para este conjunto de figuras sería necesaria una reclasificación según sus diferencias de estructura, sus diversas bases materiales, las técnicas de garantía apropiadas para cada una de ellas, así como su jerarquía y su diverso grado de tutela.

La división más importante sigue siendo sin duda la efectuada en el apartado 57.3 entre derechos de libertad (o «derechos de») y derechos sociales (o «derechos a»): los primeros, correspondientes a prohibiciones y prestaciones negativas, y los segundos, a obligaciones y prestaciones positivas del estado. Tanto los derechos del primer tipo como los del segundo forman dos categorías abiertas, si bien en sentido distinto. De los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones, no son determinables los contenidos sino solamente los límites: así, por ejemplo, no cabe identificar los infinitos actos que constituyen el ejercicio de la libertad de palabra o de la libertad personal, sino sólo los límites (prohibición de difamar, de calumniar, etc.) o las condiciones que legitiman su limitación (sólo por orden moti-

vada de la autoridad judicial, cuando concurren indicios de criminalidad y similares). De los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones, resultan por el contrario predeterminables los contenidos pero no los límites, siendo variables las necesidades y las expectativas que expresan, como también lo es el grado en que pueden ser satisfechas, según los momentos, los lugares, las circunstancias y, sobre todo, el grado de desarrollo económico y civil: así, los derechos a la educación, a la salud o a la subsistencia remiten a obligaciones de prestaciones cuantitativamente cambiantes según los distintos niveles de vida consentidos en cada ordenamiento. Además, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales forman una categoría abierta en cuanto al número y, asimismo, variable no sólo según las culturas sino también según las amenazas a las condiciones de vida: por ejemplo, los derechos a la protección del medio ambiente se han impuesto sólo en años recientes por ser relativamente reciente la obra de destrucción del planeta que ellos aspiran a impedir. En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso¹⁴.

No es éste el lugar para hacer un análisis de los diversos derechos fundamentales. Me limitaré a señalar dos problemas teóricos, en parte relacionados: las relaciones entre los diversos derechos y la naturaleza de sus garantías jurídicas. El primer problema es de carácter ético-político e impone opciones de valor en orden a la jerarquía y al equilibrio entre los diversos derechos fundamentales, así como a los criterios de solución de los conflictos entre los sujetos que son sus titulares. ¿Qué ofensas o amenazas para otros derechos fundamentales autorizan a limitar los derechos de libertad, de la libertad personal a la libertad de palabra, de la libertad de reunión y de asociación a los derechos a la vida privada, a la propia imagen, al domicilio y a la correspondencia? La respuesta a esta pregunta viene dada en buena parte por la ciencia penal y se identifica, como hemos visto en este libro, con la individualización de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, así como de los medios sancionadores y de las técnicas procesales justificadas por ese fin: en una palabra, con el conjunto de los principios de derecho penal mínimo expresados por las garantías penales y procesales. Por lo demás, estos mismos principios —de justificación externa y, si están constitucionalizados, de legitimación interna— indican la existencia de derechos fundamentales *absolutos*, por así decirlo, por encontrarse jerárquicamente supraordenados a todos los demás derechos fundamentales y no ser limitables por ninguna razón, ni siquiera para la tutela de otros derechos fundamentales: piénsese en el derecho a la vida, cuya privación no puede justificar ningún delito y, menos aún, ninguna razón de estado; o en la libertad de conciencia y de opinión, garantizada (a diferencia de la libertad de

expresión, que encuentra los límites de los delitos de injuria, difamación y calumnia) por el principio de materialidad de la acción; o en la inmunidad del detenido frente a torturas o malos tratos, que el principio de dignidad de la persona y el de humanidad de las penas garantizan de manera incondicionada. Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía son más difíciles y están bastante menos elaboradas. Nuestra Constitución ofrece bien pocas indicaciones al respecto. Y todavía más pobres, por no decir inexistentes, son las aportaciones de la teoría general del derecho y de las disciplinas iuspublicistas.

El otro problema, el de la naturaleza de las garantías, es obviamente el más importante. Las tesis formuladas en este libro acerca de las garantías penales y procesales de los derechos de libertad sólo en parte son extensibles a los derechos sociales. Sin embargo, hay dos principios que, con las adaptaciones necesarias según los diversos derechos, me parecen dotados de un alcance garantista de carácter general. En primer lugar, el *principio de legalidad*: para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos. Para algunos derechos sociales, como el derecho a la subsistencia, la cosa es relativamente simple, pues basta la previsión legal de subsidios o salarios mínimos para todas las personas que no cuenten con los mínimos vitales y la atribución a las mismas de un derecho de crédito correlativo. Menos simples, pero igualmente practicable, son las garantías legales de los derechos a la educación y a la salud. En cambio, para otros derechos, como el derecho al trabajo o a la vivienda, es mucho más difícil una legislación social, aunque sólo sea por el carácter irrealizable de su satisfacción igual, ni siquiera mínima.

El segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión. Semejante garantía, establecida en vía de principio por el art. 24 de nuestra Constitución, debería tener como campo privilegiado no el derecho penal —donde podría introducirse, como se dijo en su momento, la acción popular subsidiaria y la de oficio para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos—, sino el derecho privado y el derecho administrativo. Y exigiría una reforma de los modelos tradicionales de legalidad civil y administrativa idónea para transformar en derechos perfectos aquellos que actualmente son sólo concesiones, expectativas, intereses legítimos. A tal fin sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran

contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos.

5. *Legitimación formal y legitimación sustancial.* Ambas garantías —y en particular la primera, que constituye el presupuesto de la segunda— están hoy bien lejos de haberse realizado de manera satisfactoria. Y, sin embargo, en un estado de derecho, los derechos exigen ser tutelados, aun cuando sus presupuestos legales sean vagos e inciertos; y el progreso de la democracia se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su justiciabilidad.

Ésta es la contradicción que en el estado de derecho atormenta en la práctica a la administración de justicia cuando falta una legalidad adecuada. Como se ha dicho en los apartados 26.3, 28.3 y 37.5, las fuentes de legitimación de la jurisdicción, extendidas en el apartado 57.1 a todos los poderes del estado, son dos: una formal y otra sustancial. La *legitimación formal* es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La *legitimación sustancial* es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de estas dos fuentes puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera.

La relación entre *legitimación formal* y *legitimación sustancial* es ciertamente bastante distinta en el derecho penal y en los demás sectores del ordenamiento. En el derecho penal la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias, que es el derecho fundamental específico sobre el que se funda su legitimación sustancial, está garantizada precisamente por la estricta legalidad, es decir, por la sujeción del juez solamente a la ley, que al mismo tiempo asegura la máxima legitimación formal; y esto deriva, como se ha demostrado en el apartado 37.5, del nexo existente entre la verdad procesal condicionada a la estricta legalidad o taxatividad de los supuestos típicos y

la libertad del inocente frente al arbitrio. En los demás sectores del ordenamiento, por el contrario, el nexo entre las dos formas de legitimación es menos estrecho. En la jurisdicción civil y en la administrativa se exige asimismo por la ley, como fuente de legitimación formal, la existencia de una motivación cognoscitiva al menos en parte, cuya validez va unida a la fundamentación legal de sus argumentaciones; y es obvio que, desde este punto de vista, también en tales casos una hipotética taxatividad y verificabilidad de los supuestos típicos equivaldría al máximo grado de legitimación formal. Sin embargo, a diferencia de la jurisdicción penal —en la que la estricta legalidad viene exigida también, y diría que sobre todo, para garantizar la libertad del imputado mediante la verificabilidad y la refutabilidad de las motivaciones— en la jurisdicción civil y en la administrativa, donde los derechos fundamentales en juego son de muy distinta naturaleza, la legitimación sustancial que deriva de su satisfacción no requiere como garantía ni la verdad ni la taxatividad y es, por consiguiente, bastante más independiente de la legitimación formal. Más exactamente, la legalidad civil y la administrativa no requieren la exacta denotación de supuestos empíricos, sino que pueden también incorporar cláusulas generales o criterios valorativos; la motivación de las correspondientes sentencias no debe necesariamente componerse sólo de proposiciones asertivas, sino que puede incluir también juicios de valor; y su validez sustancial no es tanto mayor cuanto más aproximativamente pueda predicarse de ella la «verdad procesal», sino simplemente cuanto más razonablemente fundada o argumentada esté con referencia a derechos fundamentales.

Sin embargo, cuando la ley no ofrezca ningún principio regulativo, la total falta de legitimación formal puede comprometer, incluso en materia no penal, la misma legitimación sustancial. En la práctica existen muchas situaciones intermedias, que van desde el virtual contraste entre las dos fuentes de legitimación a la imposibilidad de cualesquiera legitimación. Cuando la jurisdicción pueda al menos servirse de algún apoyo legal, aunque sea vago e impreciso, las dos fuentes de legitimación pueden entrar en conflicto entre sí, ya que, de un lado, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige del juez una discrecionalidad y hasta una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria, pero, de otro lado, la falta de articulaciones legales en la atribución de los derechos y la sujeción del juez a la ley hacen débil e incierta la legitimidad formal (además de la probabilidad) de tal inventiva. Pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva —piénsese en el caso de los derechos sociales a prestaciones positivas— es imposible y no cabe otra solución que la denegación de justicia. Sucede, en suma, que la tutela de los derechos por parte de los jueces —lo que quiere decir la *sustancia* de su oficio, además de su

fuente de *legitimación sustancial*—, en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley —o, lo que es lo mismo, la *forma* de su oficio, además de su fuente de *legitimación formal*—, y se revela en el peor de los casos del todo imposible. En este aspecto la actual crisis de la ley, que es, por un lado, crisis de la razón jurídica y, por el otro, del Parlamento y de la política, se proyecta sobre la función judicial minando su legitimidad en la misma medida en que parece aumentar, precariamente, su poder discrecional y su carácter central.

Por ello hoy es el tiempo de una nueva ciencia de la legislación. Se habla con resignación de descodificación, de deslegislación y de desregulación, como si se tratase de fenómenos naturales e imparables. Se trata, por el contrario, de fenómenos políticos que apelan a la responsabilidad tanto de los hombres políticos como de los juristas. Sólo un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación, puede restaurar y en muchos casos in-staurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales. Obviamente, esto no significa exhumar antiguas ilusiones ilustradas de racionalidad perfecta. Al contrario, debe asistirnos la plena conciencia de la imperfección inevitable de cualquier sistema jurídico y todavía más de aquellos sistemas, como los estados democráticos de derecho, que han incorporado a sus Constituciones valores y expectativas altas e incluso utópicas, nunca realizables del todo. Pero es precisamente esta conciencia la que debe asistir tanto a la legislación como a la cultura jurídica en la transformación y en la ideación del derecho.

61. *Garantismo, desobediencia, resistencia*

1. *Sobre la obligación jurídica y sobre la obligación política de obedecer las leyes.* La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que hemos identificado el «punto de vista externo», es su *autonomía* en caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales. La cuestión tiene antiguas resonancias, que evocan el conflicto entre derecho y moral, es decir, entre obligación política de obedecer las leyes aun cuando sean injustas y autodeterminación moral de las personas. La opción por la autonomía de la persona frente al estado se encuentra expresada de manera ejemplar en la tradición griega por la figura de Antígona¹⁵. Se ha querido, no obstante, ver la opción opuesta por el legalismo ético y por el deber moral de obediencia en la figura de Sócrates, que voluntariamente acepta la muerte injusta a que se le condena: una interpretación ciertamente sostenible sobre la base del *Critón*¹⁶ pero no de la *Apología de Sócrates*, donde Sócrates no expresa ningún obsequio moral a la ley, no hace

acto alguno de sumisión, ni menos aún apología de la obediencia¹⁷, sino que, por el contrario, acepta la muerte y rechaza provocativamente la fuga, para que la condena que se le impone a él, hombre justo por excelencia, perdure como condena y crítica práctica de la injusticia de las leyes y de los jueces que las aplican¹⁸.

El problema que deseo afrontar es si el tema de la obligación política se plantea en términos distintos en los modernos estados de derecho, donde los derechos fundamentales se encuentran incorporados positivamente a las Constituciones y sus lesiones son en principio sancionadas por el derecho mismo. ¿Existe en tales ordenamientos una obligación de obedecer las leyes injustas? Y si existe, ¿cuáles son su naturaleza y su medida?

Es cierto, en términos generales, que las normas jurídicas comportan —en cuanto tales— la obligación *jurídica* de observarlas. La existencia de esta obligación es un dato objetivo o positivo de la misma naturaleza que la existencia o vigencia de las normas jurídicas válidas que lo prescriben; y conforme a éstas puede ser aseverada o negada mediante proposiciones asertivas verificables o refutables (tanto como lo permite la semántica del lenguaje normativo) en torno al derecho positivo. De esto no se deriva, sin embargo, que tal obligación tenga también un carácter *moral*, así como de la tesis de que una norma es jurídicamente válida no se deriva que sea también moralmente justa. Si tratásemos de derivar lógicamente una obligación moral del enunciado de una obligación jurídica, incurriríamos en una falacia ideológica del mismo tipo que la de Bentham y Austin cuando derivaron la existencia de una obligación jurídica (tener una obligación de derecho) de la de una obligación física (estar necesitados de hecho)¹⁹.

Por otra parte, si de la simple afirmación de una obligación jurídica no podemos derivar lógicamente, sin violar la «ley de Hume», la tesis de la existencia de una obligación moral de cumplirla, tampoco podemos derivar la tesis, contradictoria con ésta, de la inexistencia de tal obligación y ni siquiera, en caso de ley injusta, la tesis contraria de la existencia de la obligación moral de no cumplirla. Estas tres proposiciones son en realidad proposiciones morales, derivables solamente de otras tesis morales sobre las actitudes prácticas frente al derecho vigente según su validez o invalidez y su justicia o injusticia, que requieren a su vez ser explicitadas y argumentadas en el plano meta-moral. En este plano, que es precisamente el —no teórico-jurídico, sino filosófico-político— de los discursos (meta-morales y meta-políticos) sobre los fundamentos morales y políticos del derecho positivo, es a estas tesis a las que debemos dirigir nuestro análisis. A tal fin es útil plantear el problema articulándolo en dos subproblemas: en qué consiste (o a qué obliga) la obligación moral y/o política de obedecer las leyes, y qué sujetos, en un estado de derecho, están sometidos a ella (o sea, *quién está obligado*).

2. «A qué obliga» la obligación política de obedecer las leyes. *Aporías lógicas y aporías políticas*. Analizando el primero de estos problemas, Norberto Bobbio ha distinguido útilmente dos versiones —llamando a ambas «ideológicas» según el amplio significado asociado por él a esta expresión²⁰— de la tesis moral según la cual es moralmente obligatorio obedecer las leyes sólo porque son válidas: una versión extremista conforme a la que tal obligación es absoluta e incondicionada, y una versión moderada conforme a la que es relativa y condicionada²¹.

La versión extremista es la de la total confusión de la moral con el derecho y de la justicia con la validez, que es típicamente característica de las doctrinas auto-poyéticas del «estado ético» y que Bobbio rechaza como incompatible con el pensamiento liberal y como fuente de degeneraciones totalitarias²². Añadiré que una tesis semejante equivale en la práctica a la negación de la moral, dado que de hecho excluye la legitimidad de criterios morales de juicio y de conducta distintos y concurrentes con los jurídicos: ésta, puede decirse, es una tesis política «a-moral». La versión moderada, que Bobbio prefiere, es por el contrario la que asocia al derecho no un «valor final» sino un valor «instrumental», o sea, aquel valor específicamente jurídico que consiste en la garantía del orden y de la paz²³. Según la primera versión, la obediencia debe ser incondicionada, dado que las leyes válidas, cualquiera que sea su contenido, se consideran siempre, por su fuente y por su forma, también justas. Para la segunda versión, por el contrario, la obediencia está doblemente condicionada: en el sentido de que la obligación moral de obedecer las leyes supone el reconocimiento de su efectiva idoneidad para el establecimiento del orden y, sobre todo, en el sentido de que el orden no es el valor supremo y ha de ser pospuesto cuando entra «en conflicto con otros valores, como los del respeto a la vida, la libertad, la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores»²⁴. La obediencia a las leyes estaría, en suma, prescrita por una norma moral, o si se quiere política, de forma condicionada a su coherencia con otras normas morales de valor superior.

¿Cuál es, exactamente, el sentido y alcance de esta norma, y en qué consiste la obligación por ella instituida? Alessandro Passerin d'Entrèves y Uberto Scarpelli, que no siguen la distinción de Bobbio, han proporcionado una caracterización totalmente formal de la obligación política, configurándola como una obligación «de segundo grado» respecto a la serie de las obligaciones jurídicas que aquélla serviría para convalidar, por decirlo de algún modo, «en blanco»²⁵, y, por esto mismo, distinta de las obligaciones morales, que no son nunca en blanco y se refieren siempre al contenido de los casos particulares. Tal obligación derivaría de la que Hart llama «aceptación» o «punto de vista interno» al derecho positivo y que tanto Scarpelli como Passerin d'Entrèves interpretan como el fruto de una adhesión

moral o de una opción política en su favor²⁶: «la vigilancia de nuestra conciencia moral» quedaría según esto «en suspenso»²⁷, al haberse realizado precisamente «la opción general de renunciar a las opciones particulares frente a los contenidos particulares que el derecho positivo ha asumido o puede asumir»²⁸. Tanto Passerin d'Entrèves como Scarpelli reservan esta adhesión y la obligación política que de ella se sigue solamente a los ordenamientos liberales y democráticos, que son, a su juicio, los únicos que las merecen²⁹. Esto no es obstáculo sin embargo para que la idea de una adhesión moral o política preventiva al derecho positivo, sobre la que se fundaría la obligación política, represente el rasgo característico del formalismo ético, que como se ha visto en los apartados 16.3, 28.1 y 59.1 consiste en la valorización apriorística del ordenamiento, aunque sea democrático y liberal, y en la consiguiente identificación del principio de legitimidad política con el principio jurídico de legalidad. En todo caso, la noción moderada de la obligación moral de obedecer las leyes sostenida por Bobbio, que es la única moralmente aceptable por cuantos no comparten concepciones éticas y auto-poyéticas del derecho y del estado, no corresponde enteramente a esta descripción, que se adapta mejor a su versión extremista. La obligación en sentido moderado de que habla Bobbio es en realidad una obligación condicionada por el hecho de que no entre en conflicto con otros valores «que la conciencia moral juzga superiores». Esto quiere decir que no se trata de una obligación formal, independiente del contenido de las leyes, ni menos aún de un «somnífero» de la conciencia moral o un «cheque en blanco» en favor del derecho positivo³⁰, sino a lo sumo de una obligación semi-formal, que presupone una aceptación a su vez condicionada del ordenamiento del que sirve para convalidar sólo aquellas normas que nuestra conciencia moral considera justas o no particularmente injustas.

Esta concepción moderada de la obligación política, sin embargo, es a mi juicio lógicamente inconsistente. ¿Hasta qué punto vale tal obligación y en qué punto comienza a no valer? ¿Y quién sino la conciencia moral del obligado está habilitada para trazar el confin que en cada caso separa la obligación de la no obligación moral de obedecer o, incluso, de la obligación igualmente moral de desobedecer las leyes? Me parece evidente que —por definición, conforme a la segunda condición indicada por Bobbio— una obligación tan condicionada en relación con leyes que colisionen con valores morales o civiles que se estimen particularmente relevantes no tiene ningún espacio. En estos casos, más allá de la obligatoriedad jurídica apoyada por la eficacia disuasoria de la sanción, prevalecen siempre —en el plano moral— valores superiores a los del orden, ya porque coinciden con él o bien porque lo contradicen. En efecto, son estos valores y no el valor del orden los que justifican moralmente la obediencia no menos que la desobediencia: por ejemplo, no es ciertamente el valor moral del orden o de la legalidad, sino el de la vida, el prevaleciente,

en el plano moral, en caso de obediencia a la norma penal sobre el homicidio; y no es el escaso valor asociado al orden, sino el valor de la libertad de opinión, el que prevalece en el mismo plano en el caso de desobediencia a las normas sobre delitos de opinión. Las únicas leyes para las que parecería relevante la obligación moral de obediencia son, si acaso, las que prescriben comportamientos escasamente relevantes o simplemente indiferentes en el plano moral. Passerin d'Entrèves pone el ejemplo de la prohibición de estacionamiento: el «buen ciudadano» se distinguiría del «mal ciudadano» por observar la prohibición más allá de la ventaja de no pagar una multa, interpretándola no como la previsión de una tasa (que el mal ciudadano pagaría descuidadamente) sino como una norma jurídica que para él tiene valor en cuanto tal por el hecho de haber aceptado vivir en el ordenamiento al que aquélla pertenece³¹.

Dudo mucho, no obstante, de que «el buen ciudadano» que no esté obsesionado por el valor del orden legal perciba una obligación moral, y no sólo jurídica y conectada a la sanción, por ejemplo, frente a una prohibición de tránsito absolutamente insensata (así, delante de un semáforo rojo bloqueado en un cruce desierto) o bien en circunstancias tales que su observancia podría comprometer otros valores (por ejemplo, porque está acompañando a un enfermo al hospital). Si estima sensata la prohibición, la obligación moral de observarla será advertida por él, pero sólo porque la considera sensata y no en conflicto con otros valores, de suerte que le parecería (no formalmente sino sustancialmente) injusto, de no concurrir razones válidas, perjudicar a los demás con su infracción. En todo caso, en suma, para quienes no tengan como conciencia moral una caja vacía que se llene a placer con el derecho positivo, la «vigilancia de la conciencia moral» y del espíritu crítico no se aletarga nunca y prevalece siempre sobre la llamada obligación política. En la concepción de Bobbio esta obligación es a tal punto dependiente de las valoraciones del propio obligado que no es en efecto una obligación: como dirían los civilistas, es una *obligación meramente potestativa*, puesto que depende de la voluntad misma del obligado (*si volam*).

3. «*Quién está obligado*» a obedecer las leyes. *El punto de vista interno de los jueces y el externo de los juristas*. Por consiguiente, la obligación política o es incondicionada o no es propiamente una obligación. Por lo demás, en una concepción hétero-poyética del derecho éste será moral y políticamente aceptable sólo si es condicionado, es decir, meramente potestativo y, en consecuencia, deónticamente inconsistente, es decir, inexistente; mientras que, si es incondicionado y, por ende, deónticamente consistente, será moral y políticamente inaceptable. Pero ¿es concebible un ordenamiento en el que a nadie incumba la obligación política, además de jurídica, de obedecer las leyes independientemente de sus personales valoraciones morales? Y

¿cómo hacer compatibles la primacía de la moral y su separación del derecho en la conciencia del ciudadano individual con el otro postulado del garantismo, consistente, como se ha dicho varias veces, en la primacía del derecho y en su separación de la moral en el ejercicio de los poderes públicos por parte de quien está investido de los mismos y en el funcionamiento práctico del estado de derecho? El primero de nuestros dos sub-problemas —el de «a qué obliga» la obligación moral de obediencia a las leyes— remite inevitablemente, si queremos salir de estos dilemas, a nuestro segundo sub-problema: el de «quién está obligado» moral y políticamente (y no sólo jurídicamente) a obedecer las leyes.

Una obligación de esta naturaleza parece que deberá incumbir a los jueces y, más en general, a los funcionarios del estado, que se hallan investidos precisamente de la función pública de aplicar las leyes. Para éstos vale efectivamente la obligación moral de obediencia al derecho positivo en virtud de una opción política que, según la caracterización debida a Scarpelli, equivale a la aceptación del ordenamiento y a la asunción de su punto de vista interno. Aquéllos hicieron esta opción a la vez que se decidían por el desempeño de una función pública: a diferencia del común de los ciudadanos, que no son como pensaba Hegel «componentes del estado» y no han tomado nunca la decisión de someterse a sus leyes, los investidos de poderes públicos son por el contrario «funcionarios» que se han comprometido precisamente a eso. Esta «sujeción a la ley» es justamente el contenido garantista de la obligación política a la que se vinculan jueces y funcionarios con el juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes prestado en la toma de posesión de sus cargos: una auto-obligación que sería tan contraria al modelo político del estado de derecho para quienes no ejercen poderes, como es en cambio consecuente para cuantos son titulares de poderes, al ser el modelo un sistema de vínculos impuesto a éstos para tutela de aquéllos.

Para jueces y funcionarios, la obligación política de observar las leyes, al identificarse con la de aplicarlas, parecería por tanto incondicionada y enteramente formal. Es una cuestión de conciencia de los jueces y de los funcionarios elegir la personificación de tales funciones de poder y aceptar hacerlo en un ordenamiento democrático y liberal o en uno totalitario; pero, una vez realizada esta opción, aplicar o no aplicar exactamente las leyes, deja de ser una cuestión de conciencia, al menos en un estado de derecho caracterizado por vínculos de estricta legalidad. Los jueces penales, en particular, no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones. Al menos en principio, la ética formalista es precisamente su ética profesional, que les impide anteponer o superponer al derecho su moralidad sustancial y subjetiva en cuanto ésta, al exteriorizarse en el ejercicio de un poder,

es arbitrio y abuso para quien la padece. Ésta es una primera (aparente) aporía de naturaleza moral del garantismo. El formalismo ético en la actitud práctica de los jueces frente a las leyes se sigue del modelo cognoscitivo y garantista de la jurisdicción y de la separación del derecho de la moral: la estricta legalidad, como se ha visto con amplitud en este libro, exige moral y políticamente de los jueces que juzguen sólo jurídicamente, y no también moral y políticamente, y sólo los hechos y no también a sus autores.

Sin embargo, como se ha demostrado también ampliamente, éste es sólo un modelo normativo ideal. La hétéro-integración moral y política del derecho producida por el poder judicial de disposición es en efecto tan inevitable como lejano está el sistema jurídico del modelo de estricta legalidad. Y, por otra parte, la obligación jurídica, antes aun que política, vale para el juez sólo en relación con las leyes válidas además de vigentes: es decir, únicamente respecto de los parámetros constitucionales conforme a los cuales se encuentra habilitado para valorarlas, dentro de espacios igualmente inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política. De hecho, ya se ha visto, en un estado de derecho caracterizado por una Constitución rígida —debido a la divergencia fisiológica entre ésta y la legislación ordinaria, así como al poder del juez de denunciar la inconstitucionalidad de las leyes o, cuando menos, de interpretarlas en sentido constitucional— la obligación política del juez frente a las leyes que se reputen injustas es cualquier cosa menos rígida, al ser todo menos rígida su obligación jurídica, a causa de las aporías jurídicas del garantismo analizadas en el capítulo precedente. El formalismo ético, en suma, es siempre una pantalla muy frágil frente a la irresponsabilidad moral y política del juez por las injusticias por él mismo cometidas en nombre de la *dura lex*. Para él un verdadero conflicto de conciencia entre derecho y moral sólo podría darse efectivamente si los valores incorporados (no a las leyes ordinarias sino) a la misma constitución del ordenamiento entrasen en contradicción con sus personales valores morales obligándole a violarlos. Pero ésta sería quizá una razón moral suficiente para excluir como injustificada su opción de ser juez³².

Fuera de los titulares de poderes delegados para la aplicación de la ley, ningún otro sujeto, dentro del modelo del estado de derecho delineado aquí, se puede decir obligado «moralmente» a respetar las leyes. Ciertamente, no se puede decir que lo sean los juristas, que Uberto ScarPELLI asimila extrañamente a los jueces conforme a una complicada concepción del positivismo según la cual los juicios sobre la validez de las normas y la interpretación doctrinal de las normas válidas supondrían, también por parte de la conciencia jurídica, la aceptación política del derecho positivo y la asunción de un punto de vista interno a él³³. En oposición a esta tesis, los juristas no desarrollan una actividad jurídica de aplicación y producción de derecho válido sino sólo una actividad cognoscitiva, aunque entretejida de

momentos normativos y diversamente influyentes sobre los comportamientos de los jueces y a veces de los legisladores; y esta actividad, como cualquier otra actividad cognoscitiva, parte de un punto de vista necesariamente externo al objeto de la investigación y no se encuentra sometida, en todo caso, a imperativos jurídicos o políticos, sino sólo a principios metodológicos. Un jurista puede aceptar o no aceptar moralmente las leyes o, acaso, los mismos principios constitucionales que están en la base del ordenamiento que investiga; pero esto no le impide ni debe impedirle interpretar su significado, aceptar su validez o invalidez y, en general, poner de manifiesto las antinomias y las lagunas del ordenamiento.

Pero el punto de vista de la ciencia jurídica es externo al derecho positivo también en un sentido bastante más expresivo, ligado al carácter externo que en los modernos estados de derecho tienen los valores fundamentales del sistema. Es indispensable el análisis y la explicación de estos valores, ampliamente desatendidos en la práctica efectiva y sólo imperfectamente incluidos en las Constituciones, como criterios teóricos (y no sólo filosófico-políticos) del trabajo de interpretación y sistematización doctrinal del material legislativo. Un postulado tanto metodológico como teórico de lo que he llamado «ius-positivismo crítico» consiste en efecto en el reconocimiento de la doble divergencia entre deber ser y ser *en el y del* derecho positivo y de las diversas formas de incoherencia y de ilegitimidad que de ello se siguen: no sólo (en función descriptiva además de crítica) de la divergencia interna entre validez y vigencia, sino también (en función simplemente crítica) de la divergencia externa entre principios teórico-políticos fundamentales y parámetros internos de validez que en ellos se informan. Éste es un postulado que a mi juicio vale para orientar la función pragmática —no sólo cognoscitiva, sino también crítica y proyectiva— del trabajo del jurista. En realidad, reclama de la dogmática jurídica el análisis de los perfiles de invalidez o de ilegitimidad interna del derecho positivo, y de la teoría general del derecho, el análisis de los modelos teóricos y políticos fundamentantes —más allá de sus concretas e imperfectas formulaciones constitucionales— y de los consiguientes perfiles de ilegitimidad externa de los sistemas jurídicos que a ellos se remiten.

4. *La incompatibilidad entre estado de derecho y obligación moral de los ciudadanos de obedecer las leyes. Desobediencia civil y resistencia.* Menos aún puede hablarse, en el estado de derecho tal y como ha sido caracterizado, de la existencia de una obligación moral de obedecer las leyes para los simples ciudadanos. Ya se ha hablado de la inconsistencia deóntica de una obligación formal condicionada. Y se ha mostrado cómo la idea de una obligación moral incondicionada y extendida también a los ciudadanos supone una concepción ética y totalitaria del estado que excluye la autonomía de la moral y exige de

ésta una conformidad en blanco con el derecho positivo. Añadiré ahora que no tiene ninguna relevancia para nuestro problema el hecho de que el estado para el que se pide obediencia y adhesión moral sea sólo el estado de derecho, liberal y/o democrático y/o socialista. Estas figuras —«Democracia», «Liberalismo», «Socialismo» y también «Estado de Derecho»— cuando se usan con mayúscula y actúan como fuente de legitimación apriorística y absoluta, se convierten, como enseña la experiencia, en su exacto contrario; mientras que su significado, si no se cambia ideológicamente el deber ser por el ser, es sólo el de modelos o parámetros normativos de legitimación externa, *a posteriori* y contingente, de los sistemas políticos y jurídicos que en ellos se informan.

Hay sin embargo otros dos aspectos de la cuestión que merecen ser analizados. El primero tiene que ver con el problema ya señalado de la relación entre efectividad del ordenamiento en su conjunto y obligación política (además de jurídica) de los ciudadanos de obedecer las leyes; el segundo hace referencia al tema conexo de la validez moral y de la legitimidad política (no, obviamente, jurídica) de la no obligación de obedecer e incluso de la obligación de desobedecer las leyes consideradas injustas.

El argumento principal habitualmente utilizado en apoyo de la tesis moral de que el buen ciudadano está obligado moral y políticamente, y no sólo jurídicamente, a obedecer las leyes es que a falta de tal obligación ningún ordenamiento, ni siquiera el más aceptable, podría regir y funcionar³⁴. De hecho, se añade, todos los ordenamientos, especialmente si son democráticos y por consiguiente basados en el consenso de la mayoría, presuponen alguna aceptación política y por ello la obligación moral, advertida por la mayor parte de los ciudadanos, de observar sus leyes³⁵. Estas tesis son empíricamente bastante discutibles: en efecto, no se debe confundir la adhesión espontánea, que puede ser acrítica y aporoblemática, con la adhesión moral y menos con el sentimiento de obligatoriedad moral³⁶. Aunque se admita, no obstante, que ningún ordenamiento se sostendrá si no tiene en alguna forma y medida la adhesión moral de los ciudadanos, que tal adhesión y la consiguiente obligación moral han sido efectiva y autónomamente prestadas por la mayoría de aquéllos al ordenamiento concreto de que se habla, que éste, en fin, es considerado por ellos y hasta por nosotros como el mejor posible y en todo caso merecedor de imperar y funcionar, de todo esto no puede inferirse la obligación moral de cada ciudadano de prestar adhesión y obedecer las leyes del ordenamiento mismo. Todos éstos, en efecto, son presupuestos de hecho y no valores, y sólo en virtud de una falacia naturalista se puede deducir que «deben ser» cumplidos por todos. Mejor dicho, éstos son valores —incondicionados o condicionados, absolutos o relativos— sólo para quien los comparte, y acaso para la mayoría, pero no ciertamente para todos: no lo son, por ejemplo, para

las minorías revolucionarias, que comparten valores precisamente contrarios. Y si después estas minorías llegan a ser mayorías, puede incluso suceder que el ordenamiento deje de regir, pero también esto será un hecho, no un des-valor, y será quizá considerado como un bien o un valor por la nueva mayoría.

Puede decirse muy bien, por cierto, que los ordenamientos democráticos son los que gozan de la adhesión moral de la mayoría, entendida, sin embargo, según nuestro modelo de justificación externa, no como adhesión *a priori* a su modelo normativo abstracto sino como adhesión *a posteriori* a su efectivo funcionamiento concreto. Pero estos ordenamientos se caracterizan, más que por la adhesión moral y política que se les presta, por la no adhesión moral y política tolerada y legitimada por ellos. Si esto es verdad, la obligación moral de los ciudadanos de obedecer las leyes es, sin más, incompatible con la democracia. Podemos, si estimamos que es justo y oportuno que un determinado ordenamiento deba ser conservado, sentir personalmente la obligación moral, incluso incondicionada, de obedecer las leyes como tales e incluso desear que tal obligación sea sentida por el mayor número posible de personas. Pero no podemos exigir moralmente que esta misma obligación sea sentida también por los demás, es decir, que la adhesión moral prestada y deseada por nosotros sea moralmente obligatoria. El principio moral de la obediencia, en definitiva, no es susceptible de ser universalizado. Y puesto que son morales, según la bien conocida tesis meta-moral formulada por Richard M. Hare y que remite a Kant, sólo los criterios de conducta susceptibles de ser universalizados³⁷, no es un principio moral.

Por el contrario, el principio normativo de la desobediencia en relación con las leyes que contradigan y comprometan los fundamentos de legitimación interna y externa del ordenamiento sí es una norma moral en la concepción hétéro-poyética del estado de derecho. Si a propósito del estado de derecho queremos hablar de un acuerdo prepolítico, o sea, de un fundamento moral y político justificante, éste no reside en el deber moral de la obediencia, sino en el derecho y, en los casos extremos, en el deber moral de la desobediencia cuando las leyes entran en conflicto radical con los valores «universales» y «fundamentales» sancionados en la Constitución. Éste, por lo demás, es el principio que fue inscrito en las primeras Constituciones y declaraciones de derechos, que como ha observado Norberto Bobbio tienen la forma de las «concesiones» pero la sustancia del «acuerdo»³⁸ en torno a los fines que justifican y vinculan a los poderes del estado. «Cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos fines», dice el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia, «la mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público»; y el art. 29 de la Constitución francesa de 1793 establecía: «En todo gobierno libre, los hombres deben tener

un medio legal para resistir a la opresión, y, cuando este medio sea impotente, la insurrección es el más santo de los deberes».

Derechos y deberes de este tipo, como se ha visto en el apartado 52, no han sido incluidos en las Constituciones actuales sólo porque la ideología normativista dominante en la cultura iuspositivista ha supuesto apriorísticamente la efectividad de los mecanismos garantistas predispuestos por el estado de derecho para sancionar y remover jurídicamente el poder ilegítimo de las normas inválidas³⁹. Pero ¿qué decir cuando estos mecanismos o «medios legales» son «impotentes» y de hecho inefectivos, o cuando el conflicto con valores fundamentales se manifiesta sobre temas constitucionalmente no previstos, como son hoy el exterminio nuclear o ecológico? Es claro que el derecho y también el deber moral de la desobediencia civil son en estos casos consecuentes con el rechazo del formalismo ético y con la concepción hétero-poyética del estado. La idea, recordada en el apartado 52.2, de que el derecho de resistencia es incompatible con el estado de derecho porque en éste el poder está vinculado a la ley y las violaciones de la ley por parte de los órganos públicos están a su vez castigadas por la ley, está en efecto viciada por la falacia normativista. Esta idea toma el ser por el deber ser, el funcionamiento efectivo del ordenamiento por su modelo normativo e ideal, y justifica la obligación de obediencia tomando en consideración la normatividad antes que la efectividad del derecho. Mientras que es obviamente con referencia a la dimensión de la efectividad —es decir, a lo que sucede (o no sucede) aun cuando no debería (o debería) suceder— como ha de ejercerse la opción moral de la resistencia. «Cuando no hay un juez sobre la tierra», escribió Locke, «la apelación se dirige al Dios que está en los Cielos»⁴⁰.

Naturalmente, la desobediencia moralmente consentida o debida es la que Bobbio llama «desobediencia condicionada» y que él juzga similar a la «obediencia condicionada» a las leyes⁴¹. Ésta depende, en último término, del juicio que la conciencia moral y política de cada uno hace autónomamente de las leyes injustas. Y, sin embargo, una vez reconocido que una ley está en conflicto con valores fundamentales («que la conciencia moral juzga superiores»), cada uno tiene la obligación moral de desobedecerla. Al tratarse de una obligación potestativamente condicionada a la autonomía del juicio moral, vale solamente ante la propia conciencia y por esto es tan no universalizable como la de obedecer las leyes; de modo que deberá hablarse, con más propiedad, no ya de deber sino de «derecho» o, si esta palabra resulta extraña al lenguaje de la moral, de «libertad» de desobediencia. En este sentido, el derecho (o la libertad) moral o político de la desobediencia es correlativo a la obligación política de obediencia a las leyes que incumbe, aun con sus aporías, a los funcionarios investidos de poderes públicos. La separación entre derecho y moral que está en la base del estado de derecho asume así dos diversas y opuestas va-

lencias axiológicas: mientras *en el nivel institucional* comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado de aplicarlo, *en el nivel individual y social* consiste, por el contrario, en la (absoluta) autonomía de la moral frente a derecho y las instituciones.

Así hemos identificado una última (aparente) aporía moral del garantismo, que va unida a las aporías jurídicas y políticas antes señaladas de los márgenes irreductibles de ilegitimidad jurídica y política del estado de derecho. El estado de derecho, según el modelo aquí ilustrado, no exige de los ciudadanos ninguna obligación política, sino sólo la obligación jurídica de obedecer sus leyes. No exige adhesión, aun cuanto estimemos que la merezca. Este libro, por ejemplo, expresa una adhesión moral y política al modelo del estado de derecho; pero la razón de esta adhesión está precisamente en el hecho de que tal modelo no exige ninguna adhesión, ni siquiera ideal y de máxima, y antes bien exige la no adhesión y la desobediencia civil cuando el funcionamiento efectivo del ordenamiento entre en conflicto con valores morales y políticos que se consideren fundamentales.

62. *Los derechos contra los poderes*

1. *Estado de derecho y poder mínimo. Micro y macro-poderes ilegales o extra-legales.* La primacía del punto de vista externo de las personas sobre el interno del estado no se manifiesta solamente, en negativo, en la autonomía moral y política de los ciudadanos y en la naturaleza sólo jurídica y no también ético-política de la obligación de observar las leyes. Se manifiesta sobre todo, en positivo, en la función normativa asignada al derecho en relación con los poderes, tanto públicos como privados. Esta función puede expresarse conforme a la distinción realizada en el apartado 60.2 entre derechos fundamentales y poderes, generalizando las tesis desarrolladas en el capítulo 6 en torno a la función del derecho penal y al modelo garantista del derecho penal mínimo. Así como la función utilitaria y garantista del derecho penal es la minimización de la violencia, tanto privada como pública, la función garantista del derecho en general consiste en la *minimización del poder*, de otro modo absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal; de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos.

La técnica de esta minimización es la ya aludida de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación e instrumentalización de las situaciones jurídicas de poder. A este propósito, es necesario disipar enseguida un equívoco

debido precisamente a la ausencia, en nuestra tradición teórica, de la distinción que aquí se ha hecho entre derechos fundamentales y situaciones de poder: los primeros, ejercidos mediante actos no productivos de efectos y, por consiguiente, por su naturaleza no nocivos para terceros, y las segundas, ejercidas mediante actos productivos de efectos en la esfera jurídica ajena. Si se acoge esta distinción, no es verdad que toda ley, como escribió Bentham, limite la libertad⁴². Limitan la libertad las leyes que comprimen derechos fundamentales, como, por ejemplo, las normas penales sobre delitos de opinión, de asociación o de reunión. Por el contrario, las leyes dictadas para la defensa de tales derechos limitan sobre todo los poderes de los sujetos más fuertes, en garantía de las libertades o de las expectativas de los sujetos más débiles. Así, las leyes que protegen el trabajo limitan los poderes de los patronos, ampliando correlativamente las libertades y los derechos de los trabajadores. Las leyes que disciplinan el crédito y la propiedad hacen otro tanto con las relaciones de poder entre acreedores y deudores y entre propiedad y colectividad. Y lo hacen todavía de forma más típica, con objeto de impedir las violencias entre particulares y que el más fuerte pueda tomar la justicia por su mano, las leyes penales y procesales informadas por el sistema de garantías descrito en este libro. La función garantista del derecho consiste, en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades. En este sentido, la libertad —pero también la igualdad, en su calidad de garantía de los derechos fundamentales de todos— depende de las leyes, cuya función es la indicada por Kant, de hacer convivir las libertades de todos. Aún más: las libertades están por su naturaleza destinadas a convivir y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de los demás quiere decir que se ha convertido en un poder.

La esfera del estado de derecho y de sus garantías es sin embargo limitada. Existen inevitablemente —y dentro de ciertos límites es bueno que existan— ámbitos de vida sustraídos a ella. En el apartado 25.1 he distinguido cuatro hipótesis alternativas al derecho penal: la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria, el estado salvaje y el estado disciplinario. Estas cuatro hipótesis no prefiguran solamente las alternativas a la abolición del derecho penal. Configuran también, esquemáticamente, las cuatro formas —ni siquiera incompatibles entre sí— de las relaciones sociales y políticas de poder que se desarrollan y conviven sin regulación fuera y, a veces, dentro de la trama del estado de derecho. Precisamente, la función garantista del derecho no se cumple *ni hacia abajo*, frente a los ámbitos de vida domésticos o puramente privados, *ni hacia arriba*, en las relaciones internacionales entre estados. Es sobre todo en estas sedes infra y supra-jurídicas donde permanecen y se desarrollan *micropoderes* y *macropoderes salvajes*, que son en realidad las formas de poder más incontroladas e ilimitadas por las que pueden verse perjudicados y subvertidos los

mismos poderes jurídicos y el orden global del estado de derecho. No hace falta decir que frente a estos poderes extra-legales o ilegales sin más no se plantea ningún problema de obediencia, ni política ni jurídica. Éstos son poderes de hecho, cuya sola existencia testimonia en ocasiones la prevalencia de la fuerza sobre el derecho.

2. *Micropoderes salvajes. Las desigualdades sustanciales.* En el apartado 60.2 he definido las situaciones jurídicas como aquellas que, a diferencia de los derechos fundamentales, instituyen o convalidan situaciones de desigualdad jurídica y dan vida a relaciones jurídicas entre poderes y deberes correlativos. Junto a las situaciones jurídicas de poder y a las relaciones correspondientes, se dan también *poderes y sujeciones extrajurídicos*: bien porque se desarrollan en el marco de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas, bien porque lo hacen fuera de cualquier rol o institución jurídica y en formas puramente extralegales o ilegales. Entran dentro del primer género las potestades del padre, del marido, del patrono o del superior jerárquico, que de hecho se manifiestan —con los contenidos más atípicos y a veces ilegales— en la familia, en las relaciones conyugales, en la disciplina de la fábrica, en los cuarteles, en las escuelas, en los hospitales, a más de en las mil formas de dependencia que arraigan en todos los aparatos burocráticos. Entran en el segundo género las potestades, todavía más atípicas y menos regladas, que se desarrollan de hecho e informalmente en la vida civil y económica: de las relaciones de pareja a las relaciones comerciales, de las dependencias y clientelas políticas a las diversas sujeciones y opresiones económicas, hasta las formas de poder y de relaciones abiertamente criminales. Aunque es imposible establecer una línea de separación entre los dos géneros, se puede decir que el primero favorece formas de poder salvaje. Violencia, dinero, coacciones económicas, carreras, carismas, sujeciones psicológicas forman en todo caso el cemento de estas relaciones, donde la lesión del valor de la persona puede producirse al margen de cualquier posible garantía jurídica.

Tanto los *poderes jurídicos* como, sobre todo, los *poderes extra-jurídicos* constituyen la base de las *desigualdades* entre las personas. Los primeros sostienen, como se ha dicho en el apartado 60.2, las *desigualdades jurídicas o formales*; los segundos producen las que llamaré *desigualdades sociales o sustanciales*, mucho más profundas que las primeras, puesto que aquéllos son incontrolados y tendencialmente ilimitados. También para los poderes privados vale la tesis, enunciada por Montesquieu para los poderes públicos, de que, a falta de límites legales, el poder tiende a acumularse en formas absolutas⁴³. En todos los casos existe un nexo biunívoco entre poderes, jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el efecto específico de producir desigualdad, disparidad, serialización,

disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y ajenas que le acompaña. Poderes y derechos fundamentales están, por tanto, en la base de dos formas diversas y opuestas de subjetividad: mientras la igualdad producida por los derechos fundamentales es el presupuesto de las identidades de los sujetos como personas y de su libre comunicación basada en el recíproco respeto y reconocimiento como iguales, la desigualdad producida por los poderes jurídicos y no jurídicos es el presupuesto de las identidades de los sujetos a través de los roles y las jerarquías que personifican, así como de las relaciones despersonalizadas y de alienación recíproca que mediante tales funciones se establecen entre ellos⁴⁴.

A diferencia de los poderes jurídicos, los poderes extrajurídicos son tendencialmente absolutos. El grado de absolutismo que permanece en un sistema político, aun cuando esté organizado en las formas del estado de derecho, está constituido precisamente por los diversos espacios de poder extra-jurídico que se crean en la sociedad civil fuera del derecho o incluso dentro de las instituciones jurídicas, conforme a normas de *mera legalidad* que confieren poderes en blanco simplemente designando roles: de padre, patrono, dirigente y otros. Por consiguiente, se puede generalizar la tesis varias veces enunciada para el derecho penal de que el primer instrumento de delimitación y deterioro de los poderes y de las consiguientes desigualdades es la *estricta legalidad*, es decir, la predeterminación de los actos que representan el legítimo ejercicio de cada poder, así como de sus presupuestos, sus formas y sus efectos. Naturalmente, ningún poder puede ser puramente jurídico, es decir, enteramente predeterminado por la ley y totalmente carente de discrecionalidad. No lo es ni siquiera, como sabemos, el poder judicial, que tendría que serlo más que ninguno según su modelo teórico. Pero también en los demás casos es una cuestión de grado. De ahí, en todo caso, que sea una garantía esencial que un poder, cuando por sus funciones sociales no pueda ser suprimido, sea al menos lo más limitado posible por la ley.

El progreso de la que he llamado *democracia sustancial* se produce, pues, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Los poderes desordenados que se desarrollan en su interior son los principales «obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos» y que el artículo 3.2 de la Constitución italiana obliga a «remover». El estado paleo-liberal, partiendo de la confusión entre libertad y propiedad y entre derechos y poderes, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho reservándolos a la «libertad» del ciudadano: sobre todo la fábrica, donde no entraba el de-

recho; en segundo lugar, la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y, por consiguiente, a las dinámicas de las relaciones internas de fuerza; después los cuarteles, los hospitales, los conventos y todo el abigarrado conjunto de las instituciones totales que formaban, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general.

Puede decirse que toda reforma democrática de cada uno de estos mundos se ha producido a través de la introducción de límites y obligaciones legales a las potestades privadas que de otro modo serían absolutas y mediante la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales ofendidos por aquéllas. Piénsese que en los Estados Unidos, en 1875, el único modo que un grupo de vecinos pudo imaginar para poner término a los malos tratos infligidos a una niña por sus padres fue recurrir a las normas sobre protección de los animales⁴⁵; y que todavía hasta hace pocos años el código civil italiano preveía un verdadero poder penal del padre, que se ejercía mediante la reclusión de los hijos en establecimientos especiales de custodia sobre la base del juicio inapelable de aquél acerca de su «mala conducta»⁴⁶. En cuanto a las fábricas, el poder del empresario fue prácticamente absoluto hasta la mitad del siglo pasado y ha hecho falta un siglo de luchas obreras para conseguir su limitación: desde las primeras leyes decimonónicas sobre el horario de trabajo, el trabajo nocturno y el de las mujeres y niños, a las primeras obligaciones introducidas en las primeras décadas de nuestro siglo en materia de asistencia, seguros, higiene y prevención de accidentes, hasta las leyes de las pasadas décadas sobre el despido sólo por justa causa y el estatuto de los derechos de los trabajadores. Hoy, por otra parte, se han añadido nuevos ámbitos de vida y de poder a los viejos ámbitos de vida civil, cuyo régimen de garantías es aún del todo insatisfactorio. Baste pensar en los partidos, en otro tiempo libres asociaciones privadas y ahora, cada vez más, máquinas burocráticas en las que el despotismo interno se entrelaza con el político y para-público externo.

Es claro que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales también en estos ámbitos privados exigen una articulación del estado de derecho mucho más compleja que la paleo-liberal. En efecto, requieren no sólo vínculos y límites normativos en relación con los poderes del estado, sino también límites y vínculos normativos, mayores aún que los hoy previstos, en relación con los poderes de los ciudadanos. Es claro también que tales vínculos no pueden más que ser a su vez limitados, pues encuentran el límite de las libertades individuales con las que los poderes privados suelen estar estrechamente entrelazados. Pero, una vez excluida su confusión con las libertades, no existe ninguna razón para que también estos poderes, al igual que aquéllos, no estén sujetos a la ley y subordinados al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales. En otras palabras, también los poderes privados, como los poderes públicos, están sujetos a

la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de las libertades y, consecuentemente, de la igualdad y del valor de las personas, en cuya primacía axiológica se funda el punto de vista externo.

3. *Macropoderes salvajes. Los «lobos artificiales» y la criminalidad de los estados.* La legitimación externa o política del estado, se ha dicho, descansa esencialmente en su función de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, comenzando por el derecho a la vida que está garantizado por la seguridad interna y por la paz. Esta función, se ha añadido, no se realiza nunca de manera perfecta: la ilegalidad de hecho de los poderes públicos y su tendencia a autonomizarse de sus bases y funciones sociales y, por otro lado, la permanencia o el desarrollo de poderes salvajes tanto públicos como privados, hacen que la legitimación externa y, en los estados constitucionales de derecho, también la interna sean siempre parciales, contingentes y condicionadas.

Pero hay otro aspecto mucho más grave de la crisis de legitimidad política de los estados que es necesario apuntar al menos de forma sumaria, aunque sólo sea por su relevancia penal. La vida y la seguridad de los ciudadanos se encuentran en peligro hoy más que nunca, no sólo por la violencia y los poderes salvajes de los particulares, ni por las desviaciones individuales o la ilegalidad de específicos poderes públicos, sino también, y en medida mucho más notable y dramática, por los mismos estados en cuanto tales: guerras, armamentos, peligro de conflictos militares y, en el interior, torturas, masacres, desaparición de personas, representan actualmente las amenazas incomparablemente más graves para la vida humana. Si es cierto, como se dijo, que la historia de las penas es más infamante para la humanidad que la historia de los delitos, una y otra juntas no igualan, en ferocidad y dimensiones, a la delincuencia de los estados: baste pensar, por quedarnos en nuestro siglo, en los horrores coloniales, los genocidios nazis, los exterminios stalinistas y todas las variadas formas de violencia predominantemente ilegales con que tantísimos estados autoritarios atormentan hoy a sus pueblos. En definitiva, lo que ha sucedido, retomando la imagen de Hobbes, es que «este hombre artificial nuestro al que llamamos estado», nacido para domar y poner freno a los «hombres lobos» que son los *hombres naturales*, se ha transformado a menudo en un *lobo artificial*. Y los lobos artificiales se han revelado bastante más salvajes, incontrolables y peligrosos que los hombres naturales que los habían creado para confiarse a su tutela.

Será útil distinguir entre criminalidad estatal interna y criminalidad estatal externa. La *criminalidad interna*, que se expresa en los delitos del estado contra sus ciudadanos, es, al menos en principio, un problema de derecho penal interno, dando por descontado que desde

este punto de vista es imputable, propiamente, no al estado sino a los sujetos que ejercen poderes estatales⁴⁷. No obstante, este tipo de criminalidad es siempre, más allá de ciertos límites, el signo patológico de la inefectividad y de la impotencia del derecho interno por el decaer de esa garantía política mínima, de la que hablaré en el próximo apartado, que reside en la fidelidad de los poderes públicos a las leyes del estado. La divergencia entre normatividad y efectividad se manifiesta en este caso en dos direcciones: en la criminalidad misma, es decir, en la inefectividad del derecho penal, y en su impunidad, es decir, en la inefectividad del derecho procesal. Un sistema democrático da señales de vida si alcanza al menos a evitar el segundo tipo de inefectividad: en Argentina, por ejemplo, el primer signo de la democracia renacida fue la decisión, si bien abortada en parte, de procesar a sus generales asesinos y torturadores.

¿Cuáles son, más allá del derecho de resistencia, los remedios para las lesiones de los derechos fundamentales producidas por la criminalidad y la impunidad de los mismos estados que deberían garantizarlos? En otras palabras, ¿qué defensas tiene el ciudadano del estado «delincuente» en el caso de que sea inefectivo frente a él el derecho penal y procesal interno? Es éste un problema de enorme alcance, sobre el que la ciencia internacionalista se ha afanado durante mucho tiempo⁴⁸. En teoría, el reconocimiento del carácter *fundamental* de los derechos vitales de los ciudadanos frente a los estados equivale, desde el punto de vista externo, a la afirmación de su carácter *supra-estatal* y, por consiguiente, internacional; si además tal reconocimiento es acogido por las Constituciones y acompañado en éstas por la auto-obligación de respetar los principios del derecho internacional —como sucede por ejemplo en los arts. 2 y 10 de la Constitución italiana— ello equivale también, desde el punto de vista interno, a la subordinación jurídica del estado a las normas y a las sanciones predisuestas por el derecho internacional para la violación de tales derechos. El verdadero problema, desgraciadamente, es el de la inefectividad, a su vez, de las normas de derecho internacional que deberían tutelar a las personas frente a sus propios estados.

Por otra parte, la inefectividad es la característica más frustrante del derecho internacional por lo que se refiere a la *criminalidad internacional* de los estados; guerras, incursiones, invasiones, experimentación de armas peligrosas, amenazas nucleares, etc., ven del todo impotentes a los organismos internacionales que trabajan por la paz y desmienten sistemáticamente las convenciones internacionales, a empezar por las relativas a los derechos fundamentales. Por primera vez en la historia se ha perfilado en este siglo el riesgo de la destrucción de la humanidad por efecto de los conflictos atómicos acaso no queridos y simplemente no prevenidos por el incierto equilibrio del terror. Y este riesgo, al provenir de los estados que son «artificios» queridos por el hombre para la tutela de su derecho a la vida, consti-

tuye una negación radical de su legitimidad, o cuando menos de la legitimidad de su absoluta soberanía.

A tenor de ambos aspectos —tanto de la criminalidad estatal interna como de la externa—, es el problema de la soberanía el que hoy exige ser reconsiderado como banco de pruebas del carácter auto o hétero-poyético de la concepción del derecho y del estado. En realidad, sólo una doctrina política auto-poyética puede admitir una soberanía directamente de los estados, antes que de los pueblos de los que, según el paradigma de su justificación externa, aquéllos son los instrumentos. Dentro de una concepción hétero-poyética, fundada en el primado de los derechos fundamentales y en el punto de vista externo que éstos expresan, hablar de soberanía estatal es, en cambio, un contrasentido. En el plano jurídico, por otra parte, la alternativa entre *soberanía estatal* y *soberanía popular* se ha resuelto por la mayor parte de las Constituciones modernas en favor de la segunda. «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos», comienza la Constitución americana de 1787, «promulgamos y sancionamos esta Constitución». «Los representantes del pueblo francés», proclama a su vez la Declaración de 1789, «han decidido exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre»⁴⁹. «La soberanía pertenece al pueblo», declara, en fin, el art. 1 de la Constitución italiana. Y afirmaciones análogas se encuentran en casi todas las principales Constituciones actuales: de la alemana a la japonesa, de la española a la portuguesa, de la soviética a la china⁵⁰. La primacía de los pueblos sobre los estados, o sea, del punto de vista externo sobre el interno, no es, por tanto, una simple opción política en el estado de derecho. Es también una tesis jurídica que se funda en el principio, habitualmente constitucionalizado, de la soberanía popular y en el reconocimiento de los derechos fundamentales⁵¹.

No obstante, en la cultura jurídica ha sucedido que la soberanía popular resulta tan asumida como un dato indiscutible, aunque de escasas implicaciones a los fines del derecho público interno, como olvidada y sustituida de hecho por la soberanía de los estados en el derecho internacional. En la escena internacional han comparecido siempre, a pesar de todas las Constituciones, no los pueblos sino los estados o, si se quiere, los estados en representación de los pueblos⁵². Y la misma comunidad internacional se ha configurado generalmente no como una comunidad de pueblos, sino como una comunidad de estados. Obviamente, tal configuración es del todo verdadera si se asume como *descriptiva*. Pero es del todo inválida, porque contrasta con la mayor parte de las Constituciones y con la misma Declaración Universal de las Naciones Unidas⁵³, si se asume también como *normativa*, es decir, como principio jurídico de derecho interno o de derecho internacional.

En ninguno de los casos es difícil reconocer, en la comunidad de los estados que forman *de hecho* la comunidad internacional, las

mismas características de inseguridad, guerra interna, falta de libertad y desigualdad que presentaba para Hobbes la sociedad inglesa del siglo XVII cuando teorizó la necesidad del Leviatán para poner fin al *bellum omnium* y garantizar la paz (*interna*) y la vida de los hombres en virtud de la renuncia a su natural y salvaje libertad. De manera análoga, también en la sociedad internacional de los estados la inseguridad de todos generada por la posibilidad de guerras nucleares, la falta de libertad de las personas que viven bajo regímenes despóticos, la desigualdad de los países pobres, la incertidumbre de la supervivencia de la propia humanidad por el riesgo de catástrofes atómicas o de otros irremediables desastres ecológicos, confieren a la paz (*externa*) el carácter de una necesidad indiferible y de un valor fundamental. Diré incluso que más que ante una analogía estamos hoy frente a una dramática realización de la hipótesis de Hobbes. La idea de un antiguo estado de naturaleza marcado por el *bellum omnium* —que hasta hace poco siempre había sido una simple hipótesis filosófica y no histórica, un argumento lógico y no empírico— se ha hecho hoy realidad en la sociedad salvaje de los estados y en el conflicto, latente o explícito, que en la misma enfrenta a las grandes y pequeñas potencias como sujetos ilimitadamente soberanos. El propio Hobbes, por lo demás, era lúcidamente consciente de todo esto: «Podrá tal vez pensarse que jamás hubo un tiempo en el que tuvo lugar una situación de guerra de este tipo. Y yo creo que no se dio de una manera generalizada en todo el mundo... Pero aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espiando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa»⁵⁴.

La sociedad internacional de los reyes y de los estados, decía, pues, Hobbes hace más de tres siglos, es una sociedad salvaje. Y sus «hombres artificiales», después de haber pacificado y domesticado a los humanos «lobos naturales», para protegerlos de sus recíprocas agresiones e intemperancias, corren hoy el riesgo de volverse contra ellos como «lobos artificiales» y amenazar, por las lógicas de poder o de miedo que les animan, la supervivencia general. En estas condiciones es precisamente la soberanía estatal, es decir, el actual equivalente de la libertad salvaje de los hombres en el estado de naturaleza, la que representa una fuente permanente de peligro y la que debe ser negada en nombre del valor normativo de la soberanía popular. Si ha sido, en efecto, posible limitar la libertad de los hombres para proteger sus derechos fundamentales, mucho más legítimo es limitar, en nombre del carácter superestatal de estos mismos derechos, aquella li-

bertad artificial de los Estados que es su «soberanía» una vez que ésta contraviene el fin de la paz para el que, como escribía Hobbes, ha sido instituida⁵⁵. Por lo demás, no son sólo las guerras lo que amenaza hoy la supervivencia de los hombres. El riesgo de catástrofes ecológicas, la interdependencia económica, tecnológica y cultural de todos los pueblos, la multiplicación de los cambios y de las comunicaciones en orden a las violaciones de los derechos fundamentales en todo el mundo, ponen en el orden del día, como una necesidad exactamente idéntica a la que justificó el viejo estado nacional, la urgencia de un nuevo contrato apto para fundar un *estado de derecho internacional*, basado en la igualdad de los pueblos y en la finalidad de la paz y de la seguridad general.

Las formas de este nuevo contrato pueden ser de lo más diversas, pero todas pasan por la negación o, siquiera, la limitación de la soberanía de los estados y por la utilización del derecho, que por su naturaleza es un instrumento de paz. Y van desde el sueño kantiano de un estado federal mundial y de un «derecho internacional cosmopolita»⁵⁶ al más simple y realista refuerzo del actual derecho internacional: a través cuando menos de la instauración de un *código penal internacional* que permita la represión de los crímenes tanto internos como internacionales perpetrados por los gobernantes, con sanciones apoyadas por una fuerza adecuada. Es cierto que semejante perspectiva aparece hoy difícil y lejana. Pero sería un primer paso que la misma fuese asumida, al menos por la cultura jurídica y política, como un «deber ser»: es decir, como una hipótesis normativa impuesta no sólo políticamente, sino también jurídicamente, por el principio de la soberanía de los pueblos y por el valor de la paz y de los derechos fundamentales universalmente reconocidos.

63. *Garantismo y transformación social*

1. *Falacia politicista y falacia garantista.* Es relativamente fácil delinear un modelo garantista en abstracto y traducir sus principios en normas constitucionales dotadas de claridad y capaces de deslegitimar, con relativa certeza, las normas inferiores que se aparten de él. Más difícil es modelar las técnicas legislativas y judiciales adecuadas para asegurar efectividad a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales consagrados por ellos. Sin embargo, más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo más difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica el sistema de las garantías. Ésta ya no es una cuestión jurídica, sino una cuestión de hecho, que tiene que ver con las condiciones externas en que se desarrolla la vida del derecho: con la lealtad de los poderes públicos a las instituciones, con la madurez democrática de las fuerzas políticas y sociales, con su disposición a luchar por los de-

rechos: en una palabra, con el apoyo práctico ofrecido al sistema normativo de las garantías. Es este apoyo, contra las naturales vocaciones antigarantistas de todos los poderes, públicos y privados, el que expresa el punto de vista externo en el cuarto y último significado asociable a esta expresión.

En este libro he desarrollado, prevalentemente, una crítica de la que llamaré *falacia politicista*: es decir, de la idea de que baste la fuerza de un poder bueno para satisfacer las funciones de tutela asignadas al derecho y, antes aún, de que pueda existir un poder bueno, es decir, capaz de desempeñar tales cometidos sin la mediación de complejos sistemas normativos de garantías con capacidad de limitarlo, vincularlo, instrumentalizándolo y, de ser necesario, deslegitimarlo y neutralizarlo. Junto a la falacia politicista, puede sin embargo cultivarse también una *falacia garantista*: es decir, la idea de que basten las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados y actuales de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones. Si la primera falacia es un vicio ideológico habitualmente inducido por los sistemas políticos autoritarios, basados en la valoración apriorística del poder político y en la desvalorización de las garantías, la segunda falacia representa una tentación recurrente inducida por la misma estructura garantista del estado de derecho. Debo decir que el primer vicio está más difundido en el ámbito político, y el segundo, entre los juristas.

No es difícil reconocer en las dos falacias la expresión de otras tantas ideologías idealistas, viciadas ambas por la indebida derivación del ser del deber ser. Por lo demás, si la primera de estas ideologías es una variante tosca del varias veces criticado iuspositivismo ético, la segunda es una variante del iuspositivismo dogmático normativista y se expresa en una suerte de confusión libresca entre normatividad y efectividad del derecho: la lectura de la realidad *sub specie iuris*, que induce al jurista a tomar la imagen legal del ordenamiento por su funcionamiento real y a mecerse en la ilusión de que el sistema jurídico es una representación del sistema político y social. De ello se deriva una actitud contemplativa en relación con las normas jurídicas, asumidas ya no como normativas sino como descriptivas de las efectivas relaciones jurídicas. Este vicio intelectualista late en buena medida en todos los sectores de la cultura jurídica. Piénsese en la mistificación llevada a cabo por la ciencia penalista cuando teoriza como tesis empírica en vez de axiológica el monopolio penal y judicial de la violencia institucional, olvidando así las prácticas autoritarias y en ocasiones ilegales de la policía; de este modo se confunde la imagen normativa del derecho penal como técnica de tutela de derechos fundamentales y de minimización de la violencia con su funcionamiento efectivo, cuajado de omisiones y desviaciones. O, bien, piénsese en el derecho público, tanto constitucional como administrativo, y en la ilusión típicamente normativista sugerida por buena parte de la dogmática

iuspublicista de que el funcionamiento real de la máquina estatal puede ser descrito y conocido ilustrando acerca de su deber ser jurídico, es decir, del conjunto de normas que lo regulan; así como en la consideración de ese conjunto de normas, comenzando por todos los principios y derechos de la Constitución, como imagen real de las instituciones públicas. Se hace evidente, en estos casos, la violación de la ley de Hume: del deber ser del derecho, que es normatividad de las relaciones sociales, se deriva el ser de tales relaciones; de la imagen jurídica e ideal de la realidad, se deriva su representación empírica o fáctica. El resultado es la incompreensión científica, la mistificación ideológica y la legitimación política de lo existente. La óptica jurídica a través de la cual se lee la realidad acaba por hacer imposible el conocimiento y la crítica no sólo de los hechos regulados, sino también del mismo derecho vigente, del que impide captar, de un lado, los aspectos de ineffectividad de las normas de nivel superior y, del otro, los aspectos de invalidez de las normas de nivel inferior.

Frente a semejantes ilusiones la experiencia enseña que ninguna garantía jurídica puede sostenerse exclusivamente sobre las normas; que ningún derecho fundamental puede sobrevivir concretamente sin el apoyo de la lucha por su realización por parte de quien es su titular y de la solidaridad con ella de fuerzas políticas y sociales; que, en suma, un sistema jurídico, incluso técnicamente perfecto, no puede por sí solo garantizar nada. Por el contrario, escribió Vittorio Emanuele Orlando, «ninguna persona de buen sentido creará que un simple cambio de una o más leyes podría bastar para que el ciudadano inglés del siglo XX vaya a encontrarse, frente a su soberano, en la misma condición de los súbditos del emperador de Uganda»⁵⁷. Es este sustrato político, material y cultural del derecho —compuesto de lealtad de las fuerzas políticas a las reglas del juego, de sentimiento de los ciudadanos de los derechos propios y ajenos, de luchas individuales y colectivas en su defensa y desarrollo, de compromiso civil e intelectual contra las carencias y las desviaciones de los poderes en todos los niveles del ordenamiento— lo que forma la praxis del garantismo y el conjunto de las garantías *externas*, no menos importante que las *internas* o jurídicas, de la efectividad de los derechos fundamentales.

2. *Garantías políticas y garantías sociales. La lucha por los derechos.* «El pueblo francés confía en depósito la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los ciudadanos jóvenes, al coraje de todos los franceses». Esta norma, con la que se cierra la Constitución francesa del año III, enuncia de forma solemne dos tipos de garantías externas —la garantía política de la «fidelidad» de los poderes públicos y la garantía social de la «vigilancia» de los ciudada-

nos— sobre las que descansa la efectividad de las garantías internas o jurídicas y, con ellas, del estado de derecho y de la democracia.

La *garantía política* de la «fidelidad» de los poderes públicos consiste en el respeto por parte de éstos de la legalidad constitucional y, sobre todo, de los derechos fundamentales. Es claro que en su ausencia el derecho es inefectivo y las garantías jurídicas impotentes. Sus presupuestos son múltiples y variados: la participación popular; el pluralismo institucional expresado en la división de poderes y su recíproco control; el pluralismo político asegurado por la pluralidad de los partidos y de los puntos de vista externos por ellos representados; la coincidencia entre sedes legales y sedes reales del ejercicio de los poderes; la publicidad de los procesos decisionales y su visibilidad externa; el control político y judicial sobre los aparatos administrativos y sus cuerpos policiales y militares; en fin, el monopolio penal del uso de la fuerza. Existe además otro presupuesto, de orden cultural y deontológico, al que me he referido en el apartado 55.3 a propósito de la jurisdicción pero que tiene un carácter general: la adopción por parte de los propios titulares de funciones públicas de lo que he llamado el «punto de vista externo» y así, pues, por una parte, la gestión del poder no como fin sino como instrumento de tutela y satisfacción de los derechos fundamentales, y por otra, la clara conciencia de sus márgenes irreductibles de ilegitimidad jurídica y política por la inevitable divergencia entre deber ser normativo y ser efectivo. En la Constitución italiana existe una norma que impone expresamente este punto de vista como horizonte axiológico de los poderes públicos al invocar las dimensiones de inefectividad del principio de igualdad y los consiguientes márgenes de ilegitimidad de todo el ordenamiento: «Es misión de la República», dice el art. 3.2, «remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

Esta norma ha sido ignorada en gran parte por la cultura jurídica de nuestro país. Además, lo que más cuenta, su denuncia de la inefectividad de los derechos y su valorización del punto de vista externo no han tenido de hecho ninguna resonancia axiológica y, menos aún, deontológica en la cultura y en la práctica de nuestro sistema político y administrativo. En realidad, parece un destino común a todas las máquinas políticas —no sólo a las instituciones estatales, sino también a las burocracias de los partidos y de los sindicatos— el alejamiento de su base social, la pérdida de su propia función de instrumentos para finalidades externas, la asunción de sí mismas como fines y valores⁵⁸. Por otra parte, el sistema político italiano ha sufrido en estos años un proceso de clausura y de autonomización al que han contribuido múltiples factores que aquí resulta imposible ni siquiera apun-

tar: la emergencia terrorista, la creciente burocratización y homología de los partidos y de los sindicatos, la crisis de su capacidad de representación de las demandas sociales y de mediación de los conflictos, la concentración oligopolista de la información y su penetración con los partidos, el ocaso, en fin, de las pasadas perspectivas de transformación. Esta clausura, como pasa siempre, ha producido la crisis de la legalidad y de las garantías jurídicas señaladas en el capítulo 13 e incluso fenómenos de infidelidad constitucional puestos de manifiesto en el desarrollo de tramas subversivas y de tentaciones golpistas. Pero, además de efecto, también ha sido causa del debilitamiento de los movimientos y de los conflictos sociales que constituyen la auténtica garantía basilar del derecho y de la democracia.

Esta *garantía social* es precisamente la condición de la efectividad de todo el ordenamiento y de su sistema normativo de garantías jurídicas y políticas. Su definición más eficaz es la ofrecida por el art. 23 de la Constitución francesa del año I: «la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional». Su fundamento puede encontrarse en el sentimiento que cada uno tiene de sus propios derechos fundamentales: lo que quiere decir el sentido de la propia identidad como persona y de la propia dignidad de ciudadano. Este «amor propio» equivale a la percepción subjetiva de aquel valor de la persona que hemos puesto en la base de los derechos fundamentales. Y constituye, con aparente paradoja, el presupuesto cultural del sentido de la igualdad, así como de la solidaridad y del respeto civil de las otras identidades personales. En efecto, el sentimiento de los propios derechos fundamentales —cosa bien distinta, como se ha visto, de los propios «derechos-poderes»—, precisamente por su carácter universal, igualitario e indivisible, equivale al sentimiento de los derechos fundamentales ajenos y, por ello, al reconocimiento de los demás como personas, dotadas del mismo valor que se asocia a la propia persona.

De este jurídico amor propio deriva la disponibilidad de cada uno a la lucha por la defensa y la realización de los derechos vitales propios y ajenos, es decir, por la propia (y ajena) identidad como persona: por las identidades amenazadas y que hay que defender y por las nuevas identidades que es preciso afirmar o reivindicar. Por esto, en un precioso librito de 1872 titulado *La lucha por el derecho*, Rudolf Jhering vio en tal lucha «un deber que tiene (el que se ve atacado en su derecho) para consigo mismo»⁵⁹ y al mismo tiempo «para con la sociedad»⁶⁰. Sólo a través de la lucha por los derechos, que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir. De la libertad de pensamiento y de prensa a los de-

rechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas.

Entendida en este sentido, la lucha por el derecho acompaña a todos los momentos de la vida de los derechos: no sólo a su conservación, sino también a su fundación y transformación. Su manifestación más extrema es el ejercicio del derecho de resistencia, que representa al mismo tiempo, con aparente paradoja, una negación del derecho vigente y una garantía externa de efectividad del derecho válido: es justo rebelarse cuando la ley es injusta; pero es también jurídicamente legítimo, como se ha visto, cuando los poderes públicos violan los derechos fundamentales y los medios y las garantías legales se revelan ineficaces para sancionar su invalidez. Entonces, el «derecho» vuelve a ser «hecho», relación de fuerza, y se inicia la re-fundación de un nuevo derecho. Pero aun cuando no llegue a la ruptura desde fuera del derecho vigente, toda lucha en defensa de los derechos violados o insatisfechos es una lucha de resistencia; y siempre se sirve, como instrumentos de acción y de comunicación social, de otros derechos fundamentales: de la libertad de opinión a la libertad de asociación, de la libertad de reunión al derecho de huelga.

Por otra parte, las luchas por los derechos no son sólo un instrumento de defensa de los derechos violados. Son también lugar y momento de elaboración y reivindicación de nuevos derechos para la tutela de nuevas necesidades individuales y colectivas. Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos: primero el derecho a la vida y la garantía del *habeas corpus*, después la libertad de conciencia y de religión, sucesivamente la libertad de opinión y de prensa, más recientemente la libertad de asociación y de reunión y más tarde el derecho de huelga y los derechos sociales. Hay un sentido en el que los derechos fundamentales no son «universales»: no son reconocidos y reivindicados ni en todos los tiempos ni en todos los lugares. Al contrario, son el fruto de opciones y la expresión de necesidades históricamente determinadas y, sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos.

Estos procesos y estas luchas no se agotan casi nunca en acciones individuales. Al contrario, son sobre todo procesos y luchas colectivas que se expresan en movimientos de masas o incluso de pueblos enteros. Esto vale para los clásicos derechos de libertad, pero vale todavía más para los derechos sociales, del derecho al trabajo o a la salud a los de la protección del medio ambiente, a la paz y a la autodetermi-

nación; y vale totalmente para los derechos políticos y sindicales, de la libertad de reunión y de asociación al derecho de huelga, que son derechos individuales ejercitados colectivamente. Existe por lo demás un nexo entre subjetividad personal, tanto *individual* como *colectiva*, y lucha por la defensa o la conquista de derechos fundamentales. Puede decirse, en efecto, que así como la identidad y el valor de un individuo como persona provienen de sus derechos fundamentales y de la lucha por su realización, también un pueblo o un movimiento adquieren identidad y valor de sujetos colectivos en cuanto luchan por la afirmación de derechos fundamentales; y que, a la inversa, una lucha tiene un valor universal en cuanto señala y reivindica un derecho fundamental insatisfecho, por haber sido violado o no ser reconocido. Me parece que ésta es la principal diferencia entre los movimientos de masas y las muchedumbres y, por otro lado, entre las luchas de liberación y las de naturaleza corporativa o, más aún, en defensa de intereses o culturas fundadas en la opresión y en el privilegio. Hay todavía una segunda diferencia relacionada con la primera: el hecho de que la subjetividad social de los movimientos no sólo no entra en colisión con la de los individuos que los integran sino que ella misma es un factor de su identidad. En este sentido no existen pueblos, movimientos o sujetos colectivos dignos de estos nombres que no se funden en la solidaridad y la comunicación entre sujetos que se reconocen como personas. Si es cierto que los derechos fundamentales unen, mientras que las situaciones de poder dividen, lo que caracteriza a un sujeto colectivo diferenciándolo de un grupo de poder es la «comunidad» entre personas y su comunicación social conforme a las iguales libertades ejercitadas por todos y reconocidas a todos del mismo modo.

3. *Garantismo, cambio jurídico y democracia directa.* Si las luchas por los derechos son el vehículo necesario mediante el que se afirman necesidades vitales insatisfechas, es esencialmente gracias a ellas como se producen los cambios progresivos en la esfera del derecho positivo: desde el reconocimiento constitucional de nuevos derechos fundamentales hasta la elaboración de nuevas garantías legales para los derechos ya reconocidos, de la evolución de la jurisprudencia a la exigencia de responsabilidades políticas por la violación de los derechos ya garantizados. Y es precisamente en esta capacidad de cambiar o de influenciar la legislación, la jurisdicción, el gobierno y la administración en lo que consiste la fuerza y el éxito de una lucha social; en cambio, es signo de esterilidad o de debilidad su carencia de salidas o, peor aún, de objetivos institucionales aptos para garantizar y estabilizar esas peticiones en formas jurídicas positivas.

Según esto, es posible integrar nuestra redefinición de las formas y de los contenidos de la democracia, formulada en el apartado 57.4, con una redefinición del método que garantiza su efectividad. La *de-*

mocracia es el régimen político que permite el desarrollo pacífico de los conflictos y, por su cauce, las transformaciones sociales e institucionales. Al legitimar y valorizar por igual todos los puntos de vista externos y las dinámicas sociales que los expresan, la democracia en realidad legitima el cambio a través del disenso y el conflicto. Este nexo entre democracia y conflicto es biunívoco. No sólo la democracia garantiza las luchas por los derechos, sino que éstas garantizan a su vez la democracia: una ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimentan su desarrollo y su realización. A *contrario*, una confirmación de ello es la intolerancia frente a toda forma de conflicto y la consiguiente ineffectividad de los derechos fundamentales en los regímenes totalitarios: allí donde el estado se asume como expresión orgánica de la sociedad y directo depositario de fines y valores, es claro que no podrá dejar de excluir los antagonismos políticos y sociales y las consiguientes transformaciones como otros tantos desvalores y atentados contra su existencia.

Por otra parte, las luchas por los derechos no son solamente una garantía de efectividad de la democracia. Son también una forma de democracia política, paralela a la institucional y representativa. Precisamente por consistir en la práctica organizada y colectiva de los derechos de libertad, aquéllas realizan paso a paso formas de poder o, si se quiere, de contrapoder social, bajo forma de *democracia directa*. Es claro que las libertades, incluso cuando se ejercitan individualmente, equivalen siempre a formas de contrapoder. Pero sólo cuando se ejercen colectivamente dan vida a contrapoderes sociales basados en la directa e igual participación de sus titulares y, por ello, dotados de fuerza de presión, negociación y control en condiciones no sólo de orientar a los poderes institucionales hacia la satisfacción de los derechos reivindicados, sino también de impedir sus degeneraciones autoritarias. Sin semejante fuerza social externa al sistema político, ningún poder institucional puede permanecer, a largo plazo, a salvo de tentaciones y degeneraciones autoritarias. Por más perfeccionadas que estén, las formas jurídicas de la democracia representativa y del estado de derecho son impotentes por sí solas para vincular a los poderes públicos y privados y para impedir que éstos —mediante rupturas manifiestas o regresiones latentes— se acumulen en formas absolutas y se hagan impermeables a las necesidades y a los correspondientes derechos.

Esto quiere decir que la democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el estado, y poder social-directo que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición. Entendidas en este sentido, «democracia representativa» y «democracia directa» no constituyen dos modelos alternativos de democracia, sino que

son más bien una el soporte de la otra. En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas.

Por ello, todo intento de exorcizar cualquiera de las dos formas de democracia en nombre de la otra, además de vano, es fuente de salidas autoritarias: el desagrado ante las experiencias de democracia directa que toman forma en los conflictos y en las dinámicas sociales es en realidad desagrado ante estos mismos conflictos y dinámicas y evidencia el sueño regresivo de un sistema político autoritario, fundado y centrado en sí mismo; el desagrado ante las formas de la democracia representativa equivale en realidad al desprecio por las garantías jurídicas y expresa la utopía, a su vez regresiva, de un sistema social autorregulado y autodisciplinado. El nexo funcional entre las dos democracias reproduce en realidad el que existe entre otros pares de categorías que hemos utilizado en nuestro análisis del garantismo: entre derecho positivo y derechos fundamentales en el estado natural o naciente; entre estado y sociedad; entre derecho y moral, o entre validez y justicia; entre medios y fines; entre punto de vista interno y punto de vista externo. La ruptura de estos nexos o, viceversa, la confusión de sus términos en concepciones holísticas del estado o de la sociedad son los dos caminos por los cuales se han producido siempre las regresiones y los fracasos de la democracia. Defenderlos equivale, en cambio, a perseguir un modelo de democracia imperfecto y difícil por definición y, sin embargo, perfeccionable en cuanto anclado de forma permanente en la voluntad y las necesidades vitales de los hombres.

NOTAS

1. J. Locke, *Segundo tratado*, cit., IV, 22-23, pp. 52-53. Igualmente, Romagnosi: «Es absurdo decir que el hombre renuncia a su natural independencia al entrar en sociedad» (*Assunto primo della scienza del diritto naturale*, en *Opere*, Piatti, Florencia, 1832, III, p. 53; *ibid.*, pp. 54-55). Sobre la parcialidad —no sólo para Locke sino también para Hobbes y Spinoza— de la renuncia a los derechos naturales en el paso del estado de naturaleza al estado civil, cf., *supra*, nota 41 del cap. 13.

2. En el iusnaturalismo contractualista, por el contrario, la igualdad fue usualmente afirmada como un «hecho» (natural) y precisamente por esto —a través de una falacia naturalista que es típica de todo iusnaturalismo— derivada como un «valor»: basta recordar las concepciones de la igualdad en Th. Hobbes, *Del ciudadano*, cit., I, 3, p. 67; Id., *Leviatán*, cit., 13, pp. 105 ss.; Id., *Elementos de ley natural y política*, cit., parte I, XIV, 2 y 3, pp. 201-202, que deriva el principio de igualdad de la igual

capacidad de los hombres para causarse un daño recíproco; y en Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. II, 4-5, pp. 36-37, que lo hace derivar del hecho de que los hombres son «criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades». Pero es precisamente este falaz anclaje a la naturaleza lo que hace frágil al principio de igualdad como «norma» o «valor», exponiéndolo a ser rechazado cada vez que se niega la igualdad como «hecho». Así, por ejemplo, esto permite a Locke derivar la desigualdad con carácter excepcional «si, por causa de las deficiencias que pueden tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza, hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponerse capaz de conocer la ley» (*ibid.*, VI, 60, p. 82), o también en vía general, conforme a una diversa interpretación de la naturaleza humana según la cual «es de todos conocido que el ingenio humano varía de un hombre a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los otros que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de hacer lo que los otros realizan sin esfuerzo ni fatiga; la desigualdad natural permanece también entre los hombres educados del mismo modo» (*Id.*, *Of the Conduct of the Understanding*, 1697, trad. it. de E. Cipriani, *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, Carabba, Lanciano, 1933, II, p. 60); por no hablar de la concepción lockeana del delincuente como «criatura novicia» y «degenerada» respecto a los «principios de la naturaleza humana» que «habiendo renunciado a hacer uso de la razón... puede ser destruido como un león, un tigre o una de esas bestias salvajes entre las cuales los hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad» (*Segundo tratado*, cit., II, 10-11, pp. 40-42). Hay, sin embargo, un pasaje de Hobbes en el que la idea de la igualdad como «norma» o «valor» se encuentra modernamente contrapuesta a la de la desigualdad como «hecho»: «Si la naturaleza ha hecho iguales a los hombres, esta igualdad debe ser reconocida; si les ha hecho desiguales, puesto que se pelearán por el poder, es necesario para lograr la paz que se consideren como iguales» (*Del ciudadano*, cit., III, 13, p. 92). Todavía más lúcidamente la misma tesis se encuentra en J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., I, 9, p. 31: «Es que en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y de derecho»; *ibid.*, II, 11, p. 58: «Esta igualdad, dicen ellos, es una quimera de especulación que no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿se sigue de ello que al menos no hay que regularlo? Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla».

La incompresión de la naturaleza normativa del principio de igualdad frente al carácter fáctico de las desigualdades está asimismo aceptada por algún autor contemporáneo: piénsese en la crítica de la desigualdad entre los sexos como producto de un «esfuerzo de abstracción de la teoría» y no como una convención política o moral, en A. Cavarero, *L'ordine dell'uno non è l'ordine del due*, en *Il genere della rappresentanza*, M. L. Boccia I. Peretti (eds.), Riuniti, Roma, 19988, pp. 70 ss. La relación entre el *valor* de la igualdad jurídica en cuanto «igualdad de derechos políticos» y libre expresión de «todas las diversas identidades» de *hecho* ha sido por el contrario puesta lúcidamente de relieve por R. Rossanda, *Uguaglianza e disuguaglianza negli scenari della soggettività o delle oggettività sociali*, en S. Mannuzzu y F. Clementi (eds.), *Crisi della giurisdizione e crisi della politica. Studi in memoria dei Marco Ramat*, Angeli, Milán, 1988, pp. 97 ss.

3. Esta diferencia fue advertida en la tradición iusnaturalista, solamente por J.-J. Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1754), trad. cast. de M. Armiño, Alianza, Madrid, 1980, 2, p. 274: «Además,

al no ser el derecho de propiedad sino de convención y de institución humana, todo hombre puede disponer a su capricho de lo que posee; mas no ocurre lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza como la vida y la libertad, cuyo goce le está permitido a todos y cada uno y de las cuales es más dudoso que alguien tenga derecho a despojarse. Al privarse de la una uno degrada su ser; al privarse de la otra lo aniquila tanto como es en sí; y como ningún bien temporal puede resarcir de ninguna de las dos, sería ofender al mismo tiempo a la naturaleza y a la razón renunciar a ellas al precio que fuere»; Id., *Del contrato social*, cit., I, 4, p. 16: «Renunciar a su libertad es renunciar a su cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes. No hay compensación posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y es privar de toda moralidad a sus acciones el privar a su voluntad de toda libertad». Para Rousseau, sin embargo, el hecho de que los derechos fundamentales no sean alienables entre particulares no comporta que sean también inalienables para el estado, al contrario de Locke (y por lo que respecta a la vida también para Hobbes), según el cual éstos son «propiedad» y, precisamente por ello, al menos en parte alienables entre particulares (*infra*, nota 5), pero no son íntegramente transferidos al estado ni son por consiguiente violables por él sino a través de la justa pena (*supra*, nota 41 del cap. 13).

4. *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 1970, en particular pp. 98-105

5. El vicio es común a toda la tradición iusnaturalista, con la sola excepción de Rousseau, al que ya me he referido en la nota 3. Sobre la asociación entre libertad y propiedad en el iusnaturalismo del siglo XVIII, en particular, véase el análisis de C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, (1962), trad. cast. de J. R. Capella, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1970. La formulación más clásica de tal asociación se remonta, como es bien sabido, a Locke, que entre los derechos naturales, a cuya tutela se halla dirigido el estado, identifica las «posesiones», junto a la vida, la libertad, la salud y la integridad corporal (*Segundo tratado*, cit., 4, p. 36) y usa a veces la palabra «propiedad» para designar conjuntamente no sólo las riquezas, sino también la vida y la libertad (*ibid.*, 123, pp. 133-134; 3, p. 35). Por lo demás, como ha demostrado Macpherson, la configuración del derecho de propiedad es en Locke particularmente ambigua. Por una parte, funda su legitimidad sobre los tres presupuestos, y correlativas limitaciones, de su uso para el fin de la subsistencia (*Segundo tratado*, cit., V, 25, pp. 55-56), del trabajo por el propio cuerpo (*ibid.*, 27-31, pp. 56-60) y de la suficiencia para otros de cosas igualmente buenas (*ibid.*, 32-36, pp. 60-64). Por otro lado, todos estos mismos presupuestos —que caracterizarían a la propiedad no sólo como no capitalista sino incluso como anticapitalista— son sucesivamente negados por Locke, que justifica su superación con tres argumentos: 1) «la invención del dinero», que a través del intercambio permite más amplias posesiones de cuantas sean necesarias para el uso directo e inmediato del poseedor (*ibid.*, 36, pp. 62-63; 45, pp. 70-71; 50, p. 74); 2) la misma propiedad indiscutible del trabajador sobre su «propia persona» y su trabajo (*ibid.*, 27, pp. 56-57), es decir, el hecho de que él es «dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajo de ésta» (*ibid.*, 44, p. 70), de modo que puede hacerse «siervo de otro vendiéndole, por un cierto tiempo, el servicio que se compromete a hacer a cambio del salario que va a recibir» (*ibid.*, 85, pp. 101); 3) la tesis, en fin, del incremento del valor de las cosas poseídas y trabajadas, que permite un aumento general de las «provisiones comunes de la humanidad». Que son, como ha observado Macpherson, los tres principales presupuestos o justificaciones de la acumulación capitalista ilimitada. También Gioele Solari observó que «este sistema de límites fijados a la propiedad aseguraba la propiedad para todos y la igualdad de las propiedades en el

estado de naturaleza. Al comunismo, que era su lógica consecuencia, Locke escapa hábil pero artificialmente, imaginando un pacto tácito y voluntario (*tacit and voluntary consent*) que introduce el uso de la moneda» (*Filosofía del derecho privado*, cit., I, p. 40). Sobre la propiedad en Locke, véase también N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Turín, 1963, pp. 217-218; Id., *Studi lockiani* (1965), en *Da Hobbes a Marx*, cit., pp. 108 ss.

6. *Del ciudadano*, cit., XIV, 3, p. 220. La misma tesis aparece recogida en *Leviatán*, cit., 14, p. 110.

7. B. Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten* (1862-1870), trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, Utet, Turín, 1902, I, 37, pp. 170 ss.

8. R. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, trad. it., *Lo spirito del diritto romano*, IX.

9. K. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* (1852), e Id., *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), trad. it. de P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici e Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 3-87 y 89-213. Partiendo de la consideración del estado como «organismo ético» (pp. 21, 109 y 195 ss.), Gerber caracteriza los derechos públicos subjetivos como «elementos orgánicos constitutivos de un estado concreto» (p. 107), los cuales «corresponden al individuo no en cuanto tal... sino en cuanto ligado a una colectividad» y no son otra cosa que los «efectos reflejos» del poder estatal (pp. 130 y 132-133), al tener sus «raíces no tanto en la esfera jurídica del individuo, como sobre todo en la existencia abstracta de la ley» (p. 82). «Todos los derechos públicos», declara Gerber, «encuentran su fundamento, su contenido, su fin en el organismo estatal, en el cual debe realizarse la voluntad nacional en su tender a la realización de la voluntad colectiva» (p. 43). La misma «ciudadanía» se convierte, conforme a esto, en «una serie de efectos de derecho público... El significado general de los llamados derechos del ciudadano (libertades políticas) puede encontrarse sólo en algo negativo, es decir, en el hecho de que el estado en su dominio y sometimiento del individuo se mantiene dentro de sus límites naturales, dejando libre, fuera de su ámbito e influencia, aquella parte de la persona humana que no puede sujetarse a la acción coercitiva de la voluntad general según las ideas de la vida popular germánica. Los derechos del pueblo no son, por consiguiente, más que derechos exclusivamente negativos, derechos al reconocimiento del lado libre, es decir, no estatal de la personalidad, de modo que estaríamos dispuestos a construir tales derechos como otros tantos efectos de la libertad personal en el estado» (pp. 66-67). Niegan el concepto de derecho público subjetivo también J. Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Bensheimer, Mannheim, 1888, pp. 13 ss.; K. Bornhak, *Das preussische Staatsrecht*, Mohr, Friburgo, 1888, pp. 268 ss.; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, I, 9, pp. 104 ss. Para más amplias referencias a la literatura alemana de fines del siglo XIX y para una crítica de la doctrina de Gerber, véase S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, en V. E. Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit., I, pp. 113 ss.

10. De «auto-obligación» del estado habla G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, trad. it. de G. Vitagliano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, pp. 215 ss. De «auto-limitación» habla por el contrario S. Romano, *o. c.*, pp. 159-163. La instrumentalización de los derechos públicos de los ciudadanos con funciones de interés general se expresa así por Jellinek: «Los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos predominantemente por fines individuales y en intereses constituidos predominantemente por fines generales. El interés individual reconocido predominantemente en el interés general constituye el contenido del derecho público» (*o. c.*, p. 58); «cualquier derecho público existe en el interés general, el cual es idéntico al interés del estado» (*ibid.*, p. 78).

11. G. Jellinek, *Sistema*, cit., p. 10: «Un ordenamiento objetivo del derecho público constituye, por consiguiente, el fundamento del derecho público subjetivo»; *ibid.*, p. 32: «La personalidad individual no constituye, por tanto, el fundamento sino el resultado de la sociedad jurídica»; *ibid.*, p. 92: «Solamente como miembro del estado el hombre es en general sujeto de derechos... Es el estado, por tanto, el que crea la personalidad. El esclavo, antes de que el estado lo liberase o le hubiera atribuido la limitada capacidad de disponer de su peculio, no era persona... Histórica y lógicamente, de la calidad de hombre resulta como consecuencia necesaria solamente el deber, no el derecho frente al estado».

12. El derecho subjetivo del estado «a la fidelidad» fue teorizado, entre otros, por P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1882), Mohr, Friburgo, 2^a 1894, I, pp. 131 ss. C. F. Gerber, *Sui diritti pubblici*, cit., 5, pp. 47 ss., y 7, p. 65, había hablado de «derechos del monarca» y de «obligación» del súdito «a observar obediencia y fidelidad hacia él», siendo su «posición constitucional la de alguien estatalmente dominado»; la misma idea se retoma en Id., *Lineamenti*, cit., donde se afirma que «el estado exige que el ciudadano se muestre sometido y obediente a la voluntad estatal», en el sentido de que «exige con esto una general entrega de la persona» (17, p. 131) y se concibe a «los hombres y a las cosas dominadas como objetos del derecho de dominación del estado» (*Appendice*, II, p. 201). De un derecho subjetivo o pretensión del estado «a la obediencia» de los ciudadanos, correlativo al deber de obediencia de estos últimos hablan también G. Jellinek, *o. c.*, p. 217, que sostiene las mismas tesis de Löning y de Binding, y S. Romano, *o. c.*, pp. 147-148. Véanse además las clasificaciones de los derechos públicos subjetivos, articuladas en las dos categorías de los «derechos del estado» o «de supremacía» y los «derechos de los ciudadanos», en G. Jellinek, *o. c.*, parte especial, y en S. Romano, *o. c.*, caps. III-VII.

13. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 94-97; Id., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 138 ss. A partir obviamente de premisas diversas, el concepto de «derecho subjetivo» llega por otra parte a una total disolución en la doctrina jurídica nazi: cf. el reciente estudio de M. La Torre, *La «lotta contro il diritto soggettivo»*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Giuffrè, Milán, 1988.

14. Sobre la variedad, la heterogeneidad y la expansión histórica de los derechos fundamentales, además de sobre la ilusoriedad de la idea —propia de la tradición iusnaturalista y, más en general, de toda forma de racionalismo o cognoscitivismos ético— de algún fundamento absoluto de los mismos, véanse los ensayos de N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (1965), en *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bolonia, 1979, trad. cast. de J. Binaghi, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117-128; Id., *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* (1968), *ibid.*, pp. 129-155; Id., *Vi sono diritti fondamentali?* (réplica a G. Pontara), cit.; Id., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, en «Mondoperaio», marzo 1988, pp. 59-60 (incluidos en *El tiempo de los derechos*, cit.).

15. Esta interpretación de la figura de Antígona como sujeto «autónomo» frente al estado se debe a R. Rossanda, *Antigone ricorrente*, ensayo introductorio a Sófocles, *Antigone*, trad. it. di L. Biondetti, Feltrinelli, Milán, 1987, pp. 16 ss.

16. Cf., en particular, *Critón*, cit., 50b-54d, pp. 204-210

17. «A esto yo añadiría: 'Atenienses, haced caso o no a Anito, dejadme o no en libertad, en la idea de que no voy a hacer otra cosa, aunque hubiera de morir muchas veces'» (Platón, *Apología de Sócrates*, trad. cast. de J. Calonge, en *Diálogos*, cit., 30c, pp. 168-169); véase también el pasaje 29c-d, donde Sócrates rechaza la vida y la libertad a cambio de la declaración de obediencia y del cese de su actividad de educador.

18. «Sabed bien que si me condenáis a muerte, siendo yo cual digo que soy, no me dañaréis a mí más que a vosotros mismos. En efecto, a mí no me causarían ningún

daño ni Meleto ni Anito... Ahora, atenienses, no trato de hacer la defensa en mi favor, como alguien podría creer, sino en el vuestro, no sea que al condenarme cometáis un error respecto a la dádiva del dios para vosotros» (*ibid.*, 30c-e). Y después, con ironía: «Así, pues, propone para mí ese hombre la pena de muerte. Bien, ¿y yo qué os propondré a mi vez, atenienses?... Algo bueno, atenienses, si hay que proponer en verdad según el merecimiento. Y, además, un bien que sea adecuado para mí. Así, pues, ¿qué conviene a un hombre pobre, benefactor y que necesita tener ocio para exhortaros a vosotros? No hay otra cosa que le convenga más, atenienses, que el ser alimentado en el Pritaneo» (*ibid.*, 36b y 36d). En fin: «Atenienses, vais a tener la fama y la culpa, por parte de los que quieren difamar a la ciudad, de haber matado a Sócrates, un sabio. Pues afirmarán que soy sabio, aunque no lo soy... Quizá creéis, atenienses, que yo he sido condenado por faltarme las palabras adecuadas para haberos convencido... Pues bien, he sido condenado por falta no ciertamente de palabras, sino de osadía y de desvergüenza, y por no querer deciros lo que os habría sido más agradable oír: lamentarme, llorar o hacer y decir otras muchas cosas indignas de mí... prefiero con mucho morir habiéndome defendido de este modo, a vivir habiéndolo hecho de ese otro modo... Pero no es difícil, atenienses, evitar la muerte, es mucho más difícil evitar la maldad... Ahora yo voy a salir de aquí condenado a muerte por vosotros, y éstos (mis acusadores), condenados por la verdad, culpables de perversidad e injusticia. Yo me atengo a mi estimación y éstos a la suya» (*ibid.*, 38c-39b).

19. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., cap. III, p. 14; Id., *Essays on Logic*, cap. VII, 7, en *Works*, cit., vol. VIII, pp. 246-248; J. Austin, *Lectures on the Philosophy of positive Law*, cit., lec. I y XXII; Id., *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., lec. I. Sobre la distinción entre «tener una obligación» y «estar obligado», véase en cambio H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 98 ss. Hart resume así la confusión entre los dos conceptos, llamada por él «modelo benthamiano»: «Son dos los conceptos fundamentales: decir que un hombre tiene la obligación de comportarse de un cierto modo equivale a decir que si no se comporta así se entiende que experimentará el dolor (o su equivalente, una ausencia de placer). Así, Bentham afirma que el dolor es ‘constitutivo’ de la obligación en todas sus formas. En segundo lugar, hay varias fuentes de las que proviene el dolor constitutivo y estas fuentes de sufrimiento constituyen las diversas ‘sanciones’ que caracterizan a los diversos tipos de obligación»: sanciones físicas, jurídicas o políticas, populares o morales y religiosas; la obligación, que es una modalidad deóntica, queda así reducida a un hecho representable con «una idea bien simple: la probabilidad de sufrir en el caso de que se realice o se omita una acción» (*Il concetto di obbligo*, en «Rivista di Filosofia», 1966, 2, pp. 132-133). La deducción de la obligación (y del derecho) del hecho y, precisamente, de las «exigencias de la naturaleza hacen a los hombres querer y desear *bonum sibi*, lo que es bueno para ellos, y evitar lo que resulta penoso, especialmente la muerte, ese terrible enemigo de la naturaleza, con el cual esperamos perder todo el poder» (*Elementos*, cit., parte I, cap. XIV, 6, p. 203. Id., *Del ciudadano*, cit., I, 7, p. 68). En general, por lo demás, todo el iusnaturalismo racionalista, de Hobbes en adelante, tiene en común la idea ético-cognoscitivista de la «demostrabilidad» de los principios morales o de derecho natural o racional (cf. N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, cit., pp. 21-33).

20. En este sentido —completamente distinto del aquí estipulado en los apartados 15.2 y 23.1—, «ideología» equivale a doctrina «normativa» o «valorativa», es decir, dirigida a orientar o justificar actividades prácticas (véase *supra*, la nota 16 del cap. 4).

21. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 110-112 y 115-117; Id., *Il positivismo giuridico*, pp. 347-361.

22. N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, cit., pp. 124-125; Id., *Il positivismo* cit., p. 371; Id., *Intervento in Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Pavia, 2 de mayo de 1966, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 69-73.

23. *Il positivismo*, cit., pp. 356 y 360.

24. *Giusnaturalismo*, cit., p. 116.

25. A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica, e altri saggi*, Comunità, Milán, 1970, pp. 25 y 80-81; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, p.133.

26. A. Passerin d'Entrèves, o. c., pp. 79 ss.; U. Scarpelli, o. c., pp. 57 ss. Téngase en cuenta que esta interpretación del «punto de vista interno» de que habla Hart (*El concepto de derecho*, cit., pp. 71 ss., 110 ss. y 122) como aceptación o adhesión ético-política al derecho positivo no es compartida por el propio Hart (o. c., pp. 250-251).

27. A. Passerin d'Entrèves, o. c., p. 81.

28. U. Scarpelli, o. c., p. 133.

29. A. Passerin d'Entrèves, o. c., p. 85; U. Scarpelli, o. c., pp. 148-153.

30. A. Passerin d'Entrèves, o. c., pp. 77 y 80-81.

31. *Ibid.*, pp. 82-83.

32. Un argumento semejante fue utilizado con frecuencia en la polémica que, dentro y fuera de los medios judiciales, se desarrolló en Italia al comienzo de los años sesenta contra el grupo de *Magistratura Democratica*. Su defecto radicaba en no tener cuenta la divergencia —profundísima en Italia, donde la promulgación de la Constitución no fue seguida de la reforma de la codificación fascista— entre «deber ser» constitucional y «ser» legal y judicial, es decir, entre normatividad y efectividad, y, por consiguiente, el hecho de que el conflicto no se daba entre valores políticos externos (o de conciencia) y valores jurídicos internos, sino entre principios jurídicos de grado superior y normas y prácticas de grado inferior respecto de las que era obligada, y no sólo lícita, la crítica y la transformación.

33. U. Scarpelli, o. c., pp. 50-52, 57-61, 88-89, 91-93.

34. N. Bobbio, *Giusnaturalismo*, cit., p. 116; U. Scarpelli o. c., pp. 79 ss.

35. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 239; A. Ross, *Derecho y justicia*, cit., pp. 59-61.

36. Lo reconoce el propio Hart (o. c., p. 239).

37. R. M. Hare, *The Language of Morals* (1952), trad. it. de M. Borioni, *Il linguaggio della morale*, Ubaldini, Roma, 1968, pp. 59 ss., trad. cast. de G. R. Carrió y E. Rabossi, *El lenguaje de la moral*, UNAM, México, 1975. La tesis equivale a la primera ley kantiana de la moral, recogida en la nota 8 del cap. 6.

38. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, en *Il pensiero politico contemporaneo*, de G. M. Bravo y de S. Rota Ghibaudi (eds.), Angeli, Milán, 1985, p.27.

39. Tales son las excepciones y las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes, las impugnaciones y las revocaciones de las decisiones judiciales y administrativas ilegítimas, los juicios sobre la responsabilidad civil y penal de los titulares de funciones públicas y, sobre todo, el ejercicio de la oposición política en el Parlamento. Fue conforme a esta última garantía como Kant afirmó la incompatibilidad del derecho de resistencia con el moderno estado de derecho: «En una Constitución política elaborada de tal modo que el pueblo mediante sus representantes (en el Parlamento) puede *oponer resistencia* legalmente al poder ejecutivo y a su representante (al ministro) —Constitución que en tal caso se llama restringida— no está permitida, sin embargo, la resistencia activa (del pueblo arbitrariamente unido para forzar al gobierno a una determinada acción, por tanto, para realizar el mismo un acto de poder ejecutivo), sino sólo la resistencia *negativa*, es decir, la *negativa* del pueblo (en el Parlamento) a acceder siempre a las exigencias cuya satisfacción presenta el gobierno como necesaria para la adminis-

tración del estado» (*La metafísica*, cit., p. 154). Véanse también las notas 23 y 24 del cap. 12.

40. *Segundo tratado*, cit., 21, p. 254. De la «apelación al Cielo» (*appeal to Heaven*), Locke habla con mayor amplitud en el apartado 168, p. 170: «En éste, como en todos los demás casos en los que no hay en la tierra nadie que pueda asumir la función de juez, al pueblo no le queda otro remedio que apelar a los cielos. Porque los que tienen el poder, cuando maquinan contra el pueblo ejerciendo una autoridad que el pueblo jamás puso en sus manos (pues nunca podría suponerse que el pueblo haya consentido en ser gobernado para su propio daño), están haciendo algo a lo que no tienen derecho. Y allí donde el pueblo tomado en conjunto, o cualquier hombre en particular, son privados de su derecho o están bajo el ejercicio de un poder ilegal y no tienen a quién apelar en este mundo, les queda la opción de apelar a los cielos si estiman que el caso es suficientemente importante». Véanse también, *ibid.*, los apart. 176 y 241, pp. 177-179 y 231. El nexo entre soberanía popular, naturaleza instrumental de los poderes públicos respecto a los valores-fines de los que el pueblo es depositario y derecho de resistencia cuando los poderes constituidos contrastan con tales fines lo trata después Locke en o. c., apart. 149, pp. 154-155: «sin embargo, al ser éste (el legislativo) un poder fiduciario, con el encargo de actuar únicamente para ciertos fines, el pueblo repte todavía el supremo poder de disolver o alterar la legislatura, si considera que la actuación de ésta ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella... De este modo, la comunidad conserva siempre un poder supremo de salvarse a sí misma frente a posibles amenazas e intenciones maliciosas provenientes de cualquier persona, incluso de los legisladores mismos; pues puede ocurrir que éstos sean tan insensatos o tan malvados como para planear y llevar a cabo proyectos que vayan contra la libertad y la propiedad de los súbditos... Y puede decirse que, en este respecto, la comunidad es siempre el poder supremo».

41. *Giusnaturalismo*, cit., pp. 136-138.

42. J. Bentham, *Principios del código civil*, cit., I, pp. 103-104. La misma contraposición entre ley y derecho de libertad había sido sostenida por Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., 14, p. 110, y 26, pp. 232-233.

43. *Del espíritu de las leyes*, XI, 4, p. 150. El pasaje se encuentran recogido, *supra*, en la nota 43 del cap. 13.

44. Este anclaje en el poder de la identidad y del valor de la persona fue así representado por Hobbes: «El valor o valía de un hombre es, como ocurre con todo lo demás, su precio, es decir, lo que daríamos para hacer uso de su poder. Por lo tanto, no es algo absoluto, sino que depende de la necesidad y del juicio de los otros... Y, como sucede con otras cosas, sucede también con el hombre: que es el comprador, y no el vendedor, quien determina el precio. Pues aunque un individuo, como hacen la mayoría de los hombres, se dé a sí mismo el máximo valor, su valor real no será más que el que venga determinado por otros» (*Leviatán*, 10, pp. 79-80).

45. Es el caso de la niña Mary Ellen, a cuyos padres se privó de la patria potestad a raíz de un juicio promovido por la Sociedad Protectora de Animales. El episodio lo refiere E. García Méndez, *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales del control social*, en curso de publicación.

46. Cf., *supra*, el apartado 49.2 y la nota 23 del capítulo 11.

47. Véase, en este sentido, H. Kelsen, *Über Staatsunrecht* (1913), trad. it. de A. Abignente, *L'illecito dello Stato*, Esi, Nápoles, 1988, donde se excluye como «inconcebible» un acto ilícito del estado-persona respecto a las normas de su ordenamiento interno y se admite sólo respecto a las normas de derecho internacional.

48. Sobre la responsabilidad de los estados por los actos ilícitos cometidos en perjuicio de particulares o de otros estados, las aportaciones de mayor interés son las de

R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, 3 vols., A. di Blase, G. Gaja, G. Guarino y S. Marchisio (eds.), Jovene, Nápoles, 1979-1986, el primero de los cuales recoge cinco extensos ensayos aparecidos entre 1934 y 1939 y los otros dos contienen los informes sobre la responsabilidad de los estados a la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas escritos entre 1969 y 1979. Véase también P. Nuvolone, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche* (1945), en *Trent'anni*, cit., I, pp. 45-139, donde se reelabora la figura de los «crímenes de lesa humanidad»; y además E. Vitta, *Responsabilità degli Stati*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., XV, 1968, pp. 731-738 y G. Pau, *Responsabilità internazionale*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIX, 1988, pp. 1432-1459, ambos con amplia bibliografía. Sobre la criminalidad y la impunidad de los Estados, cf. también A. Cassese, *Violenza e diritto nell'era nucleare*, Laterza, Bari, 1986.

49. «La soberanía reside en el pueblo», afirma además el art. 5 de la Declaración de derechos preliminar de la Constitución de 1793; y el art. 7 añade: «El pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses». Otras veces las Constituciones de la Francia revolucionaria hablan de «soberanía de la Nación» y de «soberanía nacional»; así, el art. 3 de la Declaración de derechos preliminar de la Constitución de 1791, el art. 1 del preámbulo del título III de esta misma Constitución y el art. 23 de la Declaración preliminar de la Constitución de 1793.

50. Véanse, para Alemania Federal, el art. 20.2 de la Constitución de 1949; para el Japón, el art. 1 de la Constitución de 1946; para España, el art. 1.2 de la Constitución de 1978; para Portugal, los arts. 1, 2 y 3.1 de la Constitución de 1976; para la Unión Soviética, el art. 1 de la Constitución de 1977; para China, los arts. 1 y 3 de la Constitución de 1975.

51. El nexo entre derechos fundamentales, soberanía popular y derechos de los pueblos está bien expresado en los arts. 35-37 del proyecto de Constitución presentado por Robespierre el 24 de abril de 1793: «Art. 35. Los hombres de todos los países son hermanos y los diferentes pueblos deben ayudarse entre sí según su poder, igual que los ciudadanos del mismo estado.— Art. 36. Quien oprime a una sola nación se declara enemigo de todas.— Art. 37. Quienes hacen la guerra a un pueblo para frenar los progresos de la libertad y suprimir los derechos del hombre deben ser perseguidos por todos no como enemigos ordinarios, sino como asesinos y bandidos rebeldes» (en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni*, cit., p. 360). Recuerdese también el art. 34 de la Declaración preliminar de la Constitución de 24 de junio de 1793: «Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social está oprimido».

52. Sobre el tema, cf. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 125 ss. Sobre la noción de «derecho de los pueblos» configurada en la *Declaración universal de los derechos de los pueblos* de Argel, de 4 de julio de 1976, y sobre la subjetividad de los pueblos, existe una rica literatura: me limito a recordar A. Cassese y E. Jouve, *Pour un droit des peuples*, Berger-Levrault, París 1978, que recoge también el texto; A. Cassese, *Il diritto dei popoli all'autodeterminazione politica: dallo statuto dell'Onu alla Dichiarazione di Algeri*, en *Omaggio a Lelio Basso*, Angeli, Milán, 1978, pp. 733 ss.; E. Jouve, *Le Tiers Monde dans la vie internationale*, Berger-Levrault, París, 1983, parte III; F. Rigaux, *Le droit, la libération des peuples et l'édification d'un nouvel ordre mondial*, en «La Pensée», 1982, 227, pp. 69 ss.; Varios, *Droits de l'homme et droits des peuples*, Actas del coloquio de San Marino del 27-29 de junio de 1980, Della Balda, San Marino, 1983; S. Senese, *Égalité formelle et égalité substantielle dans le droit international*, *ibid.*, pp. 191 ss.; Id., *Movimento per la pace e diritto dei popoli*, en «Democrazia e Diritto», 1984, 1-2, pp. 123-151; Id., *Superamento della guerra possibile e diritto dei popoli*, en «Questione

giustizia», 1987, 3, pp. 487-503; G. Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Jovene, Nápoles, 1984.

53. De «pueblos» y «naciones» como sujetos habla respetuosamente el preámbulo de la Declaración, que menciona a los «estados miembros» sólo para vincularlos «al respeto y a la observancia universal de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales». Sin embargo, como ha afirmado François Rigaux, el hecho de que los «sujetos» del derecho internacional sean de hecho los estados, que se reservan el poder de hacer las reglas que ellos reconocen como obligatorias, hace de la ONU una especie de «caricatura de Estado de derecho» (*Introduction à la Science du droit*, Vie Ouvrière, Bruselas, 1974, p. 57).

54. *Leviatán*, cit., 13, pp. 108-109; *ibid.*, 21, p. 177: «la libertad del estado (...) es la misma que cada hombre debería tener si no hubiera ni leyes civiles ni Estado alguno. Y los efectos de ella deberán también ser los mismos. Pues igual que entre los hombres a quienes les falta un amo y señor hay una guerra perpetua... así también en los estados y repúblicas que no dependen mutuamente de otros, es cada estado, y no cada hombre, el que tiene una absoluta libertad... Pero, actuando así, viven en una condición de guerra perpetua, aprestados para la batalla, con sus fronteras fortificadas y los cañones apuntando a los países vecinos que los rodean». De manera análoga, J. Locke, *Segundo tratado*, cit., II, 14, pp. 44: «Como todos los príncipes y jefes de los gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza, es obvio que nunca faltaron en el mundo, ni nunca faltarán, hombres que se hallen en tal estado. He dicho todos los gobernantes de comunidades independientes, ya estén ligados con otras o no; pues no todo pacto pone fin al estado de naturaleza entre los hombres, sino solamente el que los hace establecer el acuerdo mutuo de entrar en una comunidad y formar un cuerpo político».

55. *Leviatán*, cit., 21, p. 179.

56. I. Kant, *La paz perpetua* (1795), cit., 1985, pp. 27 ss. Sobre los múltiples nexos entre derecho, derechos, no violencia y paz, véase, de N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit.

57. V. E. Orlando, Introducción a la edición italiana de G. Jellinek, *Sistema*, cit., p. XII.

58. Recuérdese J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., III, 10, p. 90: «Así como la voluntad particular actúa sin cesar contra la voluntad general, así el gobierno hace un continuo esfuerzo contra la soberanía. Cuanto más aumenta este esfuerzo, más se altera la constitución; y como aquí no hay otra voluntad de cuerpo que, resistiendo a la del príncipe, la equilibre, tarde o temprano debe ocurrir que el príncipe oprima por fin al soberano y rompa el trato social. Éste es el vicio inherente e inevitable que desde el nacimiento del cuerpo político tiende sin tregua a destruirlo, de igual forma que la vejez y la muerte destruyen el cuerpo del hombre».

59. R. Jhering, *Der Kampf um's Recht* (1872), trad. cast. de A. Posada y Biesca, *La lucha por el derecho*, prólogo de L. Alas, Librería de V. Suárez, Madrid, 1881, III, p. 29 (edición facsímil de Porrúa, México, 1982).

60. *Ibid.*, IV, p. 63.

INDICE DE NOMBRES

- Aarnio, A.: 76, 88
Abegg, J. F. H.: 255, 293
Abelardo, P.: 187
Accattatis, V.: 847
Achinstein, P.: 193
Acursio: 74, 185, 187
Acutis, M. de: 515, 516
Adriano: 190, 444, 688
Advenate, P.: 383
Ago, R.: 956
Agustín de Tagaste: 187, 254, 288, 387, 436, 531
Ajello, R.: 691
Alano Aglico: 657
Alatri, P.: 660, 663
Alberto de Gante: 182, 191, 442, 641
Alberto Magno: 188
Alciato, A.: 433
Alcuino de York: 187, 188
Alessandri, A.: 754, 756
Alessi Palazzolo, G.: 183, 185, 638, 640
Alexy, R.: 88
Algostino, P. G.: 759
Alimena, B.: 524
Almendingen, L. H. von: 309
Aloisi, U.: 633
Altavilla, G.: 838
Althusius, J.: 810, 839
Amato, G.: 628, 629, 632, 634, 664, 801, 802, 805
Amato, N.: 455, 759
Amelung, K.: 315, 515
Amodio, E.: 628, 634, 684, 691, 692, 845
Anastasio I: 534
Anaxímenes de Lámpsaco: 186
Ancel, M.: 269, 310
Anco Marcio: 390
Andenaes, J.: 315
Andrea d'Isernia: 445, 451, 640, 652
Andrés Ibáñez, P.: 12, 29, 665, 670, 848
Andrich, G.: 641
Angioni, F.: 512, 514, 515, 516, 521
Anito: 953
Antígona: 522, 809, 920, 952
Antillon, W.: 761
Antolisei, F.: 239, 281, 294, 320, 371, 425, 512, 526, 530, 650, 800, 803
Antonini, G.: 534
Aquiles: 447
Arangio Ruiz, V.: 431, 637, 638, 644
Arcadio: 432, 524, 682
Ardigò, R.: 528
Arena, G.: 688
Arendt, H.: 838
Aretino, A.: *v.* Gambiglioni
Ariès, Ph.: 349
Aristecmo: 347
Aristóteles: 37, 77, 114, 115, 137, 149, 156, 161, 178, 186, 187, 188, 189, 193, 195, 196, 198,

- 199, 201, 202, 259, 266, 295,
297, 302, 303, 304, 347, 387,
429, 433, 436, 440, 443, 449,
452, 465, 466, 490, 512, 517,
522, 526, 528, 533, 534, 535,
585, 656, 855, 892, 899, 901
- Astuti, G.: 667, 669, 801
- Augusto: 383, 843
- Austin, J.: 215, 220, 240, 242,
421, 921, 953
- Austin, J. L.: 527, 528
- Ayer, A. J.: 77, 78, 81, 87, 531
- Ayrault, P.: 678
- Azón: 182, 187, 657
- Azzoni, G.: 533
- Bachelet, V.: 756
- Bacon, F.: 37, 57, 72, 189, 203,
259, 382, 428, 454, 622, 658,
901
- Badano, F.: 805
- Bagolini, L.: 202
- Bakunin, M.: 249, 282
- Baldassare, A.: 673
- Baldo de Periglis: 524
- Baldo de Ubaldis: 182, 189, 190,
191, 683
- Banniza, J. P.: 679
- Baratta, A.: 239, 300, 310, 315,
345, 425, 429, 436, 515, 521,
530, 531, 893
- Baratti, G.: 757
- Barbera, A.: 664
- Barcelona, P.: 85, 199, 847
- Barile, P.: 664, 802, 839
- Barkhausen, H. L. W.: 318
- Barsanti, P.: 838
- Bartocchini, F.: 802
- Bartole, S.: 204, 664
- Bártolo de Sassoferrato: 182, 187,
189, 190, 523, 683
- Bartolomei, G.: 816
- Basaglia, F.: 455
- Basaglia Ongaro, F.: 455
- Bassanini, F.: 649
- Bassiano, G.: 658
- Bassiouni, M. C.: 646
- Basso, L.: 956
- Battaglia, A.: 664
- Battaglini, M.: 663, 758
- Bauer, B.: 314
- Bauer, R.: 758
- Bava Beccaris, F.: 806
- Bayón, J. C.: 12
- Beauharnais, E.: 644
- Beaumont, G. de: 447
- Beccaria, C.: 18, 21, 33, 56, 64,
72, 73, 74, 75, 84, 87, 122, 175,
179, 184, 185, 186, 200, 201,
202, 203, 205, 225, 232, 242,
243, 246, 260, 262, 273, 275,
276, 298, 300, 301, 302, 317,
318, 344, 347, 389, 394, 395,
398, 400, 401, 403, 407, 410,
420, 424, 427, 429, 438, 439,
440, 441, 443, 446, 449, 450,
451, 453, 454, 457, 462, 464,
465, 466, 483, 484, 488, 489,
493, 494, 501, 510, 512, 517,
519, 520, 525, 535, 550, 552,
554, 555, 558, 560, 566, 576,
582, 587, 609, 616, 624, 625,
626, 629, 630, 636, 641, 642,
647, 652, 655, 662, 672, 677,
680, 682, 684, 801, 803, 804,
821, 826, 838, 843, 846, 889,
899, 901
- Beck, J. S.: 293
- Becker, H. S.: 425
- Beer, K.: 670
- Bei, A.: 758
- Belarmino, R.: 387, 436
- Bellavista, G.: 182, 452
- Bellièvre, N. de: 586, 659
- Bellius, M.: *v.* Castellion
- Bellone, P. M.: 646
- Beltrani Scalia, M.: 447
- Benevolo, F.: 655
- Benjamin, W.: 766, 767, 800
- Bentham, J.: 74, 76, 86, 87, 180,
181, 182, 185, 195, 201, 215,
224, 240, 242, 243, 245, 260,
262, 263, 265, 273, 275, 276,
300, 301, 304, 314, 339, 347,
355, 360, 361, 371, 372, 387,
394, 395, 398, 399, 400, 401,
409, 416, 421, 422, 438, 439,
441, 443, 446, 449, 450, 452,
454, 455, 457, 460, 464, 465,
466, 468, 481, 510, 511, 512,
513, 517, 519, 525, 527, 541,
552, 557, 558, 560, 576, 583,

- 588, 601, 614, 615, 617, 618,
630, 636, 645, 647, 649, 652,
656, 659, 662, 666, 670, 672,
673, 678, 680, 683, 684, 685,
686, 687, 689, 691, 826, 843,
872, 893, 896, 901, 921, 953, 955
- Benvenuti, F.: 756
- Berenini, A.: 372, 426
- Bergalli, R.: 848
- Bergk, J. A.: 293
- Bergmann, F. C.: 115
- Beria d'Argentine, A.: 310
- Berman, H. J.: 531, 804
- Bernabò Silorata, A.: 445
- Bernat de Celis, J.: 285
- Berner, A. F.: 255, 286, 287, 293
- Berselli, A.: 802
- Bertolini, C.: 651
- Bertoni, R.: 517
- Betti, E.: 204
- Bettioli, G.: 255, 279, 293, 296,
311, 320, 371, 387, 425, 438,
512, 514, 526, 528, 530, 532,
754
- Bevere, A.: 845
- Beza, T.: 437, 810, 839
- Bianchi, H.: 251, 285
- Biffi, S.: 447
- Binding, K.: 255, 281, 293, 430,
469, 514, 952
- Biondi, P.: 198
- Birnbaum, J. M. F.: 468
- Biscardi, A.: 429, 637, 650
- Blackstone, W.: 240, 260, 298,
424, 443, 451, 552, 638, 676
- Blackwell, R. J.: 193
- Blancus, M. A.: 674
- Blase, A. di: 956
- Bobbio, N.: 19, 29, 71, 76, 198,
204, 205, 226, 231, 239, 240,
241, 244, 245, 286, 355, 361,
421, 422, 450, 451, 452, 533,
670, 838, 847, 856, 873, 893,
894, 895, 896, 898, 899, 901,
922, 923, 924, 929, 930, 951,
952, 953, 954, 957
- Boccia, M. L.: 949
- Bockelmann, P.: 530
- Bodin, J.: 182, 183, 810, 840
- Boecio: 137, 187, 188, 193
- Bonfante, P.: 637, 638
- Bonifacio de Vitalinis: 191, 683
- Bonifacio, P.: 664
- Bonifacio VIII: 391
- Bont, G.: 434
- Borghese, S.: 303
- Bornhak, K.: 913, 951
- Borrè, G.: 669
- Boscarelli, M.: 753
- Bosco, G.: 754
- Botero, G.: 810, 840
- Bottoms, A.: 294
- Boucher d'Argis, A. G.: 666, 839
- Bouzat, P.: 310
- Bovero, M.: 898
- Bovio, G.: 451
- Bowring, J.: 240
- Bracton, H.: 73, 239, 586, 657,
658, 659, 810, 839, 893
- Braithwaite, R. B.: 82, 192, 490,
526
- Branca, G.: 113, 664
- Bravo, G. M.: 954
- Brian, (Sir) T.: 489, 493, 501
- Bricola, F.: 113, 424, 428, 430,
452, 515, 516, 517, 521, 529,
531, 753, 754, 755, 757, 758,
760
- Bridgam, P. W.: 67, 89
- Broggini, G.: 197
- Bronzini, G.: 759
- Brunatius, B.: 691
- Bruno, G.: 691
- Bruno, T.: 644
- Bruns, J.: 452
- Bruti Liberati, E.: 457, 759
- Buccellati, A.: 256, 294, 296
- Buchanan, G.: 810, 839
- Büchner, L.: 528
- Bultmann, R.: 200
- Bulygin, E.: 88
- Burdeau, G.: 631, 663, 804, 838
- Busmann, K.: 285
- Bustos Ramirez, J.: 515
- Calamandrei, P.: 76, 79, 198, 620,
663, 689, 758
- Calas, J.: 185, 433
- Calasso, F.: 187, 197
- Calisse, C.: 287, 302, 317, 432,
434, 442, 445, 448, 453, 523,
525, 535, 657

- Calístrato: 190, 524, 534, 688
 Calogero, G.: 79, 194, 196
 Calvi, A. A.: 531
 Calvino, J.: 387, 437, 810, 839
 Campanella, T.: 255, 291, 303, 304, 305, 387, 437, 670
 Campbel, E.: 76
 Campbell, C. A.: 528
 Cancelli, F.: 525
 Canciani, P.: 448, 449
 Cannada Bartoli, E.: 756
 Canonico, T.: 255, 293, 426, 439, 511
 Canosa, R.: 664, 758, 801, 838, 840
 Cantarella, E.: 288, 431, 447, 510, 522
 Cantarero, R.: 12
 Cantù, C.: 286, 433, 641, 682
 Capaccioli, E.: 673
 Capella, M. F. M.: 188
 Capograssi, G.: 76
 Cappelli, I.: 758, 803
 Carboni, G.: 755
 Carcaterra, G.: 241, 533
 Carducci, G.: 439
 Carerio, L.: 641
 Carfora, F.: 430, 448, 677, 838
 Carlo Emanuel I: 691
 Carlo Emanuel III: 434, 675
 Carlo Emanuel IV: 675
 Carlomagno: 442, 445, 644
 Carlos Alberto de Savoya: 648
 Carlos I Estuardo: 677, 842
 Carlos III de Borbón: 675
 Carlos V de Habsburgo: 183, 383
 Carlos IX de Angulema: 666
 Carmignani, G.: 114, 138, 147, 184, 186, 191, 192, 194, 243, 262, 277, 300, 301, 319, 371, 387, 426, 427, 432, 438, 441, 449, 468, 511, 513, 517, 518, 519, 524, 529, 575, 624, 625, 629, 630, 631, 636, 637, 639, 642, 643, 645, 649, 650, 651, 653, 656, 662, 674, 675, 676, 677, 678, 687, 689, 803, 841, 843
 Carnap, R.: 78, 149, 178, 181, 193, 194, 195
 Cernelutti, F.: 74, 76, 197, 199, 200, 203, 238, 266, 305, 312, 371, 375, 385, 387, 424, 425, 427, 430, 438, 512, 650, 678, 754, 760
 Carnevale, E.: 245, 246
 Carnot, M.: 803
 Caro Baroja, J.: 433
 Carpozov, B. (Carpzovio): 182, 243, 383, 641
 Carrara, F.: 18, 33, 114, 116, 179, 183, 186, 191, 192, 194, 224, 238, 239, 242, 256, 272, 277, 279, 290, 294, 304, 317, 320, 332, 333, 346, 371, 397, 408, 423, 426, 427, 428, 431, 433, 439, 442, 444, 449, 451, 453, 454, 457, 468, 511, 512, 513, 516, 517, 518, 519, 523, 524, 527, 529, 535, 550, 552, 553, 556, 557, 562, 575, 577, 580, 582, 583, 597, 601, 602, 603, 607, 609, 621, 623, 625, 626, 629, 630, 635, 636, 637, 639, 641, 643, 644, 645, 647, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 662, 666, 672, 674, 677, 678, 679, 680, 681, 683, 684, 685, 687, 689, 690, 692, 769, 776, 802, 803, 831, 837, 841, 846
 Casari, E.: 178
 Casetta, E.: 648
 Casini, G.: 761
 Casiodoro: 137, 187, 188
 Casoni, F.: 683
 Cassandro, G.: 838, 839
 Cassese, A.: 956
 Castellion (o Martinus Bellius), S.: 437
 Castignone, S.: 421
 Catalina II de Rusia: 677
 Catilina: 431, 444, 637
 Cattaneo, C.: 347, 348, 439, 446, 455
 Cattaneo, M. A.: 70, 240, 279, 287, 290, 293, 294, 295, 298, 309, 317, 318, 320, 429, 450, 520
 Cavalla, F.: 310
 Cavanna, A.: 197, 429, 434, 440, 453, 514

- Cavarero, A.: 949
 Cavour, Benso de: 439
 Celso: 203
 Cerminara, G.: 646, 806
 Cerrito, G.: 283
 Cerroni, U.: 199, 284
 Charisius: 638, 688
 Chartarius, F.: 607, 640, 676, 680, 685
 Cheli, E.: 664, 668
 Chesnais, J. C.: 348, 349, 440
 Chevalier, L.: 347
 Chiappetti, A.: 801, 802
 Chiarloni, S.: 76
 Chiavario, M.: 635, 759
 Childley, S.: 450
 Chioenda, G.: 72, 194, 620, 689
 Chisholm, R.: 528
 Christie, N.: 251, 285, 286
 Cicerón: 72, 74, 76, 85, 137, 149, 182, 187, 188, 189, 193, 195, 221, 431, 534, 582, 637, 655, 685, 837, 844, 892
 Cino de Pistoya: 187, 683
 Claro, G.: 182, 243, 434, 523, 641, 808, 843
 Clementi, F.: 949
 Clère, M. le: 801
 Cocceio, S.: 691
 Cockburn, J. S.: 349
 Cogliolo, P.: 838
 Cohen, S.: 285
 Coke, (Sir) E.: 74, 157, 197, 221, 239, 370, 371, 586, 589, 658, 659
 Comanducci, P.: 88, 241, 422, 894
 Comte, A.: 301
 Condorcet, M. J. A. (Caritat de): 21, 75, 180, 243, 261, 387, 428, 437, 443, 468, 484, 506, 513, 517, 518, 519, 525, 535, 552, 573, 624, 684, 691, 810, 839
 Confino, M.: 282
 Conso, G.: 191, 606, 643, 646, 674, 760, 761, 762
 Constant, B.: 387, 438, 443, 446, 455, 552, 629, 630, 642, 645, 654, 660, 666, 683, 685
 Constantino: 432, 628, 685
 Conte, A. G.: 421, 532, 533, 534
 Conte, G.: 846
 Conti, U.: 447, 448
 Cooper, P.: 435
 Copi, I.: 195
 Cordero, F.: 85, 86, 181, 183, 184, 194, 281, 433, 440, 446, 626, 634, 636, 641, 642, 646, 665, 677, 678, 772, 845
 Cordova, F.: 801, 806
 Cornil, P.: 310
 Corso, G.: 802, 806
 Cosi, G.: 839
 Cossiga, F.: 818
 Costa, F.: 70, 303, 534
 Costa, P.: 245, 314, 657, 848
 Costa, S.: 689
 Cotturri, G.: 199, 294
 Crisafulli, V.: 204
 Crivellari, G.: 428, 430, 432, 439, 445, 446, 447
 Croce, B.: 387, 437
 Crusio, Cr.: 182
 D'Addio, M.: 654
 Daga, L.: 759, 802
 D'Agostino, F.: 196, 293
 D'Agostino, P.: 805
 Dahm, G.: 515, 521
 Dámaso: 190
 Danaeus, L.: 810, 839
 Dante Alighieri: 183, 289, 523
 Danto, A. C.: 82
 Darwin, Ch.: 267, 311, 313, 534
 Davies, I. D.: 196
 Deciani, T.: 383
 Delamare, N.: 801
 Dell'Andro, R.: 536
 Demóstenes: 444, 522, 523, 598
 Demuth, H.: 518
 Denning (Lord), A. Thompson: 316, 317, 371, 425
 Denti, V.: 664, 684
 Dershowitz, A. M.: 255, 294
 Despeisses, A.: 454
 Devlin (Lord), P.: 275, 296
 Devoto, M.: 664
 Dewey, J.: 57, 67, 84, 89, 531
 D'Holbach, P. H.: 347, 528
 Diderot, D.: 71, 389, 443, 451, 528, 552, 609, 629, 662, 681, 846
 Díez del Corral, L.: 840

- Dilthey, W.: 200
 Dionisio de Halicarnaso: 522
 Diurni, G.: 432, 442, 448
 Dohna, Graf A. zu: 372
 Dolcini, E.: 294, 315, 399, 452,
 515, 756, 757, 760
 Dominicis, M. A. de: 115, 801
 Dominiononi, O.: 684
 Donati, C.: 756
 Dozier, J. L.: 805
 Dracón: 347, 429, 522
 Dray, W.: 82, 146, 194
 Dreher, E.: 452
 Duby, G.: 349
 Duhem, P.: 65
 Dumont, É.: 422
 Durando, G.: 182, 191, 658, 683
 Durkheim, É.: 275, 317, 345
 Dusi, P.: 845
 Dworkin, R.: 88, 204, 893

 Egidi, R.: 533
 Ehrlich, I.: 347
 Elia, L.: 802, 805
 Ellero, P.: 439
 Ellul, J.: 660
 Engels, Fr.: 314
 Enrique IV: 640
 Enrique IV Borbón: 640
 Enrique VIII Tudor: 311, 433
 Epicuro: 259, 297, 466, 512
 Eser, A.: 310
 Esmein, A.: 645
 Esposito, C.: 648, 752
 Esquilo: 347, 522
 Esquines: 598
 Esser, J.: 199, 200
 Eteocles: 844
 Eurípides: 522, 844
 Eusebi, L.: 294

 Facchinei, F.: 450
 Fadda, C.: 644
 Falco, G. de: 439
 Falzea, A.: 86
 Fano, E.: 895
 Faralli, C.: 76
 Farinaccio (o Farinacci, Farina-
 cius), P.: 182, 243, 383, 442,
 523, 524, 641, 642, 652
 Fassone, E.: 447, 670, 759, 760, 845

 Febbrajo, A.: 87
 Fedele, P.: 197
 Federico, P.: 664
 Federico I: 445
 Federico Guillermo I de Prusia: 801
 Federico II: 432, 565, 639, 691
 Federico II de Prusia: 317, 401,
 452, 642, 675
 Fernando I y III: v. Fernando IV
 Fernando III de Lorena: 454, 692,
 843
 Fernando IV Borbón: 622, 641,
 691
 Ferrajoli, L.: 13, 14, 17, 19, 76,
 83, 85, 89, 284, 421, 455, 516,
 664, 673, 758, 841, 845, 846,
 847, 895
 Ferrarese, M. R.: 664
 Ferrari, V.: 668
 Ferraris, P.: 29, 900
 Ferrero, L.: 648
 Ferri, E.: 266, 267, 301, 307, 308,
 309, 311, 312, 346, 372, 387,
 426, 430, 438, 521, 535, 550,
 627, 765
 Ferrini, C.: 287, 428, 429, 431,
 432, 444, 448, 453, 525, 528,
 529, 535, 536
 Ferrua, P.: 643, 687, 688, 689
 Feuerbach, P. J. A.: 194, 224, 243,
 277, 280, 295, 301, 304, 313,
 318, 320, 333, 346, 368, 387,
 407, 423, 427, 429, 438, 451,
 465, 468, 511, 512, 519, 687,
 839, 889, 902
 Feyerabend, P. K.: 78, 90
 Fiandaca, G.: 515, 518, 650, 845
 Fiaschi, G.: 437
 Fichte, J. G.: 266, 305, 387, 437,
 528, 810, 840, 889
 Fickler, G. B.: 839
 Filangieri, G.: 73, 75, 116, 122,
 138, 147, 175, 180, 184, 185,
 186, 191, 194, 200, 201, 243,
 245, 260, 275, 276, 300, 333,
 339, 346, 387, 390, 401, 412,
 416, 437, 438, 443, 444, 445,
 449, 451, 455, 457, 468, 510,
 512, 517, 519, 520, 525, 529,
 552, 562, 566, 568, 576, 582,
 583, 599, 608, 609, 614, 617,

- 624, 626, 629, 636, 637, 642,
644, 645, 647, 649, 650, 655,
656, 670, 672, 674, 676, 677,
678, 683, 684, 685, 691, 802,
840, 843, 846, 889, 893, 901,
902
- Filmer, R.: 899
- Filomusi Guelfi, F.: 266, 292, 305
- Fini, N.: 639
- Finocchiaro-Aprile, C.: 246, 633
- Fiore, C.: 515, 516
- Fiorella, A.: 515, 517, 753
- Fiorelli, U.: 183, 185, 629, 637,
638, 641, 669
- Firpo, L.: 840
- Fitting, H.: 187
- Florentinus: 72
- Florian, E.: 74, 194, 266, 286, 287,
306, 312, 371, 426, 427, 430,
528, 531, 535, 536, 838
- Foa, V.: 29, 414, 455, 456, 758
- Fogel, D.: 255, 294, 310
- Follerio, P.: 641
- Follieri, M.: 754
- Foot, Ph.: 295, 533
- Fornasari di Verce, E.: 348
- Fortescue, J.: 810, 838
- Fortuna, E.: 671
- Foschini, A.: 191, 632, 635, 636,
646
- Foucault, M.: 70, 184, 185, 264,
314, 433, 447, 485, 688
- Fouché, J.: 801
- Franchi, B.: 305
- Frank, H.: 246
- Frank, R.: 530
- Frege, G.: 119, 178
- Friedman, D.: 894
- Frisch, W.: 452
- Frosali, R. A.: 752
- Frosini, V.: 196, 198, 203
- Furno, C.: 74, 183
- Gabrieli, V.: 73
- Gadamer, H.-G.: 200
- Gaja, G.: 956
- Galante Garrone, C.: 671
- Galasso, A.: 671
- Gall, F. J.: 534
- Gallarati Scotti, F.: 450
- Gallas, W.: 521
- Galli, G.: 635
- Gallio, G.: 526
- Gallo, E.: 516, 517, 664, 753
- Gallo, M.: 516, 518, 526, 755
- Galvagno, G. F.: 784
- Gamberini, A.: 515
- Gambiglioni, A. (llamado Aretino):
523
- Gambini, R.: 646
- García Méndez, E.: 285, 286, 955
- Gardiner, P.: 82
- Garelli, V.: 266, 305
- Gargani, A.: 81
- Garibaldi, G.: 439
- Garofalo, R.: 266, 308, 309, 311,
312, 372, 387, 438, 521, 528,
535, 536, 550, 627, 674, 688
- Gavazzi, G.: 421, 894
- Gayo: 203, 524
- Genovesi, A.: 157, 255, 441, 468,
889, 902
- Gerber, K. F.: 913, 951, 952
- Geremek, B.: 347
- Geyer, A.: 430
- Ghiara, A.: 628, 635
- Ghirlandus (o Grillandus), P.: 442,
444, 627, 641
- Ghisalberti, C.: 802
- Giacobbe, G.: 664, 670
- Gianformaggio, L.: 83 , 86, 88,
204, 901
- Giannini, A.: 198
- Giarda, A.: 684
- Gibbs, J.: 347
- Gierke, O. von: 523, 838
- Ginsberg, M.: 254, 290, 522
- Ginzburg, C.: 81
- Gioffredi, C.: 651
- Giordani, F.: 535
- Giovanni, B. de: 199
- Giovanni, L. de: 432
- Girard, R.: 431
- Giriodi, L. M.: 647, 648
- Giudice, P. del: 183, 287, 432,
434, 442, 445, 448, 453, 523,
629
- Giudici, A.: 630
- Giuliani, A.: 83, 137, 182, 183,
186, 187, 188, 189, 190, 195,
598, 639, 651, 664, 667, 668,
669

- Giunta, F.: 759
 Glaser, M.: 644
 Gmelin, C. G.: 317
 Godwin, W.: 249, 282, 449, 451
 Goffman, E.: 455
 Goldschmidt, J.: 530, 756
 Gómez, A.: 641
 Gonella, G.: 754
 Goodman, N.: 90, 193
 Gozzini, G.: 721, 750, 758, 762, 783
 Gracia Aretino: 187, 190, 651
 Graciano: 432, 628
 Gramaglia, M.: 649
 Gramatica, F.: 310
 Gramsci, A.: 240, 244, 250, 284, 285, 898
 Granata, L.: 635
 Grassi, G.: 754
 Grassi, S.: 664
 Grasso, P. G.: 753
 Graven, J.: 310
 Graziosi, M.: 524
 Gregorio Magno: 433
 Grevi, V.: 629, 632, 633, 634, 635, 677, 684, 684, 760, 805
 Griffith, J. A. G.: 667
 Grimaldi, T.: 635
 Grispigni, F.: 266, 311, 312, 372, 426, 522, 531, 536
 Grocio, H.: 215, 224, 243, 255, 259, 265, 275, 276, 294, 300, 304, 333, 346, 368, 423, 440, 464, 482, 510, 516, 519, 528, 642, 810, 839, 889, 902
 Grolman, K.: 194, 267, 268, 293, 301, 309, 317, 318
 Grosso, C. F.: 515, 752, 754, 757
 Grünhut, M.: 514
 Grunsky, W.: 670
 Guarino, A.: 196, 198, 431
 Guarino, G.: 956, 957
 Guarnieri, C.: 664
 Guarnieri, G.: 536
 Guastini, R.: 87, 88, 205, 241, 421, 422, 430, 533
 Guerrazzi, F.: 439
 Guggenberger, B.: 893
 Guido de Suzaria: 182
 Guizot, F.: 838, 841
 Guyau, W.: 282
 Haag, E. van: 255, 294
 Haag, K.: 452
 Habas, E. P.: 900
 Haelschner, H.: 430
 Haffke, B.: 310, 315
 Hafter, E.: 523
 Haller, C. L. von: 899
 Hamel, G. van: 269, 312
 Hammurabi: 388, 393, 441
 Hansen, J.: 433
 Hanson, N. R.: 78, 90
 Hare, R. M.: 346, 929, 954
 Harris, S. F.: 639
 Hart, H. L. A.: 17, 122, 179, 180, 181, 214, 220, 239, 240, 242, 256, 294, 295, 296, 316, 317, 355, 360, 368, 400, 401, 421, 423, 451, 452, 453, 491, 518, 526, 527, 528, 533, 861, 894, 896, 898, 922, 953, 954
 Hassemer, W.: 200, 315, 320, 515
 Hauriou, M.: 648
 Hawkins, G.: 255, 347
 Hayek, F. A.: 861, 894, 895
 Hegel, G. W. F.: 18, 157, 197, 239, 245, 254, 255, 256, 290, 293, 295, 320, 387, 388, 392, 437, 441, 442, 468, 495, 513, 528, 530, 588, 663, 673, 769, 802, 810, 813, 840, 844, 881, 882, 888, 889, 897, 898, 901, 925
 Heidegger, M.: 200
 Heil, P.: 895
 Heinze, C. F. R.: 293
 Heisenberg, W. K.: 532
 Hélie, F.: 286, 293, 631, 645
 Helvetius, C. A.: 300, 528, 899, 901
 Hempel, C. G.: 81, 82, 141, 146, 193, 194, 195
 Henke, E.: 194, 266, 305, 312
 Henkel, H.: 452
 Hentig, H. von: 287, 313, 314, 431, 436, 456
 Herbart, J. F.: 292
 Hermágoras de Temnos: 76, 137, 186
 Hermogenianus: 203
 Hertz, T.: 452
 Hesse, M.: 90

- Heymans, G.: 531
 Hilario: 436
 Hirsch, A. von: 255, 294
 Hobbes, Th.: 29, 33, 36, 71, 73,
 74, 76, 118, 122, 157, 163, 178,
 179, 197, 201, 213, 215, 221,
 224, 225, 226, 227, 231, 232,
 240, 241, 242, 243, 244, 245,
 259, 265, 275, 276, 289, 297,
 300, 304, 313, 318, 332, 346,
 355, 361, 369, 370, 371, 381,
 387, 399, 400, 407, 421, 423,
 424, 428, 437, 440, 450, 452,
 460, 464, 465, 466, 481, 482,
 483, 484, 510, 511, 512, 517,
 519, 521, 525, 526, 528, 529,
 531, 550, 551, 552, 576, 581,
 608, 625, 626, 630, 658, 676,
 677, 678, 776, 802, 829, 883,
 884, 888, 889, 892, 893, 898,
 899, 901, 902, 912, 936, 939,
 940, 948, 949, 950, 951, 955
 Holinshed, R.: 433
 Holmes, O. W.: 421, 699
 Homero: 297
 Hommel, K. F.: 242, 243, 317,
 387, 401, 437, 449, 466, 512,
 520, 525
 Honig, R.: 514
 Honorio: 432, 524, 682
 Hook, S.: 82, 528
 Hotman, F.: 810, 839
 Howard, J.: 446
 Huber, B.: 646
 Hugo de San Víctor: 187
 Hulsman, L.: 251, 285, 286
 Humboldt, W. von: 243, 260, 299,
 300, 340, 347, 423, 451, 465,
 468, 483, 511, 513, 520
 Hume, D.: 80, 81, 130, 134, 138,
 139, 148, 164, 165, 181, 191,
 202, 220, 241, 243, 245, 260,
 323, 324, 325, 326, 359, 531,
 660, 921, 942
 Hutcheson, F.: 300
 Ignatieff, M.: 447
 Illuminati, G.: 29, 74, 192, 628,
 634, 635, 639, 646
 Impallomeni, G. B.: 287, 296
 Ingber, L.: 651
 Inocencio I: 436
 Inocencio III: 391, 432, 639, 640
 Inocencio IV: 640
 Insolera, G.: 515
 Ippolito, F.: 665
 Irnerio: 187
 Isabel I de Inglaterra: 242
 Isidoro de Sevilla: 137, 187, 188
 Ivo de Chartres: 187, 188, 190
 Jackson, R. M.: 667
 Jacobo I Estuardo: 586, 589, 659
 Jäger, H.: 515
 Jakob, L. H.: 255, 293
 Jakobs, G.: 275, 315, 317
 Jammy, P.: 188
 Jannelli, P.: 663
 Jaucourt, L. de: 73, 443, 624, 642
 Jellinek, G.: 371, 425, 913, 951,
 952, 957
 Jerónimo: 436
 Jhering, R. von: 19, 273, 309, 311,
 371, 402, 427, 449, 469, 476,
 513, 913, 944, 951, 957
 Jiménez de Asúa, L.: 536
 Jodl, F.: 531
 Jorge III de Hannover: 446
 Jori, M.: 204, 296, 421
 José II de Habsburgo-Lorena: 389,
 403, 440, 443, 446, 454, 675
 Jousse, D.: 183, 308, 454, 642,
 645
 Jouve, E.: 956
 Juan de Salisbry: 187, 190
 Julio César: 843
 Justi, J. H. G.: 801
 Justiniano: 243, 390, 403, 432,
 444, 628
 Juvenal: 593, 667
 Kant, I.: 157, 197, 201, 254, 255,
 264, 277, 280, 281, 289, 293,
 295, 301, 302, 319, 329, 346,
 387, 388, 389, 395, 401, 437,
 441, 449, 450, 488, 489, 493,
 494, 511, 525, 528, 577, 652,
 662, 687, 811, 842, 843, 901,
 929, 954, 957
 Kantorowicz, H.: 442
 Keckeisen, W.: 425

- Kelsen, H.: 17, 76, 83, 87, 88, 240,
 241, 245, 288, 290, 355, 360,
 368, 371, 421, 422, 423, 425,
 427, 441, 522, 523, 698, 718,
 754, 872, 873, 893, 896, 913,
 952, 955
 Kieffer, J.: 668
 Kirchheimer, O.: 314, 424, 446,
 448
 Kleinschrod, G. A.: 309
 Kohler, J.: 913, 951
 König, R.: 425
 Kropotkin, P.: 249, 282, 283
 Krylenko, N. V.: 494
 Kuhn, Th. S.: 67, 78, 84, 90, 195
 Kulisciuff, A.: 806

 La Barre (Lefèbvre de), F.: 433
 La Mettrie, J. O.: 528
 La Pivardière: 87
 La Terza, M.: 806
 La Torre, M.: 521, 952
 Laband, P.: 913, 952
 Labeón: 447
 Laferrrière, E.: 648
 Laingui, A.: 645, 692
 Lakatos, I.: 78, 84, 90
 Lalla, P. de: 183, 184
 Lanza, V.: 245, 266, 296, 305
 Larenz, K.: 952
 Laschi, R.: 841
 Latagliata, A. R.: 516
 Laurent, H.: 436
 Lauzé di Peret, P. I.: 186, 192, 194,
 202, 204, 549, 552, 576, 577,
 624, 625, 653
 Lavater, J. K.: 534
 Lazzaro, A. di: 759
 Le Roy, E.: 65
 Le Sellyer, A. F.: 453, 454
 Leach, W.: 445
 Lebrige, A.: 645, 692
 Lecaldano, E.: 83, 86, 88, 241
 Ledeau, L.: 645
 Lefebvre, C.: 652
 Leibniz, G. W.: 84, 85, 138, 149,
 153, 186, 191, 196, 255, 291,
 292, 528
 Lenin, V. I.: 250, 267, 284, 307, 576
 Leonardis, O. de: 526
 Leonardo da Vinci: 534

 Leone, G.: 635, 754
 Leopoldo I: v. Pedro Leopoldo
 Leopoldo II: v. Pedro Leopoldo
 Lessona, C.: 192
 Levi, A.: 287, 510, 522
 Levi, G. E.: 184
 Levra, U.: 521
 Levy, J. P.: 183
 Lévy-Bruhl, H.: 184, 287
 Lewis, C. I.: 52, 80, 81
 Lilburne, J.: 429
 Lipari, N.: 673
 Lipton, D.: 310
 Liszt, Fr. von: 268, 269, 270, 273,
 280, 286, 287, 295, 309, 310,
 311, 312, 371, 372, 425, 426,
 469, 513, 536
 Liutprando: 442, 445, 448, 453
 Locke, J.: 33, 71, 138, 149, 191,
 224, 226, 244, 259, 275, 276,
 298, 313, 333, 387, 390, 433,
 437, 440, 443, 466, 468, 483,
 510, 512, 513, 519, 528, 531,
 587, 661, 810, 814, 839, 884,
 899, 930, 948, 949, 950, 951,
 955, 957
 Lombroso, C.: 267, 308, 348, 521,
 528, 534, 536, 841
 Longhi, S.: 523, 627, 633, 637,
 666, 765, 800
 Löning, E.: 952
 López Calera, N.: 848
 Losano, M. A.: 76
 Lotario de Cremona: 657
 Lotti, L.: 802
 Lotz, J. F. E.: 801
 Lozzi, G.: 759, 845
 Luca, G. de: 634
 Luca, G. B. de: 182, 586, 658
 Lucas: 839
 Lucchini, L.: 308, 549, 577, 582,
 583, 624, 626, 636, 637, 643,
 645, 648, 650, 651, 653, 654,
 656, 663, 665, 674, 683, 687,
 801
 Luden, H.: 296
 Lüderssen, K.: 310, 320
 Luhmann, N.: 275, 881, 882, 895,
 897, 898
 Luis XIII: 586, 659
 Luis XIV: 183, 686, 801

- Luis XV: 586, 661, 663
 Luis XVI: 622, 661, 663, 675, 691, 842
 Lukács, G.: 810
 Luosi, G.: 644
 Lussu, E.: 758
 Lutero, M.: 387, 436, 437
- Mabbott, J. D.: 256, 293
 Mably (Bonnot de), G.: 347, 387, 437, 511, 512
 MacCormick, N.: 76, 88
 MacFarlane, A.: 433
 Macpherson, C. B.: 950
 Maggiore, G.: 115, 116, 198, 199, 246, 255, 287, 293, 294, 296, 303, 371, 375, 385, 387, 424, 425, 430, 438, 469, 514, 523, 526, 527, 530
 Magnani, L.: 193
 Maine, H. J. S.: 287
 Maistre, J. de: 289, 899
 Maitland, F. W.: 197
 Malatesta, E.: 249, 283
 Malblanc, J. F.: 309
 Malinverni, A.: 635
 Mamiani, T.: 255, 296
 Mancini, P. S.: 292
 Mancino, N.: 743
 Manconi, L.: 841
 Mandrou, R.: 433
 Mangin, J. H. C.: 645
 Mangio, C.: 802
 Mannuzzu, S.: 949
 Mantovani, F.: 315, 320, 515, 517, 650, 754, 756, 838
 Manzini, V.: 183, 245, 246, 287, 308, 311, 320, 347, 371, 387, 425, 438, 441, 514, 523, 524, 526, 535, 550, 555, 627, 629, 631, 632, 633, 637, 638, 640, 641, 645, 647, 651, 666, 683, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 838
 Manzoni, A.: 641, 642, 808
 Maquiavelo, N.: 260, 277, 284, 810, 813
 Maranini, G.: 692
 Marchisio, S.: 956
 Marconi, P.: 281, 286, 298, 313, 317, 899
- Marcos: 839
 Margara, A.: 758
 María Teresa de Austria: 434, 568, 675
 María Tudor: 242
 Mariana, J.: 839
 Marini, C. M. de: 198, 838
 Marini, G.: 757, 838
 Marinucci, G.: 294, 315, 515, 753
 Marmiani, T.: 292
 Marovelli, P.: 663
 Marra, R.: 317
 Marramao, G.: 895
 Marro, A.: 534
 Marsico, A. de: 372, 426, 522, 803
 Marsili, H.: 640, 642, 652
 Marsiliis, H. de: v. Marsili
 Martin: 301
 Martinazzoli, M.: 755
 Martinelli, P.: 669
 Martino, F. de: 651
 Martison, A.: 310
 Martucci, R.: 801, 806
 Marucci, A.: 635
 Marx, K.: 240, 244, 245, 249, 250, 256, 274, 282, 283, 284, 285, 287, 307, 314, 343, 347, 433, 461, 891, 895, 898, 951
 Mascardo, G.: 182
 Massari, E.: 666, 761
 Masucci, L.: 426
 Mateo: 282, 288, 436, 624, 839
 Mathieu, V.: 255, 293, 903
 Matteotti, G.: 535
 Matteucci, N.: 838
 Mattone, S.: 666
 Maturana, H. R.: 897
 Maupeou, R.: 661, 663
 Mauri, D.: 526
 Mauro, G. B. de: 666
 Mayer, M. E.: 372, 425, 514
 Mayer, O.: 913, 951
 Mazzacuva, N.: 515, 528, 531
 Mazzanti, M.: 805
 Mazzaese, T.: 533
 Mazzini, G.: 439
 Meinecke, Fr.: 810, 812, 840, 843, 844
 Melchionda, A.: 192, 684
 Meleto: 953
 Mellin, G. S. A.: 293

- Mellini, M.: 845
 Melossi, D.: 314, 424, 446
 Menochio, J.: 182, 641, 658
 Mereu, I.: 431, 433, 437, 439, 801,
 803, 804, 845
 Merkel, A.: 293
 Merlino, F. S.: 663
 Merryman, J. H.: 669
 Messina, R.: 838
 Messina, S.: 372, 452
 Meyerhoff, H.: 82
 Mezger, E.: 522, 530
 Michaelis, J. D.: 318
 Micheli, G. A.: 189, 191
 Migne, J. P.: 187
 Miliband, R.: 669
 Mill, J. S.: 81, 192, 193, 224, 242,
 272, 304, 387, 438, 461, 466,
 510, 512, 517, 581, 601, 653,
 655, 668
 Mirabeau (Riqueti de), H. G.: 686
 Misiani, F.: 805
 Mittermaier, K. J. A.: 194, 430,
 432, 439, 638, 651, 689
 Moccia, L.: 667
 Moccia, S.: 515
 Modestino, F.: 429
 Modugno, F.: 806
 Moleschott, J.: 528
 Molesworth, W.: 71
 Molinari, F.: 646
 Molinari, L.: 249, 283
 Mommsen, Th.: 431, 432, 445,
 447, 448, 529, 535, 629, 637,
 638, 650, 651, 685, 800
 Montaigne, M. de: 437, 443, 642
 Montale, B.: 802
 Monter, E. W.: 433
 Montesquieu (de Secondat), Ch. L.:
 21, 39, 46, 71, 73, 74, 75, 122,
 179, 181, 184, 186, 201, 232,
 242, 243, 245, 259, 262, 300,
 344, 347, 387, 388, 394, 400,
 432, 433, 437, 441, 442, 443,
 449, 451, 454, 459, 465, 482,
 483, 484, 510, 511, 517, 519,
 549, 566, 568, 577, 580, 582,
 586, 587, 591, 599, 619, 624,
 625, 638, 642, 645, 652, 653,
 656, 659, 660, 662, 670, 692,
 832, 843, 899, 933
 Moore, G. E.: 528
 Morelly: 340, 347, 451, 507, 535,
 730
 Moretti, R.: 664
 Mori, F. A.: 841
 Morlino, T.: 755
 Moro, A.: 312, 526, 532, 754
 Moro, T.: 265, 302, 303, 314,
 387, 437, 445, 450, 680
 Morris, N.: 255, 294
 Morris, R.: 285
 Mortara, L.: 663
 Mortati, C.: 895
 Mosconi, G. A.: 758, 759
 Moser, J. K.: 801
 Movilla Álvarez, C.: 665, 670
 Müller, F.: 200
 Müntzer (o Munzer), Th.: 347
 Murat, G.: 648
 Muratori, L.: 76, 157, 655, 901
 Musco, E.: 515, 516, 517, 518,
 650, 845
 Musgrave, A.: 84
 Musotto, G.: 530
 Mussolini, B.: 438
 Muyart de Vouglans, P. F.: 183,
 346, 453, 514, 642
 Nagel, E.: 82
 Nagler, J.: 256, 294, 317
 Namias, A.: 647, 648
 Napodano, G.: 517
 Napoleón I Bonaparte: 172, 434,
 444, 451, 577, 598, 618, 622,
 669, 670, 804, 805
 Napolitano, T.: 430
 Naria, G.: 845
 Naucke, W.: 320
 Necaev, S.: 282, 810
 Negri, A.: 282, 293, 893
 Nencioni, G.: 83
 Neppi Modona, G.: 447, 515, 516,
 663, 759, 845
 Neurath, O.: 78, 88
 Newton, I.: 532
 Nickles, T.: 193
 Nicolai, N.: 838
 Nicolini, N.: 183, 191, 576, 625,
 631, 638, 641, 676, 683, 684,
 691, 803
 Nicolini, U.: 429, 667, 669

- Niiniluoto, I.: 76
 Nobili, M.: 74, 86, 183, 186, 192,
 194, 643, 646, 665
 Nocilla, D.: 806
 Nocito, P.: 838
 Notaristefani, R. de: 447, 448
 Novelli, G.: 447, 627, 632, 633
 Nowell-Smith, P. H.: 528
 Nozick, R.: 894
 Numa Pompilio: 488, 524
 Nuvolone, P.: 113, 310, 430, 493,
 515, 526, 528, 531, 752, 754,
 757, 760, 803, 805, 956
- Offe, C.: 893
 O'Gorman, E.: 84
 Olbrechts-Tyteca, L.: 83
 Olivecrona, K.: 533
 Onida, V.: 664
 Opocher, E.: 76
 Oppenheim, P.: 82, 141
 Orestes: 347
 Orlando, V. E.: 647, 801, 842,
 942, 957
 Ortino, S.: 664
 Ortolan, J. L.: 293, 527, 645
 Overton, R.: 429, 450
- Pablo de Tarso: 254, 288, 436,
 624, 625, 839
 Paciotti, E.: 688
 Padoa Schioppa, A.: 669
 Padovani, T.: 515, 518, 757, 758,
 838, 845
 Pafundi, D.: 631
 Pagano, F. M.: 72, 74, 75, 79, 85,
 86, 107, 114, 116, 132, 138,
 147, 175, 182, 189, 191, 192,
 193, 194, 243, 260, 277, 299,
 300, 319, 390, 443, 449, 451,
 455, 466, 468, 507, 512, 513,
 529, 535, 552, 553, 562, 566,
 582, 604, 608, 609, 615, 617,
 624, 625, 626, 629, 631, 636,
 637, 639, 641, 642, 643, 645,
 647, 655, 675, 678, 679, 681,
 683, 685, 689, 690, 761, 840,
 846
 Pagès, G.: 660
 Pagliaro, G.: 315, 512, 752, 753,
 755, 803
- Paine, T.: 449, 900
 Pajetta, G.: 758
 Palazzo, F. C.: 753, 755, 757, 759,
 844
 Palazzolo, G. A.: 183, 185
 Paliero, C. E.: 756, 757, 760
 Palma, M.: 759
 Palmerio, G.: 658
 Palombarini, G.: 516, 665, 845
 Panagia, S.: 838
 Panormitano, A.: 683
 Panza, S. C.: 673
 Paoli, G.: 841
 Pappalardo, S.: 665
 Parménides: 77
 Pascal, B.: 510, 622
 Passano, M. da: 300
 Passerin d'Antrèves, A.: 838, 922,
 923, 924, 954
 Pasukanis, E. B.: 199, 256, 267,
 274, 281, 295, 307, 309, 312,
 315, 369, 393, 423, 424, 449,
 494, 521, 529, 531
 Patetta, F.: 183
 Pattaro, E.: 76, 204
 Pau, G.: 956
 Paulet, Ch.: 660
 Paulo: *v.* Paulus
 Paulus: 188, 302, 447, 524, 535,
 683
 Pavanini, G.: 194, 286, 446
 Pavarini, M.: 294, 310, 311, 312,
 314, 758, 759
 Pavone, C.: 664
 Pecoraro Albani, A.: 650
 Peczenik, A.: 88
 Pedro: 288, 436, 839
 Pedro Leopoldo (Leopoldo I de
 Toscana, más tarde Leopoldo II
 de Austria): 194, 398, 403, 440,
 448, 454, 535, 647, 675, 677,
 679, 832, 843
 Peirce, C. S.: 531
 Pene Vidari, G. S.: 802, 803
 Pepino, L.: 646, 757
 Perduca, A.: 759
 Perelman, Ch.: 83, 86, 197
 Peretti, I.: 949
 Perroni, L.: 801, 806
 Pertile, A.: 287, 432, 433, 434,
 441, 442, 443, 445, 448, 453,

- 454, 523, 535, 629, 638, 641,
645, 647, 651, 653, 657, 670,
682, 685, 689, 801
- Pertz, G. H.: 629
- Pesce, O.: 646
- Pessina, E.: 255, 286, 287, 292,
296, 311, 313, 427, 429, 439,
445, 447, 482, 519, 535, 582,
643, 655, 902
- Petres, R. S.: 532
- Petrocelli, B.: 289
- Petta, P.: 845
- Pettazoni, R.: 304
- Peuchet, J.: 801
- Piasezza, P.: 663, 664
- Picardi, N.: 598, 651, 652, 657,
658, 659, 660, 663, 664, 667,
668, 669
- Pigliaru, A.: 288, 305
- Pignatelli, A.: 646, 664, 666, 668,
670, 671, 759
- Pillio da Medicina: 115, 187
- Pinatel, J.: 310
- Pinkerton, J.: 435
- Pintore, A.: 204
- Pío XII: 254, 289, 296, 514
- Piola Caselli, E.: 663
- Piovani, P.: 84
- Pisani, M.: 628, 634, 635, 665,
678, 691
- Pisapia, G. D.: 526, 634, 635, 684,
754, 755, 845
- Pítaco: 533
- Pitch, T.: 425, 526, 649
- Pivetti, M.: 29, 670
- Pizzorusso, A.: 646, 663, 664, 665,
666, 667, 669, 673
- Plassis Mornay, P. du: 810, 839
- Platón: 119, 240, 255, 259, 260,
263, 265, 290, 296, 300, 302,
393, 304, 345, 387, 436, 441,
451, 452, 457, 510, 522, 528,
534, 689, 844, 855, 892, 903,
952
- Plauto: 302
- Plinio el Viejo: 534
- Plummer, Ch.: 839
- Poincaré, H.: 65, 88
- Pollastro, P.: 533
- Pontara, G.: 898
- Popper, K. R.: 50, 62, 78, 79, 80,
82, 84, 87, 89, 133, 141, 203,
531
- Portelli, A.: 845
- Post, A. H.: 287, 346
- Pound, R.: 73, 659
- Pozzo, C. U. del: 632, 635, 636
- Preston, R. H.: 294
- Priestley, F. E. L.: 282, 300
- Prins, A.: 269, 310, 312, 536
- Prior, A. N.: 81
- Proal, L.: 293
- Prokosch, E.: 435
- Puccioni, G.: 445, 529
- Pufendorf, S.: 213, 215, 224, 232,
242, 243, 259, 263, 265, 276,
298, 300, 301, 304, 368, 399,
407, 421, 423, 427, 440, 452,
464, 465, 466, 480, 481, 482,
509, 510, 511, 512, 517, 518,
525, 528, 550, 626
- Puglia, F.: 535
- Pugliatti, S.: 76, 79, 85, 525
- Pugliese, G.: 184, 187, 189, 428,
431, 432, 448, 628, 637, 638,
644, 650, 651, 669, 685
- Pulitanò, D.: 515, 516, 526, 529,
753, 755, 845, 847
- Purpura, G.: 801
- Putnam, H.: 90
- Püttmann, J. L. E.: 317
- Quine, W. V. O.: 78, 178, 181
- Quintiliano: 76, 187
- Radbruch, G.: 198, 277, 318
- Ragno, G.: 649
- Rahm, R.: 285
- Ramacci, F.: 756
- Ramat, M.: 294, 515, 668, 673,
692, 845
- Ramus, P.: 433
- Rand, A.: 894
- Ranelletti, O.: 801
- Ranke, L. von: 840, 844
- Raponi, N.: 802
- Raselli, A.: 198
- Rassat, M. L.: 645
- Ravizza, A.: 523
- Rawls, J.: 295, 838
- Reale, O.: 754, 772, 773, 787,

- 788, 791, 794, 797, 802, 805,
816, 817, 844
Rebuffa, G.: 664
Reposo, A.: 673
Rescher, N.: 90
Rescigno, U.: 668
Resta, E.: 845, 897
Riccobono, S.: 196
Richelieu (du Plessis de), A. J.: 586,
840
Ricoeur, P.: 288, 304, 306, 493,
522, 528
Rigaux, F.: 956
Rio, M. del: 185
Risi, P.: 450, 604
Roach, J. T.: 435
Roberto d'Angiò: 640
Robespierre, M.: 440, 894, 956
Rocco, Alfr.: 438, 615, 627, 631,
778, 782, 783
Rocco, Art.: 281, 295, 320, 371,
387, 426, 438, 512, 514, 756
Rodorà, S.: 198, 755, 895
Roeder, K. D. A.: 266, 305, 312
Rolin, A.: 838
Romagnoli, S.: 443
Romagnosi, G.: 110, 147, 175,
186, 191, 194, 243, 262, 277,
280, 294, 300, 301, 318, 333,
346, 347, 387, 394, 438, 454,
466, 468, 510, 512, 513, 517,
519, 525, 527, 529, 566, 609,
617, 644, 648, 653, 654, 662,
668, 686, 841, 846, 948
Romanello, M.: 433
Romano, M.: 315
Romano, Salv.: 198
Romano, Santi: 281, 756, 913,
951, 952
Romboli, R.: 665
Rómulo: 657
Ronco, M.: 753
Rorty, R.: 90
Rosa, G. de: 801, 803
Rosmini, A.: 255, 292
Ross, A.: 87, 179, 239, 255, 256,
295, 320, 369, 421, 423, 467,
497, 501, 512, 522, 527, 528,
531, 533, 534, 699, 754
Rossanda, R.: 29, 755, 949, 952
Rossi, A.: 670, 671
Rossi, E.: 758
Rossi, P.: 82, 431, 434, 440, 513,
529
Rossi, Pell.: 255, 286, 287, 293,
296, 371, 387, 438, 449, 468
Rota Ghibaudi, S.: 954
Rotario: 442, 448, 453
Rotelli, E.: 660
Rouche, M.: 349
Rousseau, J.-J.: 122, 180, 387,
437, 449, 514, 528, 810, 839,
843, 884, 889, 898, 899, 902,
949, 950, 957
Rousselet, M.: 659, 660
Rovelli, L.: 669
Rovelli, P.: 845
Roxin, Cl.: 315, 320, 515
Rubeis, R. de: 430, 434
Rubens, P. P.: 534
Rudd, R.: 667, 669
Ruffini, F.: 437, 842
Ruggiero, L. de: 200
Ruiz Miguel, A.: 12, 240, 896, 898
Rumbaugh, C.: 435
Runeberg, A.: 433
Rusche, G.: 314, 424, 446, 448
Russell, B.: 77, 78, 80, 81, 119
Ryle, G.: 528, 531
Saavedra López, M.: 848
Sabatini, G.: 646, 804, 805
Sack, F.: 310, 425
Saint-Just, L. de: 180
Saitta, A.: 666, 839, 894, 956
Saleilles, R.: 310
Salmon, W. C.: 193
Salustio: 390, 431, 444
Saluto, F.: 630, 633
Salvioli, G.: 183, 184, 188, 189,
190, 191, 433, 629, 638, 640,
641, 645, 647, 651, 652, 657,
670, 688
Sanctis, F. M. de: 839, 843
Sanctis, S. de: 307
Santalucia, B.: 431, 434
Santangelo Spoto, I.: 801
Saraceni, L.: 29, 517, 649, 805,
845
Saredo, G.: 801
Saturninus: 534, 628
Sauer, W.: 426, 521

- Saussure, F. de: 84
 Sauvel, T.: 690
 Sax, W.: 515
 Sbriccoli, M.: 801, 802, 837, 838
 Scaparone, M.: 639, 646, 684, 757
 Scarano, C.: 532
 Scarpari, G.: 759, 844, 845
 Scarpelli, U.: 29, 73, 76, 83, 86,
 179, 205, 239, 289, 421, 532,
 533, 896, 922, 923, 925, 926,
 954
 Schaffstein, F.: 514, 521, 522
 Schaumann, J. C. G.: 309
 Scheerer, S.: 285, 286
 Scheffler, I.: 82, 193, 519
 Schiapolli, I.: 445, 448, 453
 Schiera, P.: 660, 802
 Schilpp, P. A.: 84
 Schleiermacher, Fr.: 200
 Schlick, M.: 77, 531
 Schmink, C. U.: 838
 Schmitt, C.: 260, 810, 813, 840
 Schopenhauer, A.: 277, 319, 482
 Schulze: 301
 Schwarze, J.: 430
 Schwinge, E.: 514
 Sciacca, S.: 586, 658
 Scialoja, V.: 198
 Scirocco, A.: 802
 Searle, J. R.: 533, 534
 Segni, A.: 689
 Selden, J.: 255, 291
 Seligman, E.: 645
 Séneca: 115, 253, 255, 287, 290,
 296, 297, 301, 387, 436, 511,
 534
 Senese, S.: 29, 204, 664, 665, 666,
 673, 847, 896, 956
 Sentis Melendo, S.: 670
 Septimio Severo: 195, 638, 683
 Serini, P.: 71
 Servet, M.: 437
 Servio Tulio: 390, 689
 Sgubbi, F.: 515, 756, 757
 Shapere, D.: 193
 Siardi, F.: 318
 Sila: 431, 841, 843
 Sina, P.: 515
 Singer, R.: 255, 294
 Siniscalco, M.: 516, 684, 756
 Siracusa, F.: 646
 Smaus, G.: 286
 Smith, A.: 84, 164, 165, 202, 273
 Smuraglia, C.: 757
 Sócrates: 119, 290, 302, 303, 534,
 689, 920, 952, 953
 Sófocles: 522, 809, 952
 Solari, G.: 899, 950
 Solmi, A.: 432
 Solón: 562
 Sonnenfels, J.: 318, 642, 801
 Spagnolo, G.: 650
 Spasari, M.: 452, 529, 753, 754
 Spencer, H.: 267, 287, 441, 528
 Spinelli, A.: 758
 Spinoza, B.: 240, 280, 371, 387,
 437, 519, 528, 898, 948
 Spirito, U.: 70, 245, 266, 305,
 903
 Stahl, F. J.: 289
 Stella, F.: 315, 515, 516, 753
 Stephen, J. F. J.: 255, 275, 294,
 296, 315, 317, 371, 639, 676
 Stevens, R.: 667
 Stevenson, C. L.: 528, 531
 Stile, A. M.: 515, 516, 838
 Stirner, M.: 249, 281, 282, 328,
 346
 Stone, L.: 349
 Stoppato, A.: 626
 Stratenwerth, G.: 452
 Stübel, C. K.: 309
 Stucka, P. I.: 267, 307
 Tabor, O.: 641
 Tácito: 519
 Tafinger, W. G.: 293
 Tagliarini, F.: 756, 805
 Taine, H.: 900
 Tamassia, G.: 658
 Tancredo de Bologna: 115, 187,
 188, 189, 190
 Taormina, C.: 665
 Taparelli, P. L.: 289, 311, 387, 438
 Tarde, G.: 275, 316, 387, 438
 Tarello, G.: 70, 82, 421, 429
 Target, G. J. B.: 446
 Tarquinio el Soberbio: 431
 Tarski, A.: 48, 49, 66, 77, 78, 79,
 80, 89, 97
 Taruffo, M.: 76, 83, 86, 637, 639,
 646, 673, 690, 691, 692

- Teodosio I: 628
 Teodosio II: 682
 Teopompo: 656
 Terracini, U.: 414
 Terradillos, J.: 12
 Terrè, P.: 669
 Tersito: 504
 Tessitore, G.: 515
 Teubner, G.: 895
 Thiercelin, H.: 301
 Thomas, K.: 433
 Thomasius, Ch.: 213, 215, 224,
 242, 243, 259, 265, 276, 298,
 300, 304, 368, 423, 433, 440,
 464, 465, 468, 480, 482, 483,
 489, 510, 511, 512, 517, 518,
 519, 520, 526, 527, 566, 642,
 675, 889, 902
 Thompson, E. P.: 349
 Thonissen, J. J.: 287, 637
 Tiberio: 638, 843
 Tieftrunk, J. H.: 293
 Tissot, J.: 293
 Tito Livio: 390, 444
 Tittmann, K. A.: 309
 Tocqueville, A. de: 447, 535, 644,
 647, 660, 661, 663, 893
 Tolomei, G. P.: 387, 426, 428,
 438
 Tomás de Aquino: 115, 116, 188,
 202, 203, 254, 288, 304, 387,
 389, 436, 441, 442, 449, 508,
 525, 528, 624, 657, 683, 690,
 810, 839, 903
 Tomlinson, W.: 450
 Tommaseo, N.: 439
 Tortora, E.: 845
 Tosti, A.: 522, 525
 Toulmin, S. E.: 192, 193
 Trajano: 115, 625, 679
 Tranchina, G.: 649
 Tranfaglia, N.: 663
 Trasimaco: 240, 260
 Trechsel, S.: 845
 Treitschke, H. von: 840
 Treves, R.: 897
 Trevor Roper, H. R.: 433
 Trocker, N.: 668
 Trotha, T. von: 286
 Tupini, U.: 754
 Twining, W.: 76
 Ulpiano: 71, 92, 189, 359, 364,
 368, 383, 390, 423, 426, 427,
 429, 453, 482, 489, 519, 525,
 535, 628, 638, 679, 683, 837
 Vacca, G.: 637, 638, 647
 Vaccaro, M. A.: 347, 430, 534
 Valente: 647
 Valentiniano I: 647
 Valentiniano II: 628
 Valette, B. de la: 586, 659
 Valiante, M.: 628
 Valpreda, P.: 773
 Varano, V.: 667
 Varela, J. F.: 897
 Varlet, J. F.: 894
 Varrón, M. T.: 444
 Vassalli, G.: 281, 310, 428, 429,
 430, 515, 634, 635, 650, 684,
 752, 754, 845
 Vattel, E. de: 839
 Veall, D.: 429, 445, 450, 639
 Vecchio, G. del: 76, 291, 660
 Vellani, M.: 646
 Venturi, F.: 72, 642
 Verde, G.: 83, 191
 Verres: 685
 Verri, A.: 450, 676
 Verri, P.: 75, 179, 450, 566, 641,
 642
 Viazzi, C.: 646, 666, 755
 Vico, G. B.: 265, 303, 304, 309,
 449, 889
 Viehweg, Th.: 187
 Vigna, P. L.: 805
 Vigoriti, V.: 646, 667, 668, 669
 Vila, M.: 758
 Villa, V.: 87, 88, 90
 Vinciguerra, S.: 757
 Violante, L.: 743, 806
 Viora, M.: 657
 Visinskij, A. J.: 284, 891
 Vita, A. de: 669
 Vitalinis, B. de: *v.* Vitalini
 Vitta, C.: 648
 Vitta, E.: 956
 Viviani, A.: 845
 Vogt, K.: 528
 Volpe, G.: 664, 665
 Voltaire, F.-M. Arouet: 71, 87, 122,
 180, 185, 203, 225, 243, 260,

- 279, 300, 320, 347, 401, 433,
434, 438, 439, 443, 451, 452,
517, 519, 520, 523, 528, 558,
566, 576, 614, 617, 640, 642,
656, 680, 684, 685, 691, 813
Volterra, S.: 667
- Wahrmund, L.: 187
Watkins, J.: 532
Weber, M.: 101, 102, 113, 114, 527
Weinberger, O.: 88
Weiske, C.: 644
Welzel, H.: 486, 496, 514, 521, 530
Wieland, E. K.: 309
Wilkes: 87
Wilks, J.: 310
Williams, G.: 494, 497, 528
Willke, H.: 895
Windscheid, B.: 913, 951
Winstanley, G.: 73, 387, 429, 437,
446, 450
Wirth, J. U.: 293
Wittgenstein, L.: 77, 78, 533
Wolff, Ch.: 333
Wootton, Lady B.: 266, 281, 307,
494, 528, 529
- Wright, G. H. von: 82, 88, 421
Wroblewski, J.: 76, 86, 88, 205,
421
Württemberg, T.: 239, 515, 521,
531
- Zacharia, G.: 200
Zachariä (von Lingenthal), K. S.:
293, 449
Zaffarone, R.: 287
Zagrebelsky, G.: 670, 671, 673
Zagrebelsky, V.: 646, 649
Zanardelli, G.: 203, 419, 439, 447,
533
Zander, M.: 667
Zanobini, G.: 648, 756
Zaupser, A.: 318
Zenón: 390, 685
Ziletti, J. B.: 442, 524
Zimring, F.: 347
Zingale, A.: 646
Zipf, H.: 452
Zofiro: 534
Zolo, D.: 29, 78, 88, 89, 284, 895,
897
Zuffi, G.: 383

INDICE GENERAL

<i>Prólogo a la edición española: Luigi Ferrajoli</i>	9
<i>Prólogo: Norberto Bobbio</i>	13
<i>Introducción</i>	21

I. EPISTEMOLOGIA. LA RAZON EN EL DERECHO PENAL

1. COGNOSCITIVISMO O DECISIONISMO	33
1. El modelo garantista	33
1. La epistemología garantista.....	33
2. Convencionalismo penal y estricta legalidad	34
3. Cognoscitivism procesal y estricta jurisdiccionalidad .	36
4. Garantismo y utopía liberal. Cuatro dimensiones del poder judicial	38
2. Los modelos autoritarios	40
1. La epistemología inquisitiva	40
2. Sustancialismo penal y cognoscitivism ético	41
3. Decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo	42
4. La alternativa entre verdad formal y verdad sustancial .	44
3. El problema de la verdad procesal	45
1. El juicio penal como saber-poder. Garantismo y verdad.	45
2. La concepción semántica de la verdad procesal como «correspondencia». Verdad fáctica y verdad jurídica ..	47
3. La verdad procesal como verdad aproximativa	50
4. Los límites de la verdad procesal	51
1. La inducción fáctica y la verdad probabilística de la conclusión	51

2.	La deducción jurídica y la verdad opinable de las premisas.....	54
3.	La subjetividad específica del conocimiento judicial....	56
4.	El método legal de la comprobación procesal.....	59
5.	La decidibilidad de la verdad procesal	62
1.	Ilustrados ilusos e ilustrados desilusionados.....	62
2.	Tres silogismos judiciales: inducción, deducción y disposición. Significado y criterios de verdad.....	64
3.	Modelos de justificación en el derecho. La legitimación cognoscitivista de la jurisdicción	67
4.	El problema del garantismo penal	69
	Notas	70
2.	MODELOS DE DERECHO PENAL.....	91
6.	Las garantías penales y procesales	91
1.	Principios y modelos de derecho penal	91
2.	Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG	93
3.	El principio de estricta legalidad: un modelo regulativo ..	94
7.	Para una tipología de los sistemas punitivos	97
1.	Grados de garantismo	97
2.	Modelos de proceso penal autoritario	98
3.	Modelos de derecho penal autoritario.....	99
4.	Modelos punitivos irracionales	101
8.	Derecho penal mínimo y derecho penal máximo.....	103
1.	Derecho penal mínimo y racionalismo jurídico: derecho penal máximo e irracionalismo jurídico	103
2.	Dos modelos de certeza relativa	105
3.	La duda: incertidumbre de hecho e incertidumbre de derecho	108
	Notas	110
3.	EL PODER PUNITIVO ENTRE VERIFICACIÓN Y VALORACIÓN	117
9.	La interpretación. El poder de denotación y las garantías penales.....	117
1.	Significado y verificabilidad	117
2.	Verificabilidad jurídica y denotación legal: la estricta legalidad y la semántica del lenguaje legislativo	120

3.	Verificabilidad fáctica y denotación jurisdiccional: la estricta jurisdiccionalidad y la semántica del lenguaje judicial	124
4.	La deducción jurídica y la hétéro-integración judicial de la lengua penal	126
10.	La prueba. El poder de verificación de las garantías procesales.....	129
1.	Verificación e inducción fáctica.....	129
2.	Pruebas e indicios. Fiabilidad subjetiva y relevancia objetiva	130
3.	La justificación de la inducción como deducción enmascarada. Las pruebas legales	133
4.	La superación moderna de las pruebas legales y el principio potestativo de la libre convicción.....	136
5.	El esquema nomológico-deductivo de la explicación causal.....	141
→ 6.	La estructura lógica de la prueba: confirmación por <i>modus ponens</i> y refutación por <i>modus tollens</i>	143
7.	Las garantías procesales: necesidad de la prueba, posibilidad de la refutación y convicción justificada	147
8.	La carga de la prueba, el contradictorio, la motivación.	152
11.	La equidad. El poder de connotación y el <i>favor rei</i>	155
1.	La contraposición corriente entre legalidad y equidad.	155
2.	Una noción semántica de la equidad: legalidad como denotación y equidad como connotación. Lengua y lenguaje penal.....	158
3.	Principio de legalidad y principio de equidad como reglas semánticas del lenguaje penal. Los elementos constitutivos y las circunstancias del delito	160
4.	Los equívocos del formalismo y del antiformalismo. <i>Iuris-dictio</i> y <i>iuris-prudentia</i>	162
5.	El <i>favor rei</i> : comprensión equitativa, valoración simpática y graduación de las penas	164
12.	La discrecionalidad. El poder de disposición y los principios generales.....	166
1.	Verdad indecible y arbitrio dispositivo. El poder judicial de disposición	166
2.	El problema del carácter político de la función judicial. La ilegitimidad del poder de disposición	169
3.	Los principios generales del derecho como criterios de orientación del poder de disposición	172
→ 4.	Programa de una filosofía analítica del garantismo penal	175
	Notas	178

II. AXIOLOGIA. LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL

4.	LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL	209
13.	Costes y fines del derecho penal.....	209
1.	Los costes de la justicia y los costes de la injusticia	209
2.	Doce cuestiones en materia de justificación.....	211
3.	Doctrinas de la justificación, modelos axiológicos y modelos históricos de derecho penal	212
14.	Justificación externa y legitimación interna	213
1.	Punto de vista normativo externo y punto de vista normativo interno: justicia y validez.....	213
2.	Dos filones históricos de la cultura penalista: la separación y la confusión entre derecho y moral	214
3.	Las vías del sustancialismo.....	216
15.	La separación ilustrada entre derecho y moral	218
1.	La secularización ilustrada del derecho y de la moral en los orígenes del moderno estado de derecho.....	218
2.	Tres tesis teóricas en materia de separación del derecho de la moral. El formalismo jurídico.....	219
3.	Tres tesis axiológicas en materia de separación del derecho de la moral. El utilitarismo jurídico	222
16.	La confusión post-ilustrada entre derecho y moral	225
1.	La «paradoja hobbesiana» y la fundamentación iusnaturalista del estado de derecho como sistema positivo.	225
2.	La regresión ideológica de la cultura jurídica decimonónica. El sustancialismo jurídico	227
3.	La renuncia técnico-jurídica al punto de vista externo. El formalismo ético	230
17.	Si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar	231
1.	Los fundamentos filosóficos del garantismo penal. Análisis de un problema	231
2.	El punto de vista externo de la filosofía del derecho y sus reflejos internos.....	232
3.	Modelos de justicia y modelos de legalidad.....	235
	Notas	238
5.	SÍ Y POR QUÉ CASTIGAR, PROHIBIR Y JUZGAR. LAS IDEOLOGÍAS PENALES	247
18.	Las doctrinas abolicionistas	247
1.	Justificacionismo y abolicionismo penal.....	247
2.	El abolicionismo radical de Stirner y el abolicionismo holista anarquista y post-marxiano	249

3.	Dos perspectivas abolicionistas: la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria. El valor metodológico de las hipótesis abolicionistas.....	251
19.	Las justificaciones retribucionistas.....	253
1.	Tipología de las doctrinas de justificación. Justificaciones absolutas o <i>quia peccatum</i> y relativas o <i>ne peccetur</i>	253
2.	Los esquemas religiosos de la venganza y de la expiación y el mágico del intercambio. Kant y la retribución ética. Hegel y la retribución jurídica.....	254
3.	Equívocos teóricos y opciones autoritarias en las doctrinas de la retribución.....	256
20.	Las justificaciones utilitaristas.....	258
1.	El utilitarismo jurídico y la doctrina ilustrada de los límites del poder punitivo del estado.....	258
2.	Ambivalencia del utilitarismo jurídico: el fin de la máxima seguridad o el de la mínima aflicción.....	260
3.	Prevención general y prevención especial. Prevención positiva y prevención negativa.....	262
21.	La prevención especial: corrección o eliminación.....	264
1.	Corregibles e incorregibles.....	264
2.	Las doctrinas pedagógicas de la enmienda: la <i>poena medicinalis</i> en la tradición católica y en la idealista.....	265
3.	Las doctrinas terapéuticas de la defensa social: la Escuela positiva italiana y el modelo soviético.....	266
4.	El programa de Marburgo, la <i>new penology</i> americana y el proyecto resocializador de la diferenciación de las penas.....	267
5.	La idea antiliberal del delito como patología y de la pena como tratamiento.....	270
6.	Las instituciones correccionales desde mediados del siglo XIX.....	272
22.	La prevención general: integración o intimidación.....	274
1.	Prevención general positiva a través de la integración ..	274
2.	La formulación ilustrada del fin de la prevención general negativa. La pena ejemplar: Grocio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri y Bentham.....	275
3.	La prevención general negativa a través de la amenaza legal. Feuerbach, Romagnosi y Schopenhauer.....	277
4.	Los resultados autoritarios de las doctrinas de la prevención general negativa.....	278
	Notas.....	281

6.	EL FIN Y LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL. UN UTILITARISMO PENAL REFORMADO	321
23.	El estatuto metateórico del problema de la justificación.....	321
1.	Doctrinas, teorías e ideologías de la pena	321
2.	Doctrinas de justificación y justificaciones	324
3.	Las condiciones meta-éticas. La justificación <i>a posteriori</i>	326
4.	Abolicionismo ideológico y justificacionismo ideológico.....	328
24.	El derecho penal mínimo. Los dos fines del derecho penal.....	331
1.	La prevención de los delitos y la prevención de las penas informales	331
2.	El derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales. La ley del más débil	335
3.	Un nuevo modelo de justificación	336
25.	Justificación y garantismo.....	338
1.	El derecho penal y sus alternativas: sociedad salvaje, estado salvaje, sociedad disciplinaria y estado disciplinario.....	338
2.	Prácticas abolicionistas y utopía garantista	341
3.	Justificaciones condicionadas, condiciones de justificación y garantías. Garantismo y deslegitimación.....	343
	Notas	345

III. TEORIA. LAS RAZONES DE DERECHO PENAL

7.	LA PENA. CUÁNDO Y CÓMO CASTIGAR	353
26.	La estructura normativa del estado de derecho	353
1.	Justificación externa (o política) y legitimación interna (o jurídica) en el estado de derecho	353
2.	La positivación constitucional de los «derechos naturales». Ser y deber ser del y en el derecho moderno.....	354
3.	Legitimidad, validez, vigencia y efectividad en el estado constitucional de derecho. Redefiniciones	357
4.	Los niveles normativos. Incorporación limitativa e incorporación potestativa.....	362
5.	La deslegitimación jurídica: invalidez e inefectividad. Las garantías.....	365
27.	¿Cuándo castigar? El principio de la retribución penal	368
1.	La pena como sanción <i>post delictum</i>	368
2.	Concepciones formalistas y concepciones sustancialistas del principio retributivo: pena <i>quia prohibitum</i> y pena <i>quia peccatum</i>	370
3.	Criterios de validez y criterios de justicia	372

28.	El principio de legalidad penal.....	373
1.	La definición teórica de «delito». El principio de mera legalidad y el primer postulado del positivismo jurídico.....	373
2.	La definición legal de «delito». El principio de estricta legalidad y el segundo postulado del positivismo jurídico.....	375
3.	Legalidad nata y legalidad estricta. Legitimación formal y legitimación sustancial.....	378
4.	La irretroactividad de las leyes penales y la prohibición de la analogía.....	381
5.	Las vicisitudes del principio de legalidad. Codificaciones y descodificaciones.....	382
29.	¿Cómo castigar? Los principios de necesidad y de humanidad de las penas.....	385
1.	¿Qué penas? Las penas feroces: pena de muerte y penas corporales.....	385
2.	El talión y la idea de una correspondencia natural entre pena y delito.....	387
3.	Las penas modernas como privaciones: penas privativas de libertad y penas pecuniarias.....	389
4.	El principio de la pena mínima necesaria y el de respeto a la persona.....	394
30.	Los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas.....	397
1.	¿Cuánta pena? La medida de la pena y el principio de proporcionalidad.....	397
2.	La pre-determinación legal de la pena. La escala de penas y los límites máximos y mínimos.....	399
3.	La determinación judicial de la pena. El cálculo penal y el principio de equidad.....	402
4.	La determinación de la pena en la fase ejecutiva y el principio de certeza.....	406
31.	Una alternativa a las penas privativas de libertad y pecuniarias.....	410
1.	Crisis del actual sistema de penas y perspectivas de reforma.....	410
2.	Por la abolición de la pena carcelaria.....	412
3.	Por la reducción de las penas privativas de libertad. El límite máximo de diez años.....	414
4.	Por la abolición de las penas pecuniarias y la reforma de las penas privativas de derechos.....	416
5.	Un sistema de penas alternativas.....	418
	Notas.....	421

8.	EL DELITO. CUÁNDO Y CÓMO PROHIBIR	459
32.	¿Cuándo prohibir? Los problemas sustanciales del derecho penal.....	459
1.	Prohibición penal y reprobación moral. Una ética de la legislación	459
2.	Relativismo ético y relativismo jurídico. La imposible garantía de un derecho penal absolutamente justo y válido.....	461
3.	Las garantías penales o sustanciales y los elementos constitutivos del delito: resultado, acción, culpabilidad.	463
33.	Los principios de necesidad y de lesividad. Los bienes jurídicos	464
1.	Economía del derecho penal y lesividad del resultado. El derecho penal como instrumento de tutela.....	464
2.	La parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de derechos subjetivos a la tutela del estado.....	467
3.	Para un análisis meta-teórico del problema del bien jurídico	470
4.	El problema político o externo del bien jurídico.....	471
5.	El bien jurídico entre normatividad constitucional, normatividad legal y efectividad del derecho penal.....	474
6.	Bienes jurídicos fundamentales y prohibiciones mínimas necesarias.....	476
34.	El principio de materialidad de la acción	480
1.	Exterioridad de la acción y utilitarismo penal. El nexo causal entre acción y resultado.....	480
2.	Exterioridad de la acción y separación entre derecho y moral. La soberanía de la conciencia.....	481
3.	Exterioridad de la acción y estricta legalidad penal. Certeza penal y prueba	483
4.	La evolución histórica de la teoría de la acción y las múltiples vías del sustancialismo moderno: naturalismo e idealismo.....	484
35.	El principio de culpabilidad. La exigibilidad.....	487
1.	Los modelos arcaicos de responsabilidad objetiva y las vicisitudes del principio de culpabilidad	487
2.	Causalidad, imputabilidad, intencionalidad. Culpabilidad y responsabilidad	489
3.	Los fundamentos externos de la garantía de la culpabilidad.....	491
4.	¿Habría podido actuar de otro modo? El dilema metafísico entre determinismo y libre albedrío.....	492

5.	La disolución del principio de culpabilidad en los planteamientos objetivistas y en los subjetivistas. Dos aporías.	494
6.	La culpabilidad como elemento normativo del hecho. Exigibilidad e inexistencia.....	499
36.	¿Cómo prohibir? Regularidad y taxatividad de las normas penales.....	502
1.	Normas penales regulativas y normas penales constitutivas.....	502
2.	La prohibición de las leyes penales constitutivas. Dignidad de la persona e igualdad penal.....	504
3.	El paradigma constitutivo en los ordenamientos modernos. Reincidentes, sospechosos, peligrosos y rehabilitados.....	506
	Notas.....	509
9.	EL JUICIO. CUÁNDO Y CÓMO JUZGAR.....	537
37.	Garantismo procesal y valores de la jurisdicción.....	537
1.	Garantías procesales y garantías penales. Legalidad y jurisdiccionalidad.....	537
2.	Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales.....	539
3.	Valor de verdad, validez jurídica y legitimidad política en los pronunciamientos judiciales.....	542
4.	Verdad y libertad como valores de la jurisdicción y fundamentos axiológicos de la división de poderes.....	544
5.	El margen irreducible de ilegitimidad política de la función judicial.....	546
38.	Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado.	549
1.	Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia.	549
2.	Vicisitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional.....	551
3.	La ilegitimidad de la prisión preventiva y la libertad del imputado.....	555
4.	Un proceso sin prisión provisional.....	559
39.	¿Cuándo juzgar? El principio acusatorio.....	561
1.	La inderogabilidad del juicio. La ilusión panjudicialista y la inflación del proceso penal.....	561
2.	Proceso acusatorio y proceso inquisitivo. Modelos teóricos y tradiciones históricas.....	562
3.	La separación de juez y acusación. Publicidad y obligatoriedad de la acción penal. El ministerio público.....	567
4.	Procedibilidad de oficio y condiciones de procedibilidad.	570

40. ¿Qué juez? Las garantías orgánicas.....	574
1. Modelos de juez y modelos de proceso. Jueces ciudadanos y jueces magistrados	574
2. Los caracteres distintivos de la jurisdicción y la imparcialidad del juez. Sujeción a la ley y contra-poder	578
3. La imparcialidad del juez y la forma triangular de la relación procesal. La recusabilidad de los jueces. El defensor público	581
4. La independencia externa e interna. La separación de poderes y el nacimiento de la figura del juez moderno .	584
5. El juez natural y la prohibición de jueces extraordinarios. Preconstitución e inderogabilidad de las competencias.....	589
6. Modelos de responsabilidad judicial y modelos de juez: jueces electivos, profesionales y por concurso. La responsabilidad política	593
7. La responsabilidad jurídica de los jueces: penal, civil y disciplinaria	597
8. La responsabilidad social del juez y el control popular sobre la justicia	601
41. ¿Cómo juzgar? Las garantías procesales	603
1. El proceso como garantía de verdad y de libertad. Cognición e inquisición	603
2. La formulación de la acusación y el interrogatorio del imputado	606
3. La carga acusatoria de la prueba. Fuentes y medios de prueba.....	610
4. El derecho de defensa y el contradictorio	613
5. La publicidad y la oralidad. La media oralidad y la media publicidad del proceso en dos fases	616
6. El rito y el método legal de formación de las pruebas.	621
7. La motivación. Verdad y validez en el proceso.....	622
Notas	624

IV. FENOMENOLOGIA. LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LAS GARANTIAS EN EL DERECHO PENAL ITALIANO

10. EL SUBSISTEMA PENAL ORDINARIO	695
42. Normatividad y efectividad en el sistema penal italiano.....	695
1. La estructura garantista en el ordenamiento constitucional italiano. Las carencias de la Constitución del 48.	695
2. La divergencia entre principios y praxis. Las tres diferenciaciones del sistema penal italiano: tres subsistemas penales	697
3. La crisis de la forma legal y judicial del dercho penal..	700

43.	El delito. Principios normativos y perfiles efectivos.....	703
1.	La noción legal de «delito» en el derecho italiano	703
2.	Las garantías sustanciales y los elementos constitutivos del delito	704
3.	Las lesiones legales de las garantías relativas al elemento objetivo.....	707
4.	Las lesiones legales de las garantías relativas al elemento subjetivo	712
5.	Por una recodificación y descarceración de los delitos y por la despenalización de las contravenciones	713
44.	La pena. Principios normativos y perfiles efectivos	717
1.	La noción legal de «pena» en el ordenamiento italiano. Las garantías de retribución, estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad	717
2.	Medidas <i>extra delictum</i> y <i>extra iudicium</i> restrictivas de libertad. Los tratamientos diferenciados en la reforma penitenciaria	719
3.	La pena incierta y desigual. Las cárceles especiales y el laberinto premial.....	722
4.	Penas según los tipos de preso, de autor y de acusado. Las sanciones sustitutivas y los pactos.....	726
5.	Las lesiones del principio de jurisdiccionalidad de las penas: las penas sin juicio.....	728
6.	El proceso como pena. Imputación penal y etiquetamiento social	730
45.	El proceso penal. Principios normativos y perfiles efectivos .	732
1.	La noción legal del «proceso penal» en el derecho italiano. El modelo constitucional	732
2.	El nuevo código de procedimiento penal y el sistema acusatorio	734
3.	Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal. El legado de la emergencia	737
4.	Los procedimientos especiales sumarios. Juicios directísimos, inmediatos y por decreto	744
5.	Los procedimientos especiales diferenciados: pacto sobre la pena y pacto sobre el procedimiento. ¿Procesos alternativos o alternativa al proceso?	746
6.	Un cambio de paradigma del sistema penal.....	750
	Notas	752
11.	EL SUBSISTEMA PENAL DE POLICÍA	763
46.	Las múltiples vías de la defensa social.....	763
1.	El monopolio penal de la violencia y su eficacia	763
2.	La policía y sus funciones.....	766
3.	Tipología de las medidas de policía. La peligrosidad y la sospecha.....	768

47.	La custodia cautelar.....	770
	1. Crisis de la jurisdicción y cárcel preventiva	770
	2. El desarrollo de la prisión preventiva en Italia. El laberinto legislativo	771
	3. Usos y abusos judiciales de la prisión preventiva. La pena anticipada y la coerción inquisitiva.....	775
48.	Las medidas de seguridad	777
	1. La doble vía punitiva del código Rocco.....	777
	2. La naturaleza administrativa de las medidas de seguridad. La lesión del principio retributivo	779
	3. La lesión del principio de estricta legalidad	780
	4. La lesión del principio de estricta jurisdiccionalidad ...	783
49.	Las medidas de prevención	783
	1. «Clases peligrosas» y «personas peligrosas»	783
	2. La legislación sobre personas peligrosas en la Italia republicana. Las medidas de prevención contra los menores.....	785
	3. Sujetos peligrosos y personas sospechosas.....	787
50.	Las medidas cautelares de policía judicial.....	789
	1. El derecho procesal de policía	789
	2. El poder de detener de la policía judicial.....	790
	3. Los poderes de instrucción de la policía en el proceso ordinario.....	792
51.	Las medidas de orden público.....	795
	1. El orden público.....	795
	2. Medidas de administración policial ordinaria	796
	3. Medidas de excepción. El estado de sitio y los distintos estados de peligro.....	798
	Notas	800
12.	EL SUBSISTEMA PENAL DE EXCEPCIÓN.....	807
52.	Emergencia penal, razón de estado y estado de derecho.....	807
	1. Emergencia y estado de excepción. La excepción y la regla.....	807
	2. El delito político. Dos tradiciones: razón de estado y derecho de resistencia.....	809
	3. La incompatibilidad entre estado de derecho y derecho penal de excepción	813

53.	Tres fases de la emergencia penal.....	816
	1. Primera fase: el derecho especial de policía	816
	2. Segunda fase: el derecho penal político especial	818
	3. Tercera fase: el derecho penal diferenciado	819
54.	Caracteres del derecho penal especial o de excepción.....	820
	1. La mutación sustancialista del modelo de legalidad penal.	820
	2. El gigantismo procesal y los maxiprocesos	823
	3. La deformación policial de la jurisdicción de emergencia .	825
	4. El futuro de la jurisdicción penal.....	826
55.	Medios y fines penales. Después de la emergencia	828
	1. Si el fin justifica los medios. Estado de necesidad y estado de derecho.....	828
	2. Perspectivas de reforma de la legislación	832
	3. Dos puntos de vista para una deontología de la jurisdicción	835
	Notas	837

V. PARA UNA TEORIA GENERAL DEL GARANTISMO

13.	¿QUÉ ES EL GARANTISMO?	851
56.	Tres acepciones de «garantismo»	851
	1. El estado de derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación	851
	2. Teoría del derecho y crítica del derecho	852
	3. Filosofía del derecho y crítica de la política.....	853
	4. Una teoría del garantismo	854
57.	A) Un modelo de derecho. Estado de derecho y democracia.	855
	1. El estado de derecho: gobierno « <i>per leges</i> » y gobierno « <i>sub lege</i> ». Legitimación formal y legitimación sustancial	855
	2. Democracia y estado de derecho, «quién» puede y «cómo» se debe decidir; «qué» se debe y «qué no» se debe decidir	857
	3. Los derechos fundamentales: libertades y expectativas. Estado de derecho liberal y estado de derecho social...	860
	4. Democracia formal y democracia sustancial. El garantismo como base de la democracia sustancial	864
	5. La aporía de la irreducible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho	866

58.	B) Una teoría del derecho. El derecho ilegítimo	868
	1. Garantismo y positivismo jurídico	868
	2. Iuspositivismo dogmático y iuspositivismo crítico. La crítica jurídica del derecho vigente inválido.....	871
	3. Dos dogmas del iuspositivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica.....	872
	4. Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez.....	874
	5. Antinomias y lagunas irreducibles. La crítica del derecho inválido como tarea del juez y del jurista	876
59.	C) Una filosofía de la política. El estado-instrumento	880
	1. Estado-instrumento o estado-fin: utilitarismo o eticismo político.....	880
	2. El garantismo como doctrina de la fundamentación externa del estado en los derechos vitales de los ciudadanos.	883
	3. Una aporía política: la irreducible ilegitimidad política del poder en el estado de derecho. Las ideologías de legitimación	886
	4. Liberalismos reales y socialismos reales.....	890
	Notas	892
14.	EL PUNTO DE VISTA EXTERNO	905
60.	Garantismo, igualdad y tutela de los derechos fundamentales.	905
	1. Valor de la persona, tolerancia, igualdad y derechos fundamentales	905
	2. Derechos fundamentales e igualdad. Poderes y desigualdad	908
	3. Construcción y crisis del concepto de derecho subjetivo en el positivismo jurídico decimonónico.....	912
	4. Derechos fundamentales y garantías	915
	5. Legitimación formal y legitimación sustancial.....	918
61.	Garantismo, desobediencia, resistencia	920
	1. Sobre la obligación jurídica y sobre la obligación política de obedecer las leyes.....	920
	2. «A qué obliga» la obligación política de obedecer las leyes. Aporías lógicas y aporías políticas.....	922
	3. «Quién está obligado» a obedecer las leyes. El punto de vista interno de los jueces y el externo de los juristas ..	924
	4. La incompatibilidad entre estado de derecho y obligación moral de los ciudadanos de obedecer las leyes. Desobediencia civil y resistencia.....	927

INDICE GENERAL

62. Los derechos contra los poderes	931
1. Estado de derecho y poder mínimo. Micro y macropoderes ilegales o extra-legales	931
2. Micropoderes salvajes. Las desigualdades sustanciales	933
3. Macropoderes salvajes. Los «lobos artificiales» y la criminalidad de los estados	936
63. Garantismo y transformación social	940
1. Falacia politicista y falacia garantista	940
2. Garantías políticas y garantías sociales. La lucha por los derechos	942
3. Garantismo, cambio jurídico y democracia directa	946
Notas	948
<i>Índice de nombres</i>	959
<i>Índice general</i>	977

