

## LUIGI FERRAJOLI "JUSTICIA Y POLÍTICA: CRISIS Y REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL"

## LUIGI FERRAJOLI, "JUSTICE AND POLITICS: CRISIS AND REFOUNDATION OF CRIMINAL GUARANTEES"

Juan Manuel Baños Bris <sup>\*1</sup>   
[jmbb0010@red.ujay.es](mailto:jmbb0010@red.ujay.es)

<sup>1</sup> Universidad Jaén, España

\* Doctorando Derecho Penal.

### Cómo citar:

Baños Bris, J. M. (2025). Luigi Ferrajoli "Justicia y política: crisis y refundación del garantismo penal". *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 25, e9869. <https://revistaselectronicas.ujay.es/index.php/rej/article/view/9869>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

### Resumen

Descubrir las debilidades del sistema de justicia y político actual es un primer paso para construir un sistema denominado garantista. La vertebración parte de una construcción que pretende reducir las debilidades de los actuales sistemas jurídico-políticos bajo elementos protectores. Ferrajoli construye en el libro un esquema que desarrolla y cuestiona los principales problemas de su teoría del garantismo, enfrentándolos a los problemas de la actualidad.

**Palabras clave:** democracia, política, derecho

### Abstract

Uncovering the weaknesses of the current judicial and political system is a first step toward building a so-called guarantor system. This approach is based on a construction that seeks to reduce the weaknesses of current legal and political systems through protective elements. In this book, Ferrajoli constructs a framework that develops and questions the main problems of his theory of guarantorism, confronting them with current issues.

**Keywords:** democracy, politics, law

### SUMARIO

I. Introducción. II. El modelo garantista y la jurisdicción. III. Creacionismo judicial y crisis de legitimidad. IV. Por una refundación del garantismo penal. V. Jurisdicción internacional. VI. Bibliografía.



## I. INTRODUCCIÓN

Hay obras que atraviesan toda una vida. La construcción de herramientas intelectuales sólidas, conectadas entre sí, permitiendo un cuerpo teórico sobre el cual interpretar el mundo y desasir enredos conlleva tiempo, esfuerzo y no menos sacrificio ante los innumerables problemas, nuevas disquisiciones y nudos que se generen. Solo una vida entregada a conciencia sobre estos objetivos permitirá un final dulce. En buena medida, la obra del autor sobre el que se presenta la recesión aquí tratada es así y, su obra, "Justicia y política: crisis y refundación del garantismo penal" es una continuación de un camino del que el final se espera que tarde en llegar. La obra, es una reconstrucción, puesta en explicación y replanteamiento de la teoría del garantismo penal formulada por el propio autor en su magna obra, causa de los textos que le han seguido y que no es otra que Derecho y Razón, publicada hace 34 años (Ferrajoli, 1989). En la presente recesión se viene a explicar y poner en valor las ideas principales del autor en el texto.

## II. EL MODELO GARANTISTA Y LA JURISDICCIÓN

El texto se formula bajo una división formal en dos partes: una primera de corte analítica y otra propositiva. La primera se titula "El modelo garantista

de la justicia penal y su actual crisis" (dividida en cuatro capítulos que se irán tratando conforme se avance en la presente recesión) y la segunda "Por una refundación del garantismo penal" (con otros cuatro capítulos).

El libro, antes de comenzar con el análisis, se abre al lector con una introducción donde el autor manifiesta la grave descontextualización de un tiempo, el nuestro, que vive en los espejos de un populismo penalista que analizara más tarde que no entiende (centrándose en el caso italiano) como en un país donde la criminalidad ha caído, y para ellos aporta datos estadísticos, las penas se han agravado, formuladas por una cultura en la clase política que considera en retroceso en términos democráticos de garantías afectando con ello al sistema de garantías jurídicas y jurisdiccionales en lo que podría formularse como "crisis del principio de estricta legalidad y taxatividad". Entre las causas pueden halarse: demagogia sobre el tema de la seguridad, la difusión de las instancias punitivas, así como la idea de vivir en una situación de constante emergencia ya sea por el terrorismo o por el crimen organizado.

Una cultura jurídica, en conclusión, introductoria, debilitada y que debe repensar sus fuentes de legitimidad de los distintos poderes del Estado, así como su relación entre ellos y su expresión consecencial en la población.

### III. CREACIONISMO JUDICIAL Y CRISIS DE LA LEGITIMIDAD

De las cuestiones centrales, que vendrán tratadas a posteriori se encuentra la cuestión epistemológica clave en la crisis jurisdiccional, a saber, el creacionismo judicial. La cuestión de los márgenes interpretativos es central en la obra, entender el margen del juez en la aplicación de la norma y su papel en el proceso y la sentencia.

La primera parte ("el modelo garantista de la justicia penal y su actual crisis") abre con un capítulo (jurisdicción y garantismo") que viene a reflexionar sobre la noción de jurisdicción, su uso y su operatividad en el marco actual de necesidades y garantías fundamentales. La jurisdicción es una actividad cognoscitiva, además de práctica y prescriptiva que cuenta con tres dimensiones: 1) una verdad jurídica como verdaderamente opinable producida por la interpretación operativa de la ley; 2) una verdad fáctica solo probabilística por medio de la "inducción probatoria", es decir, alcanzada mediante el acto probatorio; y 3) una valoración equitativa entendida en el marco de la comprensión de lo singular e irrepetible del hecho justiciable.

Las tres dimensiones puestas en valor se circunscriben al entendimiento de que la función de la jurisdicción es la toma de una decisión sobre la "verdad" de una hipótesis de tipo judicial formulada por un sujeto que se encuentra legitimado para accionar un proceso. Con ello, se viene a decir, que el proceso es un saber-poder, concepto fuerza sobre el que se construye buena parte de análisis de Ferrajoli sobre la institución del Poder Judicial.

Ese saber-poder es el tema más relevante de toda la teoría del garantismo judicial por ser la cuestión de la ley no únicamente de carácter formal, es decir, como producción de juicios, además es sustancial, por ser relativa a los contenidos a la obtención de la verdad. Pues, una de las advertencias que realiza es que en el trato de la obtención de la verdad es importante alejarse de medios inquisitivos que puedan redundar en una transformación de un método inductivo a uno deductivo que, en última instancia, ocurre cuando se produce una priorización de los medios de poder sobre el saber, entendiendo que en el juez lo ideal es un equilibrio prudente para llegar a la verdad menos arbitraria y más justa, haciendo valer esa máxima de Montesquieu tan repetida a lo largo del texto en referencia a los jueces que deben tener siempre muy presente que el suyo es un poder terrible que, por eso, debe estar rodeado de garantías.

El segundo capítulo: "Las fuentes de legitimación de la justicia penal. El papel garantista del positivismo jurídico" es interesante en orden a formular las coordenadas de la separación de poderes. Si lo clásico es la separación en tres, a saber, poder legislativo, ejecutivo y judicial, siendo esta división una legitimación de la ordenación de poder de las funciones públicas como esfera de lo decidible y esfera de lo no decidible. Dicha división a su vez podría ordenarse en dos tipos de funciones de garantías como son las primarias y las secundarias.

Las primarias serían aquellas funciones de corte administrativo como puede ser la gestión, redundantemente, puramente administrativa de un determinado territorio de soberanía, pero, además, cuestiones sanitarias, educativas y las de previsión y asistencia social, es decir, aquellas garantías esenciales sobre las que se construyeron los llamados Estados Sociales y de Derecho. Mientras, las garantías secundarias serían las jurisdiccionales como aplicación sustancial de la ley y garantía de los derechos fundamentales.

Del resultado de lo expresado, entendiendo las fuentes de legitimación del poder la división consistiría, finalmente, funciones políticas de gobierno (legislativas y ejecutivas) y funciones de garantías (primarias y secundarias). En materia penal, el autor aboga en cuanto a la legitimación del derecho penal sustancial por un derecho no demediado, es decir, por un derecho penal mínimo. El fundamento primero es seguir la senda iniciada por Beccaria

promoviendo la minimización de la violencia y del arbitrio de la sociedad bajo el principio de "máxima felicidad dividida entre el mayor número".<sup>1</sup>

En conexión con la capacidad creadora de la jurisdicción como ente que no solo se preocupa de dar testimonio de la verdad en el juicio sino como se fundamenta surge un penúltimo capítulo de este primer bloque bajo el título de "crítica de la concepción de la jurisdicción como creación de nuevo derecho". El fundamento es la crítica de la idea, pareciere retornada, de la función que pueda asumir la jurisdicción como actividad creadora de nuevo derecho la cual no es sino una cuestión propia de tiempos "oscuros" más propios de una jurisdicción sin garantías y que puede romper el principio de legalidad constitucional dentro del modelo garantista. No obstante, hay conocer las dos concepciones sobre las que planea la crítica del concepto "creacionismo judicial": por un lado, se encuentra la versión fuerte o propia donde se produce una asociación o vinculación de significados que no cuentan con su expresión en las disposiciones normativas propias y, por otro, el sentido impropio o débil como legítima opinión en consonancia a una interpretación dentro de las líneas propias de los ordenamientos jurídicos avanzados.

Para finalizar el análisis del capítulo y la crítica del creacionismo Ferrajoli no le basta con obtener una posible definición, sino que necesita hacer un repaso por las diferentes propuestas dentro de las que destaca un análisis de la obra de Kelsen, del creacionismo de tipo hermenéutico fundamentado sobre la obra del filósofo francés Gadamer, el creacionismo de tipo principalista así como los cortes de tipo realista y neopandectista.

Todas las posturas concluyen en la idea de que el derecho es lo que se hace en los tribunales siendo esto una regresión al derecho jurisprudencial premoderno, avalando una inversión de las fuentes legales. En consonancia con este surge el último capítulo de este bloque: "La crisis del modelo garantista de la jurisdicción penal" que habla del nexo entre la validez jurídica de las normas producidas y la legitimidad política. En democracia, lo principal es asumir la validez formal entendida como la forma de los actos legislativos, así como la validez sustancial como coherencia y plenitud sobre las normas constitucionales.

El final de esta primera parte denominada de corte analítico se funda en los factores que el autor considera principales para entender la crisis del garantismo penal: 1) colapso del principio estricto de legalidad penal (sobreproducción de leyes especiales, desorden en el lenguaje de las leyes); 2) populismo penal y cuestión de la seguridad (bajo la rasgos de una falta de sensación de seguridad, el papel de la opinión pública bajo un mensaje de corte

clasista); 3) derecho punitivo ilegítimo ante o *extra delictum* (siendo el ejemplo clásico de análisis las medidas preventivas).

#### IV. POR UNA REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL

La segunda parte de la obra se titula "Por una refundación del garantismo penal" y consta de cuatro capítulos donde el primero se denomina "El programa de un derecho penal garantista. Las garantías en materia de delitos, penas y procesos". La primera reforma consiste la refundación del principio de legalidad, poniendo en jaque el desorden existente mediante reformas como la reserva de ley ampliada en a existencias de una "reserva de código" que exija la eliminación de la sobreproducción existente de leyes penales especiales, ordenando el catálogo de bienes jurídicos así como hacer valer mediante una segunda reforma el principio de taxatividad, univocidad, precisión y claridad en la formación del lenguaje legal planteado en las diferentes normas. Por último, cabe mencionar una reforma del Ministerio Fiscal (esta vez mas pensada en lo que acaece en Italia sobre nuestro país) que ponga límites en el inicio de la acción penal, en la conclusión de las investigaciones preliminares, así como el poder de impugnación en las sentencias absolutorias.

Sobre las cuestiones del creacionismo que se han mencionado en la primera parte vuelve en el capítulo segundo de esta parte "Ordenamiento judicial y deontología de los jueces" donde analiza los posibles factores de descredito y deslegitimación del Poder Judicial proponiendo una serie de reglas deontológicas que tienen como finalidad equilibrar el saber-poder mediante una ampliación del saber sobre la idea del poder, así como el papel de lo cognoscible en la aplicación de los derechos.

Dos últimos capítulos cierran el libro. El primero "La prevención de la criminalidad: derecho penal mínimo y políticas no penales" se propone analizar una serie de falacias que permiten al sistema penal actual proponer unos principios punitivos excesivos en lugar de una reducción cada vez mayor de este poder en pro de las garantías de los derechos fundamentales de las personas.

#### V. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El ultimo, bajo el título "Jurisdicción internacional: crímenes de sistema y constitucionalismo global", es un capítulo de cierre fabuloso que ahonda en cuestiones tratadas en anteriores libros del autor y que definen los problemas que surgen en un mundo globalizado cuando el estado nación no es capaz de aplicar justicia sobre aquellas cuestiones que le afectan

directamente a él como al resto de países colindantes como pueden ser los problemas medioambientales, la cuestiones humanitarias derivadas de las guerras y el terrorismo así como los problemas generados por los grandes flujos de capitales y los defectos del mercado. Para ellos, el autor considera indispensable redefinir y dotar de una legitimidad tanto a instituciones como normativas supranacionales que hasta el momento no ejercer un verdadero poder coactivo cuando se vulneran derechos humanos.

Si hay un autor imprescindible en el pensamiento garantista, en el pensamiento que se pone en pie de guerra ante las injusticias terribles que asolan lo más perverso del mundo, ese es Luigi Ferrajoli. Para todo lector y estudioso del Derecho, indagar entre sus páginas revela una predisposición en seguir fortaleciendo aquel edificio que nos iguala y nos dota de libertad y seguridad pero que no podemos dejar de defender, el Estado social y democrático de derecho.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas* (ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez; trad. cast. de F. Laplaza; texto italiano fijado por G. Francioni; prólogo de P. Calamandrei). Trotta.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.

### Notas

- 1 La "buena legislación [...] es el arte de conducir a los hombres hacia el máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible" (Beccaria, 2011, pp. 107 y 263).