

## Entrevista con Luigi Ferrajoli

---

Por Sebastián Van Den Dooren y Mariano Gutiérrez<sup>1</sup>

**Delito y Sociedad:** —Usted le otorga al sistema garantista una función jurídico-política que es la de limitar los poderes del Estado en beneficio de una ampliación y protección de las libertades y los derechos individuales, que usted denomina *Derecho Penal Mínimo*. Ahora bien, la realidad en la sociedad argentina (y quizá en gran parte del mundo occidental), demuestra una simpatía muy contundente con el *Derecho Penal Máximo* o autoritario, con críticas muy duras al garantismo y al constitucionalismo. Es decir, son los mismos individuos quienes salen a la calle a marchar para reclamar, en base al miedo a la delincuencia, menos garantías en favor de un Estado Policial y duro. La pregunta es la siguiente: desde el garantismo penal, ¿qué respuesta o soluciones le daría a este fenómeno?

**Luigi Ferrajoli:** —El garantismo es la otra cara del constitucionalismo. Es decir que es el sistema de prohibiciones y obligaciones, de límites y de vínculos que corresponden a los derechos fundamentales —límites y vínculos al Estado, garantías de las libertades, obligaciones políticas, garantías de los derechos sociales—. Es un sistema normativo y vinculante que constituye la fuente de legitimación, y también de deslegitimación del sistema político si es que estos límites y vínculos no son respetados. Es un deber ser del Derecho.

La novedad del constitucionalismo y del garantismo es que el Derecho es normativo respecto a sí mismo. Es un proyecto de sociedad que vincula al legislador a actuar las premisas incluidas en el pacto social constitucional.

<sup>1</sup> La presente entrevista fue realizada conjuntamente con integrantes de la agrupación NBI para su

revista *Vendetta*, y con profesores de la UNLZ, en Buenos Aires, el 25 de noviembre de 2005.

Naturalmente, ello se acepta como una utopía positiva, en el sentido del Derecho positivo. Es decir, una perfecta actuación de este diseño no es posible. Existe siempre una divergencia entre el ser y el deber ser. El Derecho es normativo de la conducta de los ciudadanos, y naturalmente hay un margen de ineffectividad: los delitos y las infracciones lo son. Pero esta divergencia entre normatividad y efectividad está también prevista por el Derecho Constitucional. El comportamiento de los poderes públicos es, muchas veces, ilegítimo. El constitucionalismo y el garantismo nos permiten a leer como ilegítimos, como ilícitos o inválidos, los actos de los poderes públicos que contrastan con las premisas constitucionales. En este sentido, nos permiten identificar como antinomias las leyes en contradicción con la Constitución, y como lagunas la falta de actuación y la falta de legislación, como por ejemplo en materia de derechos sociales. Los derechos implican límites, es decir, prohibiciones de lesiones legislativas, como, por ejemplo, las leyes de emergencia, las leyes represivas de carácter excepcional. Y los derechos sociales implican la obligación de producir, cuya falta es una laguna indebida, ilegítima. Por supuesto, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo en el sentido de que sin garantías, sin legislación de actuación, los derechos son solamente proclamaciones retóricas. El ejemplo concreto de esto es el Derecho Internacional, donde tenemos muchas declaraciones y cartas que declaran principios y derechos fundamentales sin instituciones de garantía. Sería un ordenamiento, como por ejemplo el argentino o el italiano, dotado solamente de constitución sin servicios sanitarios, sin escuelas, sin tribunales, sin policía – todo ello como garantía de la seguridad y la libertad de elecciones–. El Derecho Internacional es un conjunto de lagunas que permi-

ten leer el actual estado de las relaciones internacionales como fuertemente ilegítimas, porque están en contraste con este embrión de concepción del mundo que es la Carta de la ONU y los Pactos sobre los derechos fundamentales.

—*Ahora bien, en lo que se refiere concretamente a la cuestión penal, estos movimientos de reclamo de castigo y de mayor pena, enarbolando la bandera de las garantías, como ser: las “garantías” de la seguridad, las “garantías” de la víctima a perseguir penalmente, ¿cómo se puede dar una respuesta desde el garantismo?*

—Son tesis totalmente irracionales, demagógicas, porque la alarma social sobre la criminalidad de subsistencia, de *strada* (criminalidad callejera), es alimentada por la misma esfera política, porque es muy fácil responder a estas demandas con el aumento de las penas –que de hecho son totalmente ineficaces–. Yo creo que la mayor parte de los desviados no sabe nada del aumento de las penas. El Derecho Penal tiene una eficacia preventiva mínima frente a la criminalidad de subsistencia que está determinada por la marginación, por falta de ocupación. Y se puede decir, por el contrario, que tiene una capacidad de disuasión máxima de la criminalidad del poder, es decir, los abusos, la tortura, la corrupción. Pero no existe alarma social respecto de esta criminalidad, no se produce una campaña contra esta delincuencia, porque ésta es una delincuencia que se desarrolla sobre todo por la impunidad. La impunidad, por ejemplo, de los abusos de la policía o de la corrupción, produce una costumbre, la idea de que determinadas prácticas son normales, que son la expresión de una aceptación social. Es el tipo de delitos que, por ser la observancia de la ley totalmente exigible, porque no son delitos deter-

minados por la necesidad, son los delitos frente a los cuales la eficacia disuasiva del Derecho Penal sería máxima. Cuando en Italia se ha producido la *Tangentópoli*, y después la impunidad y la legislación de Berlusconi, se ha reproducido la idea de la aceptación como normal de la corrupción.

Yo creo que es necesario distinguir los tipos de delitos. Delitos frente a los cuales no es posible una eficacia preventiva, y delitos frente a los cuales es necesaria una respuesta penal como respuesta simbólica, porque una impunidad programática sería, a su vez, fuente de (...) El Derecho es la alternativa a la ley del más fuerte, la alternativa a la violencia.

La alarma social sobre todo a la criminalidad de la calle trae respuestas demagógicas. Yo creo, por el contrario —es una cosa muy obvia—, que la criminalidad de la calle, de subsistencia, deber ser una política de prevención. No es una política penal sino una política social. Se debe intervenir para asegurar las necesidades vitales, los derechos sociales, el pleno empleo, el salario mínimo garantizado. Ésta sería una buena política anticriminal.

—¿Por qué es tan difícil implementar en la actualidad —y cada vez estamos más lejos— estas propuestas garantistas? ¿Hay fuerzas en concreto que se oponen a esto o es simplemente comodidad política, un uso político del miedo, de la alarma?

—Yo creo que el garantismo, además de ser una teoría racional del Derecho, es también una teoría democrática del Derecho y de la política, que es normalmente compartida en palabras y que sin embargo implica renuncias por parte del poder. Son límites y vínculos al poder. El Derecho, tomado en serio (en los términos de Dworkin), el constitucionalismo y las garantías tomados en serio producen una autolimitación del poder, y

sobre todo la obligación de afrontar los problemas sociales. Estos problemas se pueden traducir en problemas de derechos sociales. Es más fácil, sobre todo con la degeneración democrática y de la política, sostener el consenso con distracciones como el enemigo interno. En Estados Unidos la campaña y la respuesta de la guerra al terrorismo ha sido una respuesta pasional. La respuesta más eficaz al problema debería ser la investigación policial con la colaboración de todos los policías del mundo en un momento de gran solidaridad con Estados Unidos. Ésa podría ser la respuesta más eficaz porque está fundada en la asimetría entre Derecho y criminalidad. Un elemento potenciador de la criminalidad es asumirla como enemigo y responder con una guerra, significa pasar al nivel de la criminalidad y perder esta asimetría, es echar nafta al fuego. Tanto es verdad esto que la gran solidaridad y hegemonía política y cultural que definitivamente tenía Estados Unidos en el 11 de septiembre, hoy encuentra su momento de mayor aislamiento en su relación con el occidente. Los problemas se deben enfrentar racionalmente pero la política suele enfrentarlos sobre la base de cálculos de brevísimos periodos, de sondeos. Esa es una aporía de la democracia.

—En su visita a la Argentina, ¿cuáles son los principales problemas que ha observado en la construcción de la democracia, tanto en Argentina como en América latina?

—No es fácil responder en pocos minutos a una pregunta de este género. Me parece que Argentina está viviendo un momento feliz, después de los años de crisis económica, de políticas irresponsables por parte de los gobiernos que precedieron a Kirchner. Hoy hay desarrollo económico y también optimismo, en tanto el desarrollo económico está acompañado con un desarrollo cultural,

a tal punto que hay un mayor interés por este tema, mayor empeño político y perspectiva en relación al futuro. Tengo la sensación de un futuro por construir. En esta línea, siguiendo esta tendencia, en pocos años Argentina podría volver a ser uno de los países más ricos del mundo y también por sus grandes recursos culturales podría volver a ser un punto de referencia no solamente en América latina. Esto vale para gran parte de Latinoamérica. Si bien hubo años de dictaduras, ahora, con todos los defectos, límites, problemas –sobre todo económicos–, tengo la impresión de que existe un proceso de integración y de desarrollo de las democracias en la región. En verdad América latina está dotada de fuertes características identitarias, mucho más de lo que es Europa. En Europa hay diferencias lingüísticas, diferencias nacionales y de tradición, es un continente en el que hubo guerras que se sucedieron por siglos. En el caso de América latina no se entiende por qué encuentra dificultades en su proceso de integración.

—¿Pero le parece que se puede hablar de democracia en un país en el que el 60% de la población es pobre?

—No se puede. No puede haber democracia. Un 60% de personas pobres es una señal de no democracia. Debe afrontarse ese problema para superarlo. 60% de personas pobres significa que no fueron y no están siendo satisfechos los derechos sociales, que son la dimensión sustancial de la democracia. Normalmente los derechos sociales son considerados por la derecha, por la estructura liberal, un costo, un costo excesivo. Hace falta derribar este lugar común. La satisfacción de los derechos sociales no es solamente un deber jurídico, sino también moral. Es la principal inversión productiva. En el sentido de que sin la satisfacción de

las necesidades mínimas vitales de la población un país no crece. La mayor riqueza de Europa y Estados Unidos es que los mínimos vitales fueron asegurados, gracias a las luchas obreras, a las luchas sociales. Yo creo que la mejor política económica, la más eficaz en la prevención de los delitos y de la seguridad individual, la más productiva en miras del desarrollo de la riqueza, es la garantía de los derechos sociales. Es fundamental la subsistencia, la alimentación básica, pero también la instrucción. En países en los que hay un gran desarrollo, como Japón y en China es porque hay una instrucción de base elevada. Sin una instrucción de base generalizada, un país está condenado al subdesarrollo. Entonces hace falta presentar esta sustancia de la democracia, no como un costo sino como una condición para el desarrollo de mayor inversión productiva que puede realizarse.

—¿Cuáles son estos poderes salvajes que se oponen a la democracia sustancial?

—Los poderes salvajes son los poderes desregulados. Los poderes, como decía Montesquieu, tienden a acumularse en forma absoluta, tienden a desbordar. No es una cuestión moral, es una cuestión estructural. El poder tiene una intrínseca tendencia a ejercerse sin límites. Esto vale sobre todo para los poderes económicos. Es claro que si no hay reglas, el poder económico de una empresa produce dañando al máximo el ambiente, explotando hasta el extremo a la fuerza de trabajo, tratando de no pagar impuestos, condicionando a la política sobre todo para evitar aumentos en los impuestos que sirven para garantizar los derechos sociales. El grado de civilidad en un país, dentro de una democracia, naturalmente, depende del grado de eficacia de los límites y de los vínculos no sólo en relación a los poderes políti-

cos sino también en relación a los poderes económicos.

Entonces, finalizando con la pregunta sobre los poderes salvajes, hoy son los poderes internacionales. De hecho tenemos la falta de una esfera pública. La altura de los poderes internacionales, de las sociedades multinacionales, de grandes potencias como Estados Unidos y la ineficacia de la ONU, es por la falta de instituciones de garantía, tienden a desbordar y a oponerse a la construcción de un constitucionalismo global. Pero esto es muy obvio, no debería sorprendernos aunque sí indignarnos moralmente. El problema es estructural en el sentido de que si no volvemos a fundar una esfera pública a la altura de los grandes poderes —la seguridad de una esfera pública estatal a la altura de poderes interiores a una comunidad nacional—, tendremos siempre una sociedad salvaje. La hipótesis hobbesiana es absolutamente válida, el *bellum omnium* es la ley del más fuerte, es el estado de naturaleza, la falta de reglas, de límites y vínculos.

—*Un gran problema para las democracias del tercer mundo es el bajo nivel de productividad de sus economías, ¿incide este factor en la construcción del aparato público?*

—La baja productividad se debe casi siempre a un pobre desarrollo tecnológico, bajos niveles de instrucción. Son procesos que, naturalmente, llevan tiempo. Pero, en las instituciones democráticas argentinas, que hoy nos ofrecen un crecimiento vital del 7 y 8% anual, está claro que en pocos años podemos prever un aumento en la calidad de la producción.

—*Usted ha hablado de la importancia de los derechos sociales y del cumplimiento de las garantías para lograr un proceso de de-*

*sarrollo real. En ese sentido, ¿cuál es el rol de la universidad como formadora de abogados y juristas en este proceso?*

—Yo creo que la cultura jurídica y política, la teoría, la teoría del Derecho, cumplen una serie de funciones. Por un lado, una función proyectual, ya que las instituciones son creaciones humanas. El Estado como lo conocemos fue proyectado por los padres constituyentes: Montesquieu, Locke, Beccaria. Es una función de proyección teórica, de construcción de técnicas de garantía, por ejemplo. No es fácil en el plano teórico proyectar y construir un sistema de garantías de nivel internacional, asegurando el agua o los medicamentos esenciales para todos, por ejemplo. Estos son problemas que se enfrentan desde el Estado con la construcción de instituciones adecuadas. En algunos casos esto no ocurre, de hecho hay muchos Estados norteamericanos en los que no hay ningún tipo de políticas sociales.

Existe una función de elaboración teórica, de construcción y proyección institucionales. Una función de educación para aprender en serio estas construcciones. Construcciones que son artificiales, pues todo el Derecho es artificial, no tiene nada de natural. Sin embargo, en cuanto las instituciones sean tomadas en serio, funcionan. En caso contrario, no funcionan. Como digo siempre, es un rol preformativo del consenso común creado sobre la cultura jurídica, democrática, política. Si no se toman en serio las instituciones no funcionan. Una democracia puede derrumbarse sin golpes de Estado cuando no se cree en ella. Como ocurre cuando prevalecen fuerzas que no comprenden este sentido cívico. Entonces el rol de la formación de la cultura jurídica está en crear la conciencia de que la construcción de una democracia es una construcción colectiva. Esto refiere a su carácter simbólico, la di-

mensión simbólica del lenguaje jurídico de la institución. La construcción de la democracia no es solamente una operación de ingeniería constitucional, porque ello no es suficiente para su funcionamiento.

—¿Entonces es una función esencialmente política y no técnica?

—No, por ejemplo... ya hablar de los derechos fundamentales significa igualdad, los derechos fundamentales son derechos de todos. La convención de base es aprender a considerarse igual. El pacto de convivencia es sobre todo reconocerse a uno mismo como igual. Esto es una convención, ya que luego todos somos diferentes por muchísimas razones, es más, es justamente la igualdad lo que garantiza el respeto de las diferencias, porque todas nuestras diferencias son iguales. La igualdad es un principio en base al cual son valoradas y respetadas todas las diferencias que hacen a cada individuo una persona como las demás pero diferente de los demás.

La igualdad es la primera dimensión simbólica del pacto de convivencia, el factor del sentido cívico de la convivencia, que en cierto sentido implica gran parte de los demás. Los derechos fundamentales son otros tantos parámetros de igualdad. Somos iguales, en la tradición liberal, en cuanto todos los individuos tenemos derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, al voto, y en cuanto todos deberíamos tener derecho a la sobrevivencia, a la subsistencia, a la salud. Se amplió ampliamente el sentido de la igualdad a través de los derechos fundamentales, pero en tanto y en cuanto esto se traduce en una real percepción, en el plano pragmático del Derecho, de los otros como iguales, en tanto y en cuando estos principios sean aceptados y se advierten a nivel efectivo.

—Con respecto al concepto de igualdad, ¿es la estructura social, el antagonismo entre clases, el origen de la desigualdad social?

—Sí, esto es algo muy cierto. Lo dijo Marx. Pero es claro que la propiedad es un poder que debe sujetarse a la ley. Al mismo tiempo el Derecho Civil de la propiedad es también un elemento fundamental de la autonomía individual, o sea de la potestad de decidir cómo pasar el día, qué comprar, qué comer, cómo vivir. Por eso el Derecho Privado —el Derecho Civil, los derechos patrimoniales— es un Derecho de producción espontánea que refleja una dimensión fundamental de la autonomía, de la autonomía civil, a través de la capacidad de actuar, de la capacidad de negociar, el derecho de comprar, de vender, etc. El problema que se reconoce es que derecho de autonomía civil es un derecho fundamental, pero es un peligro para que haya igualdad. Somos todos iguales, en el Derecho Civil, pero esto mismo es el vehículo de los grupos de la desigualdad: principalmente cuando aparece el aporte de las fuerzas del mercado, especialmente en el mercado de trabajo (...). El pensamiento liberal, desde su comienzo, ha caído en una falacia: identificar los derechos de autonomía con los derechos de libertad. Son todos derechos fundamentales, pero los derechos de autonomía son derechos-poder, cuyo ejercicio consiste en actos jurídicos que producen efectos en otras esferas, no tiene que ver con la libertad de pensamiento o la libertad personal. En cuanto a poderes, su ejercicio está sujeto a la ley y entonces pueden convivir sin producir opresión, discriminación, si está vinculado a la ley. La tradición no ha desarrollado un constitucionalismo de Derecho Privado paralelo al constitucionalismo de Derecho Público, porque ha concebido siempre a los

poderes privados como libertad. Yo creo que uno de los desarrollos del constitucionalismo, del garantismo, debe venir en dirección del reconocimiento del valor del Derecho Civil, y el reconocimiento de que estos derechos son también poderes que se deben subordinar a la ley y en particular a los derechos fundamentales.

—*En Argentina, la caída de grandes empresas, como las petroleras, llevó a mucha gente a la marginación, dando lugar a la creación del movimiento piquetero. En México, los zapatistas. En Brasil, los “sin tierra”. En Bolivia, protestas en rutas y calles. En Francia, la quema de autos porque no se reconocen derechos cívicos. ¿Cómo ve que esto juega en la democracia?*

—Siempre fue así, los derechos fundamentales son garantizados y se defienden sólo si se sostienen mediante la lucha por el Derecho. Con la lucha se conquistaron las garantías. Una vez obtenidas las garantías se sostienen con lo que Ihering llamaba la lucha por el Derecho (...). Las protestas, las manifestaciones, también en forma ilegal, son luchas por la afirmación del individuo contra la discriminación, la opresión. Como en Francia: hay una revuelta contra la falta de respeto, la falta de reconocimiento, la falta de efectiva integración, algo que no tiene que ser enfrentado simplemente con la policía —insultándolos, discriminándolos— sino haciéndose cargo de los problemas que ese descontento expresa. En América Latina no es otra cosa. Creo que estos son movimientos fuertemente progresivos, independientemente del hecho de que utilicen la violencia por alguna circunstancia. Los movimientos en cuanto a tales son siempre el instrumento social a través del cual se afirman los derechos. Los derechos, además, generalmente son descubiertos por los movimientos. Opre-

siones y discriminaciones que en el pasado eran consideradas normales, como el caso de las mujeres, los obreros, se vuelven intolerables porque hay una lucha que los combate. Entonces, el rol de las luchas sociales en tanto es pensar los derechos, siempre fue así, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia nacieron de las revoluciones burguesas y de las batallas civiles realizadas por Locke y los Voltaire contra la intolerancia. Entonces los movimientos siempre tienen este valor progresivo o inventando los derechos, reivindicándolos o defendiéndolos, o pidiendo su actuación o garantía.

—*En definitiva estas protestas responden a la falta de respeto a la Constitución.*

—Por supuesto, son movimientos en defensa de la Constitución, principalmente, no hay ninguna contradicción con el hecho de que se cometa un exceso o una violencia. Son movimientos progresistas. Después también hay movimientos de otro tipo, revolucionarios, extremistas, pero que también son síntomas de descontento social.

—*Usted afirma que el Estado debe intervenir en el proceso penal para evitar la imposición de penas desproporcionadas y arbitrarias. Por otro lado, existe una fuerte tendencia a dar un rol preponderante a la víctima dentro del proceso penal. En tal sentido, ¿hasta qué punto cree usted que la víctima debe operar dentro del proceso penal y cuál es el rol que debe tener?*

—La víctima ciertamente tiene derecho a la reconstrucción de la verdad, que es de por sí un factor, el objeto de su derecho, de resarcimiento, al menos de reparación simbólica por lo ocurrido, ya que lo que está hecho no puede ser cancelado. Aún así la víctima no debe deformar la estructura del proceso, el proceso es un procedimiento de verificación y

falsación que debe garantizar el descubrimiento de la verdad procesal. Generalmente existe una idea de que una condena, tal vez de un chivo expiatorio, puede satisfacer a la víctima. No es así. Hay una absoluta identidad entre efectividad del Derecho Penal y el garantismo, o sea descubrimiento de la verdad procesal. Sólo a través del descubrimiento de la verdad procesal, del verdadero culpable, es que se puede lograr alguna reparación para la víctima, pero jamás con la condena de un inocente. En este sentido, para la tutela de la víctima es esencial la salvaguarda del sistema de garantías. Cuanto más fuerte es el sistema de garantías tanto más eficaz es el Derecho Penal.

—*A la luz de su consideración sobre la pena, ¿cree que el Derecho Penal ofrece una solución al conflicto que significa el delito?*

—No. El Derecho Penal pone fin al conflicto, en el sentido que la pena impuesta por el Tribunal pone fin a la venganza de sangre, a la *vendetta*. El Derecho Penal no es la sustitución sino la negación de la venganza. En un punto la existencia del Derecho Penal, a este efecto de solución del conflicto, de pacificación, porque este es su rol garantista —garantista contra la repetición de otros delitos, contra la violencia, contra la ley del más fuerte. Es la fuerza simbólica que tiene lo que debería ser la imparcialidad y una justa condena con una pena que debe ser una pena mínima y necesaria. La falta de garantías acerca el sistema penal al sistema salvaje y disminuye la función pacificadora. Un sistema penal sumario, como los que hubo en la historia y como los que hoy hay, que es más violento

que la violencia que dice combatir, termina por no tener ningún efecto pacificador, ni de tutela de la seguridad.

—*En Derecho y Razón usted no se introduce en el sistema de la teoría del delito (el sistema de von Liszt, Beling, Welzel, funcionalismo, Jakobs, Roxin). ¿Sirve para algo la teoría del delito? ¿Tiene alguna función?*

—No, a mí no me gustan esas cosas. Me parecen complicaciones inútiles.

—*¿Qué piensa sobre los estudios en Alemania, donde analizan cada vez con más profundidad la teoría del delito, a tal punto que se llega a una abstracción inentendible?*

—La tradición alemana no es tradición garantista. Es una tradición metafísica del Derecho Penal. Yo creo en la tradición penal iluminista, sobre todo la italiana, y la inglesa obviamente. La alemana, no. En el siglo XVIII Alemania tuvo grandes juristas, Feuerbach por ejemplo. Después no. Prevalció la concepción organicista del Estado, la idea del imputado como enemigo, el Derecho como tutela de sí mismo, antes que la tutela de las personas de carne y hueso. Se trata de una deformación de la idea de bien jurídico: en la antijuridicidad se pena la actitud contraria a Derecho. Estas son formas éticas de valorización del Estado en cuanto tal y no de las personas de carne y hueso que naturalmente tienen un valor autoritario, y sobre todo hacen perder el sentido, la razón de fondo del artificio jurídico, que es el de ser una construcción para tutelar personas de carne y hueso, y no identidades abstractas. Esto en la tradición alemana está muy presente.