

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

## CONTENIDO

|   |    |
|---|----|
| <i>Prólogo a la edición española:</i> Luigi Ferrajoli ..... | 9  |
| <i>Prólogo:</i> Norberto Bobbio .....                       | 13 |
| <i>Introducción</i> .....                                   | 21 |
| <i>Prólogo a la undécima edición:</i> Luigi Ferrajoli ..... | 29 |

### I

#### EPISTEMOLOGÍA. LA RAZÓN 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

#### AXIOLOGÍA. 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

#### TEORÍA. LAS RAZONES DEL 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

#### FENOMENOLOGÍA. LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS 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 TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO

|                                     |      |
|-------------------------------------|------|
| 13. ¿Qué es el garantismo? .....    | 851  |
| 14. El punto de vista externo ..... | 905  |
| <i>Índice de nombres</i> .....      | 959  |
| <i>Índice analítico</i> .....       | 977  |
| <i>Índice general</i> .....         | 1005 |

## PRÓLOGO

*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 estudioso 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 principios 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 substitutivistas, 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, *Vendas, non auctoritas facit iudicium*.

La segunda y la tercera partes 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 (ino basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.