

EL PAPEL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Luigi Ferrajoli*

*SUMARIO:** I. Jurisdicción y estado de derecho. II. El papel de la jurisdicción y el valor de la independencia. III. El garantismo como respuesta estratégica a la crisis de la justicia y de la política. IV. Una propuesta de reforma: la reserva de código.*

I. JURISDICCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

Creo que se puede establecer una correlación biunívoca entre estado de derecho y jurisdicción. Si es verdad que el estado de derecho consiste en la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de la jurisdicción equivale al sistema de límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo de este sistema.

En el estado paleoliberal del ochocientos, estos vínculos eran mínimos. Primero, porque el papel del Estado era mínimo: tutor y garante del orden público interno, a través del derecho y la jurisdicción penal, y de la certeza de los tratos comerciales a través del derecho y de la jurisdicción civil. En segundo lugar, porque, durante mucho tiempo, el Estado y las otras entidades públicas, incluida la administración pública, no habían sido concebidos como posibles partes procesales y los actos legislativos y administrativos no se consideraban justiciables. La jurisdicción civil y penal —una referida a la tutela de los derechos en las relaciones privadas y a la

verificación y reparación de ilícitos civiles, y la otra referida a la verificación y al castigo de los ilícitos penales— estaba destinada únicamente a los ciudadanos, es decir, a la sociedad. Fue con mucha lentitud que se desarrolló, en el siglo XIX, un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos. Y no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando se desarrolló, en Europa, un contencioso legislativo, con la introducción del control de la constitucionalidad sobre la legislación ordinaria.

El progreso del estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y por consiguiente del paradigma del estado de derecho. De hecho, se puede afirmar que, a toda expansión del principio de legalidad, a todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder, inevitablemente ha correspondido un aumento de los espacios de la jurisdicción. La jurisdicción interviene en presencia de violaciones del derecho y, por lo tanto, entre más se expande, con la imposición de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, más se extiende el área de las posibles violaciones del derecho mismo: violaciones que, en las democracias avanzadas, ya no son sólo las que cometen los ciudadanos comunes, sino que son también, y cada vez más, las que realizan los poderes públicos.

* Profesor de filosofía del derecho y la teoría general del derecho en la Universidad de Camerino.

** Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 20 de mayo de 2003 en el Seminario «Estado de derecho y función judicial» coorganizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el referido órgano jurisdiccional. La traducción del italiano fue realizada por Daniela Bochicchio, en tanto que la revisión técnica de la traducción estuvo a cargo de Javier Ortiz Flores.

Se pueden señalar dos razones para esta expansión del papel del derecho y de la jurisdicción, ambas estructurales e irreversibles: el cambio de estructura del **sistema jurídico** ocurrido en la segunda mitad de nuestro siglo con su evolución de las formas del estado legislativo de derecho a las formas del estado constitucional de derecho, y el cambio de estructura del **sistema político** producido por el desarrollo del estado social y por lo tanto de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

El primer cambio —el de la estructura del sistema jurídico— en Europa ocurrió con la intervención e introducción de las constituciones rígidas, después de la Segunda Guerra Mundial: éstas incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo para el poder ejecutivo y judicial, sino también para el poder legislativo. En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el estado de derecho consistía básicamente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría y, por lo tanto, del parlamento. El papel del juez como órgano sujeto sólo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido.

Este sistema cambia profundamente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que completan el paradigma del estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley —a la ley constitucional, precisamente— y transformando así el viejo estado de derecho en estado constitucional de derecho. Después de la derrota del nazismo y del fascismo, que fue el acontecimiento de la época, se descubrió que el consenso popular del que habían gozado hasta los sistemas autoritarios no garantizaba en lo absoluto la calidad de la democracia contra la degeneración del poder político. Se redescubre entonces el valor de la constitución como conjunto de meras reglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, aunque sean de mayoría, obligados por la misma a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, según la noción de «constitución» formulada hace dos siglos por el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789: «Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution» (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está

asegurada, ni la separación de los poderes está determinada, no tiene constitución).

Se trata de una transformación radical de paradigma del derecho moderno: una especie de segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia. Sobre el plano de la teoría del derecho, este cambio puede expresarse en la tesis de la subordinación entre **vigencia** (o existencia) y **validez** de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que se dio con el nacimiento del estado moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y con éste, el de la omnipotencia del legislador. Consecuencia de ello fue la identificación de la validez de las leyes, en oposición a las viejas concepciones del derecho natural, con su positividad, o sea con su emanación en las formas previstas en el ordenamiento. *Auctoritas non veritas facit legem*, había declarado Hobbes¹ invirtiendo la vieja máxima del derecho natural *veritas non auctoritas facit legem*: el derecho no es el que se considera (según el caso) ontológicamente verdadero o justo, se entienda lo que se entienda con estas expresiones, sino que es lo que se conviene como tal en la ley. Al principio de la omnipotencia del legislador le correspondía, por otro lado, la idea de la omnipotencia de la política —es decir, de la primacía de la política sobre el derecho, siendo la legislación competencia exclusiva de la política— y paralelamente, una vez que el legislador se volvió democrático en las formas de la representación parlamentaria, una concepción totalmente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría.

Pues bien: la segunda revolución que se produce en la posguerra con las constituciones rígidas, equi-

¹ «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem» (T. Hobbes, *Leviathan*, (1651), trad. Latina (1670), en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cargo de W. Molesworth, (1839-1845), reimpresso, Scientia Verlag, Aalen 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202 (existe versión al español de Manuel Sánchez Sarto: *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1940]. NE). T. Hobbes repite una máxima casi idéntica: «no es la sabiduría quien crea la ley, sino la autoridad», *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, (1665), traducido al italiano por N. Bobbio, *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, en *Opere politiche*, Utet, Turín 1959, I, p. 397.

El papel de la función judicial en el estado de derecho

vale a una integración del estado de derecho, es decir, a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el legislativo, que se subordina también al derecho y a la constitución, ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también en sus contenidos. Por consiguiente, en el estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales. Tampoco la política es ya omnipotente. Su relación con el derecho se invierte: también la política y la legislación que produce se subordinan al derecho. De manera que ya no es el derecho el que puede concebirse como instrumento de la política, sino que es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, tanto jurídico como político, que es la constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, sobre el plano de la teoría política, éste se manifiesta en un cambio correspondiente en la naturaleza misma de la **democracia**: la democracia no consiste ya sólo en la **dimensión política** que le confiere la **forma** representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la **dimensión sustancial** que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.²

Podemos entender el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los

jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la constitución, de hecho transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por jueces ordinarios y es declarada por las cortes constitucionales. De hecho, ésta ya no es, como en el viejo paradigma paleoius-positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo si es válida, es decir, si es coherente con la constitución.³ En el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia —remitida a la evaluación del juez— de sus significados con la constitución. De ello se deriva que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, donde el juez tiene la tarea de escoger sólo los significados válidos, o sea aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales que éstas establecen.

Hay, además, un segundo cambio del viejo modelo de estado paleoliberal que se produce en el siglo pasado y que entraña asimismo una expansión del papel de la jurisdicción. Éste se refiere al sistema político y consiste en la ampliación de las funciones propias del «Estado social» inducida, por un lado, por el crecimiento de su papel interventor en la economía y, por el otro, por las nuevas prestaciones exigidas por los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la subsistencia y similares. Esta expan-

² Sobre este cambio de paradigma, remito a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), III ed., Laterza, Roma-Bari 1996, capítulos XIII y VII (existe versión al español de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000. NE).

³ Esta aclaración, sin duda, basta para redefinir el significado del principio de la sujeción del juez sólo a la ley, en concordancia con el cambio de paradigma del derecho positivo producido por las constituciones rígidas: en dos sentidos, primero, que esta sujeción es primordialmente una sujeción también a la ley constitucional y, segundo, es además una sujeción a la ley ordinaria sólo si ésta es considerada (por el juez) constitucionalmente válida. Por lo tanto, me parece totalmente inoportuna, si no por otra cosa por lo menos por los equívocos que puede generar, la propuesta de Enrico Scoditti, formulada en el ensayo de apertura del fascículo *Riforma costituzionale e giurisdizione*, de sustituir la formulación actual del artículo 101 de la constitución: «los jueces están sujetos sólo a la ley» por la de «los jueces están sujetos sólo a la constitución». De hecho, se correría el riesgo de volcar el principio de estricta legalidad penal que constituye el principio básico de todo el sistema garantista.

sión masiva de las funciones del Estado ocurre, al no haber sido elaboradas las formas institucionales de un «estado social de derecho», por una mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo estado liberal y en ausencia de garantías eficaces para los nuevos derechos y de mecanismos adecuados de control político y administrativo. El resultado fue una crisis de la legalidad en la esfera pública. Por una parte, un aumento descontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos; por la otra, una creciente ilegalidad de los mismos que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas —en Italia, España, Francia y Japón, así como en Estados Unidos y en los países de América Latina— en el desarrollo de la corrupción, así como de procesos de dislocación del poder político a sedes invisibles que escapan al control político y jurisdiccional.

Queda claro que también este segundo fenómeno contribuyó a la expansión de la jurisdicción, a la que dio un nuevo papel: el de la defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder. Éste es un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio del estado de derecho, que es la sujeción a la ley por parte de todos los poderes públicos y que constituye a su vez una premisa esencial de la democracia. Esto significa también transparencia, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, igualdad de todos ante la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.

II. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN Y EL VALOR DE LA INDEPENDENCIA

Bajo ambos aspectos —el papel de garantía de los ciudadanos contra las leyes inválidas y el papel de garantía de la legalidad y de la transparencia de los poderes públicos contra sus actos ilícitos— la jurisdicción no sólo experimenta la expansión de su papel con respecto al viejo paradigma paleoliberal, sino que se configura también como un límite a la democracia política. Ya que, si «democracia» se entiende, según el modelo jacobino, en el sentido de omnipotencia de la mayoría y, por lo tanto, de los poderes político representativos, ésta encuentra un límite en el control judicial

cuya legitimidad no es «democrática», sino puramente «legal».

Sin embargo, si entendemos la democracia también en el segundo sentido antes mencionado —en la dimensión que podemos denominar constitucional o «sustancial», referente no a **quién** está capacitado para decidir (la mayoría), sino a **qué** no es lícito decidir (o no decidir) por parte de la mayoría, o incluso en la unanimidad— estos cambios de paradigma proporcionaron un fundamento nuevo para el papel del juez, «democrático» en este segundo sentido, no antitético sino complementario al de la democracia política.

Este ámbito de lo «no decidible» —el «qué» no es lícito decidir (o no decidir) — no es sino lo que en las constituciones democráticas se convino sustraer a la voluntad de la mayoría. En cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: antes que nada, la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; en segundo lugar, la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley.

Es precisamente en estos dos valores, expresiones ambos del principio de igualdad, donde reside el carácter «democrático» de la jurisdicción como garantía, por un lado, de los derechos de todos y, por el otro, del ejercicio legal de los poderes públicos. Se trata de una dimensión de la democracia que se añade a la formal o política, expresada por el principio de mayoría, y que bien podríamos denominar, con una expresión desgastada, «sustancial»: ya que ésta se refiere no sólo a las formas, es decir, el «quién» o el «cómo» de las decisiones, determinadas precisamente por la regla de la mayoría, sino a su sustancia, es decir, el «qué» de las decisiones mismas, o sea su contenido o significado.

Con ello se refuerza, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, el fundamento de la división de los poderes y de la independencia de los magistrados: un reforzamiento que proviene justamente del nuevo y doble papel que se asigna a la jurisdicción, de garantía de los derechos fundamenta-

El papel de la función judicial en el estado de derecho

les de todos y, al mismo tiempo, de garantía de la legalidad de los poderes públicos; en una palabra, de su papel de garantía de lo que denominé el **ámbito de lo no decidible** (por ser **inválido** o por ser **ilícito**).⁴

En el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción como aplicación de la ley, y del juez como órgano rígidamente subordinado a la misma, el fundamento de la independencia de los jueces residía, de hecho, sólo en la **legalidad** de las decisiones judiciales, asegurada, a su vez, por la **verdad** jurídica y factual de sus premisas, aunque fuera sólo en sentido relativo y aproximado. De hecho, 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 dicho, es una actividad prescriptiva que necesita para justificarse de una **motivación** total o parcialmente cognitiva. Las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados, son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende sólo del respeto a las normas sobre su producción y cuya legitimación política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la pública, de su oportunidad y su apego a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, exigen una motivación fundamentada sobre argumentos cognitivos en los hechos y reconocitivos en el derecho, de cuya aceptación como «verdadera» dependerá tanto su **validez** o legitimación jurídica o interna o formal, como su **justicia** o legitimación política o externa o sustancial. Por lo tanto, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción sirve, por un lado, para configurarla, a diferencia de la legislación y de la administración, como «aplicación» o «afirmación» de la ley. Por otro lado, ésta sirve para garantizar ese derecho fundamental tutelado específicamente en el proceso penal, que es la inmunidad de la persona no culpable ante castigos arbitrarios.

Esta naturaleza de la jurisdicción bastaría para explicar el carácter no consensual ni representati-

vo de la legitimación de los jueces y para fundamentar la independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Justamente, porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la verificación imparcial de los hechos, ésta no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no vuelve verdadero lo que es falso ni viceversa. Por eso el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ministerio público frente al ejecutivo, están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase «habrá un juez en Berlín» es que debe haber un juez capaz de absolver o condenar (y antes de eso, una acusación pública capaz de no iniciar o de iniciar una acción penal) en contra de la voluntad de todos, cuando faltan o existen las pruebas de su culpabilidad.

Ahora bien, las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción que provienen de los cambios del sistema jurídico y político que he ilustrado —la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de la legalidad sobre los poderes públicos— añaden otros dos fundamentos al principio de la independencia del poder judicial frente a los poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales, de acuerdo con una afortunada expresión de Ronald Dworkin, son derechos contra la mayoría,⁵ también el poder judicial encargado de su tutela debe ser un poder virtualmente «contra la mayoría». No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque ello responde a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

Por otro lado, como es obvio, el papel de control sobre las ilegalidades del poder, no sólo no es garantizado, sino que es obstaculizado por cualquier relación de dependencia directa o indirecta, de los magistrados respecto de otros poderes. Las investigaciones sobre corrupción de exponentes del poder

⁴ Remito de nuevo al citado *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*, pp. 546-559 y 895-909 (vid. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 537-549 y 855-868. NE.) y a *Il diritto come sistema di garanzie*, en «Ragione pratica», año I, n. 1, 1993, pp. 143-161.

⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), traducido al italiano por F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bolonia 1982, pp. 274-278 (existe versión en español de Marta Gustavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1993 [1989], reimpresso en Madrid, Editorial Planeta-De Agostini, 1993 [Obras maestras del pensamiento contemporáneo, 40], pp. 289-296. NT).

público y económico serían inimaginables si los magistrados y, antes que ellos, el ministerio público, no fueran totalmente independientes.

La figura y la ubicación institucional del juez en la democracia constitucional, resultan aun más nítidamente caracterizadas por su **exterioridad** respecto del sistema político y por su **alejamiento** de los intereses particulares de los sujetos en cuestión. El juez no es precisamente un órgano del aparato de Estado. Respecto de los demás poderes del Estado, el juez es, si acaso, un **contrapoder**, en el doble sentido de que es el encargado del control de la legalidad sobre actos inválidos y sobre actos ilícitos y, por lo tanto, sobre los daños, provengan de quien provengan, a los derechos de los ciudadanos. Desde luego para ejercer semejante papel, el juez no debe tener ninguna relación de dependencia, ni directa ni indirecta, con ningún otro poder. Debe ser, para abreviar, independiente tanto de poderes externos, como de poderes internos respecto del orden judicial.

III. EL GARANTISMO COMO RESPUESTA ESTRATÉGICA A LA CRISIS DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA

Sobre la base de este papel y de esta ubicación del juez en el estado constitucional de derecho, se puede hoy redefinir, sobre el plano teórico, un *actio finium regundorum* entre los poderes del estado, capaz de identificar con relativa nitidez sus limitaciones y fronteras recíprocas. El primer paso en esta dirección lo sugiere el criterio, ya señalado, de acuerdo con el cual la jurisdicción se define y marca principalmente como **verificación de las violaciones del derecho**: de los actos inválidos y de los actos ilícitos.

La diferencia entre la jurisdicción y la administración puede reconocerse, con base en este criterio, en el hecho de que la primera es aplicación, mientras que la segunda es sólo respeto de la ley; donde «aplicación» quiere decir actividad vinculada al cumplimiento de obligaciones de ley, mientras que «respeto» significa actividad discrecional en la observación de los límites o prohibiciones impuestos por la ley misma. De aquí el carácter tendencialmente cognitivo de la primera y decisonal de la segunda. No hay jurisdicción si no recurren la verificación de un acto, ya sea inválido o ilícito, o bien, de una situación o de

un estatus, y la aplicación de la ley a lo verificado. No hay política ni administración en ausencia de discrecionalidad, en el respeto de la ley —ya no digamos en su aplicación—.

Claro que si éste es el papel de la jurisdicción, no tiene sentido la alarma de quienes denuncian frente al crecimiento de las intervenciones judiciales contra las violaciones de la ley por parte de los poderes públicos, el riesgo de la jurisdiccionalización de la política y de la politización de la justicia. De hecho, la jurisdicción no consiste en un control genérico de la legalidad para producir invasiones de campo en el ámbito de lo que es decidible en la política, ya que aquella interviene sólo sobre lo que no es decidible por la política, es decir, sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos. Ni tendría sentido, en este caso, acusar a la justicia de politización: si acaso, se debería invertir la acusación y sostener que la justicia ha dejado de estar politizada y que los jueces han dejado de hacer política cuando empezaron a hacer su deber extendiendo su control hasta las ilegalidades del poder.

Desafortunadamente, el modelo aquí ilustrado de la jurisdicción como actividad cognitiva de aplicación de la ley es un modelo teórico (y normativo), desmentido (y violado) de hecho por los amplios espacios de discrecionalidad generados 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 las clases de delitos que, en casi todos los ordenamientos, han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la iniciativa penal, en contraste con el principio de estricta legalidad; de **garantías procesales**, a causa del tendencial desequilibrio que, en casi todos los sistemas procesales, refuerza el papel de la acusación en perjuicio de la defensa y el papel de las investigaciones preliminares respecto del debate. Resultan de ello invasiones de ámbitos y conflictos entre los poderes que, desde hace años, dividen en nuestro país [Italia] a la opinión pública de acuerdo con lógicas de polarización, envenenan el debate sobre la justicia, impiden la confrontación racional y amenazan con desacreditar en forma general a nuestras instituciones.

Hay entonces un segundo paso, más importante, que debe dar la reflexión teórica y sobre todo la práctica legislativa y judicial para otorgar efectividad a la frontera aquí señalada entre el poder de los jueces y los otros poderes públicos, si no queremos que éste se quede en el cielo de los principios. Y este paso es un reforzamiento

El papel de la función judicial en el estado de derecho

decisivo de las garantías penales y procesales, apto para acentuar el carácter cognitivo del juicio y, actualmente, más esencial —como límite a la excesiva discrecionalidad del poder de los jueces y, al mismo tiempo, como fuente de legitimación de su independencia— precisamente por la ampliación que experimentaron, como hemos visto, el papel y los espacios de la jurisdicción. Pretendo decir que el garantismo, como conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos, es la única respuesta posible a la crisis que estamos viviendo y el único punto de encuentro entre jueces y políticos, entre derecha e izquierda, entre magistrados y abogados. De hecho, por un lado, las fuentes de legitimación del poder judicial se identifican completamente con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —el primero de los cuales es la estricta legalidad penal— dirigidos a reducir en la mayor medida posible el arbitrio de los jueces en la tutela de los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, la estipulación de las garantías depende de la legislación que, por sí sola, puede asegurar las condiciones de la sujeción del juez a las leyes y proteger con ellas los espacios propios de la política.

Desafortunadamente, este segundo paso no ha sido dado, por culpa tanto de la magistratura como de la política, además que de la cultura jurídica, que se distingue por su sustancial rebeldía. Justamente el papel nuevo y central adquirido en estos años por la justicia penal, destinado no a reducirse sino a expandirse con el crecimiento de la complejidad de la esfera pública, habría tenido que hacer que tanto la defensa de las garantías en la práctica judicial como su reivindicación sobre el plano legislativo fueran una elección estratégica para todos los jueces. Son las garantías, de hecho, las que marcan la frágil frontera entre poderes judiciales propios y poderes judiciales impropios, más allá de la cual, el poder de los jueces amenaza con convertirse en lo que Condorcet denominaba «el poder más odioso»,⁶ en vez de ser

instrumento de defensa de la legalidad y de tutela de los derechos.

Pero también, desde el punto de vista de la política y de los poderes políticos, el garantismo es la única respuesta posible a la crisis de legitimidad que afecta a la una y a los otros, y a los indebidos desbordamientos de la jurisdicción que nos aquejan. Las garantías penales y procesales son precisamente las técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces, sino que también los anclan a su función cognitiva. Hay, de hecho, una aparente paradoja en la validez política del principio de estricta legalidad penal. La legislación puede realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, que está en las prerrogativas parlamentarias y, por lo tanto, de la mayoría de gobierno, siempre y cuando no sea sólo condicionante sino también condicionada: en otras palabras, siempre y cuando se subordine a la obligación constitucional de la taxatividad de las clases de delitos. En cambio, los jueces, a su vez, estarán más dotados de poderes discrecionales tendencialmente invasores de la esfera de competencia de la política, entre más indeterminadas queden las clases de delito.

IV. UNA PROPUESTA DE REFORMA: LA RESERVA DE CÓDIGO

En la crisis que estamos viviendo, hay responsabilidad de la política, de la magistratura y también de la cultura jurídica, que brilla por su total ausencia. Ya que hoy la única respuesta a la crisis que estamos atravesando debería ser una respuesta alta, no coyuntural: una reforma radical del sistema penal y procesal bajo el signo del paradigma del derecho penal mínimo; una reforma del código penal, que en Italia sigue siendo el fascista de 1930, dirigida a restablecer el orden en el sistema de los delitos y de las penas a través de una radical acción de despenalización y desencarcelamiento. Sin embargo, creo, ni siquiera una seria reforma de los códigos bastará para superar la crisis que afecta ya irreversiblemente al derecho penal. Lo demuestra la desoladora historia del nuevo código de procedimiento, que entró en vigor hace apenas unos años y modificado en la primera y previsible agudización de la emergencia mafiosa, por el decreto Martelli de 1992.

⁶ M. Condorcet, *Idées sur le despotisme*, (1789), en *Œuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París 1847, tome IX, pp. 155-156. «El despotismo de los tribunales» dice Condorcet, sólo puede evitarse «si los jueces están estrictamente obligados a seguir a la letra la ley» (ivi, p. 156), ya que «hay despotismo siempre que los hombres tienen patrones, es decir, cuando se someten a la voluntad arbitraria de otros hombres» (ivi, p. 147). Montesquieu, a su vez, había hablado de «el poder para juzgar, tan terrible entre los hombres» (*De l'esprit des lois*, 1748, en *Œuvres complètes*, Gallimard, París 1951, vol. II, XI, 6, p. 398).

Es por eso que quiero aquí repetir una propuesta sobre la cual he insistido muchas veces: la introducción en la constitución de una **reserva reforzada de código** contra las intervenciones excepcionales y ocasionales por parte del legislador ordinario.⁷

Las reformas de los códigos están destinadas al fracaso, como un inútil trabajo de Sísifo, si no son acompañadas por esta nueva y específica garantía: una metagarantía por así decirlo, dirigida a proteger las mismas garantías penales y procesales de la legislación de emergencia y, al mismo tiempo, frenar la inflación penal que ha hecho ya retroceder al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, parecida 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 iluminista la exigencia del **código** como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos en tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces. Entonces la incertidumbre del derecho provenía de «aquella *juris prudentia* o sabiduría de jueces desordenados» de la que habló Thomas Hobbes hace tres siglos.⁸ Hoy esta incertidumbre es causada por la legislación misma, tan incoherente y «desordenada», como para haber provocado esa declaración de bancarrota del derecho penal que pronunció la Corte Constitucional en la sentencia número 364 de 1988, que archivó como irreal el clásico principio penalista de la no excusabilidad de la *ignorantia legis*. Y como entonces la incertidumbre del derecho había generado en la cultura iluminista la exigencia del **código** como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos para la tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces, hoy esa misma y no menos urgente exigencia puede satisfa-

cerse protegiendo al código del legislador y devolviendo al derecho penal su naturaleza de *extrema ratio*.

Esta **reserva de código** debería implicar que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deban estar contenidas en el código penal o procesal, y que ninguna pueda introducirse si no es a través de alguna modificación, que se aprobará con procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para dar de nuevo credibilidad al derecho penal y regresarlo a su naturaleza de *extrema ratio*. Por compleja y voluminosa que fuera, una nueva codificación, de acuerdo con el principio de «todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos», lo sería mucho menos que la actual acumulación de leyes especiales; aunque fuera sólo porque la prohibición de una legislación penal novelística obligaría al legislador a hacerse cargo, de vez en vez, de la unidad y de la coherencia del conjunto. Por otro lado, si es cierto que el derecho penal incide sobre las libertades de los ciudadanos, éste tiene una importancia casi constitucional, y no es tolerable que se deje diariamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías en el gobierno y a la sucesión de emergencias siempre nuevas.

Me doy cuenta de que proponer, hoy en día, una reforma garantista del sistema penal, puede parecer banal y también irreal. Pero creo que, precisamente en las situaciones de crisis, el llamado a los principios puede ser la solución más creíble y más eficaz y racional; y también que en un momento de desorientación, de desconfianza general y al mismo tiempo de choque político sobre la justicia, el llamado al garantismo como conjunto de vínculos y reglas nacionales y compartidas para la tutela de los derechos de todos al ejercicio del poder judicial, puede representar no sólo una elección estratégica, sino también el único terreno firme de encuentro entre derecha e izquierda, entre políticos y operadores, entre jueces y abogados. Puede ser el único terreno firme de confrontación y de encuentro.



⁷ He sostenido el principio de la reserva de código penal y procesal penal en *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, en *Governò dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cargo de E. Bruti Liberati, A. Ceretti y A. Giasanti, Feltrinelli, Milán 1996, pp. 81-82, y en «*Lapena in una società*» en *Questione giustizia*, 1996, 3-4, pp. 537-538.

⁸ T. Hobbes, *Leviathan*, (1651), traducido al italiano por M. Vinciguerra, *Leviatano*, Laterza, Bari 1911, vol. I, XXVI, p. 222: «La ley es hecha no por la *iurisprudencia* o la sabiduría de jueces desordenados, sino por la razón de este hombre artificial que es el estado y sus órdenes» (vid. *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, p. 222. NE).