

Luigi Ferrajoli

**Colección
Debates de Derecho Penal**

**Garantismo y
Derecho Penal**
Un diálogo con Ferrajoli

Luigi Ferrajoli

Introducción de:
Luis González Placencia

5



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL

LUIGI FERRAJOLI

Garantismo y Derecho Penal
(Un diálogo con Ferrajoli)


EDITORIAL
UBIJUS


Vanguardia en
Ciencias Penales

Primera edición, enero de 2010

© Luigi Ferrajoli

Armando Téllez Reyes
Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660
Del. Azcapotzalco, México D.F.
ubijus@gmail.com
(0155) 55564511
(0155) 53566888

ISBN: 978-607-00-2364-4

Dirección de Arte y Diseño:
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

Adaptación:
LIC. ALEJANDRO ROJAS PRUNEDA

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

2010

DIRECTORIO EDITORIAL

DR. MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA
Procurador General de Justicia del Distrito Federal

DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Coordinador General del Instituto de
Formación Profesional

LIC. CATALINA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Directora Ejecutiva de Profesionalización y Desarrollo
del Servicio Público de Carrera del Instituto
de Formación Profesional

LIC. FRANCISCO ROMÁN PÉREZ SOLÍS
Director Ejecutivo de Formación, Docencia y Control
Interno del Instituto de Formación Profesional

MTRO. GERARDO FLORES ARNAUD
Director de Desarrollo Profesional y
Coordinación Interinstitucional

MTRO. LUIS AZAOLA CALDERÓN
Coordinador de Investigación del Instituto
de Formación Profesional

LIC. ALEJANDRO ROJAS PRUNEDA
Asistente del Consejo para la Aplicación del Nuevo
Modelo de Policía de Investigación

Editor Responsable:
Dr. Miguel Ontiveros Alonso

Lic. Alejandro Rojas Pruneda
Asistente del Consejo para la Aplicación del Nuevo Modelo
de Policía de Investigación, realizó la transcripción y
adaptación de este texto al español para su publicación.

Instituto de Formación Profesional
4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.
www.pgjdf.gob.mx
ifp@pgjdf.gob.mx
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

© UBIJUS Editorial



Invitación a la lectura

La calidad humana que distingue a Ferrajoli –su sencillez– es poco común. Más aún si de especialistas vinculados al sistema penal se trata. Después de haber clausurado el congreso internacional organizado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Instituto de Formación Profesional (IFP), denominado, “*Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*”, le pedí al maestro que visitara el Instituto y dictara una conferencia para la comunidad académica del IFP. No sólo aceptó, sino que me propuso entablar un diálogo con los propios alumnos.

Esta publicación reproduce íntegramente aquella conferencia, así como las preguntas que los aspirantes a agentes del ministerio público y

DEBATES DE DERECHO PENAL

policías de investigación formularon a Ferrajoli y, finalmente, también incluye las respuestas. Pocos son los académicos con tanto prestigio, menos aún, aquellos que acceden a charlar de forma tan directa y sencilla con un público desconocido.

Un ejercicio así es inédito en México, sobre todo tratándose de Ferrajoli y de aspirantes a policías de investigación y fiscales. Luis González Placencia, entonces Visitador de la Comisión de Derechos Humanos y hoy Presidente de la misma Institución, nos ayudó con la traducción simultánea de preguntas y respuestas y supervisó esta publicación. A *Luigi* (como me pidió que le llamara) y a *Luis* (a quien siempre he llamado así) les quedo muy agradecido.

Miguel Ontiveros Alonso



Introducción

A Ferrajoli le conocí primero en sus textos. A finales de los años ochenta, algunos de mis profesores más queridos hablaban de una tendencia que se perfilaba entre las aproximaciones críticas a los temas del delito y la delincuencia denominada *Derecho Penal Mínimo*, y señalaban como sus principales representantes a Luigi Ferrajoli, junto a otro muy y extrañado amigo, Alessandro Baratta.

Un artículo más o menos breve, llamado, precisamente *Derecho Penal Mínimo*, publicado en *Poder y Control*, no. 0, fue quizá la primera aproximación que muchos estudiantes latinoamericanos de criminología tuvimos al pensamiento de Luigi Ferrajoli y a las tesis del garantismo. Ya en él se contenían, de modo re-

DEBATES DE DERECHO PENAL

sumido, algunas de las ideas que más tarde, en 1989, leeríamos de modo más profundo en la que quizá es su obra más difundida: *Diritto e ragione*, un texto que por sus casi mil páginas parecía, de sólo mirarlo, inabordable.

Sin embargo, apenas la primera lectura del texto permite descubrirlo como un trabajo absolutamente armónico, lógicamente implicado y expuesto además con un rigor analítico que lo hace muy accesible, aún para quienes, como es mi caso, provenimos de la psicología, la sociología y otras ciencias sociales. Por aquellas épocas, *el Ferrajoli* era el libro de cabecera para un grupo más o menos acotado de estudiantes y profesores interesados en el derecho penal.

No obstante, no tengo duda en afirmar que *Derecho y razón* ha sido en Latinoamérica un parteaguas, un momento de ruptura que señaló a muchos estudiantes de las ciencias penales, que el derecho penal, cuando se legitima a través de los derechos, es en sí mismo una práctica emancipatoria. Con un solo concepto, el de estricta legalidad, Ferrajoli echó por tierra el positivismo kelseniano y aportó la sustancia necesaria para rellenar el hueco que Kelsen hizo entre la ley y justicia, a través de los derechos.

Me atrevo a afirmar que en la superación del protopositivismo de Kelsen, Ferrajoli encuentra

el camino que lo llevara, desde el derecho penal al constitucional y de la filosofía del derecho a la filosofía política. En los veinte años que siguieron a *Derecho y razón*, el pensamiento de Ferrajoli, aclarado aún más en *La ley del más débil*, y luego en el famoso debate con diversos intelectuales publicado en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ha sido un importante aliado para una limitación racional del poder que, en países como los nuestros, resulta una necesidad. En la obra de Ferrajoli, el poder de los derechos refunda la Constitución y con ella empodera al pueblo; así, la domesticación del derecho es operada por los derechos, lo que permite a su vez, la contención de la política y la sujeción de los poderes –tanto los poderes del Estado, como los que el llama poderes salvajes– a la soberanía constitucional. Con ello, Ferrajoli perfila lo que en mi opinión constituye el concepto más acabado que tenemos de democracia, una democracia que no está atada a los designios de la política, ni a la dictadura de las mayorías; que encuentra sustancia en el poder de ofrecer unidad en la diversidad que posee el régimen de los derechos.

En el año 90, tuve la fortuna de conocer personalmente a Luigi, a Marina su esposa y a Carlo, su hijo, en una primera visita que hizo a México, para ofrecer algunas lecciones en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. De aquella

ocasión, hace ya casi veinte años, tengo memorias muy claras, tanto de las lecciones, por lo demás absolutamente aclaradoras de aquello que podía quedar de duda de la lectura de su libro, como de las vivencias, quizá la más importante forma de aprendizaje que tenemos los seres humanos. En aquel viaje, Ferrajoli, seguramente sin saberlo, me dejó dos importantes enseñanzas: la primera, a bordo de una Combi, mientras hablábamos del abolicionismo, me enseñó que la racionalidad jurídica engendra democracia y que la clave para que ésta pueda en efecto domesticar a la política está en los derechos fundamentales. La segunda enseñanza, mientras caminábamos por el jardín centenario en Coyoacán, cuando me pidió que nos detuviéramos un momento a tomar café. Yo le señalé la terraza del Parnaso, que era la única por aquellos días de preglobalización, que había en la plaza y que tenía café relativamente decente. Le señalé una mesa, pero Luigi me dijo que no, que fuéramos a la barra para tomar el *espresso* de pie, que el *espresso* es para beberse pronto, porque si no, se enfría. En ausencia de barra, Luigi me llevó a la cocina, donde, frente a un par de meseros y el cheff, todos con cara de absoluta incertidumbre, Luigi se bebió el *espresso* sin el menor rubor. De entonces a la fecha nos hemos visto por aquí y por allá, con el cariño que brindan los amigos de ultramar. Además de aprender a tomar café, a la distancia, Luigi Ferrajoli me ha enseñado

muchas cosas y a él le debo en gran parte haberme dedicado a lo que hago ahora. Felicito al Instituto de Formación Profesional, a su director Miguel Ontiveros, y los felicito a ustedes porque tienen enfrente a una de las mentes más lucidas y brillantes del pensamiento jurídico y político de la actualidad.

Luis González Placencia



Ante todo, deseo agradecer a Miguel Ontiveros por su invitación y también por sus palabras de presentación. De igual forma, agradezco a Luis González Placencia, a quien conozco desde hace veinte años, por sus palabras de elogio. Quisiera disculparme por no hablar un correcto español. La elección estaba entre hablar en un correcto italiano o hablar en un español no muy bueno. Creo que puede ser más comprensible un mal español que un correcto italiano, sin embargo, deseo disculparme si es que incurro en un acto violento en contra de esta magnífica lengua.

Yo creo que será útil que la ponencia sea relativamente breve, para así desarrollar una discusión con muchas preguntas sobre las cuestiones que cada uno de nosotros piense más importante: una discusión entre nosotros. El tema

DEBATES DE DERECHO PENAL

de esta breve ponencia es "garantismo y derecho penal".

Garantismo es una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco. Yo la utilicé por primera vez hace 30 o 40 años y ha permeado al léxico jurídico y político, primero en el idioma italiano, ahora también en el español.

¿Qué significa garantismo?

Garantismo significa un modelo de derecho, no sólo de derecho penal, sino de derecho en general, orientado a garantizar los derechos subjetivos. Garantías en el léxico propuesto, significan las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas en las cuales consisten los derechos subjetivos.

Las expectativas positivas son los derechos sociales y también el derecho de crédito. Las expectativas negativas son todos los derechos de protección; expectativa de no lesión de bienes fundamentales, de la integridad de la vida, de la libertad. En este sentido, yo creo que lo primero que debemos constatar, es que todos los derechos fundamentales, los derechos de libertad, los derechos sociales, los derechos políticos y los derechos civiles son normas universales. En este sentido, los derechos fundamentales tienen la característica de ser derechos de todos los hom-

bres y de todos los ciudadanos. La universalidad de los derechos fundamentales no consiste en el hecho que todos compartan el valor de esos derechos fundamentales. Si la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fuera sometida a un *referendum*, seguramente este *referendum* podría dar un dato negativo.

La universalidad de los derechos fundamentales y su carácter democrático consiste en el hecho de *garantizar a todos*, y no en el hecho de que *sean aceptados por todos*. Son establecidos precisamente porque no todos aceptan su carácter democrático y su rol de garantía de todos los seres humanos. En este sentido, los derechos fundamentales son la base de la igualdad. La igualdad jurídica es la igualdad en los Derechos fundamentales, no en todos los derechos.

Yo creo que existe una diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales son derechos singulares que pertenecen a cada uno, con exclusión de los otros individuos, y son la base de la desigualdad. Estos derechos son producidos, en la dinámica jurídica, por las negociaciones, los contratos y el mercado.

Los derechos fundamentales tienen una característica diferente, son derechos producidos directamente por las leyes, particularmente por

la Constitución, como normas que yo he llamado *téticas*. Es decir, producen directamente la titularidad de derechos de las personas, mientras que los derechos patrimoniales son derechos que devienen de normas *hipotéticas*, por ejemplo, del Código Civil, como efecto de los negocios, de los contratos, previstos por ese ordenamiento como condición para la titularidad de esos derechos.

Los derechos fundamentales son derechos universales en el sentido que son producidos por reglas generales y abstractas que inmediatamente producen la titularidad de los derechos fundamentales, de la suma de derechos; derecho a la vida, a la libertad y derechos sociales en todas las personas. Pero ¿cuál es el carácter singular de estos derechos? El carácter de estos derechos es que sus garantías no se producen simultáneamente a la generación de los derechos fundamentales, a diferencia de los derechos patrimoniales, cuya producción es simultánea, por ejemplo: el derecho de propiedad, o la prohibición de cualquier otro de lesionar estos derechos.

Los derechos fundamentales son normas generales que requieren leyes de actuación, es decir, garantías. Sin garantías, estos derechos quedan en papel. También el derecho a la vida tiene la necesidad de una legislación que regule

su desarrollo, que es el derecho penal y la prohibición del homicidio. Sin el código penal, sin este rol garantista del código penal, que prohíba y sancione la violación de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la libertad, estos crímenes no serían punibles.

Todos los derechos fundamentales requieren de una legislación que regule su ejercicio. Yo creo que la construcción de la democracia consiste en la construcción de garantías, de instituciones y garantías en materia penal, en materia social, evidentemente el derecho a la salud y el derecho a la educación. Estos son derechos que requieren de una legislación para su ejercicio, (por ejemplo, un servicio sanitario nacional o una escuela pública). Sin instituciones y garantías estos derechos son promesas, promesas no cumplidas.

Así, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, y designa las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad de implementación de este gran edificio constitucional que el sistema de derechos fundamentales representa desde las diferentes dimensiones de la democracia.

Yo creo que la democracia constitucional puede ser definida como un sistema institucional, cuyas dimensiones abarcan a muchos de-

rechos fundamentales. La democracia política abarca a los derechos políticos, la democracia civil (el mercado) a los derechos civiles, la democracia liberal a los derechos de libertad y la democracia social a los derechos sociales. Es un sistema institucional, en el que los derechos de libertad y los derechos sociales son uno de tantos límites y vínculos con los derechos del poder que se expresan directamente a través de un representante, es decir, a través de los derechos políticos. Por el contrario, el mercado se expresa a través de los derechos civiles. En ese sentido, tanto los derechos políticos como los derechos civiles son derechos fundamentales, sin embargo, son derechos de poderes que están sometidos a la lógica del Estado de Derecho, a la ley y son funcionales a la tutela y satisfacción de los derechos de libertad y los derechos sociales.

Conforme a lo anterior, podemos distinguir muchos sentidos del garantismo, por ejemplo, el garantismo patrimonial, el garantismo clásico, que puede designar el sistema de garantías que tutela el derecho de propiedad y el resto de los derechos patrimoniales. El garantismo liberal, específicamente el penal, que puede designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad contra otros ciudadanos, contra los delitos y también contra las penas, contra los arbitrios judiciales y policiales. El garantismo social que puede designar el conjunto

de garantías, todavía hoy escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo.

También está el garantismo internacional. El derecho internacional tiene muchas Cartas de Derechos Humanos, por ejemplo, la carta de la ONU que establece el principio de la paz, y sin embargo, es un embrión de Constitución del mundo (sin garantías). Si comparamos al Derecho internacional como si fuera una Constitución, por ejemplo la Constitución mexicana, veríamos que reconoce el derecho a la salud, el derecho de libertad, pero no cuenta con tribunales con una esfera pública internacional (con excepción de la Corte Penal Internacional). Hoy, el derecho internacional vive una gran contradicción, el mundo no ha sido nunca tan igual en derecho y tan desigual de hecho. La época de los derechos, como la llamaba Norberto Bobbio, es también la época de la máxima desigualdad y de la máxima violación de los derechos humanos. Por ejemplo, la estadística sobre los muertos de hambre por falta de medicamentos esenciales es terrible y señala una contradicción entre nuestros valores, los valores del occidente y esta práctica. Es una contradicción que no puede continuar por mucho tiempo sin descalificar al paradigma mismo de la democracia constitucional de los derechos fundamentales.

Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición por ejemplo a lo que pasa en Italia, con la legislación de emergencia, que ha reducido en los años pasados los principios constitucionales y ha debilitado el sistema de garantías contra el poder punitivo.

En este sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento liberal y expresa la exigencia propia de la ilustración jurídica, de minimización de ese "terrible poder" como lo llamó Montesquieu que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley, y su funcionamiento a la tutela de los bienes fundamentales.

En la ilustración, la justificación del derecho penal para Feuerbach, consistía en que eran delitos solamente los hechos que vulneran, que lesionan derechos de la persona, es decir, derechos fundamentales. Es precisamente por ello que esta existencia se ha venido identificando, según mi opinión, con el proyecto y el programa de derecho penal mínimo. Garantismo y derecho penal mínimo son términos sinónimos, que designan un modelo teórico normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia, no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de la aversión al delito, por ejemplo,

la venganza privada o las reacciones informales no reguladas de la policía. Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales, de este principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los de lesividad, de materialidad y de culpabilidad.

Por lo que respecta al proceso se corresponden con las garantías procesales y orgánicas a las contradictorias: la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad de justicia, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a administrar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo su margen de arbitrio y discrecionalidad.

Cuando hablo de derecho penal mínimo resulta útil una precisión: aludo a un sistema penal que en tanto puede garantizar los derechos en cuanto sea el recurso al derecho penal, (según la tradición clásica entendido como *extrema ratio*), es decir, en tanto marca la frontera de los crímenes que atentan contra los derechos fundamentales, al medio ambiente, o los crímenes

y la violencia de las reacciones al delito, son reducidas de manera significativa por el derecho penal, sí y solo si, el Derecho penal genera la prevención y reducción de los delitos y también la reducción de las reacciones informales ante la comisión de delitos.

Esta segunda finalidad normalmente no es evidenciada, la idea que el único fin del Derecho penal sea la prevención de los delitos, puede justificar cualquier tipo de derecho penal máximo. Como diría Francisco Carrara, la idea de la defensa social es el presupuesto del terrorismo penal, ya que se podrían prever penas corporales o pena de muerte por cualquier delito. Esta función de la prevención por sí sola no es suficiente para legitimar el derecho penal.

La verdadera legitimación es su capacidad de limitar la violencia social, la violencia en su conjunto. No sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones ante los delitos. Esta violencia de las reacciones a los delitos, es decir la violencia institucional, puede ser reducida precisamente por las garantías. Las garantías penales y procesales son otras tantas condiciones *sine qua non* para limitar la potestad punitiva.

El principio de legalidad, ante todo, señala que se pueden punir solamente los hechos que

se han convenido de considerar delitos. Esta es la gran conquista de la modernidad, respecto a una tradición jurisprudencial en la cual derecho y moral eran confundidos. El juez aplicaba su opinión sobre la base de los precedentes de la doctrina y sobre la base de una idea ontológica del mal. Esto era equivalente a su arbitrio. El principio de Hobbes *auctôritâs non vèritâs, vèritâs hypothetica facit legem* sustituye al viejo principio iusnaturalista *vèritâs non auctôritâs facit legem* que garantiza la certidumbre y también la igualdad, así como el sometimiento a nuestra ley y la limitación del poder judicial. Como decía Montesquieu, "somos libres solamente si sabemos que solo algunos hechos son susceptibles de punición".

Otra garantía límite a esta violencia de la lesión punitiva es el principio de ofensividad, que no se refiere a cualquier mal, significa que solamente los actos ofensivos justifican la punición.

Este principio que viene del liberalismo, plantea la separación entre derecho y moral. Sobre el plano jurídico yo creo, paradójicamente, que debemos decir que todos tenemos el derecho a ser malos, a ser ociosos, viciosos, a cultivar malos pensamientos. Existe un derecho a la inmoralidad en este sentido, en el sentido que solamente los hechos contrariamente a la idea del derecho penal de autor, solamente los

hechos, las acciones taxativamente previstas son punibles. El principio de ofensividad es un principio que analiza también la convivencia que se da en la pluralidad de morales, de una pluralidad de culturas. Existe el multiculturalismo precisamente porque tenemos concepciones diferentes sobre planos morales, y precisamente porque tenemos culturas diferentes, es necesaria una convención legal en la que se establezcan como delito solamente aquéllos hechos que produzcan daño a los derechos fundamentales de las personas, a los bienes colectivos.

También son importantes el principio de materialidad y el principio de culpabilidad, que son otras tantas condiciones *sine qua non* que plantea la justificación externa política del derecho penal de culpabilidad. Sin embargo, no es posible hablar sumariamente de estos principios.

El Derecho penal es legítimo solamente si realiza estos principios y garantías. Yo creo que es importante subrayar cómo el paradigma del derecho penal mínimo es diferente a las doctrinas tradicionales y también a las doctrinas utilitaristas de la prevención general, (no hablo de las doctrinas retribucioncitas que aún y cuando son doctrinas que tienen como antecedentes a Kant y Hegel, son fruto de concepciones supersticiosas al sostener la idea que la pena anula el

delito), ya que éstas son doctrinas ideológicas que legitiman tanto al derecho penal como a la pena en abstracto.

El paradigma del Derecho penal mínimo permite una legitimación y también una deslegitimación con referencia a la efectiva garantía que la norma de derecho penal realiza. En otras palabras, el defecto epistemológico de las doctrinas tradicionales utilitaristas, es que identifican al criterio de justificación (la prevención general) con la justificación misma. Una doctrina de justificación por ser una doctrina lógicamente consistente, es una doctrina meta-ética que formula criterios de justificación: por ejemplo, la prohibición de los delitos, la educación de los reos (independientemente del hecho de que estemos o no de acuerdo) y permite también, deslegitimación si estos fines no son realizados. Por ejemplo, las leyes sobre el aborto o las leyes de regulación de las drogas que no tienen esta eficacia preventiva, en el sentido de que no tienen la capacidad de prevenir, de intimidar, independientemente de la idea que tengamos sobre el aborto o en torno a la drogas. Esto significa que estas leyes no tienen una justificación, porque no realizan las finalidades del derecho penal, es decir, las finalidades de la prevención.

El paradigma del Derecho penal mínimo permite solamente justificaciones *a posteriori* y

no *a priori*, sectoriales y no generales. Se puede justificar el derecho penal mexicano, o el italiano, pero no el derecho nazi. Se pueden justificar algunas o muchas normas del derecho penal mexicano, pero no todas las normas del derecho penal mexicano, algunas de las cuales son antigarantistas en el sentido que no realizan de hecho las finalidades que justifican al derecho penal. En este sentido, el paradigma del derecho penal mínimo promueve una ciencia jurídica crítica respecto al derecho penal existente, y no puramente descriptiva, pero crítica basándose en el derecho mismo, a través de los derechos fundamentales a escala constitucional. Esto es evidente también para otras ramas del derecho, por ejemplo, el derecho público, el derecho privado y la teoría general del garantismo.

Este paradigma garantista promueve una ciencia jurídica crítica y proyectiva; crítica de las violaciones de los Derechos fundamentales, de las normas inconstitucionales y proyectiva en el sentido de que, si la ciencia jurídica toma en serio los derechos fundamentales, debe promover la implementación de estos derechos y la construcción de instituciones de garantías cuya falta es un signo de ilegitimidad del ordenamiento.

El paradigma del derecho, del garantismo, del derecho penal mínimo, yo creo del garan-

tismo en general, está conectado a esta gran revolución que ha sido la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, que ha abierto un espacio que Kelsen consideraba una contradicción *in terminis*: el espacio del derecho ilegítimo. Yo creo que los juristas, los operadores jurídicos, los abogados, los fiscales, los jueces, deben tener siempre la conciencia de que las normas de su ordenamiento pueden ser, no solamente injustas, sino también ilegítimas respecto a la Constitución. Esta ilegitimidad del derecho es paradójicamente el aspecto positivo de la democracia constitucional. Solamente en un ordenamiento de régimen absoluto la validez coincide con la vigencia. Esta diferencia entre validez y vigencia tiene sustento en el constitucionalismo y en el garantismo que plantea una tarea crítica y proyectiva y no solamente descriptiva de la ciencia jurídica.

Llegamos así a la segunda tesis, la del nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica, como externa del poder judicial, no solamente de la Judicatura, sino también del poder de la Procuraduría. La pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿Cuál es el fundamento democrático de la legitimación, no en general del derecho penal, sino del poder punitivo que se expresa en la jurisdicción penal? En la opinión común, como en el pensamiento político dominante, democracia equivale a la primacía

de la voluntad popular y por tanto de la mayoría. Es evidente que si la democracia consistiera en simplemente eso, la jurisdicción no tendría un fundamento democrático. Yo creo que el significado de democracia, de democracia constitucional como lo dije al inicio, se expresa no solamente en la supremacía de la mayoría en la que llamo la esfera de lo decidible, sino también en los límites de los vínculos que delimitan la esfera de lo indecible "*lo que ninguna mayoría puede decidir y lo que ninguna mayoría puede no decidir*". Este pacto de convivencia que se llama Constitución es donde cualquier mayoría puede no decidir, ni siquiera por unanimidad. La violación de la vida, de la libertad personal, el pacto de convivencia y un pacto de no agresión, son algunas violaciones que no son cuestiones de mayoría, sino de derechos humanos, es decir, de sometimiento de los poderes públicos a este pacto de convivencia que es la Constitución. Que es en sí lo que ninguna mayoría puede no decidir, sea ésta de derecha o de izquierda: la satisfacción de los derechos sociales. Si la Constitución ha establecido el derecho a la salud o bien el derecho a la instrucción, entonces éstos deben ser satisfechos, porque es un vínculo normativo para todos, es una ilegitimidad del derecho la falta de esta garantía.

Todo esto significa en el derecho penal, que entre garantismo penal y democracia política,

entre seguridad y libertad (democracia política sin límite), existe una tensión, no una antinomia, y que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no puede ser democrática políticamente, sino solamente democrática en el sentido garantista de los derechos fundamentales. Así, existe un sentido de democracia como he señalado al inicio, que se refiere no solamente a la voluntad de la mayoría, sino a una cosa que tiene que ver con el pueblo en una forma más profunda, es decir, con aquellos poderes y contrapoderes de todos, que son los derechos fundamentales.

Luis González hablaba de soberanía. ¿Qué significa hoy soberanía? ¿Cuándo se dice que la soberanía pertenece al pueblo?, yo creo que se debe interpretar esta tesis, esta norma que está en todas las Constituciones, en el sentido que la soberanía pertenece al pueblo y a ningún otro, es decir, que ningún otro, ni Asamblea Representativa, ni Presidente, ni organización política alguna puede apropiarse de la soberanía. No puede usurparse la soberanía porque la voluntad del pueblo no es la misma que la voluntad de sus representantes y ¿Qué es la soberanía popular?

El pueblo no es un macro-sujeto dotado de voluntad. El pueblo es el conjunto de todos nosotros, eso significa que la soberanía es el con-

junto, la suma de esos fragmentos de soberanía, que son los derechos fundamentales, es decir, los poderes y contrapoderes de todos. Esto es la soberanía en la democracia constitucional.

Esta soberanía es un límite a la esfera de lo decidible, es la esfera de lo no decidible, que garantiza la igualdad de los ciudadanos y los derechos fundamentales. En este sentido, la jurisdicción constitucional, la jurisdicción civil y sobretudo la jurisdicción penal, es una jurisdicción cuya legitimación depende de su papel de garantía de los derechos de todos y no de la voluntad de la mayoría. Este rol de garantía, que en el derecho penal es fuerza del principio de estricta legalidad, consiste en la legitimación que proviene de la jurisdicción en su carácter cognitivo, es decir, de la verdad procesal. Una sentencia es justa y legítima, no porque refleje la voluntad de las mayorías, sino porque es producto de una correcta comprobación de la verdad procesal, y ninguna voluntad de la mayoría puede hacer verdadero lo falso y lo falso verdadero.

Existe una bella frase de Tocqueville que dice, *“no estaré más contento de meter mi cabeza a la horca, por el hecho de que la horca haya sido ofrecida por un millón de brazos”*, es decir, no será más legítima la sentencia que me condene por el simple hecho que esta condena esté apo-

yada por millones de personas. Esto significa la frase de Brecht en su obra *il Mugnaio: “debería haber jueces en Berlín”* ¿Qué significa ser Juez en Berlín? Debe ser un juez que aunque todos, aunque la mayoría en una unidad requieran de una condena, pero no existan pruebas de culpabilidad, debe tener la fuerza y el coraje de absolver y de condenar si hay suficientes pruebas de culpabilidad, aún cuando la mayoría o la prensa exijan la absolución o la condena. Un corolario de esta fuente de legitimación que es antimayoritaria, es antipolítica, es la independencia, la independencia del Poder Judicial, no sólo de la judicatura, sino también del fiscal.

La independencia está conectada con dos fundamentos, ante todo el rol de comprobación de la verdad. En este sentido, una actividad como la del fiscal o la del juez, que está orientada a aceptar los hechos, puede solamente ser afectada o deslegitimada por condicionamientos externos, de igual forma pasa con la actividad de un científico o de un investigador que no puede ser sometida a ninguna autoridad ni al principio de autoridad. Solamente estarán sometidos a la lógica de la investigación.

De conformidad con lo señalado, ni la judicatura ni la fiscalía pueden depender del Poder Ejecutivo. Eso significa que la elegibilidad del juez es un contraste con el paradigma garantis-

ta del derecho penal, ya que su legitimación no emana ni de la voluntad de la mayoría, ni de la no nominación, ni de la revocación por parte del ejecutivo, del legislativo, o de los jueces. La forma más paradójicamente garantista es que la legitimación emana del concurso, que es su forma de independencia, de autogobierno de los jueces junto con el Consejo Superior de la Magistratura, tal y como existe en Italia. Este es un problema teórico muy importante que condiciona el papel garantista del juez y del fiscal.

Por cuanto hace a la tercera tesis, yo creo que las garantías, en el sentido que de manera breve he ilustrado, pueden así configurarse como fuente de justificación externa política del derecho penal, del derecho en general, es decir, un instrumento, un artificio, un artificio construido por los hombres, por la tutela de los hombres mismos como dijo Hobbes en la primera página del Leviatán. Las garantías que requieren de ser implementadas en la política son fuentes de justificación externa.

Como señalé al inicio, los derechos fundamentales son promesas que requieren normas de actuación obligatoria, normativamente vinculadas y al mismo tiempo en cuanto a su ausencia de efectividad, son criterios de deslegitimación, son fuente de crítica, de crítica de error producido por la ciencia jurídica y también por

la práctica jurídica. Se concreta así el sentido de la tercera tesis que ha avanzado.

El garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez, una teoría jurídica normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía acerca de los fines y los fundamentos del derecho penal y al mismo tiempo una teoría del derecho penal mínimo. Una y otra sobre el deber ser y no el ser del derecho, que en gran parte reproduce los principios de justicia incorporados en las constituciones.

Como filosofía política, el garantismo no es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho desde el punto de vista axiológico externo, pero puede plantear una teoría de la democracia. El tema de mi última obra "*Principia Iuris*," consiste en qué es una teoría del derecho y también qué es una teoría de la democracia. Es una doctrina política, (no del buen gobierno democrático) que toma en serio las Constituciones y la experiencia del constitucionalismo contemporáneo y que con ello elabora las técnicas de instituciones de garantías a escalas estatal e internacional; contra los poderes públicos y contra los poderes privados, contra el poder judicial, contra el poder administrativo y contra el poder político, contra el Estado y contra el mercado. El sistema complejo de garantías

que solamente en parte ha sido desarrollado en nuestra experiencia requiere una gran imaginación política y jurídica. El Derecho es un instrumento de construcción de la democracia, y en ese sentido, el garantismo es también una teoría del derecho.

Debemos ser concientes que existirá siempre una diferencia entre deber ser y ser, un margen de ineffectividad, de derecho ilegítimo. Sin embargo, se defiende de la política, de la Constitución popular y creo en gran parte de la ciencia jurídica y de la cultura jurídica y de los operadores jurídicos. La lucha por el derecho y por los derechos pueden, si no suprimir, sí reducir estas diferencias y tomar en serio estas promesas, construir un sistema que ahora en gran parte se está construyendo.

Muchas gracias



Inicio de sesión de preguntas y respuestas entre Luigi Ferrajoli y los alumnos del Instituto de Formación Profesional

Alumno (A):

Gracias, buenos días.

Quiero preguntarle al doctor ¿Cuál es su opinión acerca de la vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, dado que usted en sus libros hace referencia a esta nueva corriente o visión de horizontalidad de los derechos humanos? Es para mi un honor estar presente en una conferencia dictada por usted y ver hoy a la persona que ha escrito y que ha hecho tantas reflexiones sobre el derecho y sobre los derechos humanos en particular. Muchas gracias.

Respuesta de Luigi Ferrajoli (L.F.):

Yo creo que esta pregunta se refiere a una cuestión muy importante que he desarrollado sobre todo en mi último trabajo "*Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*".

La idea tradicional, a partir de *Locke*, es que los poderes privados son libertades. La idea de la equivalencia entre poder privado, autonomía y libertad es una idea a la que fue sometido también Marx, sobre todo cuando se criticaba a las libertades burguesas y los poderes privados se identificaban con la propiedad. Esta identificación ha sido la fuente de legitimación de los poderes privados y de su ilimitada capacidad de explotación y por el contrario, de una deslegitimación de las libertades en la tradición marxista-socialista. Yo creo que debemos distinguir entre libertad y autonomía. Libertad y propiedad son figuras que al análisis conceptual muestran que los derechos patrimoniales, son derechos singulares y no universales para todos, alienables y disponibles y no indisponibles. Los derechos civiles de autonomía son derechos y poderes como los derechos políticos que deben ser sometidos a la ley.

En la tradición liberal, la idea misma del Estado de Derecho, la palabra Estado de Derecho alude solamente al Estado, es decir, a los poderes estatales como poderes que deben ser sometidos

al derecho. Estado de Derecho: estado sometido al derecho. Esta es una falacia ideológica que ha olvidado que también los poderes privados, la autonomía privada (no solamente la autonomía política), es un poder cuyo ejercicio tiene efectos en la esfera jurídica de otros. Esto significa que también los poderes económicos deben ser limitados y vinculados a los derechos fundamentales, y se debe sobre todo, en la era de la globalización, desarrollar un sistema de límites y de vínculos a poderes, a veces salvajes, que pueden devastar el medio ambiente y explotar el trabajo sin límites como lamentablemente la experiencia ha demostrado.

La construcción de un garantismo, de un constitucionalismo del derecho privado, sobre todo a escala internacional, resulta muy importante, porque es el vacío más grave en que ha incurrido la tradición jurídica occidental. Obviamente, el derecho del trabajo y muchos sectores del derecho son sectores desarrollados y han elaborado límites y vínculos a la propiedad y a los poderes privados, sin embargo, sin un diseño teórico global y sin semejanzas con el garantismo penal o el garantismo constitucional.

A: Buenas tardes.
Le agradezco, a nombre de mis compañeros, su presencia en este Instituto.

Me gustaría que usted nos comentara cómo el garantismo se puede justificar en un Estado democrático, (o supuestamente democrático, pues en realidad no todos lo avalamos y no toda persona que tenga la capacidad de votar ha votado por el gobierno), cuando realmente la mayoría de los delitos quedan impunes. Se está hablando de que el garantismo va a proteger o va a limitar la represión que va a tener el Estado sobre el particular. Pero qué pasa con aquellas víctimas que en su mayoría (En México constituye el 97%) se quedan con su dolor, se quedan con el daño producido por el delito. ¿Cómo es que el garantismo lo puede justificar? Esa es una pregunta. La siguiente, ¿Cómo podemos generar que la función pública sea efectiva? Yo creo que en México la función pública no se está cumpliendo realmente con sus cometidos y ¿Cómo podría el garantismo brindarnos la oportunidad a todos de lograr la paz social? Gracias.

L.F.: Creo haber entendido, pero no estoy seguro. La primera cuestión, es que la teoría garantista no sólo no justifica, sino que también deslegitima y califica de ilegítimo ese derecho penal desigual que se ha desarrollado sobre todo en estos últimos años. En los Estados Unidos se han realizado dos millones y medio de detenciones, sobre todo de negros y marginados. También en Italia existe una utilización del derecho penal, sobre todo contra las personas

más pobres, más marginadas y una impunidad de los poderes criminales y de los crímenes de los poderes. Esto es un signo de ilegitimidad de la legislación. En Italia, por ejemplo, tenemos una legislación en materia de seguridad que ha previsto subir las penas y al mismo tiempo la reducción de los términos de prescripción para los delitos de cuello blanco. Tenemos un *Corpus Iuris ad personam* de leyes que han sido aprobadas sobre todo para proteger al *Presidente del Consiglio* de los procesos penales. Tenemos muchas leyes que por el contrario, criminalizan a las masas y a los pobres, por ejemplo, la idea de castigar la condición de clandestino o a la prostitución como un delito de Estado, es una cosa escandalosa, aun cuando son todavía propuestas de leyes.

Naturalmente, en todos los países, creo que también en México, podemos leer la realidad del sistema punitivo como una realidad no solamente injusta sino también en contraste con el paradigma constitucional. El garantismo permite esta crítica, esta crítica y también esta posibilidad de otra formación a través del reforzamiento de las garantías o de crítica de las leyes. El derecho es un producto de la política, una política que no toma en serio la Constitución. Puede ser una política que debemos criticar desde el punto de vista de la teoría del derecho,

y que sin embargo, produce los efectos que ha comentado en su pregunta.

La segunda cuestión. La esfera pública ha sido en México (también en Italia y creo que también en los Estados Unidos) condicionada por los intereses privados, y creo que esto es un problema fundamental de todas las democracias. Existe un conflicto de intereses endémico en las instituciones públicas que se manifiesta en el nexo entre el dinero y política, política por dinero. Existe una amenaza expresada de los conflictos de intereses que, sin embargo, el derecho puede limitar a través de técnicas de garantías apropiadas y mediante la separación de los poderes. Yo creo que la teoría de la democracia es también una teoría de la separación de los poderes (no sólo las clases de separaciones que he formulado entre institución de gobierno e institución de garantías), sino sobre todo una separación entre público y privado, que es una separación que hoy está en peligro de ser superada por las formas de confusión que son muy peligrosas para el futuro de la democracia.

A: Gracias. Quiero agradecerle la oportunidad que nos da estar con usted en esta conferencia y también al doctor Miguel Ontiveros Alonso por esa apertura que tiene en este lugar de conocimiento, de debate y de aprendizaje. Doctor en relación a la primera tesis, en rela-

ción con el nexo indisoluble entre garantías y el derecho penal ¿Cuál es su opinión? Y en relación a la tesis que maneja Günther Jakobs en torno al derecho penal del enemigo y la reducción de garantías y no tratar igual a los iguales: a los que él denomina enemigos. Considero que esa tesis choca con la que usted propone ¿Cuál sería su crítica en relación a esta teoría?

L.F.: Obviamente yo creo que esta expresión es una *contradictio in terminis*. El derecho penal del enemigo es una fórmula escandalosa, sin embargo, el hecho que una fórmula contradictoria sea producida por un jurista de prestigio produce inmediatamente una literatura, revistas, un debate público, cuyo efecto es de tomar en serio esta expresión que es una expresión en contraste con la idea misma del derecho penal. Hay un artículo muy interesante de Raúl Zaffaroni, intitulado "*La crítica, el Derecho Penal, y sus enemigos*." El Derecho penal del enemigo es una fórmula que introduce la lógica de la guerra en el derecho, cuando el derecho es la negación de la guerra y la guerra la negación del derecho. El derecho penal del enemigo es la continuación de la guerra con otros medios, es decir, su plano descriptivo alude a formas turbias de degeneración del derecho penal: el modelo Guantánamo, Abu Ghraib, la tortura, la falta de garantías o la lesión de la dignidad de la persona humana. Este tipo de prácticas pretenden ser legitima-

das por una ideología, una doctrina, que niega la cultura misma del derecho penal, el cual no conoce enemigos sino solamente ciudadanos y cuya fuerza de prevención reside precisamente en su asimetría con la violencia criminal.

Yo creo que el fracaso de esta lógica de guerra que se ha manifestado sobre todo en la guerra contra el terrorismo, consiste en el hecho de que la guerra y la lógica de guerra han producido la caída de esta asimetría entre derecho y criminalidad. Solamente si el terrorismo es tratado como crimen gravísimo puede ser aislado socialmente, deslegitimado políticamente. Solamente gracias a la asimetría del

Derecho, que paradójicamente se funda en el respeto a la persona, incluida la del terrorista, y la respuesta del derecho, de la civilización del derecho y de sus garantías, mientras que la guerra eleva al terrorista a nivel del Estado o baja el Estado al nivel de terrorista (lo cual es como echarle gasolina al fuego). No es por azar que en Italia los terroristas de las Brigadas Rojas tenían como objetivo máximo ser reconocidos como enemigos a nivel del Estado. Es la respuesta de la guerra o del derecho penal del enemigo el mejor regalo que se puede hacer al terrorismo, a los enemigos.

No sólo con base en principios se puede deslegitimar dicha figura, sino también en el plano de la eficacia. El fracaso de la guerra y de estos instrumentos es la prueba de que no se puede combatir un fenómeno criminal como el terrorismo, que ha difundido el bombardeo de ciudades matando millones, a miles de inocentes. El terrorismo se desarrolla sobre este odio contra el occidente producido por respuestas estatales que también son terroristas, que constituyen una respuesta no solamente ilegítima respecto a todos los principios de todos los derechos (también del derecho americano), sino que es una respuesta totalmente irracional. Yo creo que produce solamente un punto de descalificación de nuestras democracias.

A: Buenos días profesor.

Formuló usted un comentario en torno a que la pena no se puede democratizar, que el hecho de que un millón de personas digan que "*x merece una pena*" no la hace más legítima. Creo yo que por desgracia, por los tiempos muy violentos que se están viviendo aquí, es lo que está haciendo el gobierno. El pueblo está pidiendo mayor pena y algunos partidos políticos se han aventurado a proponer *¡pena de muerte!* o *¡cadena perpetua!* ¿Qué considera usted que nuestros legisladores deberían hacer para que esto no suceda, para que la pena de muerte no llegue a contemplarse en México?

L.F.: Este es un problema, un problema que no solamente sucede en México sino en todos los países occidentales. En Italia, por ejemplo, la criminalidad está en disminución. En México puede ser que no podamos decir lo mismo, pero en Italia se verifica una disminución radical. El número de homicidios en Italia es de 600 al año, cuando en los años cincuentas era de 2000 y en el siglo pasado de 5000. Yo creo que en México hay entre 22,000 y 25,000 con una población que duplica la de Italia. Yo creo, esto es un paréntesis, que una política de seguridad debería por ejemplo prohibir totalmente la producción, la portación y el comercio de armas. En Italia nadie tiene armas, las armas son bienes ilícitos que deberían de estar prohibidos: *ne cives ad arma veniant* es el ideal de Hobbes del monopolio político de la fuerza. Yo creo que eso marca la diferencia en los índices delictivos de los Estados Unidos de América. En los Estados Unidos de América tienen este segundo artículo de la Constitución, el derecho de portar armas, que se puede explicar históricamente, pero que hoy representa una de las fuentes más importantes de la inseguridad. En Italia no sólo se ha disminuido la criminalidad, sino también la violencia personal, la violencia contra la mujer, también los delitos contra el patrimonio, (no obstante la mafia), el número de lesiones es incomparablemente menor que en el pasado, y sin embargo, ha crecido la percepción de inseguridad porque

se ha demostrado en alguna estadística que el tiempo de la televisión dedicado a los homicidios en los últimos cuatro años se ha multiplicado por tres. Casi todos los noticieros en Italia se abren con las noticias de delitos con todos los detalles más terribles, muchos *talkshows* y discusiones son dedicadas a ello, y esto produce miedo y alarma social.

La idea común es que la inseguridad ha crecido contrariamente a los hechos reales; es la inseguridad asociada normalmente a los pobres, a los migrantes, a los clandestinos. Esta política del miedo, esta fábrica del miedo que es la televisión y también la política, sobre todo de la derecha, pero también de la izquierda, han constatado que el miedo es la principal fuente del consenso político.

El miedo es un recurso de la legitimación cuando no se puede hacer frente a los problemas, cuando la inseguridad social, la inseguridad del trabajo, la inseguridad del futuro, la inseguridad de la salud, la falta de garantías de derechos sociales produce la inseguridad social.

Se ha descubierto que la mejor forma para olvidar estos problemas es el cambio del sentido mismo de seguridad y movilizar a la opinión pública contra el diferente: contra el negro y

contra el inmigrante. Esta movilización produce consenso y no tiene ningún efecto disuasivo. Yo creo que se puede instituir un principio teórico elemental contrariamente a la tradición del derecho penal, según el cual, el derecho penal tiene una eficacia disuasiva. En general, debemos distinguir: la eficacia disuasiva del derecho penal es proporcional al grado de exigibilidad de la no transgresión. Es máxima para los homicidios, máxima para la corrupción por los delitos de cuello blanco, cuya impunidad es siempre criminógena.

El endurecimiento punitivo es ignorado por el potencial delincente, por ello no tiene ningún efecto disuasivo. El sólo efecto de esta campaña sobre la seguridad genera la descomposición del tejido social, es decir, la desconfianza en los otros, el veneno racista que se produce en la sociedad, en la crisis de las relaciones sociales que es el terreno de la cultura de la desviación. Yo creo que este problema es de todas las democracias occidentales. La facilidad con la cual se produce miedo, se alimenta el miedo y la respuesta al miedo enfatiza al miedo mismo que siempre es una fuente de consenso demagógico.

Se puede hablar de populismo penal, que significa obtener consenso con un empleo coyuntural del derecho penal, como proponer iluso-

rias respuestas a los problemas de la seguridad, ilusoria como si el castigo fuera una varita mágica que pueda eliminarlos. Nosotros debemos ser conscientes de que el derecho penal es necesario, la respuesta penal es necesaria, pero no puede resolver problemas como la criminalidad de la calle. La sola política de prevención de la criminalidad de la calle no es una política penal, es una política social, es una política de pleno empleo, de educación, de subsistencia mínima, de los mínimos hospitales, sin los cuales se producen las condiciones de la delincuencia de la calle. Respecto a esta delincuencia, la respuesta penal es necesaria, pero el rol de la política debería ser la conciencia de la necesidad, puesto que la no suficiencia de estos instrumentos desde el punto de vista de la prevención no sirve de nada.

He hablando de las armas, pero también se podría hablar de la necesidad de racionalizar la legislación sobre la droga, la cual ha codificado el monopolio criminal del comercio de la droga que produce la gran criminalidad y la pequeña criminalidad, es decir, la del pequeño tráfico como una criminalidad subalterna. Yo creo que también en las empresas criminales existe una estatificación de clases, una explotación de la pobreza (también en el terrorismo las grandes empresas criminales explotan la pobreza): la pequeña criminalidad es la única expuesta a la represión.

Las personas que portan en su estómago la droga son las personas que son expuestas a la represión, y éstos son los pobres. Esto significa que no es con la represión, obviamente necesaria, de este tipo de criminales que se puede resolver el problema. Los problemas se pueden resolver con una política de garantías de todos los derechos fundamentales, y obviamente que esta es una política no penal, sino social.

A: Muy buenas tardes.

Muchas gracias por esta conferencia que nos acaba de impartir.

Quiero formularle brevemente dos preguntas. ¿Cuál es su punto de vista sobre la prisión preventiva con relación a las garantías que tiene el procesado? y segunda, desde su punto de vista, ¿Cuál considera que sea el término adecuado para la pena de prisión para que realmente se cumpla con los fines del derecho?

L.F.: Al respecto yo he escrito tesis muy radicales. La prisión preventiva no tiene una justificación, se puede justificar la prisión preventiva solamente para el tiempo necesario del primer interrogatorio, sin embargo, percibo que esta es una tesis que va a contracorriente. En la tradición, en la doctrina dominante, también en la jurisprudencia dominante y en la legislación dominante, la prisión preventiva es justificada

también para evitar el peligro de que se cometan otros delitos y para evitar el peligro de fuga, y no solamente para el peligro de la contaminación de las pruebas. Yo creo que la peligrosidad no puede ser una justificación, porque no se puede presumir la culpabilidad del proceso. El papel del proceso es precisamente el de comprobar la culpabilidad. Así mismo, la existencia del peligro de fuga existirá mientras exista el peligro de ser encarcelado.

Sólo la contaminación de la prueba puede justificar la detención hasta el primer interrogatorio, pero no una detención de años como pasa en todos nuestros ordenamientos. Por ejemplo en Italia, el número de los detenidos en condición de prisión preventiva es casi la mitad, o puede ser también superior al número de los detenidos en una institución para el cumplimiento de una pena. Naturalmente esto es indebido.

La opinión pública considera como un escándalo que una persona, por ejemplo por un incidente de tránsito, en un homicidio culposo, (estoy hablando de la ley italiana, creo que en la legislación mexicana prevé una prisión preventiva hasta dos o cuatro años por delitos más graves) o por hechos que no prevén una pena elevada (por la cual el código procesal penal permita una prisión preventiva), si los

ponen en libertad estarían ahí los medios de comunicación advirtiéndolo: “después de dos días quedaron libres”. Pero la pena debe seguir a la condena y no a la formulación de la acusación. Es necesario, creo yo, un trabajo de educación cívica y los medios no hacen este tipo de educación, atentan contra ella, cuando consideran escandaloso el hecho de que una persona quede libre durante el proceso. La realidad debiera ser que solamente después de la condena pueda una persona ser detenida y durante el proceso esté en condición de obtener su defensa libre puesto que se presume inocente. La presunción de inocencia significa esto, se puede obviamente prever una prisión preventiva en los primeros días antes de un interrogatorio, pero esto debería ser un hecho excepcional.

La segunda pregunta. Yo creo que el máximo de la pena de prisión debería ser de quince o veinte años. No más. Después de quince o veinte años una persona es diferente y la función de las cárceles debería ser de reinserción social. Me parece que la cárcel no debería ser la pena principal, ésta debería ser prevista únicamente para los delitos más graves. En otros casos deberían imponerse como penas principales medidas alternativas, como la detención domiciliaria o la detención de fin de semana, y solamente la cárcel como *extrema ratio*. Sólo así el derecho penal recuperaría su credibilidad y sobre todo, podría

realizar la detención respetando la dignidad de la persona humana. No debemos olvidar que el detenido tiene los mismos derechos de todos nosotros salvo la libertad personal, y tiene el derecho a una condición de vida humana y de respeto de su persona. Yo creo que este respeto es también una medida de prevención de la criminalidad. Insisto sobre la necesidad de defender la asimetría entre derecho y criminalidad, entre derecho y violencia. El Derecho es tanto más legítimo y tanto más eficaz cuanto más asimétrico es respecto a la violencia y a la delincuencia.

A: Buenas tardes doctor.

Quiero agradecerle la distinción que ha tenido con nosotros al darnos esta conferencia. ¿Qué opinión le merece que en el ámbito internacional existan muchos tratados internacionales de protección de los Derechos humanos y que por otra parte en la legislación interna de los Estados no se garantice un derecho fundamental como la vida con relación a la ley del aborto a la que usted hizo referencia?

L.F: La inefectividad de los derechos fundamentales es una inefectividad escandalosa. No vivimos en un mundo perfecto, existe siempre una separación entre norma y hecho que es escandalosa cuando las normas en materia de derechos fundamentales son dirigidas a los poderes públicos de los cuales se pretende una

legalidad por su mismo rol. Sin embargo, el derecho ilegítimo es, paradójicamente, una conquista, porque permite la crítica y la adecuación del derecho a los principios constitucionales. Las cartas internacionales no son efectivas a escala internacional porque, dije en mi introducción, no se ha producido una legislación de actuación, una esfera pública internacional, y esto produce el desarrollo de una economía ilegal de macropoderes salvajes, de delitos de una criminalidad globalizada y también de crímenes de poder, torturas, violación de los derechos humanos al interior de los Estados. Esto refleja una ausencia de garantías.

Yo creo que el paradigma garantista permite leer la suma de lagunas y antinomias del derecho vigente. El problema del aborto es un gran problema a su vez. Yo creo que existen principios constitucionales que no deberían consentir la punición del aborto, cualquiera que fuese la opinión moral sobre el aborto. No solamente por la tesis que he dicho antes de que esta punición no produce ninguna eficacia preventiva. En Italia, después de la liberalización del aborto, el número de los abortos se ha reducido a un tercio. Se produjo una disminución drástica y radical del número de los abortos, lo que prueba el hecho que la anterior legislación no protegía la vida de los fetos. Sin embargo, hay un problema más profundo, el derecho penal puede pe-

nar hechos pero no imponer conductas. La punición del aborto implica imponer a una mujer un futuro de vida contrario a su voluntad, eso es una paradoja. El Derecho penal que impone una conducta y no solamente sanciona una conducta, impone un destino, y sobre todo este tipo de punición contradice un principio fundamental de la ética laica, de la ética moderna: ninguna persona puede ser tratada como instrumento para una finalidad que no sea suya. Esta es una máxima Kantiana y que corresponde a aquella idea constitucional de Stuart Mill, es decir, cada uno es soberano sobre su propio cuerpo, de su propia mente y a la tesis según la cual ninguno puede ser coartado en su cuerpo. Ninguna persona puede ser tratada como cosa, como instrumento, como medio o como fin (que es una tesis de Beccaria).

Yo creo, como última consideración, que esta punición del aborto en realidad se explica solamente con una razón: me refiero a la voluntad sobre todo de la Iglesia Católica, de la afirmación jurídica de un principio moral. Esto ha sido explícitamente afirmado en muchas conferencias episcopales. La finalidad de la punición es la consagración jurídica de un principio moral, evidentemente propio de la iglesia católica, no de todas las morales. Pero esto (la consagración jurídica de un principio moral mediante su punición), significaría la lesión al principio

de laicidad, es decir, al principio de separación entre ley y moral, entre iglesia y Estado, la prohibición que una determinada moral pueda ser traducida en derecho e impuesta como derecho a todos, también a los que no compartan esta idea de moral.

Pero regresando a la cuestión moral del aborto, yo creo que se puede afirmar que gran parte de este debate es deformado por algunas confusiones filosóficas conceptuales. Nosotros podemos saber todo sobre la gestación, sin embargo, la tesis de que el embrión es una persona es una tesis moral, no es una tesis científica, porque persona es un término del lenguaje moral, también del lenguaje jurídico, pero sobre todo es del lenguaje moral. Es una valoración que no puede ser impuesta con el derecho, y yo creo que seguramente las personas, la mujer, ninguna persona puede ser tratada como instrumento para una finalidad que no sea suya. Creo que se puede alcanzar la compatibilidad entre la voluntad de la mujer con la protección del embrión, reconociendo que el embrión es una persona en la medida que es pensado por su madre como persona. Esta tesis ha sido muy criticada en la jerarquía católica como una tesis demoníaca. *¿Cómo la mujer sería dotada de poder creativo?* La mujer no solamente es un cuerpo que genera vida, sino también una persona. Esto significa que merece ser tutelada la futura persona, el embrión, que es pensado por

su madre como persona. Esto significa tomar en serio la palabra misma de la concepción. La concepción es un acto intelectual, deviene persona solamente el embrión que es pensado y querido voluntariamente por su madre como persona, si no es pensado como persona, no es persona. Este discurso es un plano moral, en un plano jurídico yo creo que es totalmente insostenible la justificación de la punición del aborto que produce estas paradojas, no sólo de esta instrumentación de una persona, no sólo de la imposición de un destino, de un futuro de vida, sino de la total ineficacia que se ha manifestado, por ejemplo en Italia, pero también en todos los países en los cuales el aborto ha sido despenalizado.

Muchas gracias

Garantismo y Derecho Penal
(Un diálogo con Ferrajoli)
Luigi Ferrajoli
se terminó de imprimir en Enero de 2010
en los talleres de Diseño e Impresos Sandoval
Tel.: 5793-4152, 5793-7224
la edición consta de 1000 ejemplares
más sobrantes para reposición.