

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 11
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

RECUERDO
DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993 - 1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.

Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.

La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.

Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.

La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Abril de 1994

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

ESTUDIOS

les. Incluso, podría reclamarse su intervención obligatoria u optativa, según los casos, en la etapa del sumario, en los juicios seguidos en sede penal por delitos cuyo bien jurídico fundamental consista en la protección precisa de las familias en nuestro medio.

Es más, lo anterior vale independientemente del importante y valioso rol actual de los Jueces de Menores, sobre todo a partir del ejercicio mismo de sus trascendentales facultades de imperio en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales. Por otra parte, la función interpretativa en el derecho de las familias puede enriquecerse enormemente en Chile siguiendo pues la senda que ya han abierto dos eminentes juristas: Carlos Cerda Fernández a partir del ejercicio de la propia función judicial y Agustín Squella Narducci, desde la cátedra de Filosofía del Derecho de varias universidades del centro del país, en colaboración, por supuesto, de una gama variada de especialistas en disciplinas tales como la Psicología, Medicina, Asistencia y Trabajo Social, Antropología, etcétera⁽¹³⁾.

13. Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial. Documentos y materiales. Tomos I y III, años 1990 y 1991. Corporación de Promoción Universitaria.

EXPOSICION Y CRITICA DE UNA REDUCCION DEL DERECHO PENAL

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA *

1. "El mundo contemporáneo en el que vivimos se encuentra desde hace varios decenios en crisis: esta afirmación ya se ha convertido en común, y nadie piensa en objetarla, aunque exista una diferencia de opiniones acerca de la naturaleza y de las dimensiones, en una palabra, acerca de la esencia de la crisis"⁽¹⁾. De esta suerte comienzan las reflexiones de quien fuera uno de los mejores y más penetrantes iusfilósofos de nuestro tiempo, Flavio López de Oñate, estampadas en un libro que publica durante el período de mayor dramatismo de la segunda conflagración mundial, cuando, en palabras de Guido Astuti, la crisis del Derecho asumía proporciones pavorosas y parecía indicar el fin de la civilización occidental⁽²⁾. Y,

* Profesor de Derecho Penal y de Introducción al Derecho en la Universidad de Antofagasta, Chile. Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

1. Cfr. Flavio López de Oñate: *La certeza del diritto*. Giuffrè, Milano, 1968 (segunda edición), p. 25. Hay traducción española, por Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín: *La certeza del derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953. Para conocer mejor el pensamiento de este autor, debe consultarse, además, su *Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 (2 vols.), traducción de Alberto Bianchi.

2. *Avvertenza* a la edición de *La certeza del diritto*, cit., p. VII.

en efecto, la crisis de la época —la crisis en general— tenía que proyectar su sombra sobre el Derecho, pues éste, para el que resulta central la norma con su taxativa expresión de voluntad que mira a realizarse, y donde, asimismo, la experiencia jurídica, con sus construcciones conceptuales y lógico-formales, mira a idéntico designio, mediante la realización de la norma a través de su paso desde el mundo abstracto del intelecto al plano concreto de la realidad histórica; este mundo del Derecho, decíamos, es un sector o ámbito cultural en que mejor y más claramente evidénciase lo que hay de más íntimo en la experiencia social. Es por esto que la crisis de la experiencia jurídica sirve justamente para descubrir e iluminar la esencia de la crisis en general, si no en su origen profundo, al menos en la determinación objetiva que ella adquiere en la sociedad⁽³⁾. La crisis del Derecho se resumía en un problema de valor, la certeza jurídica, que este autor supo seguir en todas sus manifestaciones, o sea, en todos los sentidos, tanto teóricos como prácticos, que la incerteza jurídica había llegado a asumir por aquellos años. Sin embargo, la cuestión brotaba de un espectro más amplio y omnicompreensivo, que el filósofo italiano identifica en la inquietud generalizada y difundida en la época en que escribe; una época lacerada por la crisis de su centro vital, el hombre contemporáneo, que ha extraviado su personal e irrepensible identidad en un mundo anclado en lo finito, donde el espíritu, con cruel desengaño, no halla sino una nada profunda, que lo desilusiona como una burla amarga y lo satura sólo de aridez y de sed febril. Un mundo, pues, completamente inmerso en lo concreto y lo finito, falto de fines trascendentes, y que había abandonado los valores del espíritu, dejando su impronta sobre el Derecho, invadiéndolo de incertidumbre⁽⁴⁾. Aunque

3. Cfr. López de Oñate, *La certeza*, cit., p. 37.

4. Son estos los años en que las corrientes filosóficas existencialistas empiezan a proyectar su espíritu hacia el mundo jurídico. Cfr., por lo que a Italia se refiere, entre tantos: Giuseppe Capograssi: *Analisi dell'esperienza comune*, Roma, 1930; del mismo, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961 (segunda edición); y Norberto Bobbio: *El existencialismo. Ensayo de interpretación*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1966 (quinta edición), traducción de Lore Terracini.

las circunstancias y condicionamientos políticos y sociales del período histórico en que este escritor consumió sus días estén ya apagadas —apagadas, por cierto, por lo menos en las formas—, o, mejor, pertenezcan a la memoria colectiva sobre un tiempo ido, pero que permanece todavía presente como patente admonición de los extremos a que puede arribar la insensatez humana (esto —apenas es necesario decirlo—, sin olvidar que procesos recientes, incluso muy próximos a nuestra realidad vernácula, fácilmente desvirtúan esta optimista afirmación), será útil rescatar, a los fines de estas páginas, una idea perenne entre las tantas que dejó la obra de este pensador, a saber, que toda época que consiga asumir conciencia de sí misma, conquistando esta conciencia mediante una real profundización y esfuerzo del pensamiento —no, por lo tanto, como una conciencia inmediata y superficial—, toda época que alcance este objetivo advierte y toma conciencia, además, de estar en crisis, e identifica su propia transitoriedad en esta calificación⁽⁵⁾.

Acaso no resulte, pues, aventurado sostener que sea en este sentido, esto es, como el esfuerzo por adquirir una real y profunda conciencia del sino de nuestros tiempos, donde se encierra uno de los posibles significados del enorme interés que despiertan y del notable desarrollo que han alcanzado los estudios político-criminales en los tiempos que corren. La idea básica de López de Oñate se ajusta perfectamente al Derecho penal, ya que, por más que no constituya sino una de las tantas parcelas del ordenamiento jurídico, sería ingenuo desconocer que por la índole de sus preceptos, por la naturaleza de la protección que brinda a los bienes jurídicos, por la gravedad de las consecuencias que naturalmente supone, y, en fin, porque, aún rodeado de límites y de garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad, aquél conforma y expresa constantemente las valoraciones dominantes en el seno de la sociedad, lo que significa que es un espejo (*speculum* era, recordemos, la vieja denominación de los textos legales germánico-medioevales) de su cultura, y, por lo mismo, de la evolución y crisis de ésta. Sebastián Soler lo tiene escrito con frase harto expresiva, que ahorra cualquier comentario, cuando observa que a un Estado se le puede siempre decir: "Mués-

5. Cfr. López de Oñate, *La certeza*, cit., p. 25.

trame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo" (6). Mas, queda también en pie otra posible interpretación de este renovado interés contemporáneo por las cuestiones político criminales, aunque esta última lectura no se oponga ni excluya a la que hemos sugerido, pudiendo, por el contrario, complementarse las dos sin dificultad. Y, en efecto, ya se ha hecho hincapié en cómo la política criminal de nuestros días no pueda reducirse a la formulación escueta e insatisfactoria de una ciencia penal más atenta, crítica y dinámicamente discutiendo, a las inflexiones de su objeto cognoscitivo, para propugnar su reforma, y cómo, por debajo de estos modernos esfuerzos político-criminales, "incomparablemente más intensos, significativos e importantes en cuanto desasosiego que por sus logros, no es difícil captar una preocupación dominante por las magnas cuestiones del fundamento y fin de nuestra rama del Derecho, que con los elementos necesarios y universales que lo componen y el método para su conocimiento constituyen el núcleo de la Filosofía jurídico-penal. O expresado de otro modo: tales afanes y tal desasosiego están denunciando una insatisfacción por la mera dogmática y una tensión incoercible, no por inconfesa o inconsciente menos poderosa, hacia las preguntas y respuestas de índole filosófica" (7).

2. En cuanto, precisamente, reúne en sí las dos notas indicadas, o sea, por constituir una lúcida y reflexiva percepción de la realidad de la crisis jurídico-penal de hoy, pero erigiéndose, además, en auténtica actitud filosófica respecto de los más elevados extremos del Derecho punitivo, la propuesta programática de Luigi Ferrajoli —un *Derecho penal mínimo*— está seguramente destinada a ocupar un puesto de primer relieve en la política criminal contemporánea. Dejaremos, de momento, apenas esbozados estos méritos de la obra del filósofo florentino, para retomarlos en más congruo lugar, y dar así ahora noticia de las circunstancias bajo las cuales es-

6. Cfr. *Bases ideológicas de la reforma penal*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1966, p. 9.

7. Cfr. Manuel de Rivacoba y Eugenio Zaffaroni: *Presentación a la edición castellana del Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, de Feuerbach, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 8, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer.

te autor presenta su modelo de Derecho penal mínimo, idea ya bastante sugestiva desde el punto de vista semántico.

Promediando la década pasada cristaliza con toda su potencia expresiva un proceso que se venía gestando en realidad desde mucho antes, y que perseguía el ambicioso proyecto de revisar el Derecho penal con miras a una radical transformación de la "atroz materia". Las críticas, que reconocían las más variadas fuentes, devienen entonces insólitamente demoledoras. Restringiéndonos sólo a lo principal, dos posiciones destacaban con idéntico ánimo arrollador de las instituciones jurídico-penales que formaban ya tradición en la cultura occidental. En primer lugar, y soslayando todas esas peculiaridades y variaciones que la hicieron un movimiento muy poco homogéneo, la criminología crítica corona sus persistentes observaciones al Derecho y la ciencia penales con algunas elaboraciones definidas. Descubre —o cree descubrir— la ideología que se esconde tras de aquéllos, e intenta demostrar que esta ideología —en el sentido marxista de la expresión— la ideología de la defensa social, que la cultura penal arrastraría como un pesado legado de la tradición iluminista y liberal, no es otra cosa que una presentación especiosa y falaz de la realidad. Se impulsa incluso hasta proponer una *substitución de la dogmática penal tradicional con un "nuevo modelo integrado de disciplinas criminales"*, y también una política criminal alternativa, capaz de concebir al Derecho penal como el instrumento menos adecuado para resolver los problemas sociales y que se estructura no con una finalidad puramente reformista de las instituciones penales existentes —cosa vista como un vulgar compromiso con las clases detentadoras del poder—, sino como una política de grandes transformaciones sociales e institucionales, que tengan como último objetivo la transformación radical y la superación definitiva de las relaciones económicas de producción del capitalismo (8). La otra corriente de contestación, menos compleja —infinitamente menos compleja— desde el punto de vista teórico, aunque más seductora por su fondo indisputablemente utopista, se nutre con las filas

8. Cfr. Alessandro Baratta: *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*. Il Mulino, Bologna, 1982. Hay edición española.

del abolicionismo contemporáneo, también muy atento, como la criminología crítica, a los conocimientos que venían de los estudios sociológicos sobre el sistema penal y el "control social" —borrascosa expresión, de contenido imprecisable y origen netamente sociológico; así como la de "desviación", de matriz, seguramente, aeronáutico⁽⁹⁾— y que, curiosamente, habían sido concebidos en el seno de la criminología norteamericana liberal. La ineficacia de las punitivas, el alto costo de las mismas, la incapacidad del sistema para contener el gigantesco fenómeno de la criminalidad, unidas a las nada tranquilizadoras perspectivas de una sociedad en transformación y caracterizada por el retroceso del Estado Asistencial⁽¹⁰⁾, son notas de que se sirve el abolicionismo, que, si bien poco original respecto de la tradición anárquica del ochocientos, proyecta la total supresión del Derecho penal y su reemplazo con otras formas de "control", con la reapropiación social de los conflictos entre ofendidos y ofensores, o con la aspiración de favorecer microcosmos sociales basados en la solidaridad y la hermandad⁽¹¹⁾. Con este ambiente y en medio de estos condicionamientos culturales de vanguardia, ve la luz, en 1985, el artículo *Il Diritto penale minimo*⁽¹²⁾ donde Ferrajoli se hace cargo de las doctrinas de la criminología crítica y del abolicionismo; y, ocupándose también con idéntica firmeza en la argumentación de las principales teorías que justifican el Derecho penal, tra-

9. Cfr. Bettiol, Giuseppe: *Su accertá e devianza nel diritto penale*, en sus *Scritti giuridici*, vol. III (1966-1980), Cedam, Padova, 1980.

10. Sobre la crisis del Estado asistencial, cfr. el ya clásico *La crisi fiscale dello Stato*, de O'Connor, Einaudi, Torino, 1977; y para las proyecciones del particular en materia penal, Pio Marconi: *Economie della giustizia penale*, Marsilio, Venezia, 1984.

11. Cfr. Louk Hulsman y Bernat de Celis: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Sergio Politoff, y Nils Christie: *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, traducción de Mariluz Caso.

12. En la revista *Dei delitti e delle pene*, año III, número 3, septiembre-diciembre, 1985, pp. 493 y ss., después traducido al castellano en la revista *Poder y control*, número cero, 1986, pp. 25 y ss. (*El derecho penal minimo*).

za las líneas maestras de su personal construcción. Se habla aquí de un Derecho penal utilitariamente reformado, que reposa sobre una neta diferenciación entre el Derecho y la moral y que está libre de todo tipo de influencias trascendentes, a fin de que su ámbito de aplicación quede circunscrito al fin doblemente negativo de prevenir los delitos y las reacciones informales al mismo. Derecho penal mínimo, en cuanto su única justificación consiste en minimizar la violencia arbitraria en la sociedad, mas satisfaciendo las exigencias sustanciales y adjetivas de un ordenamiento garantizador de la libertad y la seguridad individuales. Cuatro años más tarde, el autor desarrolla la idea en el marco más amplio de una teoría general del garantismo penal, a lo largo de las páginas de uno de los libros más extensos, complejos y enciclopédicos que conozca la filosofía jurídica de nuestros días⁽¹³⁾.

3. El verdadero problema penal de nuestro tiempo —escribe Ferrajoli— es la crisis del mismo Derecho punitivo, entendido como sistema de garantías y de formas que lo distinguen y diferencian de otras técnicas de control social más o menos salvajes y disciplinarias. Los sistemas punitivos modernos se encaminan, merced a sus contaminaciones policiales y a las roturas no siempre excepcionales de sus formas garantistas, hacia una transformación indeseable y peligrosísima, la de devenir una forma de control social más informal que jurídica. Quizás la verdadera utopía no es hoy, como en su tiempo esbozó Radbruch⁽¹⁴⁾, una alternativa al Derecho penal, sino justamente éste con su sistema de garantías. Y, en efecto, Derecho penal mínimo y garantismo, son, en el pensamiento de Ferrajoli, los dos caras de una misma moneda, ya que éste condiciona y limita a aquél, reflejando, además, no sólo el mayor grado de tutela de las libertades individuales ante el arbitrio punitivo, sino también un ideal de racionalidad y certeza que excluye del Derecho penal toda

13. Cfr. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Bari, 1989, y el comentario de Roberto Bergalli: *¿Garantismo penal? ¿Cómo, por qué, cuándo? Señores penalistas: ¡la polémica está servida!*, en *Doctrina penal*, año 13, números 49-52, pp. 503 y ss.

14. Cfr. su *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952 (tercera edición), p. 221.

responsabilidad de límites inciertos e indeterminados. Como ordenamiento garantizador y racional, el Derecho penal mínimo se opone al Derecho penal máximo, cuya certeza consiste en que ningún culpable de delito escape a su pena, aún a riesgo de arrastrar, en esta búsqueda implacable, a los inocentes. Para ilustrar mejor la contraposición entre los dos modelos de Derecho penal, Ferrajoli se sirve del siguiente parangón: también en la historiografía —dice— se puede distinguir una historia mínima y una máxima, la primera integrada por tesis ciertas y documentadas, pero de alcance restringido, y la segunda, por interpretaciones más ricas y elaboradas, aunque también menos seguras. El problema es que mientras en la historiografía no hay razones de principio para preferir una a la otra, pudiendo las dos historias incluso combinarse, en el ámbito del Derecho penal tenemos que decidir; y aquí estribaría el mérito de un Derecho penal mínimo, el único en grado de limitar las funestas consecuencias que uno máximo acarrearía para la libertad individual. En los párrafos que siguen intentaremos exponer sumariamente la creación de Ferrajoli (15).

Hay dos sentidos —comienza— en la pregunta ¿por qué castigar?: uno se refiere al *por qué* de la pena, y su carácter es científico, o bien empírico o de hecho, y admite respuestas de carácter asertivo, falsificables o verificables. El otro sentido de la pregunta es de índole filosófica: inquiriere el *por qué debe existir la pena*, cuestión que admite respuestas expresadas en proposiciones normativas, que pueden aceptarse o rechazarse, pero que jamás serán verdaderas o falsas, como, en cambio, acaece con las proposiciones del primer tipo. Ferrajoli utiliza, entonces, las palabras *función* y *fin* para designar, respectivamente, los usos descriptivos (o explicativos) y normativos (o prescriptivos) de la pena. Esta distinción resulta, en la economía de la teoría, de la mayor importancia, pues tanto en las doctrinas que justifican cuanto en las que repudian el Derecho penal se aprecia con frecuencia una confusión metodológica entre dos planos de la realidad, el del ser y el del deber ser, derivándose

15. Nos remitimos a la versión castellana, ya citada, de su trabajo sobre *El Derecho penal mínimo*; y para facilitar el resumen de la exposición, hemos preferido no hacer citas textuales sino muy ocasionalmente.

el primero del segundo, o viceversa; semejantes doctrinas decaen así en meras ideologías, porque confunden proposiciones normativas con proposiciones asertivas (y en esto Ferrajoli se retrotrae y va más atrás de Kant, remitiéndose expresamente a David Hume), contraviniendo así el principio meta-lógico según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o de hecho, o al contrario. Hay, en las cuestiones criminales, dos ideologías, unas naturalistas, en la medida que adoptan las explicaciones empíricas también como justificaciones axiológicas, con lo cual derivan el deber ser del ser, y otras normativistas, ya que asumen las justificaciones axiológicas como explicaciones empíricas, derivando así el ser del deber ser. Las doctrinas abolicionistas, en particular, incurren en una falacia del primer tipo, porque discuten el fundamento axiológico del Derecho penal con argumentos asertivos, o sea, porque señalan que la pena, efectivamente o de hecho, no satisface los fines que le asignan las doctrinas de justificación: no retribuye, no previene los delitos, no reeduca; y de esta comprobación asertiva colige la doctrina prescriptiva de que hay que barrer con el Derecho penal. Pero también las justificaciones de éste adolecen de un vicio metodológico, particularmente las doctrinas de la retribución (en cualquiera de sus formas) y de la prevención especial positiva. "En ambos casos, en efecto, la pena (como también la prohibición) no está justificada por fines extrapositivos, sino por el valor intrínseco asociado a su aplicación; en este sentido la pena se configura como un bien en sí y como un fin en sí misma en razón del valor intrínseco y no extrapenal que asimismo se atribuye a la prohibición. En la base de estas concepciones de la pena existe siempre una confusión entre Derecho y moral (...).

En todos los casos el medio punitivo resulta identificado con el fin, mientras la justificación de la pena, definiéndose como legitimación moral apriorística e incondicionada, se reduce a una petición de principios (...). Las doctrinas retribucionistas son, precisamente, ideologías naturalistas, pues valoran el carácter retributivo de la pena, que es un hecho, sustituyendo la motivación con la justificación y así deducen el deber ser del ser. Al contrario, las doctrinas correccionales de la prevención especial son ideologías normativistas, dado que asignan a la pena un fin ético, asumiéndolo aprio-

rísticamente como satisfecho no obstante que de hecho no se realice y acaso sea irrealizable; así es como estas doctrinas deducen el ser del deber ser". El utilitarismo que permea las doctrinas de la prevención general constituye, en cambio, para Ferrajoli, el presupuesto de una doctrina racional de justificación de la pena y también de los límites de la potestad punitiva del Estado. Tales doctrinas tendrían la virtud de disociar los medios penales, concebidos como males, de los fines extrapenales idóneos para justificarlos, y de esto se siguen importantes consecuencias para impedir la contaminación del Derecho penal con ingredientes morales, equilibrar los costos que las penas comportan respecto de los delitos que deben prevenir, y para justificar, antes que las propias penas, las prohibiciones, sobre la base de finalidades externas a la pena y al Derecho penal. Con todo —advierte el autor—, el utilitarismo es doctrina ambivalente, y de él se pueden extraer dos versiones. La primera, por orientarse hacia la máxima utilidad posible para los no delincuentes, propicia modelos de Derecho penal máximo, que no ponen límites a la potestad punitiva del Estado. El fin del segundo tipo de utilitarismo, a su turno, radica en el mínimo sufrimiento posible a infligirse a la minoría de los delincuentes. Por eso, frente al moderno utilitarismo, que es un utilitarismo dividido, ya que observa solamente la máxima utilidad de la mayoría de los no delincuentes y que por ende se expone a tentaciones de autolegitimación y a involuciones autoritarias de Derecho penal máximo, Ferrajoli patrocina un *utilitarismo reformado*, capaz de obviar estos defectos y de fundar una adecuada doctrina de la justificación y de los límites del Derecho penal, mediante el recurso al segundo parámetro utilitario: alcanzar el mínimo malestar necesario al delincuente. Por lo tanto, para una conveniente reformulación del Derecho penal, preciso será combinar estos dos segmentos del utilitarismo, de suerte que aquél esté en condiciones de prevenir, amén de los delitos, también los castigos injustos. Así, "la pena no es amenazada e infligida *ne peccetur*, también lo es *ne punietur*; protege tanto al ofendido con el delito como al propio delincuente, y este último queda asegurado ante la amenaza de las reacciones informales, salvajes y arbitrarias que en ausencia de penas manifestaría el ofendido u otras fuerzas sociales con él solidarias". Entra, pues, el Derecho penal a cumplir una do-

ble función preventiva, general y negativa: prevenir los delitos y prevenir las penas arbitrarias, informales y desproporcionadas. La primera indica el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. En síntesis: un sistema penal está justificado "únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y punitivas arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ello conminadas". Se trata, en suma, de cotejar los costos del sistema penal con los de una anarquía punitiva.

El modelo de Derecho penal mínimo satisface, según Ferrajoli, las dos exigencias o condiciones meta-éticas de la justificación, y escapa a las críticas que se han formulado a las ideologías justificatorias. El primero de estos requisitos implica valorar el fin del Derecho penal como un *quid* externo a él, como un bien extrajurídico, y también supone concebir el medio jurídico —la pena— de que se sirve como un mal, lo que significa un costo social y humano que precisamente por esto debe justificarse cabalmente. Para que una doctrina de justificación no se preste para ser manipulada como justificación *a priori*, viciada por la falacia normativista, resulta indispensable que los medios se adecuen a los fines, de modo que los fines justificables sean empíricamente susceptibles de realización con las penas, y no sin éstas. Pero también se requiere, para articular una réplica convincente a las provocaciones del abolicionismo y para respetar el imperativo categórico kantiano según el cual toda persona es, en cuanto tal, un fin en sí, que los medios y los fines, además de lo anterior, sean homogéneos, tomando en cuenta el punto de vista externo de los destinatarios de las penas, que no deben ser tratados como simples medios. Cumpliría el Derecho penal mínimo con estos requisitos, ya que: a) Orientando el Derecho penal hacia el solo objetivo de la prevención general negativa, en el doble sentido indicado —la de los delitos y la de las penas informales—, previene contra esa recurrente confusión que se da, en punto de justificar el Derecho punitivo, entre moral y Derecho; b) Imponiendo a las penas y a las prohibiciones finalidades distintas, dictadas por la utilidad —máximo bienestar posible de los no delincuentes; mínimo sufrimiento necesario de los delincuentes—, tutela los derechos de estos dos grupos de individuos; y c) Asignando al Derecho pe-

mo: en lo que concierne al penal, este modelo normativo de Derecho tendrá que configurarse como un esquema de estricta legalidad dentro del Estado de Derecho; en lo epistemológico, será un sistema cognitivo, o de poder mínimo; en lo político, se definirá como una técnica de tutela idónea para minimizar la violencia en la sociedad y extender las libertades de sus miembros; en lo jurídico, por último, será un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva en garantía de los derechos individuales. En un segundo significado, la voz "garantismo" significa una teoría de la validez y de la eficacia de las normas como categorías distintas y también diversas de los conceptos de existencia o vigor de aquéllas: esta teoría jurídica implica una rígida separación del ser del deber ser en el Derecho, en pos del favorecimiento de una doctrina jurídica de legitimación y, principalmente, de deslegitimación interna del Derecho penal, la que demandará de jueces y juristas una constante tensión crítica respecto de las leyes vigentes. De este segundo significado del garantismo debiera nacer lo que el autor denomina un *positivismo crítico*, antagonista del positivismo dogmático que ha sentado sus reales en la ciencia jurídica. El positivismo crítico, a diferencia del dogmático, ciego vasallo de esa ley que obedece sin discutir, solicita y exige la duda y la incertidumbre permanentes acerca de la validez de las leyes y de su aplicación. Pero todavía queda un último significado de la palabra garantismo, y en él los anteriores se refunden en una teoría general. Este significado es de orden filosófico. En efecto, también el garantismo indica una filosofía política que pone sobre el Estado la carga de ofrecer una justificación externa del Derecho penal, a partir de los bienes e intereses dignos de tutela. Por consiguiente, el garantismo, como filosofía política, supone lógicamente la doctrina de la separación que debe existir entre Derecho y moral, entre validez y justicia, entre ser y deber ser del Derecho; esta filosofía se traduce en la fundación hetero-poiética del Derecho, separado de la moral: por un lado, niega un valor intrínseco al Derecho sólo porque rige, así como lo desconoce al poder sólo porque es efectivo, debiéndose, en cambio, hacer primar sobre aquéllos —Derecho y poder— el punto de vista externo o ético-político, que orienta su crítica y transformación; por otro lado, esta filosofía política implica una concepción utilitarista e instrumen-

tal del Estado, que debe orientarse únicamente a la tutela y satisfacción de las expectativas y derechos fundamentales de los individuos. "Estos dos elementos se oponen totalmente a los que caracterizan a las ideologías autopoieticas y sus vocaciones totalitarias. El presupuesto de todo totalitarismo, efectivamente, es siempre la visión finalista y optimista del poder como cosa buena, o en todo caso de valor ético, gracias a la fuente de legitimación de quien lo detiene. Viceversa, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, quienquiera lo posea, porque está expuesto constantemente, en ausencia de límites y de garantías, a degenerar en despotismo".

5. Ya se ha dicho que la obra de Ferrajoli está tan llena de substancia filosófica, política y científica, que extendernos en el examen de cada una, o por lo menos de las principales materias comprendidas o supuestas en su modelo de Derecho penal nos llevaría demasiado lejos. Son muchas y muy polifacéticas las cuestiones involucradas en el tema, de modo que lo que sigue no quiere ser sino una apretada síntesis de unas pocas observaciones que corren por cuenta nuestra.

Creemos que, en un sentido lato, debe reconocerse en este autor una cualidad poco usual entre quienes se dedican a las cuestiones jurídicas, pero que es típica del filósofo, o sea, ese poder de percepción que permite, sobre la base de los conocimientos particulares que las ciencias procuran, aspirar a visiones más amplias y globalizadoras, aunque al mismo tiempo más penetrantes, de la realidad que nos circunda. Esto no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta el ambiente cultural italiano de las últimas décadas, donde, en lo específicamente iusfilosófico, se pasó de las influencias del neokantismo, primero, y del neotomismo, después, a un progresivo predominio del positivismo lógico, con su centro precipuo en la denominada Escuela de Torino, poco amigo, como bien se sabe, de elucubraciones metafísicas⁽¹⁷⁾. El positivismo de Ferrajoli es, efec-

17. Un ejemplo de la proyección del positivismo lógico al campo penal se observa en los libros del profesor de la Universidad de Roma, Fabrizio Ramacci. Cfr. *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, y, sobre todo, sus recientes *Istituzioni di Diritto penale. Corredato di nota di aggiornamento*, Giappichelli, Torino, 1988.

tivamente, un positivismo crítico, y está muy lejos de la aceptación irreflexiva de los materiales legislativos con que el jurista debe trabajar. Pero, sobre todo, ha sabido captar magistralmente una faceta de la actual crisis de los sistemas punitivos que acaso había sido notada con anterioridad, pero, que sepamos, nadie había aferrado en su íntima esencia y que, desde luego, tampoco había dado pábulo para un estudio profundo que abriese las puertas a una reformulación filosóficamente fundada del Derecho penal. En la misma proporción con que los sistemas punitivos van retrocediendo, no tanto en la letra de leyes y códigos, cuanto en la práctica de todos los días, en la vida cotidiana, más honda se hace su crisis, que es la crisis del imperio y de la majestad del Derecho. Con demasiada frecuencia se repiten las expresiones de esa *justicia informal*, que de tal tiene apenas el nombre y que supone y responde, en cambio, a un cierto grado de abandono, más o menos extendido según los casos, y más o menos preocupante, de la tutela de las normas de cultura —que están en la base de los bienes jurídicos⁽¹⁸⁾— y de la presencia del Derecho penal, como ordenamiento garantizador y última salvaguardia contra la arbitrariedad en la vida de las sociedades. Basta pensar, sólo por lo que concierne a la vida y la integridad corporal, en las ejecuciones sumarias por manos de las policías o vigilantes privados, en las torturas policiales a delincuentes comunes, en las reacciones vindicativas y defensas anticipadas. Esta *praxis abolicionista* comporta la derogación, en los hechos, del Derecho penal, y ya está superando con creces los límites de la utopía; pues mientras que difícilmente las doctrinas abolicionistas podrían augurarse y esperar un reconocimiento y aceptación integrales, la realidad, más directamente y sin tantos giros de verbo, nos está demostrando la magnitud del fenómeno de la desjurisdiccionalización de las penas y cómo éstas tienen que competir con reacciones informales que no responden a la índole de aquéllas, sino al más brutal naturalismo. Sería incluso lícito reconducir la cuestión por el hilo de las ideas con que comenzamos estas líneas, pues acaso este perturbador aspecto de la crisis del Derecho penal sirva de atalaya para

18. Cfr. Max Ernst Mayer: *Filosofía del derecho*, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1937, y, especialmente, *Rechtsnormen und kulturellen normen*, Darmstadt, 1965 (primera edición, Breslau, 1903).

acercarnos a la esencia de una crisis más amplia que el Derecho apenas trasunta. Es posible que el camino de la sociedad de la automatización y de la informática sea, contemporáneamente, el de una sociedad jurídicamente claudicante y pronta a aceptar, en pos de la velocidad y la indiferencia en las relaciones humanas, regidas prepotentemente por el criterio de lo útil, soluciones más rápidas y profilácticas que las que tradicionalmente ha ofrecido el proceso penal. La velocidad y la automatización, rasgos paradigmáticos de las sociedades más evolucionadas de hoy, hace rato que dejaron el plano meramente tecnológico-naturalístico en que crecieron: será magna tarea hacerlas convivir en el respeto de las formas y garantías de un ordenamiento visto como una complicada maraña de fórmulas incomprensibles e inútiles. Hay, pues, en la construcción de Ferrajoli, una notable percepción de la realidad, un marcado apego y reconocimiento de la fuerza demoledora de los hechos, que están acreditando una capacidad suficiente de poner en jaque al Derecho penal como conjunto normativo. Creemos, sin embargo, que en su fundamentación del Derecho penal mínimo el autor se pliega excesivamente a este orden de consideraciones. Por más que insista en la urgencia de recuperar el primado de la persona como valor, porque se trata del principio sobre el que reposa la moderna tolerancia, entendida como la atribución a cada persona del mismo valor intrínseco, y que esto no deje de tener una repercusión en su modelo de Derecho penal, en la base de su construcción los elementos fundantes son de índole sociológica, no normativa. Esto explica que el autor hable, para desacreditar la teoría de la retribución, de esta última como de un *hecho*, del cual no es legítimo traer consecuencias prescriptivas. Cualquiera puede ver que en esta concepción la retribución es mal entendida; mejor, entendida en un sentido puramente mecánico-naturalístico, como simple y ciega reacción, o limitadamente vidente, como en el talión. Pero la retribución no es un hecho bruto, ni la versión jurídico-penal del intercambio por equivalencias, afirmada por la lógica mercantilista y sinalagmática del capitalismo⁽¹⁹⁾, sino una relación que expresa una valoración que se

19. Es la conocida interpretación de Evgeni Pasvukanis, en su *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor Universitaria, Barcelona, 1976 (traducción de Virgilio Zapatero), defendida hace no tantos años por Dario Melo-

concreta, en la mensuración de la pena, en el uso racional, por el juez, de los dos elementos graduables y eminentemente valorativos del delito, que son, además, el lógico fundamento de la punición: la antijuridicidad y la culpabilidad. Por esto se explica, además, el utilitarismo con que el autor edifica su modelo de Derecho penal; un utilitarismo, más que reformado (¿o reformista?), pesimista, ya que su máxima aspiración consiste en domeñar los hechos en la limitada medida en que la potencia aplastante de éstos lo permita razonablemente. Pero no se nos malentienda: con esto no se quiere sugerir que una fundamentación filosófica esté ausente de este pensamiento; al contrario, antes hemos reconocido y subrayado lo difícil que resulta encontrar, en el panorama político-criminal contemporáneo, un proyecto más consciente de que el problema penal de nuestro tiempo vuelve a ser, como siempre ha sido, un tema que excede las posibilidades de la ciencia, exigiendo aquellas reflexiones más generales, profundas y omnicomprendivas que sólo la filosofía está en condiciones de proveer. Ninguna doctrina axiológica puede prescindir de una metafísica, esto es, de una conocida doctrina acerca de las leyes del ser. Ferrajoli sabe muy bien que sin tener ideas claras en el campo de la filosofía no podemos contribuir al conocimiento del problema del destino del hombre en el Derecho penal. Somos, con todo, de la opinión que en la encrucijada entre filosofía y sociología, este autor prefiere la segunda, lo que vuelve a apreciarse a propósito del límite máximo del Derecho penal que postula, pues este límite, más que constar únicamente de esa base valorativa implícita en el reconocer, en la sociedad humana, una comunidad de seres librevolentes y fines en sí —según la frase tan conocida como hermosa de Stammler⁽²⁰⁾—, está determinado por el principio de que hay que salvar al individuo de la guerra naturalista que se instaura allí donde el Derecho penal cede su potencia y pliega su magisterio. No es preciso insistir en que Ferrajoli afirma

ssi en su *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, *Introduzione a la edición italiana de Pena e struttura sociale* (Il Mulino, Bologna, 1978). pp. 3 y ss. (pp. 14-15).

20. Cfr. su *Tratado de filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 1930, traducción de W. Roces.

lo justo cuando indica que la diferencia entre un Derecho penal mínimo y uno máximo radica en una cuestión de certeza: en efecto "nosotros no podemos construir el Derecho penal sobre un misterio; lo tenemos que construir sobre datos seguros y sobre razones de seguridad para todos", conforme ha escrito Bettiol⁽²¹⁾. Lo que juzgamos discutible es que estas razones de certeza las pueda asegurar un Derecho penal que descansa en un fundamento de utilidad; pues cabe preguntarnos si acaso podrá la utilidad indicarnos la medida exacta de los límites mínimos y máximos del Derecho penal; y, supuesto que este problema sea resuelto satisfactoriamente: ¿será el criterio de la utilidad capaz de establecer con certeza las medidas o límites abstractos de la pena en la letra de la ley? Este es un punto eminentemente valorativo, que debe enfrentarse y decidirse según las exigencias sociales, políticas e históricas de la vida de nuestro tiempo en cada sociedad, o sea, conforme a la cultura y los valores que ésta postula. Esto hace por lo menos discutible que el principio de la utilidad —aunque sea una utilidad "reformada"— sea el más indicado para dar bases ciertas al problema del fundamento y límites del Derecho penal. Mas, existe todavía otra cuestión, relativa esta vez al fin y medida de la pena concreta que corresponda aplicar a un caso también concreto de la vida real, pues, en efecto, ¿cómo la determinamos?, o, en otras palabras, ¿dónde habrá de buscar el juez los criterios ciertos y adecuados que le permitan individualizar la pena, de modo que ésta resulte la expresión medida de la reprobación que el acto delictivo merece para el ordenamiento jurídico? Aquí Ferrajoli se sirve de una solución nueva y algo extraña a los fundamentos de su pensamiento y sistema: esta cuestión de la medida concreta de la pena —afirma— irá tratada según "la comprensión equitativa" del acto típico probado en el proceso, llegando incluso a sostener, con manifiesta incongruencia respecto de los pilares del Derecho penal mínimo, que para este fin deben excluirse las consideraciones o juicios en materia de prevención o de defensa social, ya que en un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto: el juez

21. Cfr. *Ancora sulla pena di morte: pena di morte e retribuzione*, en *Scritti giuridici*, cit., pp. 158 y ss. (p. 161).

—añade— no puede proponerse finalidades de prevención general, que harían de toda condena suya una sentencia ejemplar⁽²²⁾. Bien se comprende que estas últimas palabras comportan el quiebre del sistema. Si es cierto que de la solución del problema del fundamento del Derecho penal depende, en último análisis, la respuesta que se dé a la cuestión del fin de la pena, qué duda puede haber de que en esto el sistema del Derecho penal mínimo se contradice a sí mismo: mientras en tema del fundamento de nuestra rama del Derecho se refugia en posiciones utilitaristas, en llegando al problema del fin de la punición las abandona con desaire, reclamando una "comprensión equitativa" que nada tiene en común con la utilidad y que, en cambio, mucho se parece a la retribución. Más que de un utilitarismo penal reformado, debe hablarse aquí de una doctrina ecléctica. No sin alguna exageración y licencia, puede sostenerse que la concepción de Ferrajoli sobre el derecho de penar recuerda la de otro ecléctico, Pellegrino Rossi, pero al revés: mientras éste pone como fundamento de este derecho la ley moral dictada al hombre por su propia conciencia, pero que halla su límite y medida en la utilidad social, aquél fundamenta el castigo en la utilidad, mas lo mide concretamente con la justicia⁽²³⁾. Con toda su erudición y preparación filosófica, parece que el autor descubre el significado valorativo del Derecho penal justamente cuando acaba su construcción: y ésta, por más que se nos presente con la actualidad de una doctrina idónea para resolver los modernos problemas de la penalidad, padece del defecto común y de la conclusión que se extrae de todos los sincretismos ideológicos.

DOCUMENTOS

22. Cfr. *Diritto e ragione*, cit., pp. 395 y ss.

23. Sobre Rossi hay que ver el estudio *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en *Doctrina penal*, año 2, número 5, enero-marzo 1979, pp. 39 y ss, del profesor Rivacoba.