

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

El Estado, la ley y el Derecho penal

1. Introducción. – Los juicios de valor que hacen de sustrato conceptual de las tesis de muchos juristas contemporáneos a propósito del Estado y de la ley son: **a)** al colapso del «Estado moderno» «es bueno que le siga» → «debe seguirle» → «la desaparición del Estado»; **b)** a la crisis de la «ley» como producto del Estado soberano: «es bueno que le siga» → «debe seguirle» → «la fuga de la ley» entendida como criterio general y abstracto del bien común.

Estoy convencido de que los dos pasos, sostenidos por muchos filósofos del derecho y juristas positivos, que afirman: «del Estado moderno» al «fin del Estado»; de la «crisis de la ley positivista» al «fin de la ley» serían *desastrosos* para el bien de la comunidad política. En el plano conceptual, estos dos pasos constituyen un error que se sitúa en la misma línea de dirección del utopismo antiautoritario, individualista y materialista, que ha caracterizado al marxismo, específicamente en su versión trotskista. Los resultados de tal proceso, que se ve muy agresivo, y que se manifiesta en Occidente sobre todo a través del activismo judicial de las Cortes Constitucionales y de las Cortes Supremas de Justicia, no pueden sino desembocar en una nueva forma de totalitarismo que, combinando la invasividad de las tecnologías informáticas y la voracidad de las inmensas concentraciones financieras, pretende abrumar tanto la propiedad privada, como la libertad concreta de las personas, de las

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

familias y de los grupos sociales intermedios, y la misma autoridad de los Estados libremente constituidos por cada pueblo.

Este proceso es ambiguo y complejo. Es muy difícil captar cada uno de sus momentos constitutivos. Intentaré esbozar algunos aspectos, sin llegar a una visión de síntesis.

Cierro esta introducción con una advertencia. Cuando hablo de "supremacía" del Estado no connoto este término de modo negativo, porque no me estoy refiriendo a la "soberanía del Estado" en el sentido moderno, sino a la suprema potestad en el orden político, es decir, a la supremacía de la autoridad legítima en la comunidad política, establecida según el derecho y limitada por la ley moral desde arriba y por la propiedad y la libertad de los individuos y de los cuerpos intermedios desde abajo.

2. La primacía de la legalidad en derecho penal italiano de la posguerra y hasta el final de los años 80 del siglo pasado.

– En el escenario iusfilosófico inmediatamente posterior al final de la Segunda Guerra Mundial se registró una tendencia a recuperar en cierta medida la concepción iusnaturalista del derecho, relativizando el carácter absoluto de la ley estatal. En ese clima cultural se dio el redescubrimiento de la figura del juez como sujeto idóneo para ejercer un papel creativo del derecho, a través de la interpretación de la norma legislativa. Particularmente significativa en este contexto fue la obra de René Marcic *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*¹, quien fue de las primeras en esbozar un modelo jurídico que sustraía al juez de las rígidas cadenas del positivismo jurídico. Sin embargo, la idea de que el elemento jurisprudencial pudiese tener un papel en el derecho penal

¹ MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als naß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts und Sozialstaat*, Vienna, 1957.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

permaneció mucho tiempo ajena a la doctrina y a la jurisprudencia italiana. El horizonte relativo a la introducción y a la interpretación de las normas penales estaba clausurado, en vigencia del Código Rocco, tanto antes como después de la entrada en vigor de la Constitución republicana, dentro de un rígido sistema de tipo positivista. La ley estatal constituía la única fuente legítima del derecho penal, tanto en el aspecto de la previsión de los preceptos como en de la determinación de las penas. El principio de legalidad, sobre todo a partir de la reflexión de los grandes juristas de la post-guerra, desde Giuliano Vassalli² a Marcello Gallo³, fue entendido de modo «rígido», definido por una estrecha integración de los principios de reserva absoluta, de la irretroactividad de la ley desfavorable, de la taxatividad y de la prohibición de la analogía⁴.

La idea de una intensa participación del juez en la formación de la ley sonaba absolutamente heterodoxa para la doctrina penalista italiana de posguerra por una serie de razones. En primer lugar, desplegó su influencia la renuencia de la doctrina italiana a dejarse «contaminar» por el tema del derecho natural. La tradición técnico-positivista, representado por Arturo Rocco con la lección sobre el método de 1910, estaba profundamente arraigada en el ámbito de las escuelas italianas⁵. En segundo lugar, la totalidad de la doctrina italiana desconfiaba de las distorsiones totalitarias inherentes a la expansión

² VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, 1994, p. 278; ID., *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535; ID., *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Dig.*, App., V, Torino, 1984, p. 292; ID., *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Dig.*, XI, Torino, 1965, p. 493.

³ GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, 10 ss., ora in edizione rivista e accresciuta *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 35 ss.

⁴ M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 2º ed., Bologna, 2010, p. 1 ss.

⁵ En alguna medida constituía la única excepción la escuela patavina de Giuseppe Bettiol.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

del poder del juez. De hecho, tanto en la experiencia nacionalsocialista como en la soviética, la desvinculación del juez respecto de la ley había abierto espacios no pequeños al arbitrio. La ley estatal fue considerada, en consecuencia, la única fuente de calificación jurídica de la punibilidad. Posteriormente fueron estigmatizados como absolutamente inadmisibles adiciones no sólo modestas integraciones *ab extrinseco* de la ley, sino también incursiones ortopédicos de la jurisprudencia destinadas a «concretizar» autónomamente preceptos indeterminados⁶.

Esto correspondía a dos instancias, una intrapenalística y otra de carácter constitucional. Por un lado, en la ley estatal clara y determinada, aprobada por el Parlamento tras un debate público, con la participación de mayoría y minoría políticas, se veía la garantía más segura de la racionalidad jurídica y de la libertad individual⁷. Por otra parte, la prohibición de la analogía y, en cualquier caso, de la integración por vía judicial del tipo penal, se consideraba indispensable para garantizar la separación de poderes entre los órganos del Estado, y, más aún, el sometimiento del juez al dictamen surgido del poder supremo en el orden constitucional, el Parlamento, según se establece en el art. 101, inciso 2º de la Constitución.

El mundo de los juristas aceptaba sin vacilar la «convención» de la legalidad absoluta⁸. La prueba de esto se halla en el progresivo

⁶ El punto de llegada de este proceso puede verse en la sentencia de la Corte Constitucional 8.6.1981, n. 96, que arrasó con la norma sobre el secuestro. C. Cost., 8.6.1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, p. 806, que declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 603c.p., en cuanto el examen detallado de las diversas y contrastantes interpretaciones de la doctrina y de la jurisprudencia muestra claramente la imprecisión e indeterminación de la norma, la imposibilidad de atribuirle un contenido objetivo, coherente y racional y por lo tanto la absoluta arbitrariedad de su concreta aplicación.

⁷ M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 82 ss.

⁸ GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, cit., p. 38 ss.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

refinamiento de la crítica a los preceptos del Código y a las leyes penales, especialmente en cuanto a su déficit de taxatividad, que continuó hasta finales de los años '80 del siglo pasado. En cuanto a las desviaciones prácticas, por otra parte, se debe recordar la máxima según la cual el abuso no priva de valor al uso. El abuso fue considerado como una excepción y, en cuanto tal, era susceptible de ocurrir más o menos frecuentemente; pero la cultura compartida de los juristas lo tachaba de inadmisibles. La judicatura, por su parte, acepta como «normal» su condición de estricta subordinación a la ley.

3. La ruptura de la legalidad, la dictadura del mercado y el

cosmopolitismo judicial. – La idea de que el elemento jurisprudencial pudiese también tener un papel en el sector penal sólo surgió a partir de principios de los años 90 del siglo pasado en virtud del concurso sinérgico de una pluralidad de factores, procedentes de diversos niveles de la experiencia jurídica y política, unidos en el hecho de ser todos consecuencia de un proceso complejo, definible sintéticamente con el concepto de «globalización».

En su aspecto estrictamente político el proceso se inició con la implosión del gigantesco sistema de poder soviético, que extendía su influencia sobre enormes áreas geopolíticas del mundo. Los acontecimientos de 1989-1991 [mil novecientos ochenta y nueve a mil novecientos noventa y uno] liberaron, por una parte, energías y recursos extraordinariamente poderosos, primero en Europa central y oriental, hasta el centro de Asia, y, a continuación, en el extremo Oriente. Por otro lado, el fin de la polaridad conflictual entre el llamado «mundo libre» y la Unión Soviética contribuyó a la erosión de la coherencia política de los Estados, concebidos, a partir de ese

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

momento, cada vez menos como el refugio indispensable para la protección de cada pueblo, circunscrito en un territorio determinado bajo el imperio de una misma ley, sino en cambio, de modo mucho más ambiguo, como mero instrumento eventualmente útil en un plano pragmático para el desarrollo económico de los distintos países.

Comenzó a establecerse en aquellos años, a partir del debilitamiento de los Estados, el principio de la soberanía del mercado. Los resultados de la primera década de la dictadura del mercado no fueron, ciertamente, exultantes, pero la conciencia de los daños causados por un mercado libre global solo detuvo provisoriamente su desarrollo. La preocupante crisis económica y financiera de los primeros años del 2000 y las intervenciones normativas centralistas de carácter penal emanadas entonces por los Estados Unidos para hacer frente a las graves disfunciones de este sistema⁹, así como la crisis financiera y económica del 2008, con la deflación mundial, el desempleo generalizado y el colapso del valor del patrimonio inmobiliario, han revelado que la erosión de los Estados no está necesariamente asociada a un mayor bienestar de los pueblos.

Los acontecimientos brevemente enunciados han acelerado el declive del poder de la autoridad política suprema de cada Estado. De hecho, habiéndose vuelto cada vez menos vinculante la «necesidad de la soberanía» por razones de carácter político, no han perdido vigor, en concomitancia con la transferencia de una parte notable del poder financiero a las entidades que operan libremente en el mercado global, diversos proyectos orientados a un progresivo desplazamiento de la justicia, incluida la penal, desde el Estado hacia Cortes independientes de carácter internacional.

⁹ Cfr. el «*Sarbanes-Oxley Act of 2002*», conocido también como «*Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*» del 30 julio 2002.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

La plurisecular tradición estatista moderna hacía valer las siguientes tesis: a) el mundo está dividido en Estados, cada uno de los cuales no reconoce ninguna otra soberanía; b) la producción de normas jurídicas y la coerción legal es obra exclusiva de los Estados soberanos; c) el derecho internacional no se refiere a individuos o grupos, sino a los Estados y d) el derecho internacional se refiere a las normas mínimas de coexistencia y cooperación entre los Estados.

Son evidentes los gravísimos errores de la concepción estatista de la modernidad. En particular, es falsa la afirmación a) en la parte que considera la soberanía como «absoluta»; es falsa la afirmación b) en la parte que niega la pluralidad de las fuentes jurídicas; es falsa la afirmación c) en la parte que niega que en la base del derecho internacional se encuentra el *ius gentium*, como derecho común a todos los pueblos, en relación con la idéntica naturaleza humana; es insuficiente la afirmación d), porque subestima la relevancia del derecho internacional para asegurar la paz entre los pueblos.

Es cierto, sin embargo, que el Estado «absoluto» es una degeneración del Estado y que el Estado, limitado desde arriba por la ley moral y desde abajo por las costumbres y los derechos de los individuos y de los cuerpos intermedios, está arraigado en la naturaleza del hombre, ya que está constituido por la materia de una serie de comunidades naturales, ordenadas las unas a las otras, y está determinado por el principio formal de la autarquía, como autosuficiencia y perfección del fin del hombre concebido como ente espiritual y persona¹⁰. Por lo tanto, es la institución naturalmente destinada a la realización del bien común.

¹⁰ Cfr. F. A. LAMAS, *El Bien Común Político*, in *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 305-319, in particolare, p. 318.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

Lamentablemente, en oposición al estatismo moderno, tras su progresivo oscurecimiento, no han resurgido posiciones cercanas a las tradicionales.

De hecho, lo cosmopolitismo jurídico posmoderno propone que la comunidad internacional supere el nivel de la mediación estatal del derecho para crear directamente una red inter-individual de relaciones que prescindan de las instituciones estatales. En la base de estas posiciones se encuentra el individualismo absoluto, la negación del bien común de la comunidad política y la consiguiente negación del Estado.

La línea de pensamiento cosmopolita del derecho presenta un aspecto que es, en algunos aspectos, más bien moral, en otros, más bien institucional. El trasfondo filosófico de estas posiciones es una forma particular de la iusnaturalismo laico, al modo del Kant de *La Paz Perpetua*, o bien de un utilitarismo ético de tipo igualitario. Estas tendencias pecan, al menos, de falta de realismo, porque ignoran la naturaleza institucional de toda forma de justicia, ya sea global o local. De hecho, la justicia, como actitud ética que gobierna la relación *ad alterum* y *ad totum*, así como la del *totum* respecto a cada uno, postula necesariamente la posición previa de una regla de carácter general obligatoria para todos, garantizada por una autoridad legítima provista de fuerza suficiente para hacerla respetar: esta autoridad es el Estado, en sus diversos niveles jerárquicos.

En el plano moral, el cosmopolitismo jurídico pretende responder a los problemas del mundo según los criterios de la impersonalidad y la inclusión, en modo «neutral», aplicando la máxima de lo que es oportuno hacer, sin ninguna consideración por el mundo histórica y espacialmente vinculado a cada pueblo, en el cual se deben tomar las

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

decisiones¹¹. El idealismo cosmopolita tiende progresivamente a deslegitimar los Estados, superando su mediación institucional para alcanzar directamente una armonía inter-individual que prescinda de las mismas instituciones¹². El cosmopolitismo institucional, poniéndose a menudo en línea con el cosmopolitismo moral, se vuelca al esfuerzo de construir instituciones «globales» o «regionales» con carácter internacional que, libres del estigma político de la búsqueda del bien común de cada comunidad, reivindican con fuerza creciente una competencia normativa, también y sobre todo en el terreno penal, precisamente con el fin de lograr la máxima uniformidad de las condiciones de vida de los pueblos. En palabras de Charles Beitz, uno de los autores más representativos del cosmopolitismo liberal, las instituciones internacionales deberían escribir «la constitución política del mundo»¹³.

Las proyecciones jurídicas de la globalización trajeron consigo cambios radicales a nivel institucional. A la expansión de la economía global corresponde también un esfuerzo de globalización del derecho, con la consiguiente disolución de la autoridad suprema de cada Estado. De hecho, mientras el motor del Estado es el gobierno, en el orden jurídico global no debería existir una autoridad institucional superior, ni la jerarquía que caracteriza a los poderes estatales, sino que debería regirse por una contratación permanente entre sujetos que se ponen, al menos aparentemente, en un mismo plano. El contrato, y no la ley, debería ser la fuente privilegiada del derecho¹⁴.

¹¹ Cfr. C. BEITZ, *Cosmopolitan Liberalism and the States System*, 1994.

¹² S. MAFFETTONE, *Un mondo migliore. Giustizia globale tra Leviatano e Cosmopoli*, 2003, p. 66.

¹³ C. BEITZ, *op. cit.*.

¹⁴ Una forma institucional compacta a nivel supra nacional se ha formado, sobre todo a partir del Tratado de Maastricht del 1992, en el área regional europea, donde se ha verificado el fenómeno de la sobreposición a la ley estatal de un nivel jurídico

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

Correspondería, pues, al juez, dirimir las controversias según la lógica de la comunicación retórica *à la* Jürgen Habermas.

Este sistema complejo y variado, difícilmente reconducible a unidad, encuentra su momento intencionadamente unificador en aquel nuevo principio, surgido para reemplazar la legalidad estatal, de la «interpretación conforme» – sucesivamente – a la Constitución, a la normativa internacional y a las decisiones de las Cortes internacionales¹⁵. Este principio transforma profundamente el modo de operar del juez, tanto civil como penal, en cuanto, más que un rol de simple intérprete de la ley, termina por asumir, según el modelo del *modus operandi* de los jueces constitucionales, una tarea de supervisión y control [*sindicato*] de la ley, haciéndolo de algún modo superior a la ley y a la autoridad estatal competente para su emanación¹⁶.

europé. De allí que, precisamente en referencia al espacio europeo, los intérpretes del nuevo panorama de las fuentes han destacado la creación de un nuevo espacio hermenéutico abierto a la “realidad institucional de un europeísmo judicial” (M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 47), en el cual los actores principales son la Unión europea, la Corte Europea, la Corte Europea de Derechos Humanos, así como las Cortes Supremas de los diversos países de Europa. En Italia la Corte de Casación, acompañando este desarrollo, ha comenzado a desempeñar, sobre todo pronunciándose en Secciones Unidas, más que el tradicional rol nomofilático, un rol de carácter creativo, que sopesa de modo autónomo las varias instancias que afloran de la jurisprudencia de mérito.

¹⁵ Sul tema cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, con particolare riferimento all'area europea, cfr. F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, con particolare riferimento a Corte e normativa europea; F. VIGANO, *Il giudice penale e l'interpretazione delle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, V. II, 2010, Piacenza, p. 617 ss.

¹⁶ El principio de la interpretación conforme a la Constitución ha encontrado particular aplicación a partir de la sentencia de la Corte constitucional n. 356 del 1996, en la cual se afirmando explícitamente el conocido principio según el cual «una ley es declarada inconstitucional no porque sea posible darle interpretaciones inconstitucionales (y algún juez se las dé), sino porque es imposible darle interpretaciones constitucionales» (cfr. Cfr. C. Cost., 22.10.1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3096, que ha declarado inadmisibile la cuestión de la legitimidad constitucional de los artt. 18 inciso 2° y 29 inciso 2° d.lgs. 27.1.1992 n. 109

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

4. La aparición de la figura del «juez global», libre del vínculo de la ley estatal.

– La erosión del poder de la autoridad legítima de los Estados y el declive de la estricta legalidad, ha estado acompañado por el radical cambio de paradigma relativo a la definición del vínculo entre la ley y el juez y, más en general, del vínculo entre *lex* y *ius*. El nuevo paradigma, en un comienzo relegado de los diversos sectores del derecho penal, se transmitió después, casi por contagio, a esta rama del derecho. Esto ha significado un crecimiento consistente del poder del ordinario judicial, especialmente de la clase de los fiscales públicos, que gobiernan el primer impacto de la norma punitiva sobre el ciudadano, provocando reacciones mass-mediáticas y populares de considerable intensidad.

A los radicales cambios institucionales se añadieron después, asimismo, importantes transformaciones tanto en el modo de concebir la relación de la humanidad con los riesgos que la rodean, así como respecto a la función del derecho penal, visto cada vez más como orientado a proteger a la humanidad de los riesgos de una sociedad tecnológica avanzada. En un plano sociológico, el aspecto crucial se refiere a la difusión del concepto de riesgo como idóneo para abarcar problemas, comunes a toda la humanidad, relativos a la amenaza [*incombenza*] objetiva de catástrofes capaces de remecer la vida de los pueblos. A partir de la aparición de la obra de Ulrich Beck de 1986 sobre la sociedad del riesgo, la ideología catastrofista ha progresado

(Actuaciones de las directivas 89/395/Cee e 89/396 Cee concernientes al etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimentarios) – en la parte en que estos abrogarían el art. [13 l. 30.4.1962 n. 283](#), en cuanto la cuestión tiene por objeto un mero contraste interpretativo, resoluble dando a las imposiciones impugnadas un significado normativo conforme a los principios y criterios puestos por la ley de delegación).

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

considerablemente, hasta el punto de difundir la idea de que la amenaza [*incombenza*] del riesgo constituye el sello propio de la *conditio humana* en la época posmoderna¹⁷.

En una perspectiva penalística, actuando en sinergia con la sociología del riesgo, se ha impuesto de modo casi indiscutido, ya desde las últimas décadas del siglo pasado, la idea funcionalista del derecho penal, como un derecho penal al servicio de los fines de la política criminal. Dejando aparte, por un lado, el tentativo de fundación ontológica y espiritualista, difundida sobre todo en Alemania en las dos primeras décadas después de la guerra, y confinando, por otro, al mundo de la utopía las aspiraciones a una prevención especial fundada sobre la confianza en la reeducabilidad del condenado, el derecho penal, bajo el vigoroso impulso de Autores general-prevencionistas, ha focalizado su centro conceptual en una función al servicio de los fines de la defensa social.

Sin embargo, mientras el antiguo general-prevencionismo estaba estrechamente asociado a la idea de la primacía del Estado en el orden político, constituido como garante, a través de la legalidad, de la correspondencia entre los objetivos prevencionistas y el sentimiento [*sentiment*] social común, el general-prevencionismo está en búsqueda de nuevas fuentes de legitimación.

El carácter líquido de la sociedad post-moderna oscurece el papel del gobierno en los Estados y el de la ley estatal. La emergencia preventiva, alimentada por la ideología catastrofista, postula sin embargo una intervención cada vez más omnicompreensiva y envolvente del derecho penal sobre el cuerpo social, casi al punto de

¹⁷ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, tr. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2008, p. 83.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

compensar la liquidez de una sociedad convulsionada por impulsos anarquistas con una renovada rigidez normativa de tipo penal. La ideología prevencionista arrasa con los resguardos garantistas de la dogmática tradicional, trabajando para la transformación funcionalista de las instituciones tradicionales de la tipicidad, la causalidad, la ofensividad y la culpabilidad, plegándolas a la lógica de la eficiencia preventiva de los preceptos penales.

En este marco permanecen irresueltas las incógnitas sobre la legitimación política de la intervención penal y sobre el fundamento conceptual de la pena. La solución que se ha ido proponiendo *de facto*, quizás sin una reflexión adecuada, consiste en confiar a la corporación de los fiscales públicos y a la autoridad judicial la tarea de preparar y aplicar las líneas directrices del prevencionismo penal. Sucumbe en este nuevo modelo la ley, tanto en el plano procesal, con la caída del principio de la obligatoriedad de la acción penal, como en el plano sustantivo, con la desaparición de la reserva de ley y la prohibición de la analogía.

A la justificación de los preceptos en clave de legalidad estatal, construida sobre el supuesto del carácter «democrático» atribuido al poder parlamentario, se sustituye una justificación funcionalista, de protección de los intereses socialmente importantes, entregada al juicio de los jueces, considerados como «expertos» del derecho, ciertamente carentes de legitimación constitucional, pero, por este motivo, más idóneos, por su supuesta «neutralidad», a responder a las exigencias de prevención dictadas de un modo meramente programático por las fuentes jurídicas internacionales.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

5. Los nudos problemáticos más urgentes del momento actual. –

La descripción de la situación que he desarrollado en los párrafos precedentes pone problemas en diversas áreas conceptuales. La primera se refiere a la asignación del poder supremo dentro de cada comunidad política. La segunda, a la relación entre las instancias constitucionales de cada comunidad política y la comunidad internacional. La tercera, a la relación entre la ley general y abstracta y la decisión judicial singular, con la correlativa relación entre la instancia institucional competente para la emanación de la ley y las instancias jurisdiccionales competentes para la aplicación del derecho. Dejo abierta la primera y la segunda área problemática, pues no son objeto específico de esta exposición, limitándome a algunas breves consideraciones. Sobre la cuestión de la asignación del poder supremo dentro de cada Estado, hay que decir que a cada comunidad política le compete darse la estructura institucional más conforme al bien común. Este es el problema del Estado como forma de Gobierno. No existe, por lo tanto, una solución idéntica para toda comunidad política. Ninguna forma de gobierno es necesaria a fin de que el Estado opere según justicia por el bien común. Sin embargo, es necesario que dentro de cada Estado exista una potestad superior, competente para asumir los actos de gobierno necesarios para la protección de la comunidad contra los ataques externos e internos y aprobar las leyes generales que permitan la efectiva búsqueda del bien común. Esta potestad no puede ser la autoridad judicial, ya que a esta le compete la resolución de las disputas particulares sobre la base del derecho existente y no la competencia de gobierno ni la legislativa. La tendencia, presente en algunos grandes Estados de Occidente, de poner al poder judicial por sobre las instancias de gobierno, no es un

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

signo de salud, en cuanto está destinada a provocar progresivamente la disgregación de los estados. Esta tendencia, dicho en síntesis, aunque justificada a veces por el carácter dudoso de muchos actos de gobierno, es, sin embargo, sobre todo el fruto del individualismo contemporáneo y de la rebelión contra toda autoridad legítima.

Respecto a la cuestión de la relación entre los Estados y la comunidad internacional, me limito a decir que las cesiones incondicionadas de poderes supremos de los Estados individuales a las comunidades internacionales son sumamente peligrosas para el bien del Estado, además de ser intrínsecamente injustas si no están acompañadas por sólidas y concretas garantías a los Estados respecto del ejercicio según justicia de estos supremos poderes por parte de la comunidad internacional. Esta condición no me parece que se dé hoy en modo alguno. Por lo tanto, cualquier cesión de esferas de poder supremo en ámbito militar, monetario y de competencia legislativa y judicial es, en el estado actual de cosas, contrario al bien común de los Estados. Italia, por desgracia, está envuelta en un proceso malsano de cesión de poderes supremos a Europa. Contrarrestar este proceso es complejo y difícil. La Argentina no está en tal condición. Tiene al frente mejores posibilidades que Italia.

Diré algo más sobre la cuestión relativa a la relación entre ley y decisión concreta, entre autoridad política y juez. Es este un punto delicado sobre el cual se han acumulado muchos equívocos, surgidos a veces de buenas intenciones por parte de aquellos que han visto en la desintegración de la ley la posibilidad de librarse del positivismo jurídico. El problema es que, así como crítica al «Estado moderno» no debe conducir a una crítica del Estado, pues solo el Estado puede alcanzar el bien común, así también la crítica a la ley «absoluta»,

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

típica del positivismo jurídico, no debe conducir al desprecio de la ley y a su envilecimiento en provecho de la libre jurisdicción.

Ciertamente, la legítima actividad interpretativa del juez no debe ser conculcada. Con el fin de escapar de la falacia del positivismo jurídico, partiendo por sus primeras manifestaciones ilustradas, es necesario recordar que, si bien la ley no es el comienzo de la experiencia jurídica, ella es, sin embargo, fundamento esencial de la certeza jurídica y garantía indispensable de la igualdad de los ciudadanos. Esto es válido sobre todo en ámbito penal. Es necesario no perder de vista el significado de «universalidad» de la ley, confundiendo la crítica al formalismo jurídico con la crítica al valor permanente de la ley como criterio necesario para la expresión de un juicio justo.

Abrirse a la discreción interpretativa del juez significaría desconocer la naturaleza misma del juicio, que postula necesariamente, para no ser arbitrario, que los criterios de justicia para la solución de los casos hayan sido expresados previamente a través de un juicio estimativo general y abstracto. El estricta vinculación del juicio a la ley constituye el indispensable acuerdo de la «justicia del caso concreto» con la «justicia en general».

Me valgo en este punto de algunas reflexiones magistrales de Michel Bastit, recogidas en los *Estudios en honor de Francesco Gentile*, al que ha contribuido de manera esencial el Director de nuestro Seminario. Prof. Félix Adolfo Lamas¹⁸.

La «medida» de lo justo no puede proporcionarla el sujeto que juzga, sino una regla que sea externa tanto a él tanto como a los sujetos interesados en el resultado del juicio, regla en la cual este sujeto

¹⁸ M. BASTIT, *Qué es Juzgar?*, in *Dalla geometria legale-statualistica*, cit..

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

participa con su juicio racional, pero no la crea inmediata y autónomamente. De hecho, el juicio se inserta en la dimensión de la virtud de la justicia, que ordena al sujeto que juzga a una comunidad respecto a la cual está vinculado en virtud de una determinada relación.

En la posmodernidad se está perdiendo el significado y la importancia de la «justicia general» y, por lo tanto, del juicio estimativo de carácter general y abstracto que debe valer frente a cada uno y frente a todos. Al subjetivismo ético individual le sigue un análogo subjetivismo jurídico con referencia al juicio que debe tener vigencia respecto de la entera comunidad. Esta situación es incompatible con la justicia general, cuyos criterios deben ser establecidos por la autoridad política legítima, no menos titular que el juez de un derecho/deber de «decir la justicia».

Como enseña magistralmente Michel Bastit, es cierto que la sentencia del juez asume una función eminentemente política «en razón del hecho de la exterioridad de la justicia, de su fundamento en una relación y de la necesidad de la presencia de un tercero desinteresado»¹⁹. Pero, por su dimensión política, el juicio no pertenece solo a la categoría de la justicia particular, sino también a la de la justicia general, aquella por la cual los ciudadanos son considerados partes de un todo al cual están ordenados. Por esto, la autoridad que detiene con título legítimo el poder en una determinada comunidad es la última instancia de referencia del juicio. Esto permite afirmar, siguiendo a Bastit, que «el juicio en sentido pleno, el poder de jurisdicción, se ejerce a través de la misma actividad de legislación»²⁰. Legislar significa ejercer la justicia general y, por lo tanto, promulgar

¹⁹ M. BASTIT, *op. cit.*, p. 149.

²⁰ *Ibidem*, p. 149.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

la regla que debe valer en la indefinida serie de los casos que son objeto de la justicia particular. En la obra del legislador está presente solo la dimensión de la justicia general; en la obra del juez, tanto la dimensión de la justicia general, como la de la justicia particular. Pero la justicia particular es parte de la justicia general. De allí que el juez, en cuanto funcionario público a cargo de una tarea referido al bien común, debe manifestar obligatoriamente en el ejercicio de su cargo «la inscripción de la justicia particular en el seno de la justicia general»²¹.

Es cierto, pues, que el juez no es la “*bouche de la loi*”. Es cierto que es falaz el formalismo kelseniano, del juez que solo cumpliría una obra de precisión de la norma general, aún no suficientemente completa en la formulación abstracta. En el proceso de interpretación así descrito la voz del hecho concreto está completamente ausente. La tesis formalista se sitúa en las antípodas de los principios expresados por los antiguos brocardos romanistas «*ex facto jus oritur*» y del juicio que se fundaría «*ex ipsa re justa*»²².

También errónea es la tesis opuesta, de aquellos que ven en el texto de la ley el producto de la potencia irracional del Estado y en la interpretación del juez la búsqueda de una razonabilidad discursiva, a la manera de la acción comunicativa del lenguaje de Jürgen Habermas. En esta tesis, que se niega a tomar en cuenta la regla general, está en germen un verdadero nihilismo jurídico. De hecho, «no hay derecho y justicia fuera de un marco político y de una ordenación de de las conductas hacia el bien común»²³.

²¹ *Ibidem*, p. 145.

²² *Ibidem*, p.152.

²³ *Ibidem*, p. 153.

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

6. Conclusión. – Como se ha visto en el curso de la exposición, la desintegración de la soberanía moderna y el envilecimiento de la ley presentan una importante ambigüedad. Más que una lectura en términos de ruptura respecto a los peores aspectos de la modernidad, estos fenómenos parecen expresar más bien una continuidad anti-veritativa de la posmodernidad respecto a la modernidad jurídica. El esfumarse del poder de la autoridades supremas del Estado y la disolución de la ley en la contratación entre las partes y en la interpretación evolutiva del «juez global» parecen ser las proyecciones jurídicas de un individualismo anómico que pretende sustituir la soberanía del Estado en sentido moderno con la soberanía el sujeto individual, que pretende ejercer esta función sin el vínculo de una norma superior a él. Es cierto que la ley del Estado moderno podía ser injusta y, por lo tanto, no constituir una verdadera ley. Sin embargo, esta ley, incluso cuando pretendía sustraerse al vínculo del derecho natural y de la moral, estaba sometida a una serie de vínculos, aunque más no fuera el de la verificación de los resultados de la legislación respecto al bien común. El «juez global», sin embargo, puede sustraerse con mayor facilidad también al vínculo del consentimiento del pueblo. Revistiendo su decisión con el manto de la «neutralidad» y de la «prohibición de discriminación» es capaz de introducir en el ordenamiento, a través de la solución aparente de casos individuales, principios contrarios a la verdad, sin que ni siquiera el pueblo, al menos en sus *pars sanior*, pueda refutar eficazmente tales principios. Los ejemplos ofrecidos por la Corte Suprema de Estados Unidos son dramáticos: en 1973 fue introducido en el mundo por vía judicial el «derecho» al aborto; en 2015 el «derecho al matrimonio» entre personas del mismo sexo. Creo que difícilmente revoluciones como

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO
10121 TORINO - P.I. 08562150014
TEL E FAX.: 011 5611484
E-MAIL: roncomau@tin.it

estas habrían podido realizarse a través de la forma de la ley. La forma jurisdiccional, cubierta por una falsa «neutralidad» del poder judicial, ha permitido en cambio falsificaciones del derecho tan evidentes como estas.

Prof. Mauro Ronco
Università degli Studi di
Padova