

Jurisdicción y democracia

Luigi FERRAJOLI

1. JURISDICCION Y ESTADO DE DERECHO

Un fenómeno común a todas las democracias avanzadas, que las aleja del modelo de estado paleoliberal, es la expansión creciente del papel de la jurisdicción. Se trata de un fenómeno que a su vez está conectado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación y de limitación de los poderes públicos, producida con el crecimiento de la complejidad de los actuales sistemas políticos y como consecuencia del paradigma del estado de derecho. En efecto, puede afirmarse que a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción. Puesto que la jurisdicción interviene, precisamente, en presencia de las violaciones del derecho y, por consiguiente, se expande cuanto más crece, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, el área de las posibles violaciones del derecho mismo: que no son sólo las cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder.

Por lo demás, toda la historia del estado de derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica. Ha sido un proceso difícil y conflictivo. Basta pensar en las dificultades que tuvo la jurisdicción administrativa para afirmarse, a lo largo del siglo pasado; después de que, al principio, hubiera resultado inconcebible que el Estado pudiera comparecer en juicio; o —de Gerber a Laband, Jellinek y Santi Romano— en la doctrina alemana e italiana del siglo pasado de los derechos fundamentales como “efectos reflejos” de la postestad de “autolimitación” del Estado, que hizo aparecer imposible durante mucho tiempo que un particular pudiera alegar derechos frente al Estado. Pero cabe pensar, todavía hoy, en el espacio que tiene, en la práctica política y en la doctrina jurídica, la invocación de esos residuos de absolutismo que son el principio de la razón de estado o la doctrina de los actos políticos como actos sustraídos al derecho, y, también, la concepción del secreto de estado como prerrogativa infiscalizable del poder ejecutivo.

La actual expansión del papel del derecho y de la jurisdicción se explica, por otra parte, con dos fenómenos convergentes y ambos estructurales: el cambio en la estructura del sistema jurídico, produ-

cido en la segunda mitad de este siglo con su evolución bajo las formas del estado constitucional de derecho; y la transformación de la estructura del sistema político, producida por el contemporáneo desarrollo del estado social y, en consecuencia, por la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

La primera transformación —en la estructura del sistema jurídico— se produjo con la invención y la introducción, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo. En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley y la democracia, en la omnipotencia de la mayoría, encarnada a su vez en la omnipotencia del parlamento. El papel del juez, como órgano sujeto sólo a la ley —“*buche de la loi*”, según la metáfora de Montesquieu— venía consecuentemente a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (la constitución italiana, la alemana, la española y gran parte de las latinoamericanas) que completan el paradigma del estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley —más precisamente a la ley constitucional— y transformando así el viejo estado de derecho en estado constitucional de derecho. Tras el acontecimiento, que hizo época, de la derrota del nazifascismo, se descubrió que el consenso popular, sobre el que sin duda se habían basado los sistemas totalitarios, no es, en efecto, garantía de la calidad de la democracia frente a las degeneraciones del poder político. Así se redescubre el valor de la constitución como conjunto de metarreglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, aunque lo sean de mayoría, obligados por aquéllas a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, conforme a la noción de “constitución” formulada hace dos siglos en el art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”.

Se trata de un cambio radical de paradigma del derecho moderno: una suerte de segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del

derecho, la de la política y la de la democracia. En el plano de la teoría del derecho este cambio puede expresarse mediante la tesis de la subordinación de la propia ley al derecho y de la consiguiente disociación de *vigencia* (o existencia) y *validez* de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que tuvo lugar con el nacimiento del derecho moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y, con él, de la omnipotencia del legislador. Así, se había conseguido, en oposición a las viejas concepciones iusnaturalistas, la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir con su emanación en las formas previstas por el ordenamiento. *Auctoritas non veritas facit legem*, declaró Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, invirtiendo la vieja máxima iusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*: el derecho no es lo ontológicamente verdadero o justo, sea cual fuere lo que se entienda con estas expresiones, sino lo convenido como tal por la ley. Y a la omnipotencia del legislador correspondía la omnipotencia de la política —es decir, la primacía de la política sobre el derecho, siendo la legislación de la exclusiva competencia de la política— y, correlativamente, una vez el legislador democratizado a través de la representación parlamentaria, una concepción puramente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría.

Pues bien, la segunda revolución, producida en la última posguerra con las constituciones rígidas significa completar el estado de derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y los procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el estado constitucional de derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el sólo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas en las formas establecidas en las normas sobre su producción, sino cuando, además, sean también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco la política es ya omnipotente, al invertirse su relación con el derecho: también la política y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Así, ya no es posible concebir el derecho como instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, jurídico y político al mismo tiempo, que es la constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación de vigor y validez de las leyes, en el de la teoría política lo hace en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la *democracia*. Esta no se resuelve simplemente en la *dimensión política* que le viene de la *forma* representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino también de la *dimensión sustancial* impuesta a la misma por los principios constitu-

cionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.

Es comprensible el cambio de colocación del juez con respecto a la ley producido por este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales, encargados del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen encomendada la activación de tal control. En efecto, la sujeción a la ley y antes que nada a la constitución, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, también frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos, promovida por los jueces ordinarios y declarada por las cortes constitucionales. Esta sujeción no es ya, como en el viejo paradigma paleo-positivista, a la letra de la ley cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley sólo en tanto que válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional-garantista, la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de ésta ligada a la coherencia de sus significados con la constitución, que se remite a la valoración del juez. De aquí se deriva que la interpretación judicial de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.

La segunda transformación respecto al paradigma paleoliberal tiene que ver con el sistema político, y consiste en la ampliación de las funciones propias del "estado social" inducida por el crecimiento de su papel de intervención en la economía y por las nuevas prestaciones que demandan de él los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, la educación, la previsión social, la subsistencia y otros. Por lo demás, al no haberse elaborado las formas institucionales de un "estado social de derecho", tal expansión masiva de las funciones del estado se ha producido por mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo estado liberal, sin la predisposición de garantías efectivas para los nuevos derechos y en ausencia de mecanismos eficaces de control político y administrativo. Su resultado ha sido, por consiguiente, una crisis de la legalidad en la esfera pública: de un lado, el aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos; del otro, su creciente ilegalidad, que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas —en Italia como en España, en Francia y Japón como en los Estados Unidos y en los países de América Latina— en el desarrollo de la corrupción y, más en general, de los procesos de desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales.

Es claro que semejante fenómeno ha atribuido a la jurisdicción un nuevo papel: la defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder. Un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio de la sujeción a la ley

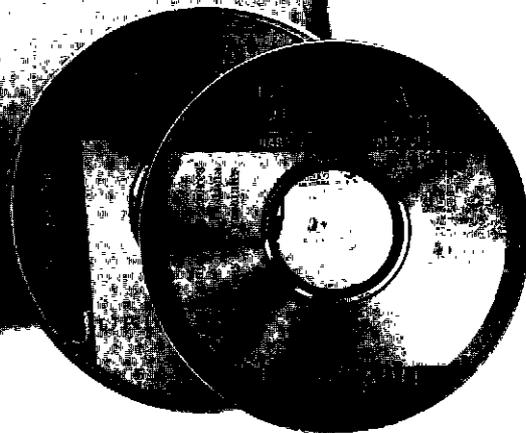
DIARIO FINANCIERO

Una publicación independiente

MARZO 25 DE ABRIL DE 1997

LA ADQUISICION MAS RENTABLE DE LOS ULTIMOS AÑOS

Aranzadi ofrece sus BDA de Jurisprudencia 1991-97
y Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias
Provinciales a un precio increíble



Consiga, de una vez, lo más interesante de los últimos años

Jurisprudencia 1991-97, más Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

- *Más de 130.000 sentencias y resoluciones de todos los tribunales y todas las materias.
- *Todas las sentencias y resoluciones a texto completo.
- *Con todas las setencias del Tribunal Constitucional desde 1991 a 1997.
- *Responde conjuntamente de forma inmediata.

No hay una oferta más rentable

BDA Jurisprudencia 1991-97: 130.000 Ptas.
BDA Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias
Provinciales: 144.000 Ptas.

Ahora, consiga
las dos Bases de Datos por sólo **165.000** Ptas.



La Tecnología al Servicio de la Experiencia

ARANZADI

EDITORIAL

Ctra. de Aoiz, Km. 3,5 • 31486 Elcano (Navarra) • Telefonos: 948/33 21 08-33 02 26 • Fax: 948/33 08 45-33 09 19
<http://www.aranzadi.es> • E-Mail: clientes@aranzadi.es



Para cualquier duda o consulta o para hacer sus pedidos, póngase en contacto con nosotros, estamos a su disposición.

Tel: 948/33 21 08-33 02 26

Fax: 948/33 08 45-33 09 19

Internet: <http://www.aranzadi.es>

E-mail: clientes@aranzadi.es

CUPON INFORMATIVO

Si desea recibir más información sobre esta suscripción, envíe este cupón a Editorial Aranzadi.

Apellidos: Nombre:
Profesión: Especialidad: C.I.F./N.I.F.:
Domicilio: C.P.:
Población: Provincia: Teléfono:

Marque todas las opciones por las que esté interesado

Deseo una demostración en mi despacho.

Deseo recibir totalmente gratis el siguiente diskette interactivo de demostración:

B.D.A. Jurisprudencia - B.D.A. Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

de todos los poderes públicos, propio del estado de derecho, que es, a su vez, presupuesto esencial de la democracia: que quiere decir sujeción a la ley de los poderes públicos, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de las funciones públicas, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.

2. JURISDICCION Y DEMOCRACIA

Desde la doble perspectiva apuntada —del papel de garantía de los ciudadanos frente las leyes inválidas y del papel de garantía de la legalidad y la transparencia de los poderes públicos en evitación de sus posibles actos ilícitos— la jurisdicción, como muestran de modo paradigmático los casos de Italia y España, ve ampliarse su papel con respecto al viejo paradigma paleoliberal y viene también a configurarse como un límite de la democracia política. En efecto, si “democracia” se entiende, según el viejo paradigma jacobino, en el sentido de omnipotencia de la mayoría y, por tanto, de los poderes político-representativos, el fundamento de la legitimidad del poder judicial no es “democrático” sino “legal”. Sin embargo, si entendemos la democracia también en el segundo sentido indicado —el de la dimensión que podemos llamar “constitucional” o “sustancial”, relativa no al *quién* se encuentra habilitado para decidir (la mayoría, desde luego), sino al *qué cosa* no es lícito decidir (o no decidir) a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad— son justamente estos cambios de paradigma los que han proporcionado un fundamento nuevo, “democrático” en este segundo sentido, al papel del juez en un estado constitucional de derecho, no antitético sino complementario del de la democracia política.

Esa esfera de lo *no decidible* —el “qué cosa” no es lícito decidir (o no decidir)— no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales —los primeros entre todos la vida y la libertad personal, que no hay voluntad de mayoría, ni interés general, ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados— y la sujeción de los poderes públicos a la ley.

En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter “democrático” de la jurisdicción como garantía, por una parte, de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos. Se trata de una dimensión de la democracia diversa de la formal o política que se expresa en el principio de mayoría y que bien se puede llamar, con expresión gastada por el uso, “sustancial”, ya que guarda relación no con las formas, o sea, el “quién” o el “cómo”, de las decisiones, determinadas por las reglas de la mayoría, sino con su sustancia, es decir, el “qué cosa” de las decisiones mismas, su contenido o significado.

De aquí se derivan dos consecuencias a las que quiero referirme sumariamente. La primera —ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos, asignado a la jurisdicción— es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces.

3. EL FUNDAMENTO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

En el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción el fundamento de la independencia de los jueces residía únicamente en la *legalidad* de las decisiones judiciales asegurada a su vez por la *verdad* jurídica y fáctica, si bien en sentido necesariamente relativo y aproximativo, de sus presupuestos. En efecto, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en un estado de derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una *motivación* en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas y los contratos privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción y cuya legitimidad política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la esfera pública, de su oportunidad y de su adherencia a los intereses representados. Las sentencias penales, en cambio, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en materia de hecho y re-cognoscitivos en derecho, de cuya verdad, jurídica y fáctica, depende tanto su *validez* o legitimación jurídica, interna o formal, como su *justicia* o legitimación política, externa o sustancial. Así, pues, por un lado, la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción penal vale para configurarla, de forma diversa a como sucede con la legislación y la administración, como “aplicación” o “afirmación” de la ley. Por otro, la misma sirve para garantizar ese específico derecho fundamental tutelado por el sistema penal que es la inmunidad de la persona no culpable a castigos arbitrarios.

Esta naturaleza de la jurisdicción es por sí sola suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar la independencia respecto a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Por eso, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del minis-

terio público del ejecutivo están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase “pero, hay un juez en Berlín” es que debe existir un juez en condiciones de absolver o condenar (y antes aún una acusación pública en condiciones de iniciar o no iniciar una acción penal) contra la voluntad de todos, según existan o falten pruebas de su culpabilidad.

Ahora bien, las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción que provienen de las transformaciones del sistema jurídico y político que he ilustrado antes —la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de legalidad sobre los poderes públicos— añaden otros dos fundamentos al principio de independencia del poder judicial de los poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos “contra la mayoría”, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente “contra la mayoría”. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que fuera, podría hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Por otra parte, como es obvio, el papel de control sobre las ilegalidades del poder no sólo no resulta garantizado sino que es obstaculizado por cualquier relación de dependencia, directa o indirecta, del magistrado respecto a los demás poderes. En Italia, por ejemplo, las investigaciones sobre *Tangentopoli* contra los exponentes del poder político y económico serían inconcebibles si los jueces y, antes aún, los integrantes del ministerio público, no fueran totalmente independendientes.

La figura y la colocación institucional del juez en el estado democrático de derecho resultan todavía más netamente caracterizadas por su cualidad de *externas* al sistema político y de *extrañas* a los intereses particulares de los sujetos en causa. El juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a éstos ninguna relación de dependencia. De otra parte, el nuevo y doble papel asignado a la jurisdicción, consistente en la garantía de los derechos fundamentales de todos así como de la legalidad de los poderes públicos —en una palabra, de lo que he llamado *la esfera de lo no decidible* (por *inválido* o por *ilícito*)— permite trazar aún con mayor claridad una *actio finium regundorum* entre los poderes del Estado. En efecto, desde ambos puntos de vista, la jurisdicción se configura como una averiguación de las violaciones del derecho, o sea, de los actos inválidos y de los actos ilícitos que traspasan los confines de la *esfera de lo decidible*, reservada a la política y a la administración. No existirá jurisdicción cuando el control de legalidad no tenga por objeto la averiguación de un acto ilícito o de un acto inválido y la aplicación de la ley a los hechos acreditados. No habrá política ni administración en ausencia de discrecionalidad.

Si esto es cierto, no tiene mucho sentido la alar-

ma de los que, frente a la multiplicación de las intervenciones judiciales contra las violaciones de las leyes por parte de los poderes públicos, denuncian el riesgo de “judicialización de la política”. En efecto, la jurisdicción no consiste en un genérico control de legalidad apto para provocar invasiones de campo en la esfera de lo que es decidible por la política, puesto que la misma interviene, precisamente, sobre lo que no es decidible por esta última, es decir, sobre los actos inválidos y los actos ilícitos. No tiene más sentido denunciar en tal intervención una “politización de la justicia”. Más bien deberían invertirse los términos de la acusación para sostener que la justicia ha dejado de estar politizada y que los jueces han cesado de hacer política desde que han comenzado a cumplir con su deber extendiendo también su control a las ilegalidades del poder.

4. EL GARANTISMO. POR UNA RESERVA DE CODIGO EN MATERIA PENAL

Desgraciadamente, al menos en Italia, el modelo de la jurisdicción como actividad tendencialmente cognoscitiva de aplicación de la ley, resulta, siquiera en parte, ineficaz por el fuerte déficit de garantías de nuestro sistema judicial: de *garantías penales*, a causa de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos de delito que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la iniciativa penal en contraste con el principio de estricta legalidad; de *garantías procesales*, a causa del desorden de nuestro proceso acusatorio tras las regresivas reformas de 1992 que desequilibraron el proceso reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa y el de las investigaciones preliminares en relación al juicio oral. La consecuencia son invasiones de campo y conflictos entre poderes, agravados por la lógica de confrontación que, al menos en Italia, informa y envenena el debate político, dividiendo verticalmente la opinión pública entre quien está a favor y quien está en contra de los jueces o a favor o en contra de los políticos. Con el resultado no sólo de la prevalencia de los diversos y contrapuestos corporativismos, sino también de un descrédito general de las instituciones y de la democracia.

Llego, así, a la segunda cuestión que, como ya he dicho, plantea, como consecuencia, el cambio de paradigma producido en esta segunda mitad del siglo, tanto en el sistema jurídico como en el sistema político. Es el reforzamiento de las garantías penales y procesales que hoy viene impuesto, como fuente de legitimación del poder de los jueces y de su independencia, precisamente por la ampliación que, según se ha comprobado, han experimentado el papel y los espacios de la jurisdicción.

En efecto, las fuentes de legitimación del poder judicial se identifican por completo con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —primero entre todos el de estricta legalidad penal— dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos. Y es evidente que tales fuentes deben

ser tanto más fuertes cuanto más relevante sea el papel político desarrollado por la magistratura. Pues sería una contradicción en los términos suponer que el poder judicial, en defecto de garantías y de estricta legalidad, podría presentarse, según el modelo aquí expuesto, como garante de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad de los demás poderes públicos.

Por eso los magistrados tendrían que ser los primeros en defender y reivindicar, no sólo en la práctica judicial sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de su legitimación: sobre todo la certeza del derecho, a través de la expulsión del sistema penal de todas las figuras de delito indeterminadas y una drástica despenalización que restituya a la intervención penal su carácter de *extrema ratio*; en segundo lugar, la restauración del juicio, frente a la coartada de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate contradictorio. Todo debilitamiento de las garantías equivale a un debilitamiento de la frágil frontera más allá de la cual ese instrumento de tutela de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que es el poder de los jueces se transforma en lo que Montesquieu llamó "el poder más odioso".

También desde el punto de vista de la política y de los poderes políticos el garantismo parece ser la única respuesta posible a la crisis de legitimidad que afecta a una y otros, así como a los desbordamientos indebidos de la jurisdicción que también se lamentan.

Es, sobre todo, la única respuesta posible en lo que se refiere a los elementos propios del estado social. Pensemos por un momento en las consecuencias que tendría, en términos de certeza del derecho, de efectividad de los derechos y también de garantía frente al arbitrio administrativo y la corrupción, una reforma del estado social que redujera los costes económicos de la intermediación burocrática y con ellos los espacios del clientelismo y de la corrupción y refundase las propias prestaciones según el modelo de los derechos *ex lege*: como el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación gratuita y obligatoria, el derecho al salario mínimo garantizado a todos, y otros semejantes.

Pero el garantismo es, sobre todo, la única respuesta posible al actual desorden en la legalidad penal. Ya que precisamente las garantías penales y procesales son técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces, sino que también los sujetan a su función cognoscitiva. Hay, es cierto, una paradoja aparente en la valencia política del principio de estricta legalidad penal. La legislación sólo puede realizar la reserva absoluta en materia de ley penal —que está entre las prerrogativas del parlamento y con él de la mayoría de gobierno— en la medida que resulte no sólo condicionante sino también condicionada: en otras palabras, en cuanto se subordine a la obligación constitucional de la taxatividad de los tipos delictivos. Ya que es claro que los jueces estarán tanto más dotados de poderes discrecionales, tendencialmente invasivos de la esfera

de competencia de la política, cuando más indeterminados sean los supuestos delictivos. En Italia, por ejemplo, existe de siempre una figura delictiva que, debido a la indiferencia de la mayoría y a la hostilidad de casi todos los magistrados, sólo al cabo de grandes esfuerzos está a punto de ser reformada. Me refiero a la previsión como delito del "abuso de funciones" (*abuso in atti d'ufficio*), que es una norma en blanco que de hecho permite la fiscalización concreta por la magistratura de cualquier acto de la administración pública, con todos los abusos, las arbitrariedades y los conflictos que cabe imaginar. Es claro que sólo un saneamiento de tales delitos y el respeto por parte del legislador del principio de taxatividad penal puede suprimir el arbitrio de los jueces en la creación del hecho o cuando menos en la integración de los supuestos de hecho penales, reduciendo la dimensión decisionista de su actividad.

En suma, en la crisis en curso hay responsabilidades de la política, de la magistratura y, también, de la cultura jurídica, que brilla por la total elusión de sus deberes. Pues hoy, la única respuesta eficaz a la crisis que atravesamos tendría que ser una respuesta en profundidad, no coyuntural: una reforma radical del código penal, que en Italia es todavía el fascista de 1930, dirigida a llevar orden al sistema de los delitos y de las penas a través de una acción radical de despenalización y limitación del uso de la cárcel. Sin embargo, creo que ni siquiera una seria reforma de los códigos será suficiente para superar la crisis que afecta ya de manera irreversible al derecho penal. Lo demuestra la breve y desoladora historia del nuevo código procesal penal italiano, que entró en vigor apenas hace unos años y que, a la primera y, por lo demás, previsible reagudización de la emergencia mafiosa, fue desnaturalizado por el decreto Martelli de 1992.

Por eso quiero reiterar aquí una propuesta, en la que hace tiempo vengo insistiendo. Me refiero a la introducción en la Constitución de una *reserva reforzada de código* frente a las intervenciones de excepción y de ocasión del legislador ordinario. Las reformas de los códigos están destinadas al fracaso, como un inútil trabajo de Sísifo, si no van acompañadas de esta nueva y específica garantía: una meta-garantía, por así decirlo, dirigida a proteger de la legislación de emergencia a las propias garantías penales y procesales y, al mismo tiempo, a poner un freno a la inflación penal que ha hecho retroceder al código penal a una situación de sustancial descodificación, nada diferente a la premoderna, cuando el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias y el predominio de las prácticas, habían generado en la cultura de la Ilustración la exigencia del *código* como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos, para la tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces. Hoy —tras de la declaración de quiebra del derecho penal representada por la sentencia de la Corte Costitucional italiana (nº 364/1988), que archivó como irreal el clásico principio penal que hacía inexcusable la *ignorantia legis*— tal exigencia ha terminado

por ser tan urgente como entonces. Y debe hacerla valer, junto a la reserva de código, contra la falta de certeza del derecho, generada no sólo por aquella "iurisprudencia o sabiduría de jueces desordenados" de que hablaba Hobbes hace tres siglos, sino también por la legislación misma, no menos inflacionista, incoherente y "desordenada".

Esta *reserva de código* debería llevar consigo que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deban contenerse en el código penal o en el procesal y no pueda introducirse ninguna si no es mediante su modificación, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y devolverle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio "todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos", por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo cada vez de la unidad y de la coherencia del

conjunto. Por lo demás, si es cierto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que se lo deje cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la producción de siempre nuevas emergencias.

Me doy cuenta de que proponer hoy una reforma garantista del sistema penal puede parecer algo banal y también irreal. Pero creo que precisamente en las situaciones de crisis volver los ojos hacia los principios puede ser la solución más creíble, aparte de la más eficaz y racional; y que precisamente en un momento de desorientación, de desconfianza general y de recelo y a la vez de confrontación política sobre la justicia, el reclamo del garantismo, como conjunto de vínculos y de reglas racionales y compartidas impuestas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del poder judicial, puede representar no sólo una opción estratégica sino también el único terreno no resbaladizo de confrontación y de encuentro.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ).

LUIGI FERRAJOLI
*Derecho y Razón.
Teoría del garantismo
penal (2.ª ed.)*

Rústica: 992 pp. 7.000 ptas.
Tela: 992 pp. 12.000 ptas.

GUSTAVO ZABREBELSKY
*El derecho dúctil.
Ley, derechos, justicia (2.ª ed.)*
176 pp. 1.500 ptas.

ANTONIO PEÑA
*La garantía en el Estado
constitucional de derecho*
Próxima publicación

JUAN J. BUSTOS
Y HERNÁN HORMAZÁBAL
Lecciones de Derecho penal
Próxima publicación

MAURIZIO FIORAVANTI
*Los derechos fundamentales.
Apuntes de historia de las constituciones*
168 pp. 1.900 ptas.

JUAN TERRADILLOS (ED.)
Derecho penal del medio ambiente
144 pp. 1.500 ptas.

PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS
*La relación laboral especial
de los estibadores portuarios*
424 p. 5.500 ptas.

BERTA VALDÉS DE LA VEGA
*La profesionalidad del trabajador
en el contrato de trabajo*
232 pp. 2.500 ptas.

LUIS COLLADO Y M.ª CARMEN PIQUERAS
*El subsidio por desempleo.
Un estudio del nivel
asistencial de protección*
184 pp. 2.500 ptas.

MANUEL RAMÍREZ (ED.)
El Parlamento a debate
240 pp. 2.600 ptas.

ROSARIO GALLARDO MOYA
Democracia sindical interna
264 pp. 2.700 ptas.

TROTTA

Sagasta, 33 • 28004 Madrid Tel. 593 90 40 Fax: 593 91 11