

Justicia y política
Crisis y refundación del garantismo penal

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

E D I T O R I A L T R O T T A

CONTENIDO

<i>Introducción</i>	11
---------------------------	----

Primera parte EL MODELO GARANTISTA DE LA JUSTICIA PENAL Y SU ACTUAL CRISIS

I. Jurisdicción y garantismo	23
II. Las fuentes de legitimación de la justicia penal. El papel garantista del positivismo jurídico	55
III. Crítica de la concepción de la jurisdicción como creación de nuevo derecho	91
IV. La crisis del modelo garantista de la jurisdicción penal	123

Segunda parte POR UNA REFUNDACIÓN DEL GARANTISMO PENAL

V. El programa de un derecho penal garantista. Las garantías en materia de delitos, penas y procesos	183
VI. Ordenamiento judicial y deontología de los jueces	251
VII. La prevención de la criminalidad: derecho penal mínimo y políticas no penales	293
VIII. La jurisdicción internacional. Crímenes de sistema y constitucionalismo global	331
<i>Índice de nombres</i>	369
<i>Índice general</i>	377

INTRODUCCIÓN

1. En Italia, en los últimos treinta años, la criminalidad, ha caído. Los homicidios, que en 1991 fueron 1938, hoy son poco más de 300 al año, y también los demás delitos han disminuido en gran medida. Al mismo tiempo, sin embargo, la población carcelaria casi se ha duplicado: los presos eran 31 053 en 1991 y hoy son 58 083; las cadenas perpetuas casi se han cuadruplicado, pasando de 408 en 1992 a las actuales 1867, dos tercios de las cuales son agravadas (*ergastoli ostativi*) porque no admiten la aplicación de los beneficios previstos en el ordenamiento penitenciario de 1975 y por la reforma Gozzini de 1986. Al mismo tiempo, en Italia ha retrocedido la cultura de la clase política. Todavía en los años noventa, el 30 de abril de 1998, el Senado aprobó por amplísima mayoría la abolición de la cadena perpetua, luego, lamentablemente, no sometida al voto de la Cámara de Diputados. Veinticinco años después casi todas las fuerzas políticas en el Parlamento rechazan con desdén la acusación de estar a favor de la abolición, ya no de la cadena perpetua, sino incluso de la agravada, que impide la concesión de cualquier reducción de la pena.

Es difícil no ver en estos cambios extraordinarios el efecto de una reducción de las garantías del correcto proceso, como límites al arbitrio punitivo, y del declive del garantismo en la cultura tanto de la clase política como de la judicial. Son múltiples las causas de la regresión política, cultural y moral, que se manifiesta en tales cambios: la pérdida de calidad de los gobernantes; el clima de constante emergencia alimentado por ellos; las incesantes campañas sobre la seguridad dirigidas a aterrorizar a la opinión pública a fin de obtener el apoyo a inútiles exasperaciones de las penas; la mayor dureza, hasta la inhumanidad, tanto de

las leyes como de los juicios en el tratamiento, sobre todo, de la criminalidad de la calle; la difusión de la demanda social de castigos severos y vindicativos inducida por los populismos, y la degradación del sentido moral a escala de masas que tiene en esta un indicio.

Por otra parte, la justicia penal ha estado en el centro del debate político desde que, hace treinta años, hizo frente a las múltiples formas de corrupción de los máximos exponentes políticos del gobierno. Fue entonces cuando se produjo la confrontación entre justicia y política. Los magistrados* fueron acusados de politización. Pero sucedió exactamente lo contrario: los jueces y los fiscales dejaron de hacer política cuando comenzaron a aplicar la ley a todos por igual y, por tanto, a contener el desarrollo de la ilegalidad pública y de los poderes ocultos subyacentes a esta, y a salvaguardar, de este modo, el orden del estado de derecho y de la democracia.

No obstante, es innegable que la quiebra del sistema político provocada en los primeros años noventa del pasado siglo por investigaciones judiciales milanesas fue un fenómeno de patología institucional, sin precedentes en la historia y sin equivalente en otros ordenamientos democráticos. Los escándalos suscitados por las diversas formas de corrupción arrojaron un descrédito sin precedentes sobre la clase política, que se proyectó sobre los partidos y las propias instituciones representativas, percibidas como cada vez más ajenas a la sociedad. Además, en el subsiguiente enfrentamiento entre política y justicia, la magistratura y una parte de la opinión pública, a menudo, opusieron, a la imagen de un poder político corrupto e ineficiente, la idea del poder judicial como poder bueno y salvífico; cuando, por el contrario, es siempre un factor de salud institucional la conciencia, sobre todo entre los jueces, de que, como escribió Montesquieu, el suyo es un poder terrible que, por eso, debe ser rodeado de garantías rigurosas. De este modo, la defensa incondicionada de la jurisdicción ha acabado por dejar en la sombra prácticas judiciales iliberales y antigarantistas. Ha ofrecido de la magistratura la imagen de una corporación de poder. Ha avalado indebidas interferencias de la justicia penal en la esfera de la fisiológica discrecionalidad de la política y de la administración contrarias a la separación de poderes;

* Mientras que en España con la voz «magistrado» se denota exclusivamente a los integrantes de una categoría dentro de la carrera judicial, a la que se accede por antigüedad o por oposición entre jueces, en Italia se llaman y tienen el estatuto de magistrados, además de a los jueces, es decir, quienes ejercen la función propiamente jurisdiccional, también a los integrantes del ministerio público, entre nosotros, fiscales. Por eso, cuando en este libro se hable simplemente de «magistrado(s)», se hará en este sentido amplio. [N. del T.]

que, obviamente, debe defenderse no solo de las invasiones de la jurisdicción por la política, sino también del control por parte del poder judicial de los legítimos espacios de competencia de las funciones políticas y administrativas de gobierno.

Es por lo que hoy se impone a la cultura jurídica y a la clase política una reflexión racional, dirigida a repensar las fuentes de legitimación de los distintos poderes del estado y las condiciones de un respeto recíproco entre estos, a identificar los daños producidos en el tejido democrático por la antipolítica y los populismos y, al mismo tiempo, la rehabilitación del modelo garantista de la jurisdicción penal. Este libro tiene como fin mover a una reflexión a la altura de la crisis en curso. En los treinta y cuatro años transcurridos desde que, en *Derecho y razón*, formulé una primera teoría del garantismo penal, en Italia, pero no solo, se han producido transformaciones profundas y todas regresivas, tanto en la sociedad como en las instituciones: el crecimiento de las desigualdades y las restricciones de los derechos sociales y del trabajo; la quiebra de la representatividad del sistema político y la desconfianza generalizada en la esfera pública; la inflación incontrolada de la legislación y la crisis del principio de estricta legalidad y taxatividad; la involución clasista y policiaca de la justicia penal debida al aumento de las penas contra la criminalidad de subsistencia, a las leyes de favor en relación con la delincuencia de los poderosos y al creciente espacio asumido por los procedimientos de prevención *extra* o *ante delictum*; la introducción y luego la progresiva agravación de la cárcel dura* en virtud de los arts. 4 *bis* y 41 *bis* del ordenamiento penitenciario; el largo, extenuante conflicto entre el mundo de la política y el de la justicia; la reacción corporativista del estamento judicial, el protagonismo de muchos jueces y, sobre todo, fiscales, y el crecimiento del poder de las fiscalías**; la centralidad adquirida, en el sistema político italiano, por la cuestión penal y por el poder punitivo, y el peligro de que la jurisdicción acabe configurándose o, al menos, siendo percibida como una indebida función de gobierno y no como una función de garantía; la mutación, en fin, de la cuestión criminal, caracterizada cada vez más por la reducción de la vie-

* Se trata de un régimen más riguroso que el ordinario. Inicialmente, fue previsto para los condenados por delitos relacionados con la criminalidad organizada con el objeto de reducir drásticamente las posibilidades de contacto entre presos y con el exterior a fin de eliminar o, al menos, reducir las posibilidades de relación con los grupos criminales de pertenencia. En el curso de los años, se ha extendido a otras figuras de delito con fines puramente aflictivos. [N. del T.]

** Las fiscalías (*procure*) son las competentes en Italia para el ejercicio de la acción pública y la instrucción penal. [N. del T.]

ja criminalidad individual y por el desarrollo de las múltiples formas de criminalidad de los poderosos: debido, de un lado, al crecimiento de los poderes criminales organizados y de los delitos de los poderes, tanto públicos como privados y, del otro, a las violaciones masivas de los derechos fundamentales y de los bienes comunes, causadas por poderes globales salvajes, tan devastadoras como no percibidas como ilícitos, solo porque no tratadas y en gran parte no tratables por el derecho penal.

2. No es extraña a esta crisis del garantismo penal la contribución de una parte relevante de la cultura penalista —tanto de la doctrina como de la magistratura— que en estos años ha asistido a las involuciones de su propio objeto de estudio, oscilando entre resignación pesimista y aceptación realista y, de este modo, archivando o, en todo caso, adaptando los principios garantistas a los muchos cambios del derecho penal en transformación: desde la actitud acrítica ante la crisis del principio de legalidad determinada por la inflación legislativa a la teorización del creacionismo jurisdiccional con violación de la separación de poderes y de la sujeción de los jueces a la ley; del aval prestado a los distintos regímenes de cárcel dura y las lesiones de los derechos humanos de los migrantes, a las normas sobre las medidas de prevención, contradiciendo los principios de retribución y de legalidad, hasta la opción expresa en favor de las distintas modalidades de justicia negociada y de procedimientos alternativos introducidos, para hacer frente al marasmo de los procesos, contra los principios del juicio contradictorio y del derecho al silencio del imputado; de la teorización de las diferentes formas de tutela anticipada de los bienes jurídicos, mediante el abuso de los delitos asociativos y de las figuras de peligro abstracto o presunto, hasta el apoyo ofrecido a las diversas modalidades del proceso penal y la ejecución de la pena por tipo de autor o de detenido.

Se plantea, al respecto, una cuestión epistemológica de fondo que guarda relación con el estatuto de la ciencia jurídica y, en particular, de la doctrina penalista: si esta debe limitarse a interpretar las normas penales, según recomendaba el viejo método técnico-jurídico, o debe también preguntarse por sus fundamentos ético-políticos y desarrollar el papel crítico y proyectual que fue propio de la Escuela Clásica, de Beccaria a Carrara, y que, además, viene hoy impuesto por la constitucionalización de gran parte de los principios garantistas. Si, dicho de otro modo, su aproximación al derecho debe ser puramente descriptiva o comportar también la crítica de sus perfiles de ilegitimidad política o jurídica y su diseño normativo, de acuerdo con los principios teóricos de justicia de los que depende la legitimación del sistema penal en su conjunto. Y to-

davía más: si la ciencia penalista puede desarrollarse bajo la enseña del desinterés por los demás saberes sociales —la filosofía jurídica y política, la sociología, la criminología y la historiografía— o si, por el contrario, debe también reflexionar sobre los grandes problemas filosóficos del *por qué*, el *cuándo* y el *cómo* castigar, prohibir y juzgar, así como mirar al concreto funcionamiento de la justicia penal, a sus condicionamientos extrajurídicos, a sus transformaciones determinadas por razones políticas o culturales, a la concreta naturaleza de las penas y los tratamientos carcelarios, al grado de efectividad y de ineffectividad de las normas, y a las desigualdades en su aplicación.

Estas alternativas han marcado toda la historia moderna del pensamiento penalista. Durante todo el ochocientos la ciencia del derecho penal, de Cesare Beccaria a Gaetano Filangieri y a Mario Pagano, de Giandomenico Romagnosi a Anselm Feuerbach y a Francesco Carrara, fue, más que cualquier otra, una disciplina jurídica dotada de vocaciones filosóficas. Con la afirmación del método técnico-jurídico, promovido por Arturo Rocco en su célebre lección de Sassari de 15 de enero de 1910, esta se trasmutó en un saber puramente técnico, carente de fundamentos axiológicos externos, cuya «autonomía», tanto de la cultura filosófico-política como de la sociológica, fue incluso asumida, reivindicada y recomendada como condición de su cientificidad. En los primeros decenios de la segunda posguerra la Constitución italiana, en la que se positivizaron gran parte de los principios de justicia que configuran el modelo garantista del derecho penal y del estado de derecho, puso en crisis, entre los juristas más advertidos, aquel viejo método técnico-jurídico, basado en la presunción apriorista de legitimidad del derecho existente. En efecto, pues la rigidez de la Constitución retroactuaba sobre la ciencia jurídica atribuyéndole el cometido, científico y político al mismo tiempo, de controlar la legitimidad de su propio objeto y proponer desde dentro las correcciones permitidas por las técnicas garantistas, de las que está dotado el ordenamiento, y de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía idóneas para actuar el proyecto constitucional.

Tengo la impresión de que en estos últimos decenios la demagogia de la seguridad, la difusión de las instancias punitivas y el clima de constante emergencia generado por el desarrollo del terrorismo y del crimen organizado, han determinado, no solo la involución de nuestro sistema penal, sino también su aval por gran parte de nuestra cultura penalista. Frente al derecho que cambia, el modelo garantista del derecho penal recibido de la tradición ilustrada, desde distintas perspectivas, ha sido considerado y declarado obsoleto o abiertamente superado. De nuevo, este cambio se ha producido con la tácita exclusión de ambos puntos de

vista externos al derecho penal, aquellos que el viejo método técnico-jurídico había abiertamente desterrado a comienzos del siglo pasado y que fueron redescubiertos por el pensamiento penalista progresista de los años setenta y ochenta: el punto de vista filosófico sobre los fundamentos de la legitimación ético-política del derecho penal y el punto de vista sociológico sobre la divergencia entre su modelo garantista, hoy en gran parte constitucionalizado, y los aspectos más inicuos, discriminatorios y clasistas de su funcionamiento de hecho.

No puede producirse una refundación del garantismo penal sin la superación de este doble aislamiento de la ciencia penalista —de la filosofía del derecho penal y de la sociología jurídica— por lo demás incompatible con el constitucionalismo rígido de nuestras democracias, que hunde sus raíces en la filosofía política ilustrada y al que la sociología de la desviación ofrece el banco de pruebas de su efectividad. Integrar la ciencia penalista con el enfoque filosófico sobre los fundamentos y con el sociológico sobre el funcionamiento de hecho del derecho penal, quiere decir promover el rol crítico generado por la triple divergencia deóntica entre justicia y validez, entre validez y vigencia, y entre vigencia y efectividad de sus normas. Esta es la revolución epistemológica impuesta a la ciencia penalista y, más en general, a toda la ciencia jurídica, por la doble artificialidad del derecho de nuestras democracias: ante todo de su *ser* legislativo y después de su *deber ser* constitucional, es decir, de los valores que las constituciones han positivizado, transformando en una divergencia deóntica interna al derecho positivo la que en el pasado era solo una divergencia externa entre validez y justicia. De aquí el nexo de las disciplinas penalistas con la filosofía, que no puede ser ignorado sin la pérdida de sus fundamentos en los valores constitucionales. Pues ha sido la filosofía política la que ha definido y hecho objeto de reflexión a las clásicas palabras que los designan: la libertad, la igualdad, los derechos humanos, la dignidad de la persona, la separación de poderes, la representación política, pero también, en el sector más estrictamente penalista, las garantías penales de la estricta legalidad, la lesividad, la materialidad de la acción y la culpabilidad, y las procesales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el juicio contradictorio y los derechos de la defensa. La ignorancia o, lo que es peor, el rechazo consciente de estos fundamentos, son un factor no secundario de la crisis en curso de las garantías penales y procesales.

3. Todo esto impone una actualización de la teoría del garantismo penal, a partir de una reflexión sobre sus fuentes políticas y constitucionales de legitimación y, por otra parte, sobre los gigantescos pro-

blemas generados por la crisis de la legalidad penal, por las transformaciones de la fenomenología criminal en la era de la globalización, y por las tensiones y conflictos, ásperos y venenosos, entre el poder judicial y los otros poderes, políticos y económicos, que no soportan su independencia.

Con este fin volveré a proponer y defenderé, en la primera parte de este libro, el modelo clásico del derecho penal —el paradigma Beccaria, como lo han llamado Philippe Audegean y Dario Ippolito— cuyo abandono, tanto por parte de la legislación como por la jurisdicción, está en el origen del giro autoritario de nuestro sistema punitivo, al mismo tiempo iliberal y antisocial. Analizaré, sobre todo, las tres dimensiones cognitivas del juicio —la interpretación, la prueba y la equidad— aseguradas por las garantías penales y procesales del modelo garantista del derecho y el proceso penal. Mostraré cómo este modelo está en la base de la legitimidad política del derecho y de la jurisdicción, y reclama, en el orden metodológico, un positivismo crítico dirigido a identificar las leyes y las prácticas que lo contradicen y a proyectar su superación. Criticaré, como fruto de graves equívocos epistemológicos y contrarias a la separación de poderes y a la sujeción de los jueces a la ley, las distintas doctrinas del creacionismo judicial que se han afirmado con éxito en estos años. En fin, analizaré las formas y las razones de la crisis del modelo garantista, identificando como los principales factores su desaparición o regresión en la cultura política y en la práctica judicial, la crisis de la legalidad penal como límite frente al arbitrio, el desarrollo del populismo y de sus opciones por un derecho penal máximo, el anómalo crecimiento de las medidas y los procedimientos *ante o extra delictum*, y el desarrollo del populismo y sus opciones demagógicas por un derecho penal máximo y el consiguiente aumento de las formas de subjetivización y administrativización del derecho penal.

En la segunda parte propondré una refundación del garantismo penal mediante el reforzamiento y la ampliación de las garantías sustanciales y procesales en materia de delitos, penas y procesos y, a la vez, mediante una redefinición y una reforma del papel y los poderes del ministerio público. Después discurriré sobre las garantías orgánicas y las reglas deontológicas dirigidas a asegurar la imparcialidad y la independencia de la función judicial de cualquier otro poder y el papel progresista desarrollado por el asociacionismo judicial como antídoto frente a las involuciones burocráticas, sectarias y corporativas de la magistratura. En fin, en los dos últimos capítulos, criticaré una triple ilusión y falacia penalista: la idea de que la eficacia disuasoria de las penas se incrementa con su dureza y, por otra parte, que el derecho penal sea el principal

instrumento de prevención de los delitos y la única fuente de identificación de los crímenes. Frente a estas ilusiones, sostendré la necesidad de repensar el garantismo penal junto con las demás dimensiones del garantismo, y los mucho más benéficos sistemas no penales de prevención de los delitos y de garantía de los derechos y los bienes fundamentales: de un lado, un garantismo social y político, capaz de reducir las causas materiales tanto de la criminalidad de subsistencia como de la de los poderosos; del otro, un garantismo global capaz de reducir o eliminar las causas, no solo de la criminalidad transnacional, sino también de las demás violaciones criminales de los derechos humanos y de los bienes comunes, mucho más amenazadores para el futuro de la humanidad que todos los delitos en su conjunto.

Por eso, el garantismo penal será solo un capítulo, y no el más importante, de una teoría general del garantismo. Nacido en el terreno de los delitos y de las penas, como sistema de límites al arbitrio punitivo, el paradigma garantista se presta a ser ampliado, como garantismo constitucional, en dos direcciones: por una parte, frente a cualquier poder, por otra, en garantía de cualquier derecho. En efecto, pues todas las garantías son límites o vínculos, esto es, prohibiciones u obligaciones lógicamente implicadas por esas expectativas negativas y positivas en las que consisten todos los derechos fundamentales —no solo los de libertad, sino también los sociales— y normativamente impuestos, por su rango constitucional, al ejercicio de cualquier poder, tanto judicial como político, público como privado, tanto estatal como supraestatal. De aquí la centralidad de las garantías dentro de la teoría de la democracia constitucional y, por tanto, también en la teoría de un derecho penal constitucionalmente fundado. Entre garantías y derechos la relación es de medios a fines. Si los derechos fundamentales son los fines, sus garantías y las correspondientes funciones e instituciones de garantía son los medios. Sin los medios no se realizan los fines; sin garantías, los derechos se quedan en el papel. Tomar en serio los derechos fundamentales y asumirlos como vinculantes equivale, en todos los sectores del derecho, incluido el derecho penal, a concebir como una obligación la introducción y el respeto de sus garantías. Ignorar esta obligación equivale a no comprender el espíritu del constitucionalismo.

Por tanto, cabe concebir el garantismo como la otra cara —la cara operativa y activa, por así decir— del constitucionalismo, de la que depende enteramente la efectividad de los principios constitucionalmente establecidos. Se configura como la dimensión sustancial de la democracia constitucional, por oposición, tanto a las ideologías populistas que identifican la democracia con la omnipotencia de las mayorías, como a

las ideologías liberistas* que ven el mercado como un espacio de libertad y no de asimétricas relaciones de poder. Así pues, no tiene nada que ver con las pretensiones de impunidad o de limitación de la independencia de la jurisdicción, en apoyo de las cuales es invocado por los poderes políticos y económicos en ese sentido perverso insostenible. Por lo demás, resulta incompatible con cualquier forma de poder absoluto. Implica la sujeción a la ley de todos los poderes para la tutela de los derechos de todos. Designa el conjunto de las garantías capaces de actuar en concreto, también en materia penal, el principio de igualdad y los derechos fundamentales de todos. Es, en definitiva, todo uno con el paradigma de la democracia constitucional, negado y convertido en su contrario por el *garantismo de la desigualdad y del privilegio*, que asegura impunidad a los ricos y a los poderosos, y promueve la inhumanidad en relación con los pobres y los marginados, destinados a sufrir penas draconianas y lesiones de su dignidad como personas.

De aquí la necesidad de refundar la teoría del garantismo penal y de proponer un consecuente proyecto reformador dentro de la teoría general del garantismo, capaz de superar la centralidad asociada a los procesos y a las penas como instrumentos primarios de defensa social. El derecho penal es la última y la menos feliz de las técnicas de garantía que los sistemas políticos deben asegurar a los derechos y a la seguridad pública. Mucho más que con las políticas penales, la criminalidad se previene con políticas económicas y sociales y con reformas institucionales adecuadas. Mucho más que con las penas, los derechos fundamentales, incluida la inmunidad frente a ofensas y castigos injustos, se aseguran con potentes sistemas de garantías sociales cuya introducción, junto con la de las correspondientes funciones e instituciones de garantía, viene impuesta por su previsión constitucional. En efecto, existe una sinergia entre los distintos tipos de derechos y entre sus diferentes garantías: cada derecho se beneficia de la efectividad de los demás y resulta debilitado por su ineffectividad. Es por lo que el garantismo penal tiene su máximo sustento en el garantismo constitucional que, a su vez, requiere el soporte de un constitucionalismo a escala global. Por muchos motivos: porque las garantías penales y procesales tienen el más sólido fundamento en su previsión constitucional; porque la prevención de los crímenes más graves y la seguridad de las personas en todos los signifi-

* *Liberismo* es un término italiano —sin uso en castellano— que puede equivaler a «liberalismo económico». Va referido, por tanto, no a los derechos de libertad, sino a los derechos de autonomía en la esfera del mercado, que son derechos fundamentales pero también poderes. Ciertamente, pues su ejercicio consiste en actos jurídicos que producen efectos en la propia esfera y en la de los demás. [N. del T.]

cados asociables a este término polisémico, dependen, sobre todo, del conjunto de las garantías de todos los derechos fundamentales; porque, en fin, la humanidad está cada vez más integrada y es más interdependiente, unida por la necesidad de las mismas garantías de libertad y de supervivencia frente a idénticos desafíos y agresiones.

Esto es algo que hoy debería ser evidente para todos, dado el carácter transnacional asumido por los poderes que cuentan y por sus agresiones a la civil y pacífica convivencia. Por eso, las numerosas cartas internacionales de derechos humanos y las nuevas violaciones criminales de los derechos fundamentales y de los bienes comunes debidas a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales, imponen la concreta extensión tanto del constitucionalismo como del garantismo, en todas sus dimensiones, a la nueva geografía de los poderes diseñada por la globalización. No solo imponen, sino que implican un garantismo que, en actuación de la lógica universalista del constitucionalismo y a la altura de los nuevos catastróficos desafíos globales, se configure como sistema de límites y vínculos a los poderes supraestatales además de los estatales, a los poderes económicos privados y no solo a los poderes políticos públicos, a la garantía de los derechos fundamentales de todos, pero también de los bienes vitales. Corresponde a la política hacer real este garantismo. Diseñar sus líneas maestras teóricas es el cometido primario de la cultura jurídica.