

LA DESIGUALDAD ANTE LA JUSTICIA PENAL Y LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PÚBLICA

LUIGI FERRAJOLI

1. Premisa. Estamos llamados a discutir sobre las dificultades de acceso a la justicia de los sujetos débiles —en pocas palabras, sobre la desigualdad, de hecho, en la tutela y en la garantía de los derechos—; a discutir entre operadores y estudiosos, los defensores públicos, quienes por su experiencia y competencia profesional, por sus específicas funciones y, sobre todo, por la absoluta originalidad, respecto de la experiencia europea, del instituto de la “Defensa Pública”, conocen más y mejor que cualquier otro los enormes problemas de desigualdad y discriminación que integran el objeto de nuestro Congreso; problemas a los cuales la Defensa Pública, en tanto que institución de garantía del derecho a la defensa, representa una de las principales y esenciales respuestas. Volveré más adelante sobre esta cuestión, pero quiero subrayar en este momento la enorme importancia de este instituto, desconocido en la experiencia procesal italiana y europea, y que constituye uno de los grandes méritos de la experiencia jurídica latinoamericana y una extraordinaria lección de civilidad que proviene de vuestro continente.

2. Desigualdades penales. Para tratar nuestro tema debemos partir de un dato de la realidad: la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia. Hablaré, sobre todo, de la desigualdad generada por la pobreza, que es, ciertamente, entre todos los factores de debilidad y vulnerabilidad mencionados en las Reglas de Brasilia, la fuente más grave y vistosa de discriminación. Este es un fenómeno absolutamente evidente en lo que se refiere a la justicia civil, cuyos tiempos larguísimos y costos excesivos se resuelven, para las personas más pobres, en una denegación de justicia. Sin embargo, hoy más que nunca, ello es un rasgo característico también de la justicia penal. Se trata de una desigualdad odiosa, pues ataca el terreno de las libertades fundamentales en todos los momentos decisivos de la intervención penal: desigualdad en la exposición a la intervención punitiva, desigualdad de derechos en el proceso, desigualdad de tratamiento en la ejecución penal.

Distinguiré dos tipos de “desigualdad penal”: a) las desigualdades que tienen su origen inmediato en el derecho penal, y b) las desigualdades que tienen orígenes extrapenales, de tipo económico y social.

Ante todo, están las discriminaciones de los pobres originadas directamente por el derecho penal: son todas aquellas generadas por la estructura normativa, antigarantista y discriminatoria de la legislación, de la jurisdicción y de la ejecución penal, y que se manifiestan en las diversas formas de subjetivización de los presupuestos de la pena: ya no el tipo de acción sino el tipo de autor o de imputado o de detenido. Piénsese en los aumentos de pena para los reincidentes, más que nada en lo referente a los delitos patrimoniales de la calle o de subsistencia. Piénsese también en el desarrollo de los ritos alternativos, en virtud de los cuales el debate se ha convertido en un lujo reservado para aquellos que disponen de costosas defensas. En fin, piénsese, en cuanto a la ejecución de la pena, en las desigualdades en la concesión de beneficios —desde el trabajo externo a la semilibertad, desde la suspensión de la condena a prueba a la libertad condicional— ligada, inevitablemente, más que a la buena conducta, a criterios tales como las posibilidades de ocupación, la familia, el nivel de educación y similares, que ciertamente excluyen, por ejemplo, a los inmigrantes clandestinos, y que reproducen y acentúan las desigualdades sociales y de oportunidad.

Luego, están las desigualdades penales que son consecuencia de las desigualdades económicas y sociales. Piénsese sólo en las desigualdades en el derecho de defensa, que en Italia y, más en general, en todos los países privados del instituto de la defensa pública, es el único derecho fundamental costoso para quien es su titular. Piénsese también, por otro lado, en la actitud burocrática de la jurisdicción: rápida y severamente represiva cada vez que debe tratar la pequeña criminalidad de subsistencia; lenta e ineficiente frente a las grandes investigaciones sobre la criminalidad organizada y los delitos económicos, frecuentemente destinados a la prescripción. También en los procesos contra el crimen organizado —desde la criminalidad mafiosa del narcotráfico a la criminalidad terrorista— la represión penal generalmente termina golpeando, únicamente, la mano de obra que es reclutada por las organizaciones criminales entre los sujetos débiles y marginados, cuyas condiciones de miseria y necesidad, de ignorancia y fanatismo, son aprovechadas por aquellas organizaciones. En efecto, también la criminalidad organizada presenta una estratificación de clase, siendo la pequeña criminalidad empleada y explotada por la gran criminalidad, la cual, a su vez, se halla integrada por grupos dirigentes históricamente inmunes a la intervención penal.

Agrego que las dos desigualdades —aquella de derivación directamente penal y aquella de origen extrapenal y social— influyen

sobre las mismas categorías de sujetos, aquellos socialmente más débiles, y son determinadas por un mismo factor: la ausencia o la debilidad —en el primer caso, sobre el plano directamente normativo; en el segundo, sobre el plano de la práctica efectiva— de las garantías penales y procesales y, más en general, la desigualdad en las garantías de todos los demás derechos fundamentales.

El resultado de semejante y creciente desigualdad es el carácter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales: desde Italia hasta la Argentina y Brasil y a los otros países latinoamericanos; desde Estados Unidos hasta los demás países europeos. Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no únicamente, al menos en su mayor parte —tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países— por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico—dependientes, detenidos por pequeños delitos contra el patrimonio. En todo el mundo asistimos a un crecimiento exponencial del fenómeno de la prisionización. El fenómeno, como se sabe, ha adquirido dimensiones sin precedentes en los Estados Unidos, donde el número de detenidos es de alrededor de dos millones y medio: uno cada cien habitantes; diez veces mayor que en Europa, ocho veces más que en los Estados Unidos de hace treinta años. Pero la tasa de presos ha crecido también, si bien en medida incomparablemente inferior, en Europa y América Latina. Se trata, como ha sido observado, de una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados “diferentes” —el extranjero, el islámico, el inmigrante clandestino— bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad.

3. Criminalización y prisionización en masa de la pobreza. Impunidad de los crímenes del poder. Evidentemente, en el origen de estos procesos se hallan políticas penales que son tan indiferentes a las causas estructurales de los fenómenos criminales como promotoras de un derecho penal máximo y desigual, que desconoce las garantías. Se trata de políticas interesadas solamente en reflejar y secundar, y por ello mismo en alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad. El lugar privilegiado de esta política es el de la seguridad. Las estadísticas históricas sobre la criminalidad demuestran que el número de los delitos, especialmente en contra de las personas —homicidios, violencias, violaciones, lesiones— ha disminuido, en proporción a la población, respecto a décadas pasadas y más aún respecto a un siglo atrás. En Italia, por ejemplo, el número de los homicidios, que en la segunda mitad del siglo XIX llegaba a cinco mil al año, y en los años cincuenta a dos mil al año, bajó el año pasado a 601, siendo que la población italiana es casi el doble respecto

al siglo pasado. También las lesiones disminuyeron, en dos tercios, en los últimos cincuenta años, y lo mismo ocurrió con los delitos sexuales, aun cuando en la actualidad seguramente ha disminuido la cifra negra de los ataques sexuales no denunciados. Finalmente, los robos y los hurtos, en Italia, han disminuido radicalmente.

Sin embargo en Italia, como creo también, en Argentina y en los demás países occidentales, creció la percepción de inseguridad y se desarrolló una demanda drogada de seguridad, enfatizada y propagada por los medios de comunicación, en particular por esa fábrica del miedo en que se ha convertido la televisión. Se trata de un miedo que, en gran parte, es construido. En contraste con la disminución objetiva de la criminalidad, las estadísticas nos revelan, de hecho, que el tiempo dedicado por los noticieros a la crónica de los delitos, se ha más que duplicado en los últimos cuatro años, y que la mayor parte de los noticieros comienzan justamente con las crónicas negras. Estos datos crecieron de modo exponencial durante la campaña electoral, ganada no casualmente por la derecha, que cabalgó sin frenos la política del miedo, prometiendo un recrudecimiento de los castigos, orientados únicamente contra la que he denominado “criminalidad de subsistencia”.

El mensaje expresado por esta política demagógica es doble. El primer mensaje, en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder, es el clasista, según el cual la verdadera criminalidad —la verdadera criminalidad que atenta contra la “seguridad” y que es necesario prevenir y perseguir— es únicamente la criminalidad de la calle; es decir, no las infracciones delictivas cometidas por los poderosos —la corrupción, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del medio ambiente y los atentados a la salud—, sino solamente las rapiñas, los robos de autos o en propiedades, el menudeo de drogas, cometidos por inmigrantes, desocupados y marginados, identificados todavía hoy en día como las únicas “clases peligrosas”. Es un mensaje que tiende a inocular en la opinión pública la concepción clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros o de los inmigrantes, a los delincuentes y, por lo tanto, a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal: para que la justicia penal deje de perseguir los delitos de las “personas de bien” y se ocupe —cosa además muy fácil— sólo de los delitos que atentan contra “su” seguridad.

Luego, hay un segundo mensaje, aún más regresivo, transmitido por las campañas sobre la seguridad. Este mensaje apunta a cambiar, en el sentido común, el significado mismo de la palabra “seguridad”: que no quiere decir más, en el léxico político, “seguridad social” —es decir, garantía de los derechos sociales y, por lo tanto, seguridad en el

trabajo, en la salud, en la previsión social y en la supervivencia—, ni muchos menos seguridad en las libertades individuales frente a las arbitrariedades policiales, sino, solamente, “seguridad pública”, realizada únicamente en las formas del orden público de policía, antes que en las formas del Estado de derecho, sea liberal o social.

Habiendo sido agredida la seguridad social por obra de las políticas de reducción del Estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de la inseguridad social, con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente de color o extracomunitario. Se trata del viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar, sobre el pequeño delincuente, los miedos, las frustraciones y las tensiones sociales irresolutas. Ello, con un doble efecto: por un lado, la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera, mágicamente, eliminar la microdelincuencia, y, por el otro lado, la remoción, del horizonte de la política, de las políticas sociales de inclusión, que ciertamente son más costosas y comprometedoras pero que también son las únicas en condiciones de atacar y reducir las causas estructurales de aquella microdelincuencia.

Este es el doble significado de la palabra de orden “tolerancia cero”: expresión insensata, que expresa una utopía reaccionaria, pues la eliminación de los delitos es imposible y sólo puede provocar una involución totalitaria del sistema político. Sobre la base de esta palabra de orden absurda, se promovió, en estos últimos veinte años, el crecimiento exponencial de la prisionización, que afectó exclusivamente a los sectores pobres y marginales. De este modo, el derecho penal —que en su modelo normativo es, al menos, el lugar de la igualdad formal ante la ley— se convirtió en el lugar de la máxima desigualdad y discriminación. No sólo reproduce las desigualdades presentes en la sociedad, introyectando sus estereotipos clasistas y racistas del delincuente “social”, además de “natural”, sino que ya ha codificado discriminaciones y privilegios jurídicos con políticas legislativas tan severas con la delincuencia de la calle como indulgentes con aquella del poder. Piénsese sólo, en el caso de Italia, en la edificación de un entero *corpus iuris ad personam*, dirigido a paralizar los varios procesos existentes contra el presidente del consejo, en forma simultánea a una campaña de denigración de los jueces, acusados de politización justamente cuando, tomando el principio de la igualdad ante la ley, habían dejado de estar condicionados por la política.

De este modo, se está produciendo, de un modo mucho más marcado que en el pasado, una duplicación del derecho penal: derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados. Mientras que, frente a

la delincuencia de cuello blanco, la justicia es muy frecuentemente impotente —piénsese sólo en la prescripción perseguida sistemáticamente en estos procesos por aguerridos defensores—, frente a la delincuencia de la calle y de subsistencia la justicia penal está informada únicamente por la finalidad de exclusión.

El modelo es aquel estadounidense del *three strikes and you're out*, en virtud del cual se aplica un enorme incremento de pena al tercer delito, junto con varias medidas dirigidas a impedir reducciones de pena o el acceso a medidas alternativas. Piénsese, en el caso de Italia, en los grandes aumentos de pena para los reincidentes previstos por la ley Cirielli, sobre la base del ejemplo de los Estados Unidos; simultáneamente, piénsese en la reducción de los plazos de prescripción para los delitos societarios, destinados así a que aquélla ocurra. Piénsese, también, en las penas severísimas —que van de 1 a 4 años de reclusión— para el extranjero que contraviene la orden de expulsión; además, y sobre todo, piénsese en las propuestas actuales del gobierno italiano de derecha, de introducir el delito de inmigración clandestina, lo cual producirá la condición de delincuente en quienquiera que entre ilegalmente al país y que, en su formulación inicial, concebida con referencia a los actuales setecientos mil inmigrantes clandestinos, era directamente concebido como un monstruoso delito de *status*; no obstante que por el principio de irretroactividad no podría aplicarse a quienes ya ingresaron a Italia con anterioridad a la ley.

En todos estos casos tenemos, evidentemente, una subjetivización del derecho penal, mucho más como derecho de autor que como derecho de acto: reincidentes, inmigrantes clandestinos, responsables de delitos societarios camino a la prescripción, corresponden claramente a otros tantos tipos de autor, reconocibles por sus connotaciones inconfundiblemente clasistas. De ello se sigue un fracaso de la racionalidad penal en las dos funciones que forman las razones y justificaciones del derecho penal: ya sea en las funciones de prevención y defensa social en los procedimientos contra los crímenes del poder, ya sea en las funciones de garantía individual en los procedimientos —generalmente sumarios— contra la delincuencia de subsistencia.

Existe, en efecto, un principio teórico elemental en materia de capacidad de prevención del derecho penal, que es convalidado por la experiencia. El efecto disuasorio de las penas y su recrudecimiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: ello es máximo para los delitos como el homicidio, o de violencia contra las personas, o la corrupción y los delitos del poder, mientras que es nulo o casi nulo para los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la indigencia, a la

tóxico-dependencia o a la marginación. *Ad impossibilia nemo tenetur*: en cuanto más se origina la criminalidad en la miseria, menos resulta ella prevenible con las penas. Por ello, la eficacia disuasoria del derecho penal, mientras que es máxima frente a la criminalidad no necesitada de los “cuellos blancos”, que prospera exactamente en la medida de su impunidad, es nula frente a la criminalidad de subsistencia. Este tipo de delincuencia, en la medida en que se origina en la miseria, en la inseguridad de las condiciones de vida o, peor aún, en la tóxico-dependencia, no es seriamente prevenible con las penas, que aun cuando severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente, la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar la venganza privada. Pero es ilusorio confiar a ella la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de confiar tal tarea a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación.

4. *Dos indicaciones garantistas*. Se revelan, de este modo, sobre el terreno del derecho penal, la complementariedad y la convergencia que se dan entre garantismo liberal y garantismo social, entre las garantías penales y procesales y las garantías de los derechos sociales, entre seguridad penal y seguridad social. La ausencia de las garantías sociales de la ocupación y de la subsistencia, es la causa principal de la que he llamado “delincuencia de subsistencia”. Por ello, la prevención de este tipo de delincuencia requiere de *políticas sociales*, antes que *políticas penales*: políticas de inclusión, antes que políticas de exclusión. Requiere, precisamente, que se desarrollen efectivas garantías del trabajo, de la educación, de la previsión y, más en general, una política dirigida a “destruir” aquello que Carlos Marx denominó “los lugares antisociales de nacimiento del delito” y a asegurar “a cada uno el espacio social para la manifestación social de su vida”. Allí donde no existe garantía de los mínimos vitales, no hay integración, sino más bien exclusión y marginación, y toda forma de exclusión impide la formación y el desarrollo del sentimiento cívico de pertenencia y la comprensión misma, antes que el acuerdo, en torno al valor de la legalidad, que forman los primeros e indispensables factores de prevención de la delincuencia.

Esta es la primera indicación que puede derivarse del análisis de las formas actuales de la criminalidad y del estado actual de la justicia penal en nuestros países. Una política racional, no demagógica, que sinceramente aspire a la prevención de los delitos y, a la vez, a la garantía de los derechos fundamentales de todos, debe considerar la justicia penal como una *extrema ratio*. La verdadera prevención de la delincuencia es una prevención pre-penal, antes que penal. Se produce con el desarrollo de la educación elemental, con la satisfacción de los mínimos vitales, con la construcción —en breve— del entero

sistema de las garantías del cual depende la efectividad de la democracia. De hecho, existe una correlación biunívoca entre garantismo y democracia. El garantismo, como tantas otras veces he sostenido, es la otra cara del constitucionalismo y de la democracia, cuya máxima efectividad asegura. Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales, correspondientes a otras tantas dimensiones de la democracia (la dimensión política, la civil, la liberal y la social)— requieren, para ser efectivos, leyes de actuación que introduzcan las respectivas garantías, en ausencia de las cuales aquéllos permanecen en el papel, como derechos de papel. Los derechos sociales a la educación y a la salud serían meros *flatus vocis* si no estuviesen garantizados por la institución obligatoria de escuelas y hospitales. Hasta el derecho a la vida quedaría inefectivo si no fuesen introducidas la garantía primaria de la prohibición del homicidio y la garantía secundaria de la punición. Por eso, la entera democracia —nuestras democracias nacionales, pero también una posible democracia cosmopolítica— puede ser concebida como una larga, laboriosa, compleja y siempre imperfecta construcción jurídica, además de política y social: una construcción cuyo diseño y proyecto es proporcionado por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, pero cuya estructura y muros maestros son proporcionados por el conjunto de las garantías, de funciones y de instituciones de garantía que aseguran el máximo grado posible de efectividad de aquellos derechos.

Todo esto vale también para el derecho penal, que forma una parte importante, esencial, de la democracia constitucional y, precisamente, de su dimensión liberal. Arribo así a la segunda indicación que surge del análisis desarrollado hasta aquí: el nexo entre garantismo penal, igualdad y democracia. Igualdad penal y garantismo penal son valores no sólo conectados entre sí, sino en gran parte equivalentes, en el sentido que se implican mutuamente. Ello vale para todo el garantismo, que generalmente es conjugado con los derechos fundamentales y, en particular, con los derechos de libertad, pero que se conjuga también con el principio de igualdad, que no es otra cosa que la afirmación de la igualdad *en droits* —no sólo en los derechos de libertad, sino también en los derechos sociales—; precisamente, aquellos derechos fundamentales son, a diferencia de los patrimoniales, derechos universales reconocidos a todos en igual forma y medida. Esto vale, en particular, para el derecho penal, donde todas las garantías, sean penales o procesales, pueden ser expresadas en términos de igualdad: precisamente, como garantías de la no punición del inocente y del igual tratamiento del culpable, contra el arbitrio punitivo, que por naturaleza es selectivo y discriminatorio.

Este nexo entre igualdad y garantismo puede ser hallado en los tres elementos de la fenomenología del derecho penal —el *delito*, el *proceso* y la *pena*— y en los tres momentos de la intervención punitiva: el de la *legislación*, el de la *jurisdicción* y el de la *ejecución penal*. Aquél se funda sobre lo que podemos considerar el fundamento del garantismo penal: el principio de “estricta legalidad”, en virtud del cual culpabilidad, juicio y pena pueden referirse sólo a *lo que se hizo* y no a *lo que se es*; sólo a los hechos cometidos por la persona y taxativamente previstos como delitos, y no a las identidades desviadas, criminales o peligrosas de sus autores. En suma, todas las personas son iguales penalmente en la medida en que sólo aquello que hacen, y no aquello que son, se halle previsto por la ley y sea comprobado y castigado por el juez como delito. Así, pueden configurarse, en función de este paradigma, sólo acciones a-normales, pero no personas a-normales, sólo tipos penales de acto, y no tipos penales de autor. Sólo de este modo el juicio asume el carácter de un procedimiento cognoscitivo antes que dispositivo, en condiciones de arribar a una verificación o a una refutación de la hipótesis acusatoria.

5. El rol garantista de la defensa pública. Si esto es verdad, se entiende el rol esencial, como condición de credibilidad del derecho penal, que tiene el derecho de defensa a la refutación de la acusación. Y se entiende, consiguientemente, el valor de la garantía de tal derecho, constituida por la “defensa pública” de vuestro modelo, experimentado en Argentina y en los demás países de América Latina. Identificaré, brevemente, tres fundamentos teóricos y axiológicos de este instituto.

El primer fundamento es el carácter de *derecho fundamental* y, por ello, universal del derecho de defensa, cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si se tratase de un derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública. En suma, debe ser asegurada por el Estado, cada vez que el imputado no decida elegir un defensor de confianza.

El segundo fundamento es el *interés público*, que no es sólo el interés en la condena de los culpables, sino también en la protección de los inocentes. Es más, justamente porque el acusado goza de la presunción constitucional de no culpabilidad, es esta presunción la que, hasta prueba en contrario, debe ser garantizada por la esfera pública.

El tercer fundamento reside en la naturaleza *cognoscitiva*, antes que potestativa, del proceso penal, como fundamento de legitimación del poder judicial: la legitimidad de una sentencia, a diferencia de lo que ocurre con respecto a cualquier otro proveído, depende úni-

camente de la verdad procesal de sus presupuestos. Pero la garantía de esta naturaleza cognoscitiva —en breve, la garantía de la correcta comprobación de una verdad semejante— depende de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de las hipótesis acusatorias, a través de su efectiva exposición a confutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a aquellos de la acusación pública.

Es cierto que este instituto tiene un costo para las arcas del Estado. Pero todos los derechos fundamentales cuestan, y es en su tutela que reside la razón social de la esfera pública en la democracia constitucional. Diría que ello vale, todavía más, para los costos requeridos por la garantía de ese especial derecho de todos que es el derecho de defensa, puesto que es el Estado, a través del ministerio público fiscal, el que lleva a un ciudadano a juicio. Por ello, es doblemente inicuo que el ciudadano acusado, y sin embargo presunto inocente, deba no sólo sufrir las penas de un proceso —las incomodidades materiales y morales, la ofensa a la propia reputación— sino que deba además, no obstante su derecho fundamental de defensa, solventar los gastos del juicio, que bien podría concluirse con un pronunciamiento de absolución.

Pues bien, si reconocemos que la defensa de confianza es, de hecho, un lujo reservado a quienes pueden pagar costosos abogados, mientras que la defensa de oficio es inidónea para garantizar efectividad al derecho de defensa, debemos reconocer entonces que la ausencia de la garantía de tal derecho equivale a una laguna insostenible de nuestro sistema procesal. Y debemos reconocer, además, que esta laguna, es decir la falta de defensa, termina por volver vanas todas las otras garantías del correcto proceso. Ello así pues sólo la defensa permite no sólo contradecir las pruebas de la acusación y aducir contrapruebas, sino también denunciar e impedir las incorrecciones y abusos de aquélla, plantear nulidades e irregularidades procesales, en fin, defender al ciudadano de aquel terrible poder, tal como lo llamó Montesquieu, que es el poder judicial. En suma, es en el terreno de la defensa que se mide, más que en cualquier otro, la vigencia de las garantías penales y procesales y, por otro lado, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Esta es la desigualdad más odiosa, porque se suma a las desigualdades económicas y materiales, porque es un multiplicador de las características clasistas de la justicia penal, orientada, sobre todo, únicamente contra la criminalidad de la calle y de subsistencia. Finalmente, es la desigualdad más odiosa porque se resuelve en una desigualdad en las libertades fundamentales y, por ello, en una discriminación y en una ofensa a la dignidad del ciudadano.

De este modo, se entiende cómo la defensa pública —la presencia de un magistrado del ministerio público de la defensa— representa

una garantía fundamental del correcto proceso, idónea para reducir la desigualdad penal ante la ley, así como para remover la total inefectividad para los pobres del derecho fundamental de defensa y para asegurar lo más posible la paridad entre defensa y acusación y, por ello, el derecho a la refutación, es decir, aquella refutabilidad de la hipótesis acusatoria que representa una condición necesaria del carácter cognoscitivo del juicio.

6. *El futuro del garantismo y del constitucionalismo democrático.*

Si todo esto es verdad, debemos reconocer que desde vuestros países —desde Argentina, Brasil, Guatemala, República Dominicana y los demás países latinoamericanos en los que existe el instituto de la defensa pública— llega a Europa una gran lección de civilidad jurídica. En Italia, como en muchos otros países europeos, la garantía de la defensa se limita —para los carenciados por encima del nivel de pobreza que no tienen derecho al “patrocino gratuito”— a aquel simulacro de defensa que es la asistencia de un “defensor de oficio”, designado por la oficina judicial y, generalmente, no comprometido y cansadamente dispuesto sólo a una defensa ritual y burocrática, pues no tiene interés alguno en el destino de su defendido. Hacer conocer en Europa el instituto latinoamericano de la defensa pública, documentar su eficiencia y el rol de garantía, sobre la base de vuestra experiencia, representa, creo yo, una de las principales tareas que deben cumplir los penalistas y los procesalistas europeos. Bajo esta perspectiva, hace dos años organizamos en Roma, junto con Alberto Filippi y María Fernanda López Puleio, un congreso ítalo-argentino sobre el instituto de la defensa pública, en el cual participaron Stella Maris Martínez, Daniel Erbetta, Joaquín Da Rocha, Luis Niño y el diputado Remo Carlotto, a quienes deseo agradecer. Mi esperanza es que la lucha común por el derecho y por los derechos, llevada a cabo por la cultura jurídica progresista tanto europea como latinoamericana, pueda servir para defender y reforzar, también en materia penal, los edificios, todavía muy frágiles e incompletos, de nuestras democracias constitucionales.

La cultura jurídica —de los juristas y de los operadores del derecho— tiene, en efecto, un rol mucho más grande de lo que parece en la construcción de la democracia: un rol, por así decir, preformativo frente al derecho mismo, pues el derecho es un mundo artificial de signos y significados. Es el lenguaje necesario para tematizar los problemas políticos y sociales: para nombrarlos, clarificarlos y precisar sus términos, articular sus múltiples aspectos y proyectar las soluciones concretas y posibles. Y, por ello, el derecho es tal como lo pensamos, lo teorizamos, lo proyectamos, lo interpretamos, lo aplicamos, lo defendemos y lo transformamos, de modo que todos —y nosotros los juristas en primer lugar— llevamos una parte de la responsabilidad por cómo es. Hay una paradoja epistemológica que caracteriza

las disciplinas jurídicas: el horizonte del jurista no es el del simple espectador, formamos parte del universo que describimos y contribuimos a construirlo con nuestras mismas teorías y con nuestras mismas operaciones: con nuestros análisis, con las interpretaciones y las aplicaciones que realizamos de las normas jurídicas, con nuestras críticas y nuestras propuestas.

Todo esto vale hoy no sólo para las democracias nacionales, sino también para la perspectiva de una democracia supranacional y cosmopolita, respecto a la cual es más que fecundo el intercambio y el compromiso común de juristas de diversos países. Por ello, quiero concluir hablando de un último orden de problemas que nuestro Congreso, dedicado a las desigualdades en la garantía de los derechos de las que son víctimas los sujetos débiles, no puede ignorar: las enormes, crecientes, intolerables desigualdades y discriminaciones que se desarrollaron a nivel global, en contraste con aquel embrión de constitución del mundo que está constituido por la Carta de la ONU y las tantas cartas y convenciones sobre derechos humanos. Muchos teóricos y filósofos del derecho y de la política que se autodefinen como “realistas”, piensan que estas desigualdades son inevitables e insuperables, que el proyecto de una democracia cosmopolita fundada sobre la igualdad de todos los seres humanos y sobre la garantía de los derechos fundamentales establecidos en tantas cartas internacionales, es una utopía irrealizable.

Yo creo, en cambio, contra el realismo representado por estos filósofos del derecho y de la política, que la verdadera oposición que hoy nos divide no es aquella entre realismo y utopismo, sino entre realismo de los tiempos breves y realismo de los tiempos largos. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia: se ha calculado que la diferencia de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se convirtió en 1 a 72 en 1992, y que menos de 300 millonarios en dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, que tres mil millones de personas. Por otro lado, la humanidad es hoy, en su conjunto, enormemente más rica que en el pasado, pero también es mucho más pobre si consideramos masas inmensas y en constante aumento de seres humanos. Por cierto, en el plano jurídico y abstracto los hombres son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, en virtud de las tantas cartas de derechos; pero también son incomparablemente más desiguales en los hechos. El “tiempo de los derechos” —para usar la conocida expresión de Norberto Bobbio— es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad más profunda e intolerable.

Por ello, la hipótesis más irrealista es que la realidad pueda continuar indefinidamente así como está: que el Occidente rico pueda

continuar indefinidamente basando sus confortables y despreocupados estilos de vida sobre el hambre y la miseria del resto del mundo, que la presión de los excluidos en sus fronteras pueda ser enfrentada con leyes discriminatorias y racistas sin que con ello resulten descalificadas y corrompidas nuestras democracias; que se puede continuar declarando decentemente como “valores del Occidente” los principios indivisibles de la igualdad, de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, mientras estos principios continúan siendo clamorosamente violados en gran parte del mundo, de acuerdo a las estadísticas sobre los millones de muertos que se producen por año por falta de agua y de alimentación de base o de fármacos banales salvavidas.

De modo realista, todo esto no puede durar. Aun cuando irrealista en los tiempos breves, como demuestran los tantos fracasos de la ONU en estos últimos años, el proyecto jurídico de un constitucionalismo global, delineado por la Carta de la ONU y las tantas Declaraciones y cartas sobre derechos humanos, representa, a largo plazo, la única alternativa realista a un futuro de guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismos, conflictos interétnicos, atentados terroristas, crecimiento del hambre y de la miseria, que se producirían en caso de que aquel fracasara. Luego de la frustración de las grandes esperanzas y utopías revolucionarias del siglo pasado, fundadas sobre la desvaloración “realista” del derecho, debemos reconocer que no existen alternativas realistas al derecho. Es la misma Declaración de 1948 la que, desde su preámbulo, identifica, de manera realista, en la violación de los derechos humanos, el principal peligro de guerra, terrorismo y violencia.

De ello se deriva una gran responsabilidad para la cultura jurídica y política. De la cultura jurídica depende también el “cómo es” y el “cómo será” del derecho y, sobre todo, que el derecho —tanto el constitucional como el internacional— sea tomado en serio. Por lo demás, la ciencia jurídica jamás se limitó a conocer y comentar el derecho vigente, sino que siempre ha proyectado su desarrollo y diseñado sus estructuras. Así ha sido para el Estado nacional soberano y, luego, para el Estado de derecho y para nuestras aún frágiles democracias. No hay razón para pensar que no será así para el derecho y para las relaciones internacionales: tanto más cuando el paradigma de una democracia cosmopolita, garante de la paz y de los derechos humanos, inscripto en las tantas cartas constitucionales e internacionales, corresponde ya a las expectativas y al sentido común que cada vez se afirman más a medida que crecen las interdependencias del mundo.

