

Luigi Ferrajoli, *¿Qué es el garantismo?**

1. *Sobre la noción de garantismo. El garantismo penal* – Dedicaré esta ponencia al significado del garantismo, es decir a la estructura del paradigma teórico del constitucionalismo garantista y de la democracia constitucional.

‘*Garantismo*’ es un término del léxico jurídico y político relativamente nuevo. En el viejo léxico jurídico, se entendía por “garantías”, sobre todo, una clase de institutos del derecho privado provenientes del derecho romano, dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes *derechos patrimoniales*: las garantías reales como la prenda y la hipoteca y las garantías personales como la fianza y el aval. Actualmente, por “garantías” se entiende también, y diría sobre todo, el conjunto de los límites y vínculos impuestos a los poderes públicos en garantía de los *derechos fundamentales*. Más en general, las garantías pueden ser redefinidas, en sede de teoría del derecho, como las obligaciones y prohibiciones correlativas a derechos subjetivos, sean ellos fundamentales o patrimoniales.

Por “garantismo” se entiende, por consiguiente, un modelo de derecho dirigido a la *garantía* de los derechos subjetivos. Según los distintos tipos de derechos en sostén de los cuales se prevén las “garantías”, es decir las técnicas idóneas para asegurar su efectiva *tutela o satisfacción*, distinguiremos diversos tipos de garantismo. Hablaremos, por lo tanto, de *garantismo propietario* para diseñar el sistema de garantías colocadas en protección del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales; de *garantismo liberal*, y específicamente *penal*, para designar las técnicas dispuestas en defensa de los derechos de libertad, primero entre todos la libertad personal, contra las intervenciones punitivas arbitrarias de tipo policial o judicial; de *garantismo social* para designar el conjunto de las garantías encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y similares; de *garantismo civil* para designar las garantías puestas en tutela de los derechos civiles de autonomía negocial, pero también los límites impuestos al ejercicio de tales derechos en tutela de los derechos de los trabajadores o de los consumidores, o bien en protección del ambiente y de la competencia; y, por último, de *garantismo internacional* para designar el conjunto de las garantías, lamentablemente ausentes casi por completo, previstas en tutela de la paz y de los derechos fundamentales establecidos en las diversas cartas, declaraciones, pactos y convenciones de derecho internacional. En todos estos significados, el “garantismo” se configura como la otra cara del constitucionalismo, así como las garantías son la otra cara de los derechos constitucionalmente establecidos, a los cuales aseguran el máximo grado de efectividad. De hecho, todos los derechos fundamentales requieren leyes de

* Traducción de Nicolás Guzmán, Universidad de Buenos Aires

actuación, es decir, la introducción de garantías eficaces y de adecuadas funciones e instituciones de garantía, en ausencia de las cuales aquéllos están destinados a permanecer en gran parte inefectivos.

El sector del derecho con referencia al cual la teoría del garantismo ha sido originalmente elaborada es el derecho penal. En efecto, fue sobre el terreno penal que nació el garantismo, en la cultura jurídica italiana progresista de los años setenta y ochenta, como réplica a la legislación y a la jurisdicción de la emergencia que en aquellos años redujeron el ya entonces débil sistema de las garantías del debido proceso. En este sentido, el garantismo se conecta con la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y expresa la instancia, que fue propia del iluminismo jurídico, de la *minimización* de aquel “poder terrible” –tal como lo llamó Montesquieu– que es el poder punitivo, a través de su rígida sujeción al derecho: precisamente, a través de la sujeción a la ley del poder penal judicial y a través de la sujeción a normas constitucionales del poder penal legislativo.

Por ello, esta instancia se ha venido identificando con el proyecto de un *derecho penal mínimo*. “Garantismo penal” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos, que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal en condiciones de racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva, vinculándola –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– a límites rígidos impuestos en tutela de los derechos de la persona. En lo que respecta al *delito*, estos límites no son otra cosa que las *garantías penales sustanciales*: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los principios de lesividad, materialidad y culpabilidad. En lo que respecta al *proceso*, los límites corresponden a las *garantías procesales* y del *ordenamiento*: el contradictorio, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre juez y acusador, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Mientras que las garantías penales están dirigidas a la minimización de los delitos, es decir a la máxima reducción de aquello que se le permite prohibir al poder legislativo, las garantías procesales están encaminadas a la minimización del poder judicial, es decir a la máxima reducción de sus márgenes de arbitrio.

Adicionalmente, existe un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino también entre derecho penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal que tiene por fin únicamente la tutela de bienes primarios y de derechos fundamentales se halla en condiciones de asegurar, junto a la certeza y a las otras garantías penales, también la eficiencia de la jurisdicción contra las formas de la criminalidad organizada, cada vez más potentes y amenazantes. Y solamente un derecho procesal garantista, basado en la paridad entre la acusación y la defensa y en la reducción de la prisión preventiva, puede

ofrecer un fundamento creíble a la independencia de la magistratura y a su rol de control de las ilegalidades de los poderes públicos, más allá de la legitimación, siempre impropia y precaria, del consenso de la opinión pública. Defensa social y garantismo, protección de bienes primarios y garantía de los derechos de los imputados y condenados, se configuran, por ello, como los dos fines no sólo esenciales sino entre ellos conectados, que legitiman la potestad punitiva. El derecho penal mínimo resulta así caracterizado como la *ley del más débil*, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la pena es el condenado.

2. *Una noción ampliada de garantismo* – A mi parecer, una concepción semejante del garantismo se presta para ser ampliada –como paradigma de la teoría general del derecho– a todo el campo de los derechos de la persona. De hecho, todos los derechos fundamentales –desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, de los derechos de los trabajadores a los derechos de las minorías– pueden ser concebidos como *leyes del más débil*, en alternativa a la ley del más fuerte, la cual prevalecería en su ausencia. De este modo, por “garantismo” se entenderá, en esta concepción más amplia, un modelo de derecho fundado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos, primeros entre todos los derechos fundamentales establecidos en las constituciones. En este sentido, el garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que reproduce el paradigma clásico del Estado liberal, ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también a los poderes legislativo y de gobierno, no sólo a los poderes públicos sino también a los económicos privados y no sólo a los poderes estatales sino también a los poderes supra-estatales; por el otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad, sino también a los sociales, y no sólo a los derechos sino también a bienes estipulados como vitales, con consiguientes obligaciones de satisfacción y protección, además de prohibiciones de lesión, a cargo de la esfera pública. Por lo demás, también históricamente el primer modelo del Estado de derecho fue elaborado sobre el terreno penal, como sistema de límites al poder punitivo, ampliados luego, en el Estado constitucional de derecho, a todos los poderes y en garantía de todos los derechos.

No está de más añadir que hoy, en Italia, la opción entre uso restringido y uso ampliado de “garantismo” no es políticamente neutral. La apelación al garantismo como sistema de límites impuestos sólo a la jurisdicción penal se ha conjugado, en la propaganda de las fuerzas políticas que hacen un uso restringido

del término, con la ausencia de todo límite y control jurídico –y en particular de tipo judicial– al poder político y al poder económico. La “democracia”, según la imagen que está detrás de este uso restringido de “garantismo”, no sería otra cosa que la omnipotencia de la mayoría, legitimada por el voto popular, que serviría para permitirle cualquier abuso, incluido el conflicto entre intereses públicos e intereses privados; así como el “liberalismo” equivaldría, por su parte, a la ausencia de reglas y límites a la libertad de empresa. La expresión “liberal-democracia” terminó así por designar –con estos usos restringidos de garantismo y ampliados de liberalismo y de democracia– dos formas convergentes de absolutismo, ambas contrarias al sistema de vínculos y contrapesos en el que consiste el garantismo como categoría general: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado, de los poderes políticos y de los económicos, cada vez más amenazantemente confundidos entre ellos.

Está claro que, en este sentido, “garantismo” significa exactamente lo contrario a aquello que significa como paradigma teórico general: que quiere decir sujeción al derecho de cualquier poder, ya sea público o privado, a través de vínculos jurídicos y controles jurisdiccionales idóneos para impedir su ejercicio arbitrario e ilegal, en garantía de los derechos de todos. En esta noción ampliada, el garantismo designa el conjunto de los límites y de los vínculos impuestos al sistema de los poderes e idóneos para asegurar la máxima efectividad a las promesas constitucionales. Él designa, precisamente, en oposición a las concepciones a-constitucionales y formales de la democracia como omnipotencia de la mayoría, la dimensión constitucional y sustancial que vincula a la democracia no sólo en cuanto a la forma, es decir al *quién* y al *cómo* de las decisiones, sino también en cuanto a la sustancia, es decir al *qué cosa* no está permitido decidir o no decidir.

Esta *esfera de lo no decidible* –de lo *no decidible que* y de lo *no decidible que no*– no es otra cosa que aquello que en esos contratos sociales de forma escrita que son las constituciones, se convino en sustraer a la voluntad de la mayoría: los derechos fundamentales de todos –la vida y la libertad personal, la dignidad de la persona y sus mínimos vitales–, que conforman las precondiciones del vivir civil y la razón de ser del pacto de convivencia y que no pueden ser sacrificados ante ninguna voluntad mayoritaria, ni ante ningún interés general o bien común. Precisamente, las garantías de los derechos de libertad y de inmunidad, al consistir en las correspondientes prohibiciones de lesión por parte del Estado, definen la esfera de lo que ninguna mayoría puede decidir: ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede decidir que un hombre sea privado de su libertad personal sin un proceso o que sean limitadas sus libertades fundamentales. Contrariamente, las garantías de los derechos sociales, al consistir en las correspondientes obligaciones de prestación en cabeza de la esfera pública, definen la esfera de lo que ninguna

mayoría puede no decidir: como no proveer a cada uno asistencia sanitaria, educación básica, asistencia previsional y de supervivencia.

Indudablemente, en tanto prohibiciones y obligaciones, las garantías de los derechos fundamentales establecidos en las constituciones limitan la democracia política. Aun así, sirven también para integrarla y, por decirlo de algún modo, reforzarla, junto a la noción, que está detrás suyo, de “soberanía popular”. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos políticos, sino también los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales–, al ser conferidos de modo igual a todos en tanto personas o ciudadanos, aluden al “pueblo” entero, refiriéndose a poderes y a expectativas de *todos*, aún más que el mismo principio de la mayoría. La soberanía popular, comúnmente expresada en las constituciones democráticas por el principio de que “la soberanía pertenece al pueblo”, resulta redefinida en el único sentido en el cual es compatible con el Estado constitucional de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*: por un lado, como *garantía negativa*, en virtud de la cual ella pertenece al pueblo y a nadie más; y nadie, ni asamblea representativa, ni mayoría parlamentaria ni presidente elegido por el pueblo, puede apropiarse de ella y usurparla o de algún modo invocarla como fuente de una pretendida omnipotencia; por el otro lado, como *garantía positiva*, en el sentido de que, al no ser el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de todos los asociados, la soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con la suma de esos fragmentos de soberanía, es decir de esos poderes y contrapoderes que son los derechos fundamentales de los que todos y cada uno son titulares. En pocas palabras, la soberanía es de todos y (por ello) de ninguno. De allí el carácter “democrático” de las garantías de los derechos fundamentales en cuanto derechos de todos, que insertan una dimensión “sustancial” en la democracia política, sometiéndola, junto al respeto de las “formas” mayoritarias de las decisiones, también a los límites y a los vínculos de “sustancia” relativos a sus contenidos.

De lo dicho también se desprende el carácter no consensual ni representativo –porque, contrariamente, es anti-mayoritario– de las funciones y de las instituciones de garantía: de las *funciones* y de las *instituciones de garantía primaria*, como por ejemplo la escuela y la salud pública, destinadas a la tutela y satisfacción directa de los derechos fundamentales; y de las *funciones* y de las *instituciones de garantía secundaria o jurisdiccionales*, destinadas a sancionar o a anular las violaciones de las garantías primarias. Justamente porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos “contra la mayoría”, también sus garantías y las relativas funciones e instituciones llamadas a aplicarlas deben ser virtualmente “contra la mayoría”. Por esto, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ejecutivo del ministerio público estarían en contradicción con la fuente de legitimación política de la jurisdicción. El sentido de la célebre frase “aún habrá un juez en Berlín” es que

debe haber un juez que esté en condiciones de absolver o de condenar contra la voluntad de todos cuando falten o cuando existan las pruebas de su culpabilidad.

El garantismo, en fin, no es sólo un *modelo de derecho* caracterizado por la presencia de garantías dirigidas a asegurar el máximo grado de efectividad al catálogo de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquél es, antes bien, una *filosofía política* sobre los fines y fundamentos que justifican el derecho y, a la vez, una *teoría jurídica* de las garantías de aquellos principios de justicia que están formulados en las constituciones de los ordenamientos democráticos.

Como *filosofía política*, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho *desde un punto de vista axiológico externo*. De aquí su dimensión proyectiva, además de normativa. La doctrina filosófica del garantismo, de hecho, elabora y proyecta los modelos normativos que en los diversos sectores del ordenamiento –no sólo en el penal– sirven para justificar el derecho como ley del más débil. Y sirve además para proveer los criterios de crítica y de deslegitimación externa de los perfiles de injusticia del derecho en concreto, o de sus normas particulares o institutos, en tanto contrarios o incluso sólo inadecuados a aquel rol justificante.

Como *teoría jurídica*, el garantismo es, en cambio, una teoría empírica y a la vez normativa, sobre el deber ser del derecho *desde el punto de vista jurídico interno* de los principios de justicia incorporados como normas positivas en las constituciones de los ordenamientos democráticos. En este sentido, el garantismo se confunde en gran parte con el constitucionalismo, es decir con aquella extraordinaria innovación del derecho moderno que consiste en la proyección, también sustancial, del derecho por parte del derecho mismo. Y se configura, también ella, por un lado como teoría proyectiva, destinada a colmar o a integrar las eventuales lagunas de las garantías requeridas por los derechos constitucionalmente establecidos; y por el otro lado como teoría crítica, destinada a identificar los perfiles de invalidez y de incoherencia de la legislación vigente y de la práctica judicial, respecto del modelo constitucional.

3. *Dos aspectos de la crisis del garantismo penal: A) la deriva inflacionista. Reserva de código y reforma del sistema de las penas* – En los usos corrientes, la acepción que prevalece de garantismo sigue siendo la de “garantismo penal”, para designar un sistema penal en condiciones de minimizar no solamente la violencia

de los delitos, sino también la violencia y la arbitrariedad de las penas. En este sentido, el garantismo penal expresa, en cuanto modelo de derecho penal mínimo, la instancia racionalista de un utilitarismo penal reformado, porque se refiere no solamente –como técnica de defensa social– a la máxima utilidad para los no desviados, sino también –como técnica de garantía contra los excesos y el arbitrio– a la mínima aflicción de los sujetos desviados o que se supone tales. Se trata, evidentemente, de un modelo normativo límite, nunca perfectamente realizado, del cual la realidad jurídica está más o menos lejana. Su crisis actual se debe a múltiples factores que ciertamente no es posible mencionar en el breve espacio de esta intervención. Me limitaré a indicar, sumariamente, dos de estos factores de crisis y, a la vez, dos órdenes de respuestas que deberían informar una política penal garantista.

El primer factor de crisis consiste en el quiebre de la legalidad penal. Se desarrolló, sobre todo en estos últimos decenios, una inflación penal patológica, por obra de la cual las leyes penales especiales y las figuras típicas se cuentan ya por decenas de miles. A la inflación de las leyes se agregó el derrumbe del lenguaje legal, que se manifiesta en leyes formuladas en términos oscuros, equívocos y ambiguos, articuladas a veces en innumerables artículos e incisos que dan lugar, con continuos reenvíos a normas que a su vez reenvían a otras, a intrincados y tortuosos laberintos normativos y a complicados sistemas de cajas chinas. De ello siguió el colapso del principio de legalidad y una regresión de nuestro sistema penal a la incerteza y a la arbitrariedad que fueron propias del derecho jurisprudencial premoderno. De hecho, debemos reconocer que la conocida sentencia n. 364 de 1988, con la cual nuestra Corte Constitucional archivó por irreal el principio de la no excusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal, equivale a una verdadera declaración de bancarrota del entero derecho penal.

El resultado de esta deriva es un derecho penal máximo, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y, por ello, en crisis respecto a todos sus clásicos principios garantistas, esto es: el principio de taxatividad o de determinación, y con él la certeza de la ley penal; la sujeción del juez a la ley y la primacía de la legislación por sobre la jurisdicción; la obligatoriedad de la acción penal y la centralidad del debate; la cognoscibilidad de las leyes por parte de los ciudadanos, su rol garantista y su eficacia disuasoria; la eficiencia de la máquina judicial, engordada por una infinidad de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es la ofuscación del confín entre lo lícito y lo ilícito y la sustracción de tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más seguidas a esa amnistía subrepticia que es la prescripción. Agréguese que un derecho penal pletórico, inevitablemente afligido por una creciente cifra negra de delito impunes, se resuelve en el descrédito de la justicia penal y, a la vez, en un factor de arbitrio

que grava como una hipoteca pesada las libertades de los ciudadanos, que se convierten en rehenes ante al peligro de incriminaciones imprevisibles. Contra esta deriva, una racionalización y minimización del derecho penal requiere de su radical refundación. Me limitaré aquí a proponer, una vez más, dos órdenes de reformas que he sostenido varias veces con anterioridad.

La primera forma de minimización y racionalización del derecho penal consiste en una reforma estructural: en la refundación y en el reforzamiento de la legalidad penal, a través de la transformación de la simple reserva de ley en una *reserva de código*. Se trataría de un reforzamiento del principio de legalidad, hoy indispensable si se quiere superar la crisis simultánea de eficiencia, de garantías y de legitimación del derecho penal, originada por la inflación creciente e imparable de la legislación especial.

Mucho más que las tantas leyes de despenalización, con las que constantemente y siempre en vano se ha intentado contener la hipertrofia legislativa, la reserva de código serviría para refundar la legalidad penal. Ella equivale, en efecto, a una garantía no solamente contra el carácter arbitrario y heterogéneo de la jurisdicción (tal el caso de la tradicional reserva de ley concebida en el origen del Estado liberal de derecho), sino, más bien, contra el carácter pletórico y caótico de la actual legislación: en otras palabras, contra las leyes de excepción, de emergencia o incluso sólo “de ocasión”, como las llamó Francesco Carrara, dictadas asiduamente para un uso político, coyuntural y demagógico de la ley penal. El código penal se convertiría, gracias a la reserva de código, en un texto exhaustivo y, a la vez, exclusivo de la entera materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. También así se acrecentaría su capacidad reguladora, frente a los ciudadanos pero también frente a los jueces. De esto resultaría también un incremento de la certeza y de la credibilidad del derecho penal, así como una reducción de su área de intervención, conforme a su rol de instrumento extremo de defensa de bienes y derechos fundamentales que no son protegibles de otra manera. La radical despenalización que seguiría de todo esto – comenzando por ese derecho penal burocrático que está formado por el rejunte de ilícitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias– se compensaría ampliamente con el aumento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

Luego hay una segunda reforma dirigida a una minimización del derecho penal. Se refiere, en Italia, al sistema de las penas: la eliminación de la vergüenza de la prisión perpetua, la reducción de la duración máxima de las penas de prisión a niveles europeos, es decir a 20 años o aún menos, como en Francia (arts. 18 y 19 CP), Suiza (art. 35 CP) y Alemania (art. 14 CP); la previsión de la prisión sólo para los delitos más graves y la transformación en penas principales de las actuales medidas alternativas a la prisión –la detención de fin de semana, la detención

domiciliaria, la vigilancia especial y semejantes—, hoy irrogadas en sede de ejecución de la pena. Estas son siempre medidas limitadoras de la libertad personal y, sin embargo, no son penas enteramente segregativas. Está claro que el abanico más amplio de penas introducido con una reforma semejante daría lugar, además de a una reducción de la carga de aflicciones punitivas, a una más racional satisfacción del principio de proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos.

4. *Segundo factor de crisis: B) El carácter clasista de la justicia italiana* – El segundo factor de crisis del garantismo penal y de la racionalidad penalista es el carácter pesadamente clasista de nuestra justicia penal. La palabra está fuera de moda, pero debemos llamar a las cosas por su nombre. Estamos frente a una profunda desigualdad penal, quizás la más odiosa de las formas de desigualdad, que se verifica con la composición social de la población carcelaria. En nuestras cárceles casi sólo hay tóxico-dependientes, inmigrantes y condenados por delitos de calle. Los detenidos por corrupción o por peculado o por grandes quiebras o evasiones fiscales representan un porcentaje irrelevante. El derecho penal —que es el lugar, al menos en su modelo normativo, de la igualdad formal ante la ley— se convirtió así, en los hechos, en el lugar de la máxima desigualdad y discriminación. No sólo reproduce las desigualdades presentes en la sociedad, sino que ya ha codificado discriminaciones y privilegios modelados sobre los estereotipos clasistas y racistas del “delincuente social”, además de “natural”, a través de políticas legislativas que son tan severas con la delincuencia de la calle como son indulgentes con la del poder.

Es así como se desarrolló, de manera todavía más maciza que en el pasado —no sólo en Italia, sino en casi todos los países occidentales—, una suerte de doble vía de la política criminal y una consecuente duplicación del derecho penal: derecho mínimo e ineficiente para los ricos y poderosos; derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados. Piénsese, en el caso de Italia, en la ley Cirielli n. 251 del 5.12.2005, que simultáneamente introdujo grandes aumentos de pena para los reincidentes, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, y una reducción de los plazos de la prescripción, a la cual se encaminan, sobre todo por la complejidad de las investigaciones y las aguerridas defensas, los procesos por corrupción, concusión, peculado y quiebra. O bien piénsese en las medidas draconianas introducidas por los varios “paquetes de seguridad”, sobre todo contra los inmigrantes —comenzando por la ley más indigna de la historia de la República, aquella sobre el delito de ingreso clandestino, que criminaliza una condición de *estatus*— y, a la vez, en la edificación de un completo *corpus iuris ad personam*

dirigido a paralizar los procesos contra el ex presidente del Consejo.

Esta desigualdad es el efecto de un sistema legislativo que parece construido para obstaculizar las investigaciones y los procesos contra la delincuencia de los poderosos. El sistema de la corrupción prospera y se desarrolla sobre la base de la impunidad, determinada por la inadecuación de las penas, por los escasos tiempos de las prescripciones y por la ausencia de figuras típicas idóneas. Las estadísticas nos dicen que más del 80 % de las condenas por hechos de corrupción en los últimos 20 años han sido a penas inferiores a dos años, con la consiguiente suspensión condicional de la pena. La lógica de las prescripciones, por otro lado, en estos años ha sido invertida: plazos largos para los delitos más simples pero agravados por la reincidencia, que por lo general no requieren casi ninguna investigación; plazos breves para los delitos más complejos –quiebras, corrupciones, concusiones, estafas y daños al Estado– que requieren investigaciones largas y complejas y cuyos autores son defendidos por hábiles abogados que pueden poner en marcha planteos dilatorios. Defenderse *del* proceso en vez de defenderse *en el* proceso se convirtió en la regla en estos procedimientos. Por último, nuestro sistema sufre una inadecuación no sólo de las penas sino también de los delitos. Aún faltan figuras delictivas como la corrupción privada de los directivos de empresas privadas que toman sobornos, o el así llamado tráfico de influencias, es decir los pagos –incluso ingentes– que se efectúan sin que se llegue a identificar el acto público concreto a cambio del cual aquéllos son efectuados. El sistema de la corrupción le cuesta a Italia entre 50 y 60 mil millones de euros al año y la evasión fiscal le cuesta 120 mil millones. La corrupción, por otra parte, desincentiva las inversiones, vuelve imposible la competencia, deforma el gasto público y mina en las raíces la democracia. Este es el *spread* más grave de Italia respecto de los otros países avanzados: el enorme peso de la corrupción, de la evasión impositiva, del lavado y del crimen organizado que conlleva daños económicos no comparables con aquellos otros producidos por todos los demás delitos patrimoniales.

Este carácter clasista de la justicia penal se explica con un aspecto de la fenomenología de la desviación, hoy enfatizado por el rol de los medios de comunicación. La criminalidad de los pobres se presta mucho más que la de los poderosos para ser utilizada como factor de alarma social y de atracción del consenso electoral, mediante fáciles medidas represivas, aun cuando inútiles. Es sobre ella, y sobre el miedo provocado por ella, que hoy hace palanca el populismo penal en materia de seguridad. Las estadísticas históricas sobre la criminalidad nos dicen que el número de los delitos, en Italia y en Europa, está en constante disminución. El número de los homicidios, por ejemplo, fue en Italia, aun con una población muy inferior a la actual, de 4.100 al año en los últimos veinte años del Ochocientos, de 3.800 en los años 20' y de 1.800 en los años 50' del siglo pasado,

para luego descender a menos de 1.700 en 1990 y a cerca de 500 al año en el último decenio, de los cuales casi la mitad fueron cometidos en el interior de los hogares, generalmente por padres y maridos. A su vez, las lesiones voluntarias disminuyeron en los últimos cincuenta años en cerca de dos tercios; y lo mismo ocurrió con los ataques sexuales, si bien seguramente disminuyó también la cifra negra de los estupros no denunciados. Hasta los hurtos disminuyeron. Y sin embargo en Italia, como en casi todos los países occidentales, creció la percepción de la inseguridad, enfatizada y resaltada por esa fábrica del miedo en que se convirtió la televisión. En contraste con la disminución objetiva de la criminalidad, las estadísticas nos dicen que el miedo fue creciendo progresivamente tanto como ha crecido, hasta duplicarse, el tiempo dedicado en los noticieros y debates televisivos a la crónica de los delitos.

Pues bien, esta construcción del miedo representa un recurso fácil y seguro para la demagogia populista, es decir, para una estrategia política en tema de seguridad que está dirigida a obtener demagógicamente el consenso popular con un uso coyuntural del derecho penal, como respuesta ilusoria al sentimiento de inseguridad. Esta es la estrategia que experimentó Italia, al igual que lo que sucedió también en otras democracias, con una larga serie de medidas demagógicas, tan duramente represivas y antigarantistas como ineficaces respecto a las declaradas finalidades de prevención: desde la criminalización de los inmigrantes irregulares hasta las normas que favorecen su expulsión, desde los aumentos de las penas para los delitos de calle al empleo del ejército en funciones de policía y de seguridad pública. Estas medidas y estas políticas no son solamente inútiles; no sólo no tienen ninguna eficacia disuasoria; y no es sólo la restricción de libertades lo que nos hacen pagar a todos. Además de todo esto, ellas debilitan la lucha contra la criminalidad, pues su efecto principal es la desintegración del tejido civil, que forma el primer presupuesto no sólo de la democracia, sino también de la seguridad. El miedo, de hecho, rompe los ligámenes sociales, alimenta tensiones y laceraciones, deprime el espíritu público, fomenta fanatismos, xenofobias y secesionismos, genera desconfianza, sospechas, odios y rencores; en pocas palabras, envenena a la sociedad. Y esta regresión representa el principal campo de cultivo de la criminalidad y de la violencia, además de la más insidiosa amenaza para la democracia. Ello, sin contar además que estas políticas demagógicas distraen la atención de la opinión pública y desvían los recursos investigativos y judiciales de las indagaciones y los procesos contra la criminalidad organizada y sus connivencias con los poderes políticos y económicos.

Es así que el populismo penal se conjuga con el populismo político. Persiguiendo y alimentando la inseguridad y el miedo, la sospecha y la percepción del diverso –del inmigrante, del negro, del islámico– como enemigo, se deforma el sustrato simbólico de la democracia, que es el sentimiento común de la igualdad y

de la solidaridad, y se lo sustituye con el sustrato simbólico de los regímenes populistas y autoritarios, fundado, al contrario, en el culto al jefe, en la relación asimétrica y jerárquica entre gobernantes y gobernados, en la despolitización de la sociedad y en el aislamiento de cada uno en sus egoísmos e intereses privados. Precisamente por esto, contrastar estos procesos, desarrollar formas de solidaridad, de acogimiento y de integración y, por otro lado, defender las garantías penales y procesales y, en general, las garantías de los derechos fundamentales de todos – comenzando por los derechos sociales– contra la demagogia populista, no solamente quiere decir defender y reforzar la democracia, sino que equivale también a la mejor política de prevención y reducción del crimen y de reforzamiento de la seguridad pública.

5. *Por una política penal racional* – El derecho penal desigual edificado por estas políticas se corresponde con una inversión de la racionalidad penalista. De la capacidad preventiva del derecho penal no se puede hablar, como generalmente hacen los penalistas, de manera genérica o ideológica, como si ella fuese la misma frente a cualquier tipo de delito. En cambio, es necesario distinguir y reconocer, en lo referido a la prevención, aquello que a mí me parece un principio teórico elemental, sufragado por la experiencia: la eficacia intimidatoria y disuasoria del derecho penal y de las agravaciones punitivas es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas. Por ello, es máxima para los delitos como el homicidio y las violencias contra las personas, pero también para el crimen organizado, para la corrupción y los delitos de cuello blanco y, en general, para la criminalidad no necesitada de los ricos y poderosos, la cual prospera exactamente en la medida de su impunidad. Pero aquella eficacia es casi nula para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la indigencia, a la tóxico-dependencia o a la marginación y, en general, para la criminalidad de subsistencia. *Ad impossibilia nemo tenetur*: cuanto más sea provocada la desviación por causas materiales, menos prevenible será mediante las penas. Por eso, es principalmente a la criminalidad del primer tipo –que, por cierto, es la más grave y amenazante para la democracia– que debería ir dirigida la respuesta penal, porque es allí donde es máximamente eficaz. Sin embargo, sucede que el derecho penal casi sólo trata la delincuencia de la calle: basta observar los altísimos porcentajes de negros en Estados Unidos y de inmigrantes en Europa, entre condenados y detenidos. Y es claro que este tipo de delincuencia, así como está originada en la pobreza, la inseguridad de las condiciones de vida o la tóxico-dependencia, no es seriamente prevenible con las penas, que por más severas que

sean sólo tienen un valor poco más que simbólico: de hecho, de sus agravaciones los destinatarios generalmente ni siquiera se enteran. Todo esto con el resultado ulterior de que la impotencia del derecho penal frente a la criminalidad del primer tipo y su ineficacia frente a la del segundo, desacreditan la justicia penal y acrecientan la disconformidad y la desconfianza general en el derecho y en las instituciones. Obviamente, la respuesta penal a la criminalidad de los pobres es necesaria. Pero es ilusorio confiar a ella su prevención antes que a políticas sociales dirigidas a reducir sus causas, comenzando por la desocupación y la falta de medios de subsistencia: como si el derecho penal fuese una varita mágica con posibilidades de suprimir este tipo de delitos sólo agravando las sanciones previstas para ellos. Ello así pues no consiste más que en esta ilusión la “loca idea de que el juez penal deba extirpar los delitos de la tierra”, como escribió Francesco Carrara hace un siglo y medio, que es la misma “loca idea” que hoy repropone el populismo penal bajo el eslogan de la “tolerancia cero”, tan sugestivo como irrealizable.

Añado que la irracionalidad y la desigualdad que expresan la crisis de la legalidad y el creciente carácter clasista de la justicia penal, son una causa inevitable de destrucción del espíritu cívico y, por ello, un poderoso factor criminógeno. Ello por múltiples razones: ante todo, es un factor de disolución del espíritu público la percepción de la injusticia de un sistema que castiga a los pobres y deja inmunes a los ricos y a la gran criminalidad económica integrada en el sistema político; pero un factor criminógeno todavía más fuerte es una política que se ilusiona y que ilusiona con que la prevención de los delitos de los pobres pueda llevarse a cabo con medidas penales antes que con medidas sociales, con políticas de exclusión y represión antes que con políticas de inclusión e integración de los sujetos marginados. Es que en las sociedades que están marcadas por vistosas desigualdades, como ya lo es la sociedad italiana, siempre ocurre que aquellos que están excluidos de la sociedad civil y legal están expuestos y dispuestos a ser incluidos en las comunidades inciviles y criminales. Y de manera inversa, las organizaciones criminales siempre están dispuestas a reclutar y a incluir a quienes son excluidos y criminalizados por la sociedad civil.

Por eso, las políticas sociales –la escuela, el pleno empleo, la superación de la precariedad y la estabilidad laboral, la asistencia sanitaria y las garantías de los derechos sociales– son las únicas políticas de prevención que pueden atacar las causas estructurales de este tipo de desviación. Lamentablemente, los principales obstáculos para las reformas de este tipo son, por un lado, la falta de disponibilidad de los gobiernos a invertir en servicios y prestaciones sociales y, por el otro, la fácil demagogia sobre los temas de la seguridad y el uso coyuntural y populista del derecho penal, como fáciles fuentes de consenso. Pero esto acrecienta la responsabilidad de la política por la inercia reformadora y por el vacío de

proyectos: una responsabilidad que va más allá de los temas también vitales de la seguridad, que compromete cada vez más el futuro de la convivencia civil y de la democracia.

De este modo, se revela, en el terreno del derecho penal, la complementariedad y la convergencia entre garantismo liberal y garantismo social; entre garantías penales y procesales y garantías de los derechos sociales; entre seguridad penal y seguridad social. Precisamente, la ausencia de las garantías sociales de la ocupación y de la subsistencia es la causa principal de la delincuencia de los pobres, incluida aquella de la mano de obra criminal, reclutada y explotada por las grandes organizaciones criminales y por éstas expuesta a la represión penal. En efecto, esta es una criminalidad subalterna a la gran criminalidad organizada, que está constituida por la mano de obra delincencial reclutada por las grandes organizaciones criminales, las cuales presentan, más que cualquier otra organización empresarial, una estratificación de clase: los vértices sustancialmente invisibles y quizás integrados en las clases dirigentes, y la mano de obra explotada y expuesta a la represión penal. En todos estos casos, donde no hay garantía de los mínimos vitales, no hay integración, sino, antes bien, exclusión y marginación; y toda forma de exclusión impide la formación y el desarrollo del sentimiento cívico de pertenencia y, con ello, de la comprensión, aun antes que la coincidencia, sobre el valor de la legalidad, que son los primeros e indispensables factores de prevención de la delincuencia.
