

LUIGI FERRAJOLI, JURISTA

## **"Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas"**

La humanidad nunca ha sido tan igual en el plano jurídico formal y tan desigual en el plano material. Eso introduce desequilibrios que deben ser compensados con garantías reales para los derechos básicos, los sociales.

Fuente: Clarín  
Claudio Martyniuk.

**Más que el imperio de la ley, en el mundo contemporáneo parece avanzar el estado de excepción, que relativiza y deja en el campo nominal los derechos de las personas. ¿Coincide con este diagnóstico que, entre otros, formula el filósofo Giorgio Agamben?**

-Sí, es así. Ante una amenaza como la del terrorismo se está normalizando un estado de excepción. El estado de excepción es la violación de la democracia constitucional. No existe un espacio de legitimidad jurídica del estado de excepción en ningún ordenamiento que pretenda estar acorde al principio de legalidad. Porque significa la legitimación de un poder absoluto y en el estado de derecho no existen poderes absolutos. Los principios de libertad fundamentales se dan por sentados en los momentos de normalidad, pero es precisamente en los momentos más difíciles, en los momentos de desafío, cuando se ponen a prueba. Responder a ese desafío con el estado de excepción significa declarar una derrota. Una verdadera victoria sobre el terrorismo es vencerlo con los instrumentos del Derecho. El estado de excepción termina por desempeñar también un papel de legitimación política.

### **• ¿De qué manera?**

-El miedo es un fuerte factor de legitimación política de los giros autoritarios. Siempre que existe un déficit de legitimación política se recurre a las campañas de orden, que incluyen la demonización del enemigo que nos rodea. La campaña contra los sospechosos se convierte en la forma más fácil, pero también más irresponsable, de evasión de las responsabilidades.

**• El estado de excepción no parece estar sólo circunscripto a la lucha contra el terrorismo. La mayoría de las democracias están apelando a él ante cualquier emergencia. ¿Algo de esto no ocurrió por ejemplo en Francia cuando intentaron enfrenar poco tiempo atrás el "problema" de la inmigración?**

-En Francia, la respuesta del estado de excepción fue decididamente tonta. La revuelta de los jóvenes de los suburbios expresaba un malestar social y por eso mismo no podía ser enfrentada con medidas de policía. Pensemos que una de las razones principales de la revuelta fue, precisamente, la falta de respeto hacia algunas personas, por no tener un aspecto "netamente francés". La respuesta vía estado de excepción fue como arrojar nafta sobre el fuego.

• **Usted es considerado uno de los mayores intelectuales del garantismo. ¿Cómo lo definiría específicamente?**

-El garantismo como sistema institucional fija límites y vínculos a los poderes públicos (y también a los poderes privados), para tutelar los derechos fundamentales. Estos, no obstante, permanecen en el papel en tanto no se introducen garantías adecuadas. Las que yo llamo garantías primarias son las obligaciones correspondientes a los derechos sociales, los derechos de libertad establecidos por la Constitución. Después, están las garantías secundarias que son las que intervienen en caso de violaciones de las garantías primarias. La Constitución Internacional o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Carta de las Naciones Unidas son grandes proclamas de principios que carecen de garantías, porque no existe una esfera pública mundial en condiciones de garantizar, tutelar, los derechos fundamentales. A nivel estatal, sobre todo los derechos sociales carecen de garantías. Debemos ser conscientes de que la igualdad y los derechos fundamentales son utopías, ya que una realización perfecta nunca se tendrá. Este es el defecto y el mayor valor de la democracia constitucional. Ahora, para realizar los derechos humanos y las garantías primarias, las personas tienen que ser concebidas de un modo igualitario, como ciudadanos. Pero hoy, más que encontrarnos ante ciudadanos, nos encontramos ante refugiados.

• **¿Por qué es tan drástico?**

-Porque la humanidad nunca ha sido tan igual en el plano jurídico formal y tan desigual en el plano material. La desigualdad pasó de una relación de 1 a 3 a comienzos del siglo XIX (entre países más pobres y más ricos) a una relación de 1 a 10 en el siglo XX y nos estamos acercando a 1 a 100. Existen más de mil millones de personas que viven en condiciones de absoluta indigencia. Esto debe leerse como un hecho moralmente inaceptable, pero también como el signo de una ilegitimidad jurídica profunda. Los derechos sociales son considerados un costo, porque deben ser financiados con la recaudación fiscal. Por el contrario, yo creo que son la mayor inversión productiva: sin las garantías de la supervivencia y de la subsistencia, no hay ni productividad individual, ni producción de riqueza colectiva.

• **¿Qué función le cabe al derecho penal en un escenario como el que describe?**

-El derecho penal tiene como justificación la minimización de la violencia en la sociedad. Un sistema penal se justifica si delitos y penas comportan una violencia menor de la que se produciría en una sociedad salvaje. En sociedades muy desiguales hay una delincuencia de subsistencia respecto de la cual el papel de prevención del derecho penal es mínimo. Se pueden aumentar las penas sin que los posibles delincuentes se enteren. Por el contrario, el derecho penal tiene un fuerte efecto respecto de los crímenes del poder: abusos, torturas, corrupción, crímenes contra la humanidad. En este tipo de delitos, la impunidad es un factor criminógeno. El sentido de impunidad

engendra nuevos códigos que permiten esos delitos.

• **Se suele decir que en muchas sociedades hoy "el derecho penal es el del enemigo". ¿Cómo lo interpreta?**

-Es una invención absurda, una contradicción en sus términos. El enemigo es una figura propia de la guerra. Y la guerra es la negación del Derecho. Tratar a los delincuentes como enemigos significa bajar el Estado a su altura. La idea del enemigo está ligada a la idea del miedo. Las campañas dirigidas a crear esa alarma política, alarma social sobre el enemigo, son campañas que consiguen captar consenso. Es un círculo vicioso. Alimentan miedo que a su vez alimenta la campaña de seguridad.

• **¿Cuál debe ser la función del juez y el fiscal en el proceso penal?**

-El proceso consiste en un procedimiento de verificación y cotejo de pruebas y contrapruebas que requieren una separación entre acusación, defensa y juez. Sobre ninguna cuestión de hecho puede tenerse una certeza absoluta. Es necesario, entonces, que esa falta de certeza objetiva sea suplida por una certeza subjetiva. El llamado libre convencimiento del juez no es arbitrario, sino que debe ser sufragado por una pluralidad de pruebas. La garantía del carácter cognitivo de la jurisdicción proviene de la separación de rol entre la acusación, la defensa y la posición independiente de un tercer juez que formula una evaluación. El proceso acusatorio requiere la paridad entre los dos momentos de acusación y defensa. En ese aspecto, déjenme decirles que la Argentina conoce una institución extraordinaria que es el Ministerio Público de Defensa, que en Europa no existe.

• **En la provincia de Buenos Aires, la defensa pública y los fiscales dependen de un mismo procurador. ¿Eso no es contradictorio?**

-Bastante contradictorio. Son partes separadas que deben estar en conflicto virtual e institucional. Es una paradoja. En el plano práctico hay numerosas paradojas. Lo importante es que se tome conciencia de ellas y se hagan reformas imprescindibles.

• **En Argentina, la prisión preventiva funciona de manera automática. ¿No atenta contra el derecho de las personas?**

-Eso es gravísimo. Existió también en Italia. Después fue abolida. La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.