

## ***SOBRE DERECHO Y RAZÓN* DE LUIGI FERRAJOLI**

---

*Fernando Coronado\**

El libro de Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*<sup>1</sup> es, a no dudarlo, la obra mayor del autor, quien a lo largo de años de experiencia e investigación ha logrado un trabajo que Roberto Bergalli considera un acontecimiento de las mismas proporciones intelectuales de *Dei delitti e dell pene*, de C. Beccaria que en 1764 se constituyese en la obra emblemática del proyecto del derecho penal de la modernidad, y consecuentemente, verdadero parteaguas entre la conciencia autoritaria y la conciencia ilustrada.

Ferrajoli postula sus tesis en las llamadas condiciones de globalización y ante la perspectiva de ideales también de globalización, lo que ocurre en el ánimo de lo que se ha dado en llamar la condición postmoderna, misma que es visualizada como signo de ruptura con el proyecto moderno, el cual postula como una de sus manifestaciones más poderosas el ideal de la democracia y las fórmulas de racionalidad en que ésta se sustenta, particularmente la que encarnan los derechos humanos. Sin embargo, las condiciones reales de globalización que se manifiestan en las formas que adopta el mercado de bienes y capital, la comunicación basada en una poderosa tecnologización de signo lógico-formal, así como la utilización de estos poderes tanto para fortalecer las hegemonías históricas como las emergentes, son la razón de expresiones nuevas de diversos fenómenos sociales, como el de la criminalidad, que se constituyen en el espacio dialéctico (crisis-fortalecimiento) de la propia modernidad. En tal contexto, se percibe el ocaso de una posible ética universal en tanto condición paradójica de la propia modernidad, por ejemplo, la diversidad cultural que el ejercicio de la tolerancia ha permitido emerger en las sociedades postindustriales y postcoloniales, surgidas estas últimas de un proceso de colonización jurídico-política primero, con más énfasis económico político después, pero nunca de un diálogo de humanización recíproca. De esta forma el camino por el cual occidente ha impuesto su razón

---

\* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

<sup>1</sup> *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, con prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995; forma parte de la colección Estructuras y Procesos (serie Derecho). Título original: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Gius. Laterza & Figli, 1989. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés.

ha sido el de la supresión de la diversidad que ahora se pretende recuperar. Sin embargo, tanto la Europa que ha conquistado territorios en diversos sentidos, como los Estados Unidos de Norteamérica, han hecho sentir su presencia globalizadora bajo el signo de la dominación de la economía de mercado, fórmula neutra del sistema capitalista, en este sentido también la doctrina de la seguridad nacional en décadas pasadas, la Convención de las Naciones Unidas sobre narcotráfico de 1988, Convención de Viena, y *el estado de emergencia* que por diferentes vías e intensidades se manifiesta en los países de la mayor tradición democrática, no pueden ser más que reveladores de la paradoja democracia-capitalismo, paradoja que se redimensiona ante la recategorización de la democracia, la primera entendida ahora también como condición necesaria para la supervivencia de las culturas no occidentales.

Es en este contexto en el que Ferrajoli propone un análisis y una valoración de los sistemas penales de occidente a la luz de una teoría argumentativa fundada en esa gran síntesis de los ideales de humanismo que constituyen los derechos humanos.

La obra de 991 páginas en su versión española, se divide en grandes capítulos; el primero de ellos está dedicado a la reflexión especulativa en torno al sentido de verdad en que se ha sustentado la acción punitiva. Aquí surge la cuestión entre una opción cognocitivistica o una decisionista, propia esta última de autoritarismos y fundamentalismos, sustentados en supuestos ontológicos de justicia y, por ello, metafísicos, ya sea por apoyarse en doctrinas de derecho natural o positivas (en este sentido las doctrinas del hombre o la sociedad criminógenos). La propuesta de Ferrajoli es la búsqueda de un contenido de verdad fundamente en los sentidos de la democracia y a través de un ejercicio del poder punitivo pleno de garantías.

La opción de la propuesta epistemológica de Ferrajoli, es decir, la opción del garantismo penal, está expresada en un sistema axiomático, entendido como vía de un proceso de conocimiento que busca la verdad como horizonte de sentido y no como argumento para legitimar la arbitrariedad. El sistema se expresa de la siguiente manera:

- A1 *Nulla poena sine crimine.*
- A2 *Nullum crimen sine lego.*
- 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 indicium sine accusatione.*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10 *Nulla probatio sine defensione.*

Este sistema axiomático no es, desde luego, un mero sistema vacío de contenido axiológico, la clave está en que los postulados en sí constituyen fórmulas de justicia, en tanto expresiones de racionalidad cuyo cumplimiento permite un uso prudente de la fuerza punitiva, dado que se reconoce que dicha intervención, por muy necesaria y benéfica que pudiera resultar, ha de hacerse bajo el principio de dignidad de la persona y, por tanto, tomando en cuenta la imposibilidad de legitimar toda acción del estado que no reconozca tal condición de la persona, como sustento del ejercicio de su poder.

El segundo gran capítulo está dedicado al análisis de las doctrinas justificacionistas y abolicionistas del derecho punitivo, así como al estudio de la fundamentación y argumentación de criterios de racionalidad para el ejercicio del poder punitivo cuya ausencia se manifiesta en los costos del sistema penal, el cual se caracteriza por una opción legislativa injusta, a la que se suman los costos de la falta de eficiencia, probabilidad y profesionalismo que aqueja a los encargados de la investigación de delitos y persecución procesal de los sospechosos, así como la carencia de formación democrática que afecta a los jueces y magistrados. El resultado es un camino de criminalización injusto que se revela en la llamada cifra oscura de la criminalidad, que también podríamos llamar de la ineficiencia y no sólo en ésta, sino también en la cifra que el autor llama de la injusticia, representada por quienes son criminalizados ya sea por motivos extraños a la justicia, por un procedimiento arbitrario o por error. El poderoso análisis de Ferrajoli se manifiesta en la exposición y discusión de doce cuestiones, como él las llama, relativos a las justificaciones, a la admisibilidad, al fin, a los presupuestos y a las formas de las penas, de las prohibiciones y de los juicios penales. El autor explica las consecuencias negativas de las justificaciones ontologistas de la facultad punitiva, fundadas en discursos éticos o cientificistas de todo fin correccionalista de la pena, ya que tales argumentos han servido de legitimación a una intervención punitiva del estado que rebasa los límites de una ética democrática, sustentada a su vez en espacios de justicia provenientes de un pacto social de tolerancia cuyos límites en materia penal son la no afectación injusta de derechos fundamentales del otro. En este espacio, Ferrajoli estudia además las diversas propuestas del pensamiento abolicionista.

El autor se ocupa también del análisis de las cuestiones que si bien ven a la justificación externa del derecho penal, se refieren puntualmente a las razones de legitimación interna del mismo; relacionadas con el delito, la pena y el proceso penal, en el cual dicho análisis aborda las cuestiones relativas a las condiciones de justificación, naturaleza y medida de las penas; la definición del catálogo penal y las razones en torno a qué modelo penal es justificable en una democracia.

Un tercer gran capítulo se refiere a la fundamentación y argumentación de un derecho penal propio de un estado de derecho, basado en los criterios

de racionalidad que están en la base de las corrientes del pensamiento filosófico también del derecho, corrientes que desembocan en el surgimiento y transformaciones de la teoría general del derecho, y a partir de ellas, las teorizaciones del derecho como lenguaje, ya sea desde perspectivas más analíticas, hermenéuticas. Todo ello ocurre en el espacio de la construcción de los derechos humanos en los espacios de la sociedad postcapitalista, que ante la emergencia de la diversidad de actores individual y colectivamente considerados (algunos provenientes de realidades premodernas a quienes se les negó identidad y otros productos de las condiciones que propició la nueva realidad) como protagonistas de un diálogo democrático, ha llegado a la conciencia de que la búsqueda de las razones del ajusticiamiento bajo el signo de la proyección de ideales, como el que representan la condición ética del auditorio universal de Perelman o la comunidad de comunicación universal de Habermas, son también un acto de dominación.

En un cuarto momento, el análisis de Ferrajoli se dirige al estudio del fenómeno del derecho punitivo italiano y a la detección de las grandes contradicciones en que está sumido el *estado de derecho* en ese país con motivo de la *emergencia penal*, en cuya base de justificación están la *cosa nostra* (mafia), la camorra, y otras manifestaciones de violencia social para dar paso a la instauración de la excepción penal como presencia crónica y la inevitable ruptura del estado democrático de derecho, mediante la creación legislativa de tipos penales abiertos, punición equiparada para todas las formas de participación (en los ámbitos del derecho penal sustantivo de tradición continental); inversión de la carga de la prueba, vulneración de la no autoincriminación (en el ámbito procesal), así como mediante una amplia potestad de actos coactivos a cargo de la policía.

En el último gran apartado de esta monumental obra, Ferrajoli se propone la exposición de su teoría general del garantismo. La propuesta parte de una opción entre el estado de derecho que se legitima en nombre de la ley y el que se legitima porque acata la ley, el que busca la mera forma y el que construye una jurisdicción y una jurisprudencia fortalecedoras de una justicia democrática para cuyo logro el autor destaca la necesaria realización de la «garantía política de la fidelidad» de los poderes públicos, la cual consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional y, sobre todo, de los derechos fundamentales, la cual no es posible si los procesos del poder y de su ejercicio no se sustentan en la participación popular, la división de poderes y el perfeccionamiento de fórmulas inter e intracontrol, así como de pluralismo político, y, con ello, de la mayor representatividad, una efectiva coincidencia entre sedes legales y sedes reales del ejercicio de los poderes, la publicidad de los procesos decisionales, el control político y judicial sobre los aparatos administrativos y sus cuerpos policiales y militares, a través de la jurisdicción constitucional, a más de otros presupuestos que han de estar en la base de los procesos de una conciencia democrática instalada en la conciencia del pueblo.

Debo hacer notar que se trata de una reseña crítica, dado que no hice una exposición puramente descriptiva, lo cual en el caso de una obra tan espaciosa no es cosa fácil, pues me permití exponer mis convicciones en torno al entorno epistemológico y político del trabajo del maestro Ferrajoli.

La aparición de esta obra en su lengua original ha motivado ya un libro colectivo al cuidado de Letizia Gianformaggio bajo el título *Le ragioni del garantismo, discutiendo con Luigi Ferrajoli*, editado en 1993 por *Giappichelli Editore* de Turín.