

LOS RETOS DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Luigi FERRAJOLI*

SUMARIO: I. *Globalización y crisis del derecho penal*. II. *La nueva cuestión criminal*. III. *La nueva cuestión penal*. IV. *El futuro del derecho penal: Un programa de derecho penal mínimo*.

I. GLOBALIZACIÓN Y CRISIS DEL DERECHO PENAL

DE LA MISMA manera en la que la procuración de justicia enfrenta nuevos y complejos retos en el mundo globalizado, también la criminalidad organizada, está, en efecto, manifestando la perversa tendencia hacia la globalización: en el sentido de que su actividad criminal, por los actos que realiza y los sujetos que involucra, no se desarrolla solamente en un país o en un territorio estatal sino, a la par de las actividades económicas de las grandes empresas multinacionales, a nivel transnacional o, inclusive, planetario. Las preguntas suscitadas por esta globalización del crimen son muchas y todas ellas de enorme importancia: 1. Ante todo, ¿cuáles son las razones del fenómeno? 2. ¿Cuáles son los rasgos y las dimensiones de esta nueva criminalidad? 3. Cómo han reaccionado los sistemas penales de nuestros países frente a esta mutación del fenómeno criminal? Y, finalmente, 4. ¿cuáles mutaciones del sistema penal y del papel del ministerio público deberían ser propuestas como respuesta al desafío de la nueva criminalidad global?

Comencemos por la primera pregunta. Las razones del desarrollo de esta criminalidad son múltiples: la mundialización de las comunicaciones y de la economía no acompañada de una correspondiente mundialización del dere-

* Profesor de Teoría del Derecho en la Università degli Studi di Roma III. Autor de los libros *Derecho y Razón*, *Teoría del garantismo penal*, *Derechos y garantías*, *La ley del más débil*, y *Principia Juris*, *Teoria del diritto e della democrazia*.

cho y de sus técnicas de tutela; el paralelo declive de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica; el desarrollo de nuevas formas de explotación, de discriminación y de agresión a bienes comunes y a los derechos fundamentales.

En pocas palabras, las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general anomia, que en un mundo cada vez más integrado e interdependiente se resuelve en la afirmación de la ley salvaje del más fuerte. Por lo demás es esta ausencia de reglas el rasgo distintivo de la globalización. En efecto, si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar a los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política: no se trata, hay que subrayar, que no se trata de un vacío del derecho, que no puede existir, sino un vacío del derecho público, inevitablemente cubierto plenamente por un derecho privado, es decir por un derecho producido por la autonomía contractual en lugar de la heteronomía legislativa, y que, por ello, refleja inevitablemente la ley del más fuerte.

Esta crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus dos fundamentos legitimadores. ¿En qué consisten estas funciones y estos fundamentos? Me parece, como lo he sostenido en otras ocasiones, que consisten en la minimización de la violencia, tanto la producida por los delitos como la generada por las respuestas informales a los mismos: no solo, por tanto, como se suele entender, en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de las penas informales y excesivas, o sea de las venganzas, así como de la arbitrariedad y de los abusos policiales que serían infligidos en su ausencia. Por ello he definido el derecho penal como la ley del más débil. Es decir, la ley —alternativa a la ley del más fuerte— instituida en tutela de la parte más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la ejecución de la pena es el condenado.

II. LA NUEVA CUESTIÓN CRIMINAL

Pues bien, la crisis actual del derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la

prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar cuestión criminal, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad; y por otro lado, a la que cabe designar cuestión penal, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.

Llegamos así a la segunda pregunta formulada al inicio. Así podemos decir que lo que ha cambiado ante todo es la cuestión criminal. La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades.¹

Sería útil desarrollar la reflexión teórica, además de la investigación empírica, sobre la criminalidad del poder: por un lado analizar, descomponer, inventariar y clasificar sus diversas formas, identificar sus rasgos comunes y sus relaciones con los poderes legales, por otro con la criminalidad ordinaria. Aquí me limitaré a distinguir tres formas de criminalidad del poder, mancomunadas por su carácter de criminalidad organizada: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos; por un lado, por tanto, los poderes criminales, por otro los crímenes del poder, tanto económico como político. No se trata de fenómenos criminales netamente distintos y separados, sino de mundos entrelazados, por las colusiones entre poderes criminales, poderes económicos y poderes institucionales, hechas de complicidades y de recíprocas instrumentalizaciones.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los poderes criminales, es el crimen organizado: el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias y las camorras por otro. La criminalidad organizada, obviamente, ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia

¹ *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, (2001), traducción italiana de M. GUARESCHI, *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Milán, Feltrinelli, 2002, p. 17.

y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional.² Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico en virtud del cual, como lo ha señalado Jean de Maillard, “el más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta”.³

Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores, dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ellas. También la criminalidad organizada presenta una estratificación de clase, pues la pequeña criminalidad empleada es a su vez explotada por la gran criminalidad integrada en los grupos dirigentes. Y desgraciadamente la explotación de la mano de obra criminal se manifiesta también en la discriminación penal: en efecto, solamente el grupo que realiza esta mano de obra —los pequeños vendedores de droga y los ejecutores—, están expuestos a la represión penal; mientras que los jefes, los organizadores, aquellos que obtienen las más gigantescas ganancias, quedan ocultos e impunes, en ocasiones incluso tranquilamente integrados en las clases dirigentes.

La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes poderes económicos transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Es este el tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización. Justamente porque la globalización es un vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes desregulados, que tienen como única regla el beneficio y la auto-acumulación. Por esta misma razón es cada vez más incierto el confin entre este segundo tipo de criminalidad y la de los poderes abier-

² *Ibid*, p. 11, donde se calculan las dimensiones de lavado de dinero en un volumen de negocios que va de los 800 a los 2000 billones de dólares al año. Véanse otros datos en *ibid*, p. 9.

³ *Ibidem*, p. 25.

tamente criminales de tipo mafioso. También esta criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada o acentuada por la globalización. En ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte. No son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus Élités dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando también organizadamente, se pone en acción por los poderes públicos. Aquí nos encontramos, por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes públicos.⁴ El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente muy estrecho. Además de los ya existentes delitos más específicamente públicos: en primer lugar los crímenes contra la humanidad —desde las detenciones arbitrarias hasta las torturas y las desapariciones forzadas— cometidos por fuerzas policiales, fuerzas armadas y servicios secretos desde dentro y fuera de los ordenamientos respectivos; en segundo lugar, la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años 60 y 70, e intentadas también en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; finalmente, las guerras y los crímenes de guerra promovidos, en abierto contraste con la Carta de la ONU y, por lo que respecta a algunos países como Italia, también contra sus constituciones nacionales. Está claro que, como todos los fenómenos criminales, este tipo de criminalidad es una manifestación no solo de desviaciones sociales, sino también de desviaciones institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y, a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de derecho y de la democracia.

Hay tres aspectos de estas nuevas formas de criminalidad del poder que las vuelven gravemente amenazadoras para el futuro mismo de la demo-

⁴ J.F., MALEM SEÑA, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

cracia. El primer aspecto consiste en la tendencia que mantienen hacia la alianza e integración. La economía ilegal y criminal de las mafias no solo ha crecido enormemente en dimensiones en estos años, también tiene una enorme capacidad de contagio. No confina, en cuanto esfera distinta y separada, con la economía legal sino que, al contrario, se integra, o intenta integrarse, en todo caso, con la economía de mercado y con el sistema político intentando corromperlos y controlarlos.

En suma no existe, una frontera rígida entre la economía criminal y la economía legal, sino una cerrada trama de relaciones que se manifiestan en múltiples actos de colusión y de corrupción.

El segundo aspecto que vuelve masivamente amenazadoras estas nuevas formas de criminalidad esta en su carácter organizado y el hecho de que sean practicadas, o por lo menos sostenidas y protegidas, por poderes fuertes, ocultos, a veces subversivos: no por sujetos débiles y marginados sino por sujetos potentes, en posición de dominio. Y esto apunta hacia un cambio profundo en la composición social del fenómeno delictivo. Al menos por lo que hace a la gran criminalidad, sus connotaciones de clase se han invertido. Las verdaderas “clases peligrosas” —como solía llamarse a los grupos marginados y proletarios por las leyes italianas de seguridad pública en la segunda mitad del siglo XIX—⁵ no son ya las clases pobres, sino sobre todo las elites dirigentes, tanto económicas como políticas. La tradicional delincuencia de subsistencia de los marginados es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que directa o indirectamente la alimenta o por lo menos la instrumentaliza y explota.

Hay además una tercera razón que convierte en gravemente peligrosa la criminalidad del poder: el hecho de que, en todas sus variadas formas, atenta contra bienes fundamentales, tanto individuales como colectivos, incluyendo la paz y la democracia. Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes desenfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos. Pero es justamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal la que vuelve más importantes que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal ilustradas en el primer párrafo.

⁵ “Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad” era el título III (artículos 82-108) de la ley número 6144 del 30.6.1889 que retomaba las disposiciones análogas de la ley número 294 del 6.7.1871.

III. LA NUEVA CUESTIÓN PENAL

Paso así a la tercera cuestión que he mencionado al inicio: la cuestión penal, que el cambio de la cuestión criminal nos debería hacer repensar radicalmente, tanto desde el punto de vista de la efectividad como del de las técnicas de tutela y de garantía. ¿Cómo ha reaccionado el sistema penal a la nueva carga de funciones y responsabilidad derivadas del cambio de la cuestión criminal? ¿Qué balance podemos hacer de la función penal hoy en día, en nuestros países? Me parece que el balance es decididamente negativo.

Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal debería ser una mutación de paradigma del derecho penal a la altura de los nuevos desafíos de la globalización. En otras palabras, un cambio que permitiera hacer frente a las nuevas formas de criminalidad del poder y a los peligros y atentados contra los bienes y los derechos fundamentales, que la misma produce. En esta dirección, hay que reconocerlo, el único paso adelante ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Fuera de esa conquista, de enorme importancia, no se ha desarrollado ningún proceso, ni siquiera en forma de tendencia, de globalización del derecho o de los derechos, análogo o por lo menos a la altura de la globalización del crimen.

Se ha producido, por el contrario, una acentuación de las tradicionales características irracionales y clasistas del derecho penal. Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxico-dependientes, los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de “*Mani Pulite*”, ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (*falsi in bilancio*) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales.

Además la deriva inflacionista del derecho penal ha continuado, llevando actualmente —en Italia, pero creo que también en otros países— a la quiebra de la maquinaria judicial. Justamente en una fase de desarrollo de la criminalidad organizada, que hacía necesaria la máxima deflación penal y la concentración de las energías, la administración de justicia está colapsada por la sobrecarga de trabajo inútil, responsable al mismo tiempo de la ineficiencia y de la ausencia de garantías. Piénsese en la desconsiderada

legislación sobre la droga, que se ha revelado como uno de los más potentes factores criminógenos por su alimentación tanto de la micro-criminalidad de subsistencia como de la macro-criminalidad mafiosa del tráfico. Pero piénsese también en todo el enorme derecho penal burocrático, generado por la tendencia a acompañar cada ley con sanciones penales, en parte por la bien conocida ineficiencia de otras formas de control, de tipo político o administrativo, y en parte por el carácter simbólico y declamatorio de la estigmatización penal.

Asistimos, en todos los países de Occidente, a una crisis de sobre-producción del derecho penal, o incluso del derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. En todos estos países las leyes se cuentan actualmente, por decenas de millares, hasta el punto de que nuestros ordenamientos han regresado —a causa del caos normativo, de la multiplicación de las fuentes y de la superposición de las competencias— a la incerteza y a la arbitrariedad propias del derecho jurisprudencial pre-moderno. Y sin embargo, con aparente paradoja, a la inflación legislativa se corresponde la ausencia de reglas, de límites y de controles sobre los grandes poderes económicos transnacionales y sobre los poderes políticos que los alientan. La globalización, como he dicho, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público dentro del que tienen espacio libre formas de poder neo-absolutista cuya única regla es la ley del más fuerte.

El resultado de esta bancarrota es un derecho penal máximo, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y que por ello se encuentra en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal; el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confín entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más a esa forma de subrepticia amnistía que es la prescripción. Sobre todo la bancarrota se manifiesta en el colapso del principio de legalidad, de aquél están en crisis todas las funciones políticas que le son propias en el Estado de derecho: 1. antes que nada la certeza del derecho, que es garantía de la igualdad frente a la ley, y la cognoscibilidad y credibilidad del sistema penal; 2. en segundo lugar la sujeción del juez a la ley que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitra-

riedad y, conjuntamente, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de los poderes; 3. finalmente, la primacía de la legislación, y por tanto de la política y de la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración como de sus lesiones como de sus delitos.

Es claro que una crisis como esa del derecho penal es el signo y el producto de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar, o peor aún a alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad. El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es el de la seguridad. En todos nuestros países —en Italia como en América Latina— la demanda de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente a hacer frente a la criminalidad de subsistencia.

El mensaje político que resulta es de signo descaradamente clasista, y está en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder en todas sus diversas formas. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que hay que prevenir y perseguir es únicamente la callejera y de subsistencia. No, por tanto, las infracciones “de cuello blanco” —las corrupciones, la falsedad en balance, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados contra la salud— sino solamente los hurtos, los robos de coches y de viviendas, y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, desempleados, sujetos marginales, identificados todavía hoy como las únicas “clases peligrosas”. Es una operación que sirve para reforzar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros y de los inmigrantes con los delincuentes y a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el sentido común sobre el derecho penal: que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” —este es el sentido de la operación— y se ocupe por el contrario de los únicos delitos que atentan contra su “seguridad”.

Hay además un segundo mensaje, no menos grave, que se lanza en la campaña por la seguridad. Apunta al cambio en el sentido común del significado mismo de la palabra “seguridad”. No quiere decir “seguridad social”, es decir garantía de la satisfacción de los derechos sociales, y por tanto seguridad del trabajo, de la salud, de la previsión social, de la supervivencia. Quiere decir únicamente “seguridad pública”, conjugada en las formas del orden público de policía en vez de las del Estado social. Y esto justamente porque la seguridad social ha sido agredida por las actuales políticas neoli-

berales y por ello se vuelve necesario compensar el sentimiento difuso de la inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente extracomunitario. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas. Con un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera producir mágicamente una reducción de los delitos callejeros que requeriría por el contrario, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión, políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a remontar las causas estructurales de este tipo de desviación y de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que los experimentos de agravación de las penas.

En efecto los agravamientos punitivos, en estos casos, no tienen ningún efecto disuasorio. Hay un principio teórico elemental, abonado por la experiencia, en el tema de la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: es máximo para delitos como el homicidio, la violencia sobre las personas, la corrupción y los delitos del poder, pero nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxico-dependencia y a la marginación. Al ser una delincuencia originada por la pobreza, por la inseguridad en las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia callejera no es seriamente prevenible con las penas, que aunque sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarles la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de hacerlo a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación. Al contrario, justamente su total ineficacia tiene el único efecto de acrecentar el malestar y la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

IV. EL FUTURO DEL DERECHO PENAL: UN PROGRAMA DE DERECHO PENAL MÍNIMO

¿En consecuencia cuál debería ser, —y así llego a mi cuarta y última pregunta—, una respuesta racional al nuevo problema criminal? Pienso que hoy en día la única respuesta no sólo posible sino también necesaria y urgente

debe ser la de una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de derecho penal mínimo, debería intentar restituir el derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como *extrema ratio*, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales. En esta prospectiva me parece que se pueden formular, sumariamente, tres órdenes de indicaciones.

- 4.1. El primero se refiere a la necesidad de desarrollar, en la perspectiva de la dimensión hoy en día planetaria del “interés general”, una esfera pública mundial y por tanto un derecho penal a la altura de los nuevos fenómenos criminales que debe hacer frente. Precisamente, a la altura de la variada “criminalidad del poder” a la de la *deregulation*, es decir el vacío de derecho en que consiste la globalización, asegura la máxima impunidad. En esta línea, la principal indicación es la defensa, la concreta implementación y el reforzamiento de los medios y de las competencias de esa gran conquista histórica que ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, que todavía no ha entrado seriamente en funciones y que ya ha sido dura y fuertemente cuestionada e incluso sabotada. Las competencias de la Corte, además, deberían ampliarse a muchos otros crímenes, que comparten su carácter transnacional: como el terrorismo internacional, el narcotráfico y el tráfico ilícito de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, los delitos que afectan el ambiente o la salud, los golpes de Estado y las tentativas golpistas, y otros del género; siempre, naturalmente, que estos delitos no sean perseguidos en el territorio en que son cometidos. Pero la globalización de la criminalidad requiere sobre todo, con urgencia, la globalización de las fuerzas y de los instrumentos y técnicas investigadoras: a través, por un lado, de una coordinación a nivel global tanto de las fuerzas de policía como de las actividades relativas a las procuradurías; y por otra parte, a través de la institución de agencias policíacas directamente de nivel transnacional o supranacional. En ambos casos lo que se requiere es la máxima independencia del poder político no sólo de los órganos judiciales, sino también de los órganos de la “Procuración de Justicia”, es decir del Ministerio Público y de las fuerzas de policía. Precisamente los fenómenos, antes ilustrados, de la tendencial integración y colusión entre los poderes criminales, poderes económicos y poderes políti-

cos vuelven indispensable la máxima independencia de los órganos públicos de acción penal. Independencia no quiere decir solamente separación funcional, es decir, la exclusión de toda interferencia de los poderes políticos en el ejercicio de las funciones judiciales, sino también separación orgánica, es decir, la exclusión del nombramiento o de la capacidad de revocación del cargo por parte de los órganos del poder ejecutivo de los magistrados que deben juzgar y de los funcionarios que deben ejercer la persecución penal. Sólo una magistratura totalmente independiente y una policía dependiente de manera exclusiva del Ministerio Público pueden enfrentar con suceso la madeja de intereses y de colusiones con la que hoy está entrelazada cada vez más estrechamente la criminalidad económica organizada.

- 4.2. El segundo orden de indicaciones se refiere al derecho penal sustantivo, y precisamente a su racionalización según el modelo del derecho penal mínimo. Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Solo un derecho penal desburocratizado, limitado como extrema *ratio* únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.

No me detendré sobre las muchas propuestas en que se articula el programa del derecho penal mínimo: la introducción y la actuación del principio de ofensividad tanto en abstracto como en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos castigados con simples penas pecuniarias, por su escasa lesividad; la reducción de los máximos de las penas de arresto y la introducción de penas alternativas a la reclusión; en resumen, la restauración, del modelo acusatorio y de las reglas del debido proceso.⁶

Sin embargo hay dos reformas que quiero señalar aquí: la primera enfocada a reducir la criminalidad; la segunda enfocada a reducir la esfera de la penalidad. El primer orden de reformas se refiere al

⁶ Remito a mi trabajo “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, en U. Curi y G. Palombarini (editores) *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21.

mercado de los que podemos denominar “bienes ilícitos”. Me refiero, en particular, a dos tipos de tráfico. Antes que nada, a la lógica prohibicionista en materia de drogas. Esta lógica, a causa de la incapacidad de los Estados para garantizar la observancia de las prohibiciones, tiene como único efecto dejar el monopolio del mercado de la droga a las organizaciones criminales e incrementar enormemente sus beneficios. La legislación prohibicionista en materia de droga es por ello típicamente criminógena: representa el principal alimento de la gran criminalidad mafiosa del narcotráfico y de la pequeña criminalidad dependiente de la pequeña distribución. El único modo de modificar de raíz este terreno de cultura de la criminalidad es la legalización y por tanto la liberalización controlada de las drogas.

Un discurso opuesto merece el comercio de las armas. Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende por qué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el modo mejor de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no solo por tanto el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica: pero es tal sólo para quienes consideran intocables los intereses de los grandes lobbies de los fabricantes y de los comerciantes de armas y las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas.

Hay además otra reforma, a mi parecer urgente y previa a todas las demás, de la que quiero hablar aunque sea sumariamente: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una reserva de código; entendiendo con esta expresión el principio, que debe consagrarse a nivel constitucional, según el cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procedimientos penales si no es a través de una modificación de los códigos correspondientes aprobada por medio de procedimientos agravados. No se trataría de una simple reforma de los códigos. Se trataría más bien de una recodificación del derecho penal por completo, sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la “*iuris prudentia* o

sabiduría de los jueces” propia del viejo derecho común,⁷ ha sido de hecho disuelta en una legislación caótica e incoherente, cuyo efecto es exactamente el de reproducir, a través del crecimiento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. Frente a esta regresión es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para poner al Código penal y al de procedimientos a salvo del arbitrio y de la volubilidad de nuestros legisladores. El código penal y el de procedimientos se convertirían en textos exhaustivos y conjuntamente exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. Se acrecentaría su capacidad regulativa, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces. La drástica despenalización así generada —a comenzar por ese derecho penal burocrático representado por las faltas o contravenciones y, en general, las infracciones sancionadas con simples penas pecuniarias— sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

Solamente la refundación de la legalidad inducida por la recodificación integral del derecho penal —acompañada de la restauración de todos los principios garantistas, comenzando por los de taxatividad de las figuras del delito y por el de lesividad de bienes y derechos fundamentales— puede por otra parte restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Con aparente paradoja, de hecho, en tanto que la legislación, y por ello la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley, realizando así la prerrogativa constitucional de reserva absoluta de ley, siempre que el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetuosas de las garantías, primera entre todas la de estricta legalidad, idóneas para limitar y vincular a los tribunales. En pocas palabras, en tanto la ley puede ser efectivamente condicionante siempre que esté jurídicamente condicionada. El hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita ningún valor. Que todo esto fuera válido hace dos siglos,

⁷ “No es por tanto esa *juris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial, el Estado y su mandato, el que dicta la ley”, T. Hobbes, *Il Leviatano* (1651), traducción italiana de R. Santi, Bompiani, Milán, 2001, XXVI, p. 439 (hay traducción al castellano de Manuel SÁNCHEZ SARTO, México, FCE, 1940).

cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo vuelve menos válido hoy en día, cuando la inflación legislativa ha hecho regresar prácticamente el sistema penal a la incerteza del derecho premoderno.

- 4.3. El tercer orden de indicaciones se refiere al proceso y al ejercicio de la acción penal. El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los medios y expresa también un reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que aquellos cometidos por personas pudientes.

Creo que la toma de conciencia de esta sistemática discriminación debería, por un lado, orientar la política criminal, que, por el contrario, parece preocupada solamente por apoyar y alimentar con inútiles agravamientos de las penas la alarma hacia los delitos de los pobres. Y debería, por otra parte, entrar a formar parte de la deontología profesional de los jueces que han de garantizar la igualdad y los derechos fundamentales de todos, actuando en estos delitos con una mayor indulgencia equitativa para compensar la objetiva desigualdad y selectividad de la administración de justicia. Solo de esta forma la jurisdicción se abriría a los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, superando el tradicional formalismo y el pretendido tecnicismo que sirven en realidad para cubrir el reflejo burocrático e irresponsable que es propio de todos los aparatos de poder.

Naturalmente, no cabe hacerse ilusiones a corto plazo sobre las perspectivas de una reforma del sistema penal a la altura de los nuevos desafíos, y ni siquiera sobre las políticas criminales racionales alternativas a las políticas demagógicas que actualmente prevalecen. Sin embargo, frente a la crisis de la razón jurídica, no podemos permitirnos ni siquiera un pesimismo resignado. Es verdad que en el estado

actual, a causa de la sordidez de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. A menos que se quiera ocultar las responsabilidades de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica, no hay que confundir, inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” lo que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Al contrario, hay que admitir que de la crisis actual todos somos —legisladores, jueces y juristas— responsables; y que de la superación de la falta de proyecto que aflige tanto a la política como a la cultura jurídica depende el futuro no solo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.