
Comentarios al trabajo de Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo* - Capítulo 2: “Mayorías democráticas y derecho penal. Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli”

Marcelo Alegre* **

I. Introducción

Me siento muy contento y honrado por la invitación que he recibido para participar en este volumen que me permite, una vez más, discutir las ideas de mi amigo Roberto Gargarella. El capítulo del libro de Roberto que voy a comentar refiere a una crítica de alguna de las principales posiciones sostenidas por el jurista italiano, Luigi Ferrajoli, en su libro *Democracia y Garantismo*.¹

Comienzo entonces con dos observaciones metodológicas. Creo que el libro escogido limita un poco el análisis; se trata de un libro de ensayos breves, de divulgación. Entonces, esa brevedad de los textos le da poco espacio a Ferrajoli para desarrollar sus ideas, sus argumentos, y tal vez un análisis a fondo de sus ideas. Tal vez habría convenido comentar la obra de Ferrajoli a partir de otras obras, obras más sistemáticas y profundas, donde están expuestas con más detalles sus ideas. Esa sería la primera observación.

La segunda observación la presento en forma de pregunta. Me queda la duda si Roberto es suficientemente caritativo con Ferrajoli. Creo que Roberto hace hincapié en aquellos elementos que él ve como conservadores de la visión de Ferrajoli y yo pienso que tal vez Ferrajoli no sea todo lo progresista que a Roberto le gustaría pero no es –me parece a mí– el teórico conservador o hasta reaccionario que a veces parece derivarse del análisis de Roberto.

Roberto se concentra en cuatro posiciones: la democracia, los derechos, el control judicial y el minimalismo penal de Ferrajoli. Y quisiera ocuparme, a continuación, de todas ellas.

* Profesor, Universidad de Buenos Aires.

** Agradezco a Celeste Elorriaga la transcripción de la versión oral de estos comentarios.

¹ Ferrajoli, Luis, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

II. Democracia y derechos

Respecto de la cuestión de la democracia y los derechos, Roberto le adjudica a Ferrajoli una posición elitista. Yo no encuentro tanto sustento en el libro para eso.

Hay un uso que Ferrajoli hace de un término, que es el de “kakistocracia” y que Roberto toma como apoyo para una de sus críticas. Se trata de un término que se popularizó en nuestro país a partir del trabajo hecho por un filósofo de la derecha católica que se llamaba García Venturini, durante la dictadura militar. Se trata de un término desafortunado que en el libro que nos ocupa aparece como una cortesía que Ferrajoli tiene con Michelangelo Bovero, que es el homenajeado en ese particular ensayo, y que es quien usa ese término en su obra pero no ocupa ningún lugar importante en la teoría de Ferrajoli.

Ferrajoli defiende, como Dworkin y otros, una noción robusta de democracia que se compone de un elemento necesario –las elecciones periódicas– pero no suficiente y de un régimen de derecho, fuerte régimen de defensa de derechos individuales.

La visión pesimista de Ferrajoli no lo es respecto de las mayorías, sino de las democracias realmente existentes. Pensando en Berlusconi, en Maduro, en Trump, etcétera, ¿no está justificado ese pesimismo? –podríamos preguntarnos. Su diagnóstico es que tal vez se esté deteriorando el valor de los derechos y las garantías en la cultura social. Yo no veo que en eso esté obviamente equivocado ni que ese diagnóstico lo comprometa con una visión elitista. Asimismo, la visión socioeconómica de Ferrajoli es muy progresista, y eso no se trasunta claramente en la visión que presenta Roberto. Por ejemplo, Ferrajoli propone priorizar al tercio excluido en materia social y económica, al modo del principio de diferencia de Rawls.

Roberto hace foco en la concepción de los derechos como parte, junto con los límites al poder, de la esfera de lo indecible –la famosa expresión usada por Ferrajoli. Roberto insiste con la idea de que Ferrajoli asocia democracia con irracionalidad, y señala de modo insistente también que para Ferrajoli los males de la democracia moderna se deben al accionar de las mayorías. En realidad creo que Ferrajoli estaría de acuerdo en que existe una crisis de representación como la que Roberto menciona y que sería injusto adjudicarle esos males a la mayorías.

Roberto opone al supuesto elitismo de Ferrajoli, que –a mi juicio, como dije, no es tal– la concepción deliberativa de la democracia. A mi me parece que la definición de Roberto no es del todo clara. Comienza con un párrafo muy fuerte y sigue con un segundo párrafo –a mi juicio bastante oscuro– que matiza el primero.

Primero le empieza diciendo:

(...) para una concepción deliberativa, la vida pública debería estar regulada por normas surgidas de procesos de discusión inclusivos, celebrados entre ciudadanos situados en pie de igualdad. El presupuesto es aquí la idea milliana de que cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses, y

*a partir de lo cual todos deben argumentar frente a los demás, para definir el modo de organizar la vida en común.*²

La idea termina: "...es que, en una sociedad de iguales, ningún individuo caudillo, ningún grupo o familia, ninguna elite –tampoco la elite judicial, por ejemplo– merece arrogarse la razón, ni el derecho de decidir en nombre de los demás."³ La idea de elite judicial me parece una idea ambigua. Evidentemente si una familia estuviera a cargo del control judicial o la defensa de los derechos, eso uno lo vería como ofensivo. Pero la idea de que haya un órgano constitucional en sí no me parece en sí tan ofensiva. La idea de elite judicial a veces se refiere a la idea de la familia judicial, la endogamia de los jueces que de alguna manera se nombran a sí mismos, etcétera, etcétera. Pero hay muchos casos de jueces que vienen de la profesión y no se les aplica esa idea. Por lo tanto eso exigiría para mí una mayor aclaración.

Ahora el segundo párrafo –que yo pienso que es un poco oscuro– defiende el valor y la importancia de los mecanismos de control. Si nos preguntamos por los mecanismos de control a los que podríamos legítimamente recurrir: ¿por qué es que no estaría justificado que uno de ellos sea el control judicial de constitucionalidad? Los tres ejemplos que Roberto cita de teóricos de la democracia deliberativa –Nino, Rawls y Habermas– nos refieren a tres autores que aceptan y defienden el control judicial de constitucionalidad. No veo entonces por qué también Luigi Ferrajoli no podría defender sus derechos y garantías como fortalecedoras de la deliberación.

Roberto cuestiona la idea "iluminista" y "naturalista" –así la llama– de los derechos fundamentales; la concepción iluminista o naturalista de los derechos fundamentales. Se detiene en el supuesto carácter autoevidente de estos derechos y opone con razón el hecho de la enorme diversidad de opiniones sobre el estatus y el contenido de los derechos. Pero Ferrajoli no fundamenta los derechos en su carácter de autoevidentes, sino en su conexión necesaria con tres principios: el de la paz, el de la igualdad y el de la defensa de los más débiles. En opinión de Ferrajoli esos tres principios presuponen una noción de derechos fundamentales.

III. Control de constitucionalidad

Paso ahora a ocuparme de la cuestión del control judicial en la obra de Ferrajoli y la crítica que avanza Roberto al respecto. Ferrajoli defiende al control judicial como parte de una democracia constitucional, en la que tanto legisladores como gobiernos están limitados por el derecho y por los derechos fundamentales. Nuevamente,

² Gargarella, Roberto, *Castigar al Próximo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 71.

³ *Ibíd.*

Roberto le adjudica a Ferrajoli una visión elitista en la materia, pero lo cierto es que el profesor italiano defiende el control como algo que no es antitético sino complementario del de la democracia política.

Roberto nuevamente opone a esta visión otra que no me resulta del todo clara. Nuevamente comienza con un párrafo fuerte y sigue con otro que matiza el anterior. Eso está en la página 76 de su trabajo.

En la primera parte de su cita, lo que destaco importante es la conclusión de un razonamiento que él hace que parte de la idea del desacuerdo sobre los derechos, la necesidad de encontrar una solución respetuosa del hecho de nuestra igual dignidad y, entonces –agrega Roberto– debemos discutir y resolver de manera colectiva, tales disputas en lugar de dejarlas en manos de algún individuo o grupo particular. ¿Qué quiere decir que todo conflicto sobre derechos debe resolverse de manera colectiva? Si no quiere decir “por medio del voto popular,” que eso es lo que quiere negar Ferrajoli, entonces me temo que no quiere decir nada en particular o nada significativo. Piensen ustedes que el mismo proceso de legislación y control judicial que hoy rige por ejemplo en nuestro país: se trata, también es un proceso colectivo.

En el segundo párrafo que viene después, en la página 76, Roberto matiza lo dicho en el primero. Dice Roberto: “El punto que me interesa afirmar, de todos modos, no se refiere a la necesidad de eliminar el control judicial. Por el contrario, creo que es posible defenderlo si se organiza sobre determinados temas y de ciertos modos, para ponerlo al servicio del fortalecimiento del debate democrático.”⁴

146

Creo que los defensores “estándar” del control judicial también podrían decir lo mismo. Pienso que, a esta altura del debate sobre la legitimidad democrática del control judicial, tenemos buenas razones para considerarlo superado. El control judicial de constitucionalidad no ofende la igual dignidad de nadie, fue y es el único límite a los gobiernos híper presidencialistas de América Latina y sólo una visión puramente procedimentalista rechaza el control judicial. Y una visión –a mi juicio– puramente procedimentalista, que reduce la democracia a un procedimiento sin ningún tipo de límite o requerimiento de sustancia es incompatible con la visión de los derechos y por lo tanto inaceptable.

Ahora, el control judicial –estoy yendo acá un poquito mas allá de la discusión de Ferrajoli– sí sería incompatible con la igual dignidad si estuviera en manos del Rey de España, por ejemplo, o de jueces hereditarios, o pertenecientes exclusivamente a cierta religión, a cierta raza o cierta etnia. Pero la exigencia de un título de abogado para integrar la Corte Suprema o Tribunal Constitucional –que a mi juicio es excesiva– no alcanza a ser un requisito discriminatorio o irritante.

⁴ *Ibíd*, p. 76.

IV. Minimalismo penal

Por último, hago algunas referencias a continuación al tema del minimalismo penal y al modo en que Roberto presenta sus críticas al respecto.

Roberto le adjudica a Ferrajoli una posición especialmente elitista en relación al derecho penal. Sin embargo, la deriva inflacionista que Ferrajoli critica, es decir, la tendencia a la “mano dura”, a la creación de una cantidad cada vez mayor de delitos, al establecimiento de penas cada vez más draconianas, etc., no es fruto de una afirmación elitista, sino una descripción estrictamente verdadera y bastante generalizable.

Un punto que aparece varias veces en la crítica de Roberto y que creo que se basa en un malentendido, es el de la supuesta desconfianza injustificada de Ferrajoli frente a las mayorías, que es la crítica del elitismo que ya mencioné. Del mismo modo, en relación con la idea de que Ferrajoli no aporta sustento empírico para probar la supuesta irracionalidad de las mayorías, en particular, en el terreno del derecho penal.

Creo que Ferrajoli cuestiona las democracias conocidas sobre todo por los visos de los representantes, no de las mayorías. Pero –y esto es lo que me interesa remarcar– la justificación de los derechos y las garantías que hace Ferrajoli es categórica. Lo que quiere decir Ferrajoli es que resulta incompatible con la democracia constitucional que los derechos fundamentales y las garantías penales estén condicionadas a las voluntades de las mayorías políticas, con independencia de las probabilidades de que las mayorías de hecho deroguen o limiten esos derechos. Ferrajoli no precisa ninguna estadística ni sustento empírico para sustentar esa afirmación. Es decir, el mero hecho de que los derechos puedan ser eliminados por las mayorías políticas –aunque sea improbable que ocurra– es incompatible con la noción de la democracia constitucional.

147

El derecho penal mínimo de Ferrajoli resulta –a mi juicio– una síntesis de la concepción liberal progresista que busca la prevención de delitos con medios rigurosamente limitados. Uno podría decir “Bentham más límites deontológicos estrictos”.

Roberto cuestiona no que Ferrajoli vaya muy lejos sino que no vaya lo suficientemente lejos. Pero al lector, creo, le serviría saber cuán lejos va Ferrajoli. Su crítica es que Ferrajoli no rechaza más frontalmente un sistema que impone penas, dice Roberto, “brutales e injustificadas”⁵. Pero Ferrajoli defiende un sistema de penas limitado, humano y respetuoso de la dignidad de las personas y seguramente diría que en los países donde las cárceles no son sanas y limpias, como dice nuestra Constitución, no está justificado encarcelar a nadie.

Al igual que Nino, Ferrajoli propone eliminar la pena de cárcel para delitos no violentos, lo que resolvería en buena parte el problema del hacinamiento, que es

⁵ *Ibíd.*, p. 77.

uno de los factores que usualmente transforman la cárcel en tortura.

Algo más frente al argumento de la tortura. Roberto dice que si la cárcel funciona como tortura no es aceptable minimizarla sino solamente abolirla.⁶ Yo creo que esta idea trivializa el fenómeno de la tortura. Creo que tenemos que distinguir el concepto de cárcel y el concepto de tortura porque son cosas distintas. La cárcel puede ser tortura en condiciones de hacinamiento, malos tratos, etcétera, etcétera. Pero no lo es conceptualmente, ni tiene por qué serlo.

Roberto cuestiona la ausencia de evidencia de que sin penas haya un crecimiento de la venganza privada. Pero esa evidencia es muy difícil de producir porque depende de un contrafáctico; la existencia de una sociedad sin sistema penal.

Por último, la crítica a la conexión que hace Ferrajoli entre neopunitivismo y decisión mayoritaria se basa demasiado en adjudicarle a Ferrajoli una idea pesimista de las mayorías, según la cual si la sociedad decide sobre las penas, lo hará generalmente en el sentido de mayor mano dura. Ferrajoli no precisa pronunciarse al respecto, ya que nuevamente su argumento es categórico. Las garantías penales no pueden estar sujetas a la voluntad política porque eso las degrada. Ese argumento funciona aunque solo en una minoría de casos resultarían vulneradas las minorías por el voto mayoritario.

148 Quiero terminar con una reflexión breve sobre lo que yo llamaría internalismo y externalismo. Este par de conceptos se utiliza en millones de formas diferentes, y yo quiero proponer un uso más.

La academia jurídica progresista debe comprometerse más y no ocupar permanentemente la mirada externa sobre el sistema jurídico y sus instituciones. La mirada externa es una que descalifica las instituciones por que son injustas, son ilegítimas, o lo que sea, y luego se desentiende de la tarea de mejorar esas instituciones, quizás con buena razón, porque si la institución es ilegítima o injusta no hay que mejorarla sino terminar con ella.

La mirada internalista, o bien presupone cierta legitimidad mínima de las instituciones, o propone la suspensión del juicio de legitimidad y se propone mejorar la institución sin abolirla.

La mirada externa del control judicial, por ejemplo, nos deja sin recursos para mejorarlo. Podríamos mejorarlo, por ejemplo: ampliando el acceso al poder judicial, abogando por un Tribunal Constitucional más abierto a la dinámica política y sin existencia de título de abogado, por ejemplo.

La mirada externa sobre la democracia representativa parte de considerar a la representación como un mal necesario, que es la famosa definición de Carlos Nino, y consecuentemente sus propuestas apuntarán a minimizar la representación y maximizar canales directos de deliberación y decisión.

⁶ *Ibíd.*

La mirada interna, en cambio, va a proponer mejorar la democracia representativa, por ejemplo, porque la representación, lejos de ser un mal, es una noble creación humana que opone al cliché “nadie es mejor juez de los propios intereses que uno mismo”, el cliché de “nadie debe ser juez en causa propia”, en otras palabras, la representación cuando funciona bien es un mecanismo que promueve la imparcialidad.

El internalista, sobre la representación, ve al representante y a los representados meramente en una relación de agente y principal. Personas autointeresadas y racionales al modo hobbesiano.

La mirada externa por último sobre la pena de cárceles es abolicionista y por lo tanto alude la agenda internalista de reformas: penas máximas más cortas, no penas de cárceles para delitos no violentos o sin víctimas, etcétera. Reformas que sin terminar con las cárceles las vuelven sanas y limpias como ocurre en varios países, lo que demuestra que no es imposible la agenda de la mejora.

En cualquier caso sería al menos deseable combinar ambas perspectivas a riesgo de desentendernos de los esfuerzos completos por mejorar nuestras instituciones paso a paso.

Bibliografía

Ferrajoli, Luis, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

