

## Crisis de la legalidad y Derecho Penal mínimo\*

### ¿Qué es el Derecho Penal mínimo?

La expresión “derecho penal mínimo” se ha convertido en estos años en una fórmula trillada, tan abundante como malinterpretada y deformada. Quizá éste es el destino que, más allá de la generación de teorías, todas las fórmulas —con frecuencia demasiado ignoradas— tienen a sus espaldas. En este caso, sin embargo, el uso y abuso de la fórmula llega a deformar su significado, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Por un lado, la idea misma de un “derecho penal mínimo” como proyecto normativo para repensar y cambiar por completo el derecho penal, ha encontrado el descontento de una parte de los estudiosos del derecho penal, hasta ahora fieles al método técnico-jurídico de Arturo Rocco y de Vincenzo Manzini, y, por tanto, se aleja de toda reflexión sobre la dimensión axiológica y ético-política del derecho penal. Lo grave es que algunos penalistas llegan a distorsionar increíblemente su significado hasta presentarla, en contraste con lo que he escrito siempre, como una propuesta restringida sólo a los derechos individuales correspondientes a los bienes jurídicos merecedores de tutela. Por otro lado, en cambio, la expresión ha sido compartida por muchos exponentes políticos y de gobierno que, sin embargo, la han utilizado casi siempre para encubrir políticas represivas de derecho penal máximo.

Es por tanto oportuno, de frente a estas deformaciones e incomprendiones, precisar de inmediato qué se entiende por “derecho penal mínimo”, aunque sea sólo porque soy personalmente responsable de la introducción de esta expresión. Entendemos con ella, de acuerdo con la tradición ilustrada, esencialmente dos cosas: sobre todo un pa-

---

\* Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

radigma meta-teórico de justificación del derecho penal y, en segundo lugar, un modelo teórico y normativo de derecho penal.

Como paradigma meta-teórico, la expresión “derecho penal mínimo” designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Como modelo normativo de derecho penal, la expresión designa el sistema adecuado de garantías —penales y procesales— para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados contra los daños causados por los delitos y de los imputados, así como, posteriormente, de los detenidos, contra el arbitrio policiaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias. Por esto he definido también el derecho penal mínimo como la *ley del más débil* contra la ley del más fuerte que estaría en vigor en su ausencia, como aquella que protege al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el momento de la ejecución penal es el detenido. Es también evidente que se trata de un modelo normativo —que nunca se ha llevado a cabo perfectamente pero que es realizable— respecto al cual existe siempre una distorsión más o menos amplia de la realidad. Podemos incluso afirmar que su grado de efectividad equivale al grado de garantismo de un sistema penal.

### **Una política de Derecho Penal máximo. La cuestión “seguridad”**

Se entiende cómo el “derecho penal mínimo”, así entendido, sea también un programa reformador: de reforma y reconstrucción racional completa del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derechos fundamentales que bien podemos identificar como aquellos sancionados en la Constitución republicana. Hemos trazado las líneas de este programa hasta el aburrimiento. Lo hemos hecho, por ejemplo, en un congreso que se desarrolló del 24

al 26 de enero de 1991 en Abano, en el cual, recuerdo, desarrollé una ponencia intitulada *Por un programa de derecho penal mínimo*. Lo hace también en esta ocasión Gianfranco Viglietta, que vuelve a tomar el título de aquel congreso: *Represión penal y alternativas de tutela: un programa de derecho penal mínimo*.

Sin embargo, ninguno de los puntos de aquel programa, debemos mencionarlo, se ha llevado a cabo hasta ahora, ni siquiera por los gobiernos de centro-izquierda, cuya política de la justicia ha sido decepcionante como nunca. Ciertamente, una importante reforma ha sido, antes que nada, la introducción en la Constitución de la garantía del contradictorio en la formación de la prueba, pero que respondió a la inestabilidad del proceso acusatorio producido por la contrarreforma de 1992 y que desde entonces no ha sido saneada. Pero ninguno de los males estructurales que aquejan la justicia penal ha sido afrontado seriamente. No hemos sido capaces ni siquiera de aprobar la eliminación de la cadena perpetua, que hubiese sido al menos una señal simple y elemental de voluntad reformadora de tipo progresista.

Por el contrario, ha continuado la crisis inflacionaria del derecho penal, no digamos a causa de una consciente política de signo coherentemente regresivo, sino de una ausencia, de un vacío casi total de política, o sea, de la falta de capacidad de proyección e innovación. Este vacío ha sido colmado por el acostumbrado estado de excepción, que se ha expresado en una serie de intervenciones coyunturales, oscilantes, esquizofrénicas —siempre de derecho penal máximo— cuya sola continuidad puede ser encontrada en la constante subalternidad de la mayoría de centro-izquierda o en los diversos desafíos corporativos, incluidos aquellos del orden judicial y los esfuerzos demagógicos de las diversas derechas.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es, como siempre, el de la seguridad, que no por casualidad se ha convertido en uno de los temas centrales de la última campaña electoral. Todos sabemos que la criminalidad ha disminuido en estos años y que nuestras ciudades están entre las más seguras del mundo; que el número de homicidios, de riñas y de actos de violencia contra las personas en relación con la población ha caído respecto a algunos decenios atrás y, más aún, respecto al siglo pasado; que incluso los delitos contra el patrimonio, como los robos y los tirones de bolso

en la calle han disminuido, aunque se haya reducido su cifra negra, dado que casi todos se denuncian, si no por otra cosa, porque la denuncia es requerida por las aseguradoras y para la renovación de documentos. No obstante, todas las calles y las plazas de nuestro país están cubiertas de manifiestos electorales alarmantes de Berlusconi y Rutelli<sup>1</sup> que prometen mayor seguridad contra la delincuencia que existe en las calles.

Los manifiestos y *slogans* electorales son prácticamente idénticos. Pero los de Rutelli son más graves porque son autolesivos. En la campaña de la derecha, hay una lógica política. Más allá del viejo reflejo autoritario, propio de todas las derechas, los manifiestos lanzan dos mensajes precisos, que sería interés de todos, y no sólo de la izquierda, descifrar y contrastar.

El primer mensaje es exageradamente clasista, además de estar en sintonía con los intereses personales de Berlusconi y de todos los que, como él, han tenido que ver con la justicia penal. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que es necesario prevenir y perseguir es únicamente la que ocurre en las calles o la que se da por razones de subsistencia. No se castigan entonces las infracciones de los “caballeros” —la corrupción, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales o el lavado de dinero— perseguidos notoriamente en estos años por una magistratura “sometida a los comunistas”, sino únicamente los tirones de bolsos, los asaltos, los robos de auto, los que se dan en los apartamentos y el pequeño tráfico de drogas cometidos por los inmigrantes y por los desempleados, sujetos marginados identificados hoy con las que alguna vez se llamaron las “clases peligrosas”. Ésta es una operación de gran alcance que pretende una modificación del sentido del derecho como jamás se experimentó en la historia de nuestro país, dado que ni siquiera Rocco y Manzini pensaron jamás que la corrupción y el peculado fueran delitos menos graves que el robo o un tiron de bolso. En suma, el imaginario colectivo sobre la marginación y el sentido común del derecho penal que se deforma por

---

<sup>1</sup> Francesco Rutelli, quien fuera alcalde de Roma y líder de la coalición “El Olivo”, se enfrentó en las elecciones generales de 2001 en Italia a Silvio Berlusconi, líder de la “Casa de las Libertades”, para decidir quién estaría al frente del gobierno italiano (N.T.).

esta propaganda, constituyen el preludeo de una reforma al derecho penal sobre las medidas de la empresa, que implica que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” y se ocupe únicamente de los delitos que atentan contra su “seguridad”.

El segundo mensaje no es menos grave. Se dirige al cambio, en el sentido común, del significado mismo de la palabra “seguridad”. “Seguridad” ya no quiere decir “seguridad social”, esto es, garantía de la satisfacción de los derechos sociales. No significa más seguridad en materia de trabajo, salud, previsión, asistencia o supervivencia. Quiere decir, únicamente, “seguridad pública”, reducida a la forma del orden público de policía, en lugar de la que se refiere al estado social. Y esto es así no porque la seguridad social se haya logrado, sino por el contrario, porque la movilización contra el marginado, el diverso —preferiblemente extra-comunitario— funciona como pasatiempo y al mismo tiempo ofrece satisfacción al sentimiento difuso de inseguridad social generado, más que por la crisis de la política y de los viejos lazos de solidaridad, por la reducción de las garantías de derecho del trabajo y del estado social. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas. Esto tiene un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación engañosa, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, de manera que sea casi posible que la intervención penal pueda producir mágicamente una reducción de los delitos que se presentan en las calles y que en lugar de políticas penales, requerirían políticas sociales, y más que políticas de exclusión, requerirían políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a atacar las causas estructurales de este tipo de desviación de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que agravar las penas.

Obviamente el tema de la seguridad no puede ser ignorado ni subestimado. Sin embargo, son precisamente la campaña alarmista sobre éste, e incluso en mayor medida, la campaña publicitaria con que ha sido últimamente lanzada esa maraña de normas nombrada “paquete de seguridad”, las que agravan los problemas impidiendo toda propuesta racional por dos razones relacionadas con la demanda de seguridad y con la respuesta tendiente a satisfacerla.

La primera razón tiene que ver con los fines de esta campaña. Existe una gran diferencia entre la realidad de la delincuencia urbana —que como todos saben ha disminuido— y su percepción y representación; entre la disminución de la inseguridad objetiva en nuestras ciudades y el crecimiento de la inseguridad subjetiva, es decir, del miedo a causa de la alarma cotidiana que ofrecen la prensa y la televisión a cada suceso. Ahora ¿cuál debería ser la tarea de la política frente a estas diferencias? ¿Favorecerlas buscando demagógicamente el beneplácito de la opinión pública o solamente reducirlas, evitando acreditar la idea de una creciente inseguridad con una legislación que se haga su intérprete? Nos planteamos esta interrogante porque el miedo no disminuye, si acaso se incrementa, a través de leyes inútiles y pregonadas como anuncios electorales. La agravación de las penas, al producirse como respuestas simbólicas y de excepción ante la necesidad de seguridad, termina por alimentar la inseguridad, así como por acrecentar y alterar la demanda de seguridad y los impulsos represivos presentes en la sociedad. En este círculo vicioso hay obviamente una enorme responsabilidad de los medios de comunicación, por la continua conversión de la criminalidad en espectáculo y de la respuesta penal, tanto legislativa como judicial. Pero el resultado es precisamente el crecimiento del miedo y, al mismo tiempo, una regresión política y cultural que se manifiesta en la percepción del marginado como potencial enemigo de la sociedad como fuente oscura de peligros y, por tanto, en la crisis de los lazos sociales sobre los cuales se fundan la convivencia civil y los principales antídotos a la criminalidad misma.

La segunda razón es la absoluta inadecuación de los medios propagandísticos. La agravación de las penas presentada o anunciada no tiene, como bien sabemos, ningún efecto disuasivo. Existe un principio teórico elemental, confirmado por la experiencia, sobre la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasivo de las penas y de su agravación es directamente proporcional al grado de exigibilidad de observancia de las normas violadas, máxime para delitos como el homicidio, la violencia hacia las personas, la corrupción y los delitos de poder; mientras que es nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxicodependencia o a la marginación. En tanto es una delincuencia originada por la pobreza, la inseguridad de las condiciones de vida o peor aún por la necesidad

de la droga, la delincuencia en las calles no es seriamente prevenible con las penas, que aun cuando sean severas, tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar, como ha sucedido, las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarle a ella, en vez de a políticas dirigidas a reducir las causas de la delincuencia haciendo crecer la seguridad social, la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual. Al contrario, toda su ineficacia tiene solamente el efecto de acrecentar la molestia y la desconfianza para con el derecho y las instituciones.

Por tanto, los “paquetes de seguridad” son tanto inútiles en razón de las dimensiones objetivas del fenómeno que pretenden evitar como dañosas en relación con su percepción subjetiva: o sea del sentido de inseguridad y temor que ellos mismos acreditan y alimentan. Ciertamente es más fácil emitir leyes represivas que echar mano a las políticas sociales o al menos abstenerse —en lo que hace a la previsión, instrucción, seguridad en el trabajo, hospitalidad e integración de los inmigrantes— de las políticas antisociales. Pero para los fines de la seguridad, estas leyes no sirven absolutamente para nada. Su sola explicación racional, ahora cándidamente admitida por sus creadores, es desgraciadamente su popularidad: al menos si por “racional” se entiende cualquier política aunque sea irracional respecto a los fines declarados, pero capaz de conseguir consensos.

Pero la seguridad no es el único terreno sobre el cual se ha desarrollado en estos años la expansión del derecho penal. Más allá de los homenajes ceremoniales al derecho penal mínimo, se han producido al final de esta legislatura normas que contrastan con todos los principios garantistas del derecho penal mínimo, desde el principio de lesividad hasta el de proporcionalidad. Me limito a recordar dos de las leyes diseñadas: la llamada ley antidoping, que sanciona con penas desproporcionadas al atleta que ingiere sustancias nocivas, violando de esta forma el clásico principio de la no punibilidad de los actos que se cometen contra uno mismo, y aún más grave, la ley que protege los derechos de autor —un regalo a la industria editorial cuyo máximo exponente es Berlusconi— que sanciona con una pena de seis meses a tres años la fotocopia de libros completos o la reproducción de *cd-roms*.

## La crisis del principio de legalidad

En suma, sigue la deriva inflacionista del derecho penal. Actualmente se cuentan en millares las leyes penales de nuestro país: leyes de excepción, de emergencia, de ocasión, emanadas como emblema de una permanente emergencia y dirigidas prevalentemente a conjurar los problemas con su valor simbólico y propagandístico. En la general ineficiencia de los controles extra penales, por otra parte, no existe una ley importante que no tenga su codicilo penal. Al punto que la Corte constitucional se vio obligada a la declaración de bancarrota del derecho penal, como la he llamado muchas veces, que se dio por la sentencia n. 364 de 1988, con la cual archivó como irreal el principio clásico de la no excusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, que se desarrolla fuera de todo diseño racional y a través del cual han entrado en crisis todos los clásicos principios garantistas y de legitimación: el principio de taxatividad y con él la certeza del derecho penal y el nexo entre pena y delito; el principio de lesividad y de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad de las actuaciones y el papel del proceso como instrumento para comprobar los hechos en lugar de su función como instrumento para la penalización preventiva, y la misma eficiencia de la maquinaria judicial, ignorada por una infinidad de procesos de papel inútiles y costosos, cuyo efecto es oscurecer el límite entre lo lícito y lo ilícito, además de sustraer tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas siempre con más frecuencia a aquella forma de amnistía subrepticia que es la prescripción.

Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático sigue siendo ineficaz. Si por casualidad todos los delitos denunciados fueran perseguidos y comprobados, es probable que la población carcelaria se decuplicaría. Y no es aventurado suponer que si todos los delitos cometidos (incluidos, por ejemplo, los pequeños delitos sin importancia de falsedad, al firmar o declarar, cometidos cotidianamente en la administración pública) fueran denunciados y comprobados, la mitad de la población italiana estaría bajo proceso o recluida, y la otra mitad estaría destinada desarrollar funciones policíacas y penitenciarias. Por esta razón, el alto grado de ineficiencia de

la maquinaria judicial es providencial. Pero es claro que un derecho penal afligido por la gigantesca cifra negra de delitos no perseguidos, por un lado, como ha dicho Gaetano Insolera, se impone como una pesada hipoteca sobre las libertades de los ciudadanos, a los que se les tiene como rehenes del peligro de la incriminación, y por otro lado, esta cifra negra es un factor de descrédito en conjunto, que termina por ofuscar en el sentido común el límite entre lo lícito y lo ilícito y con achacar a las pequeñas prácticas ilegales —y en gran parte inevitables—, la verdadera criminalidad, lesiva de derechos y bienes fundamentales.

Existe también un segundo efecto no menos devastante: el colapso del principio de legalidad y con esto de la capacidad regulativa de la ley, es decir, de la “*artificial reason*” que Thomas Hobbes contrapone a la “*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados” de su tiempo. Por el principio de legalidad penal, están desfalleciendo todas las funciones políticas sobre las cuales se basa el Estado de derecho. Estas funciones son esencialmente tres: 1) asegurar sobre todo la *certeza del derecho*, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios e, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la *sujeción del juez a la ley*, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la *primacía de la legislación*, y por lo tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran.

Por tanto, hoy en día estas tres funciones son afectadas, más allá de la inflación de las leyes de la que he hablado recientemente, por la crisis tanto de las garantías penales como de las procesales. Está en crisis, ante todo, la garantía penal de la taxatividad o determinación semántica de los tipos penales, a causa del desorden del lenguaje de la ley. Las leyes penales especiales se confeccionan ahora en términos siempre más vagos y polisémicos, con artículos que abarcan páginas enteras, con intrincados laberintos normativos, aporías y contradicciones. El proceso penal, a su vez, ha sido deformado, más que por la disparidad entre la parte acusadora y la defensa, por todos aquellos mecanismos

de deflación judicial —ritos alternativos, pactos o decisiones prioritarias dentro de los procesos— que han roto el nexo entre pena, prueba y delito. Con esto se han dado espacios ilimitados a la discrecionalidad de los jueces y en mayor medida a la de los ministerios públicos, que frustran, además de la sujeción de los primeros a la ley, la obligatoriedad de la acción penal que realizan los segundos, privando a la jurisdicción de sus principales fuentes de legitimación.

La responsable de la crisis es, sobre todo, la política, que ha sido siempre, en esta materia, una política coyuntural, incapaz de leer los cambios sociales y capaz solamente de un uso demagógico del derecho penal como subrogación simbólica de su incapacidad para afrontar los fenómenos —de la droga a la inmigración— si no eliminándolos, con su penalización. El derecho penal sustancial, por otro lado, ha sido tratado hasta ahora —tanto por la política como por la cultura jurídica— como una especie de mundo natural. Todas las reformas más importantes que se han realizado en estos años han incidido en el proceso o en la ejecución, dejando intacto y extendiendo incluso más allá del límite, el sistema de los delitos y de las penas. Más que modificar este sistema, se ha preferido, para deflacionar los delitos y mitigar las penas, intervenir de raíz, deformando el proceso penal con negociaciones, o bien yendo cuesta abajo, reduciendo las penas con medidas alternativas confiadas a la discrecionalidad de la autoridad carcelaria.

Pero la responsabilidad es también de la magistratura, que en estos años se ha opuesto a cualquier reforma que tenga que ver con el derecho penal mínimo y ha deteriorado el principio de estrecha legalidad exagerando en la interpretación de los casos concretos. La responsabilidad es también de la cultura penal, que asiste pasivamente a lo simple del derecho penal, oscilando entre la lamentable renuncia y la aceptación realista y disfrazando de “científico” y “desencantado” su papel contemplativo de lo existente y con ello su ineptitud y conivencia. Ésta es la vieja y aún dominante corriente técnico-científica, inspirada en la idea anti-ilustrada de que el derecho es un mundo natural, independiente de nuestras teorías y de la renuncia al rol normativo, crítico y proyectivo de la ciencia penal que fue propio de la Escuela Clásica de Beccaria a Carrara.

En resumen, nos encontramos en un círculo vicioso. Se ha resquebrajado la relación entre cultura jurídica, legislación y jurisdicción.

La cultura jurídica ha perdido su función de guía y orientación en relación con la legislación y la jurisdicción, viniendo a menos su autenticidad científica, su capacidad de realizar formulaciones sistemáticas, de solucionar técnicamente los problemas, y también la firmeza en sus principios, antes que ningún otro, del principio de estricta legalidad penal. Esto, sin hablar de la capacidad de proyección teórica, que ha desaparecido —y ésta es la primera razón de su pérdida de autoridad— precisamente a causa de la mezcla del tecnicismo jurídico y del desencanto “realista” y “posmoderno” en el que se abriga gran parte de la moderna cultura penal. La legislación, que no tiene el soporte de la cultura jurídica y que más bien recibe un tácito aval de sus inclinaciones realistas, ha perdido totalmente su racionalidad y coherencia y ha acentuado el caos normativo volviendo aún más difícil la función de sistematización del jurista. La jurisdicción, a través de la cual han crecido enormemente la relevancia política y la función de defensa de la legalidad, ha redescubierto vocaciones antigarantistas y autoritarias que jamás se extinguieron en las prácticas inquisitorias, pero también en la defensa de lo existente y en la oposición a gran parte de las tímidas reformas garantistas.

### **Por un programa de Derecho Penal mínimo. La reserva de código**

De frente a la gravedad de la crisis a la que nos referimos —que corre el riesgo de arrasar con la credibilidad en el derecho y la jurisdicción penal— la única respuesta racional es precisamente la refundación por completo del sistema penal, tendiente a restaurar la eficiencia y garantías que hemos expresado con el modelo normativo del *derecho penal mínimo*. Me limitaré, al respecto, a dos simples observaciones que he desarrollado en varias ocasiones y que son tan obvias como de hecho ignoradas.

La primera observación es que la crisis del principio de legalidad generada por la inflación legislativa, cargando a la maquinaria judicial de una cantidad de procesos que no es posible llevar a cabo, está convirtiéndose ahora en el principal factor de ineficiencia, privándola de los procesos para los actos mayormente lesivos de bienes fundamentales. Bajo este aspecto, como es evidente, un derecho penal mínimo es por definición más eficiente que un derecho penal máximo. Solamente

un derecho penal mínimo que tenga como fin único la prevención y castigo sólo de las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil, estará en posibilidad de afrontar estas formas de criminalidad, asegurando al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal.

La segunda observación es que las garantías requeridas por el modelo normativo del derecho penal mínimo no son solamente garantías contra el arbitrio, sino también garantías contra el error; no son sólo garantías de inmunidad para el ciudadano, sino también garantías de verdad, cuya ausencia o violación produce costos de injusticia inaceptables además de contrarios a las finalidades preventivas del derecho penal que son aseguradas, evidentemente, por la correcta comprobación de las responsabilidades penales y no por la eficiencia represiva de los aparatos judiciales. Más en general, la restauración de las garantías es la primera condición para restituir la credibilidad en el derecho y al mismo tiempo en la jurisdicción penal.

No me detendré en la gran cantidad de propuestas en que se articula el programa de derecho penal mínimo y que he ilustrado muchas veces: la explícita introducción, si es posible en la Constitución, del principio de lesividad sea en abstracto que en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos que se castigan con simples penas pecuniarias; la eliminación de la vergonzante cadena perpetua, la disminución de los máximos legales de las penas de detención y la introducción de penas alternativas a la reclusión y, finalmente, la restauración del proceso acusatorio diversamente utilizado en todos estos años.

Existe, sin embargo, una reforma de la que quiero subrayar, una vez más, tanto su viabilidad como su importancia: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe introducirse a nivel constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas y de procesos penales si no es a través de una modificación o una integración que se apruebe con procedimientos agravados, del texto

del código penal o procesal. Un principio análogo, se recordará, fue introducido en el esbozo de la propuesta de reforma constitucional aprobada por la Comisión Bicameral, pero que no preveía aún procedimientos agravados para modificar el código y ampliaba esta reserva también a las leyes orgánicas. Y ha sido, incluso con estos mismos límites, introducido en el proyecto de reforma aprobado por la Comisión presidida por Carlo Federico Grosso.

Insisto en el valor que tendría una innovación similar. No se trataría simplemente de una reforma a los códigos. Se trataría de una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la *“iuris prudentia* o sabiduría de jueces desordenados” propia del viejo derecho común, ha sido disuelta por una legislación de legisladores más desordenados aún, cuyo valor es exactamente el de reproducir, a través del aumento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. De frente a esta regresión premoderna del derecho penal no basta una simple reforma del código penal, que no se ha logrado realizar en cincuenta años de historia republicana. En vez de esto es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para desarrollar los códigos penal y procesal —conceptos de la cultura ilustrada como sistemas normativos relativamente simples y claros para tutela de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio de aquellos que HOBBS llamó los “jueces desordenados”— que han estado al amparo del arbitrio y de la volubilidad de los modernos legisladores “desordenados”.

El código penal y el de procedimientos se convertirían así en textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad debería hacerse cargo siempre el legislador. No se aumentaría la capacidad regulativa en relación con los ciudadanos y los jueces. La drástica despenalización que le seguiría —comenzando por el derecho penal burocrático que está formado por el cúmulo de delitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias— sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y del nivel de garantismo del sistema.

Sólo la refundación de la legalidad inducida por la entera recodificación del derecho penal —acompañada por la restauración de todos los principios garantistas, comenzando por el de la taxatividad de los tipos penales y de su ofensividad hacia bienes y derechos fundamentales— puede restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Esto se daría, de hecho, con aparente paradojismo en tanto la legislación, y por tanto la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley y por lo tanto llevar a cabo la prerrogativa constitucional de la reserva absoluta de ley, en cuanto el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetando las garantías —primordialmente la de estricta legalidad— idóneas para limitar y vincular la jurisdicción, lo que equivale a decir que la ley puede ser efectivamente condicionante en tanto sea también jurídicamente condicionada. Y el hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita valor. El hecho de que todo esto fuera válido dos siglos atrás, cuando la codificación hizo posible el pasaje del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo hace menos válido hoy, que la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.

Desgraciadamente no podemos hacernos muchas ilusiones. Y sin embargo tampoco podemos permitirnos ser pesimistas. Es verdad que en el estado actual, a causa de la falta de sensibilidad de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. No debemos confundir —si no queremos ocultar la responsabilidad de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica— inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” aquello que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Por el contrario, debemos admitir que todos —legisladores, jueces y juristas— somos responsables de la crisis actual; que el pesimismo “realista” y el desencanto resignado y “posmoderno”, del que en estos años se complace una parte de la cultura penal, corresponden a peticiones de principio que se comprueban por sí mismas, y que, sobre todo, de la superación de la inercia proyectiva que aflige de esta forma a la política y la cultura jurídica, depende el futuro no sólo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.