

## CAPÍTULO PRIMERO

# BIOPOLÍTICA Y GARANTISMO EN MÉXICO

Bernardo BOLAÑOS GUERRA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Garantismo y biopolítica en Italia*. III. *Los años de plomo en Italia (1960-1981)*. IV. *Luigi Ferrajoli*. V. *Biopolítica italiana: Ferrajoli, Negri y Agamben*. VI. *Recepción del garantismo y la biopolítica en México*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo mostraremos la gran influencia de dos corrientes teóricas italianas en México a principios del siglo XXI: la teoría penal garantista y la biopolítica. Sostendremos que, dado que la narcoguerra actual en México no es un fenómeno análogo a los años del terrorismo en Italia, la teoría garantista no ha sido totalmente adecuada para abordar la situación de México durante esta última década, y, sin embargo, ésta ha influenciado considerablemente al país y a las reformas constitucionales.<sup>1</sup> Otras corrientes de la filosofía jurídico-política italiana, particularmente la biopolítica, han acompañado el auge del formalismo garantista en México.<sup>2</sup> Mientras que el garantismo ofrece una propuesta institucional, la biopolítica ha servido de pensamiento crítico de la violencia que ha abierto el camino a la reforma penal.

El garantismo es, como veremos, una especie de formalismo jurídico. El formalismo se caracteriza por afirmar la completud y coherencia de

---

\* Profesor de Filosofía y de Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana, Cuajimalpa.

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011; Ruiz Saldaña, José Roberto, *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli* (tesis doctoral), Madrid, Universidad Carlos III, 2011. Cfr. También las revistas de Javier Sicilia, activista del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, *Conspiratio e Ixtus*.

<sup>2</sup> Diéguez, Ileana, *Cuerpos sin duelo. Iconografías y teatralidades del dolor*, Monterrey, UANL, 2013; González Rodríguez, Sergio, *Campo de guerra*, Barcelona, Anagrama, 2014.

los sistemas jurídicos y, como consecuencia, el autocontrol judicial (*judicial restraint*) y la postulación de soluciones correctas a cada problema jurídico.<sup>3</sup> Por su parte, el garantismo es, como veremos, la teoría jurídica inspirada originalmente en la obra de Luigi Ferrajoli, que afirma la posibilidad de que los jueces defiendan los derechos fundamentales mediante la aplicación deductiva de las garantías implícitas en el orden constitucional, sin recurrir a la ponderación discrecional. El garantismo ha inspirado buena parte de la reforma penal mexicana de 2008, que no entró en vigor inmediatamente, sino en 2016, así como de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Pero llamaremos, con otros autores, “hipergarantismo” o “garantismo extremo” a la versión fuerte de esa teoría: “normas que teóricamente están destinadas a proteger a los ciudadanos pero que, de forma paradójica, tienen el efecto contrario al que se pretende, pues desamparan al ciudadano porque dejan inermes a las instituciones del Estado que se ven imposibilitadas para cumplir con su tarea”.<sup>4</sup> Entre otros excesos, el hipergarantismo justifica la existencia de falsos negativos (verdaderos criminales declarados inocentes) por violaciones menores a las normas jurídicas o a las reglas acerca de los estándares de prueba.

¿Qué es biopolítica? Foucault lo resume con un juego de palabras: antes los reyes hacían morir a los condenados, pero dejaban a la gente vivir libremente. Ahora los gobernantes hacen vivir a las personas de la manera que ellos desean, pero dejan morir libremente a los que sobran. Este último periodo es el de la biopolítica. Para algunos, el enfoque carece de rigor, y se trata de una mera teoría de la conspiración;<sup>5</sup> para otros, de un enfoque crítico en las ciencias sociales.

La conexión entre el garantismo penal y la biopolítica parece ser meramente contingente. Ambas teorías tuvieron gran importancia durante los setenta del siglo XX en Italia, y la tienen en México a principios del siglo XXI. Nuestra hipótesis es que en México la combinación de ellas ha producido dos fenómenos concatenados: primero, la crítica radical del sistema jurídico que produjo; segundo, la instauración improvisada del nuevo siste-

<sup>3</sup> Shapiro Scott, J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013, pp. 234-258.

<sup>4</sup> Castresana, Carlos, *Hipergarantismo: el caso de Guatemala*, México, Inacipe, 2017, p. 40. Véase Aguilera García, E. R., “¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”, *Isonomía*, núm. 40, 2014, pp. 61-93; Servet, V. M., “La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 54, 2008, pp. 78-92.

<sup>5</sup> Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 24 y 25.

ma garantista. Como corolario, las víctimas de los delitos vieron aumentar la impunidad.

## II. GARANTISMO Y BIOPOLÍTICA EN ITALIA

La biopolítica difiere de la filosofía política angloamericana como el cine de Fellini o el de Tarkovsky difieren del cine de Hollywood. En la industria hollywoodense, para lograr suspenso se provoca en el espectador la pregunta: “¿Qué va a pasar?” (¿el detective resolverá el misterio?, ¿el villano será capturado?). En Fellini o Tarkovsky, en cambio, la pregunta que nos motiva es: “¿Qué está pasando?” (quiero entender dónde están los personajes: ¿en un circo o en un sueño?). Igual ocurre en la filosofía política angloamericana y en la biopolítica, respectivamente. Los filósofos liberales anglosajones se preguntan: ¿qué va a pasar con las sociedades ante la guerra fría, ante la globalización?, ¿es prioritaria la libertad o la igualdad? Rawls no titula su obra maestra: *¿qué es la justicia?*, sino, *Una teoría de la justicia*. En cambio, los lectores de Foucault, de Deleuze o de Agamben sí se enfrentan a libros como: *¿qué es un dispositivo?*, *¿qué es la filosofía?*, *¿qué es lo contemporáneo?*, o *¿qué es la Ilustración?* En los libros de Foucault vamos asimilando la mirada del autor en la medida en que comprendemos lo que él llama anatompolítica, biopolítica, sociedad disciplinaria, sociedad de control.

Entre los máximos exponentes de la biopolítica en Italia se encuentran Antonio Negri y Giorgio Agamben. El primero considera que el “imperio” o “biopoder”, formado por potencias estatales, empresas transnacionales y las ONG, busca controlar la vida humana y debe ser enfrentado por la multitud o humanidad no regimentada. Esta última debe ejercer una biopolítica afirmativa. Agamben, por su parte, difiere de Foucault, y cree que la biopolítica es anterior a la época moderna y consiste en la facultad del soberano de decidir la excepción al derecho, de modo que en la antigüedad se podía matar sin proceso al *homo sacer*, y en la actualidad es posible exterminar a minorías enteras en campos de exterminio. Todos estos autores italianos conforman un ejemplo significativo de pensamiento crítico radical contemporáneo, distinto de los filósofos liberales, como Rawls y el último Habermas, más institucionales y ubicados en el centro político.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> El caso de Foucault es interesante. A veces considerado un pensador radical, en realidad en su última etapa elogió la socialdemocracia alemana y criticó a la izquierda radical. Los biopolíticos italianos Agamben, Negri, Federici y Virno importaron la biopolítica de Francia y la alejaron del pensamiento liberal. Foucault, Deleuze y Guattari ya tenían vínculos con la izquierda “operacionista”, fortalecidos por la persecución y el exilio de intelectuales

En la misma época, el garantismo surge como teoría jurídica en Italia. Emerge a partir de la obra del juez y académico marxista Luigi Ferrajoli. El garantismo rechaza quedarse en la abstracción de los derechos humanos y pugna por la materialidad de las garantías constitucionales. Es una teoría de la garantía de los derechos. Además, como reconoce uno de los principales impulsores del garantismo en México: “En el modelo garantista, se rechaza el decisionismo en derecho. En particular, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad... el intérprete del derecho debe adoptar una actitud cognoscitiva y no creativa del derecho”.<sup>7</sup> Es por esta última característica que el garantismo encuadra perfectamente en las características del formalismo jurídico.<sup>8</sup> La idea de que la teoría del derecho no es una teoría de la decisión, sino cognoscitivista, rompe con una tradición que remonta a Aristóteles. El juez es, desde hace más de dos mil años, el que decide prudentemente (*juris-prudente*). La idea de que es posible conocer el derecho y aplicarlo sin discrecionalidad es la ingenua teoría del juez máquina, del juez calculador, del sistema jurídico como una computadora. Es el formalismo jurídico tan despreciado fuera de Italia e Iberoamérica.

El positivismo jurídico dominante en el mundo ya se había distanciado, desde los sesenta, del formalismo gracias a la obra de Herbert L. A. Hart, quien mostró que la incertidumbre es intrínseca a la textura abierta de los conceptos jurídicos y a la naturaleza derrotable (*defeasible*) de unas normas jurídicas frente a otras. Dicho de otro modo, el textualismo y la interpretación literal del derecho no son garantía del éxito del cognoscitivismo jurídico. Más aún, la incertidumbre es preferible a una hipotética completud y coherencia que dejarían cerrada la vía para que el juez corrija los casos absurdos y notoriamente injustos de aplicación axiomática de la ley (el ga-

---

italianos en Francia, pero sin que Foucault se confundiera ideológicamente con ellos. Aunque los tres filósofos franceses firmaron en defensa de perseguidos por supuesta complicidad con el terrorismo, Guattari colaboró más estrechamente con ellos en el proyecto de la estación de radio libre “Alicia”. “Radio Alicia, animada por Franco Berardi (Bifo), uno de los principales teóricos de la nueva rebelión, «autónomos creativos», que a raíz de estos acontecimientos fue acusado de «incitación moral a la revuelta» y tuvo que huir de Italia. Radio Alicia, de Bolonia, la «ciudad vitrina del comunismo», es una emisora célebre en toda Italia, modelo de muchas otras y la primera en lanzar la experiencia, de la «guerrilla de la información». Una voz que, como dice Guattari en la introducción del libro Radio Alicia-Radio Libre, «Oppone al deseo de poder de los discursos del orden, el poder del deseo contra el orden del discurso»”. Ferrer, Esther, “Las «radios libres», un fenómeno en auge”, *El País*, 5 de octubre de 1977, disponible en: [https://elpais.com/diario/1977/10/05/sociedad/244854007\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1977/10/05/sociedad/244854007_850215.html).

<sup>7</sup> Salazar, Pedro, “Garantismo”, en Pereda, Carlos (ed.), *Diccionario de justicia*, México, Siglo XXI, 2017, p. 216.

<sup>8</sup> Shapiro, Scott J., *op cit.*, pp. 234-258.

rantista Ferrajoli axiomatizó sus teorías jurídicas penal y general). Como explica Shapiro, “a pesar de lo frustrante que sea la incertidumbre para quienes son vulnerables al poder coercitivo del Estado, es sin embargo claro que el mundo estaría mucho peor si ese tipo de dudas jamás surgiesen”.<sup>9</sup>

Para contrastar el garantismo tan popular hoy en México, baste decir que una figura emblemática de la lucha contra la mafia, el juez Giovanni Falcone, no fue un garantista. Las leyes que combatían a la mafia y al terrorismo no eran leyes garantistas. Por otro lado, Luigi Ferrajoli, padre del garantismo, era uno de los discípulos de Norberto Bobbio; era conocido por su ideología marxista (un marxista analítico italiano), pero no era, como ha llegado a serlo en México, un ideólogo del sistema de procuración de justicia. Es paradójico que los jueces y magistrados penales mexicanos invoquen la teoría de Ferrajoli pero hagan peregrinaciones a Palermo, Sicilia, a rendir homenaje al juez mártir y conocer cómo se realizaban los maxiprocesos contra la *Cosa Nostra*. Hemos constatado, gracias a entrevistas, que en muchos casos los juzgadores mexicanos desconocen las diferencias teóricas entre ambos juristas italianos. En España tampoco ha sido hegemónica la teoría garantista y el fin del terrorismo vasco, por ejemplo, coincidió con el encarcelamiento de líderes de partidos políticos a los que no se les probó, con el rigor que exige el garantismo, la participación en hechos violentos, como Arnaldo Otegi, sino más bien su ideología cercana a la violencia (semejante en ciertos aspectos al encarcelamiento de Toni Negri, en Italia).

Así, es sorprendente que ambos enfoques teóricos, biopolítica y garantismo italianos, que tienen presencia menor en Europa del Norte y Estados Unidos comparados con los de Rawls, Habermas o Hart, se hayan convertido en los anteojos teóricos privilegiados para abordar la crisis de violencia que enfrenta México desde 2006. Es sorprendente porque su vinculación parece ser meramente contingente: ambos fueron desarrollados en Italia en las últimas décadas, producto del contexto local de violencia, pero tienen poco en común entre sí y en relación con la situación de América Latina. Sin embargo, mientras que partidarios y opositores a la reforma penal mexicana se asumen o se acusan de ser “garantistas” o “hipergarantistas”, la izquierda suele denunciar la narcoguerra en México ubicando a su perpetrador como el “biopoder” o el “necropoder”.

La gran importancia del garantismo en México puede relacionarse con la formación de algunas élites jurídicas. Durante su participación en 2010 en el Congreso Internacional “Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, Miguel Carbonell explicaba:

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 256.

En 1995 se publica la primera edición en español de la magna obra de Luigi Ferrajoli que se llama *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal...* Fue mi primer encuentro, por supuesto, con el garantismo y debo decirles que quedé absolutamente maravillado. Aunque no entendí todo. De hecho no entendí demasiado la primera vez que leí Derecho y razón. Prácticamente no entendí hasta que llegué hasta el final. Los capítulos XIII y XIV... La oportunidad de la reforma penal publicada en el 2008 debe ser aprovechada para hacer una relectura en clave garantista del sistema penal, incorporando una visión que ha sido largamente difundida y defendida por Luigi Ferrajoli a través de distintos ensayos.<sup>10</sup>

Ahora bien, el contexto histórico italiano a partir de los sesenta del siglo XX tiene efectivamente algunas semejanzas con el mexicano, en particular la expansión del crimen organizado (la mafia siciliana). Pero la narcoguerra en América del Norte con la complicidad de un paraEstado difiere radicalmente del encarcelamiento formal de miles de italianos acusados de tener vínculos con las Brigadas Rojas y otros grupos subversivos. En Italia ocurrió una guerra sucia legislativa, seguida de una guerra sucia judicial. En México, por el contrario, el propio gobierno de Felipe Calderón, artífice de una guerra sucia militar, apoyó una reforma garantista en 2008. En 2016, en vez de perseguir oficialmente a miles de sospechosos, como en Italia, se han liberado decenas de miles de reos, gracias a la reforma penal.<sup>11</sup> Más que diferencias entre el caso italiano y el mexicano, se trata incluso de contrastes.

Muchos de los perseguidos en Italia (como Virno y Negri) se convirtieron en teóricos de la biopolítica que denunciaron el autoritarismo estatal y los maxiprocesos. Otros, como Agamben, eran aliados y son citados por aquéllos. Ferrajoli, como juez, también dedicó su obra a combatir esos juicios masivos contra presuntos mafiosos y subversivos (los llamados maxiprocesos). Esa y no otra es la fuente del garantismo.<sup>12</sup> En México, en cambio, se vive más bien una crisis e ineeficacia de la presencia estatal, aunada a la corrupción y la barbarie de los enfrentamientos entre grupos criminales, y entre éstos y el ejército. Quizá la mejor vinculación entre el garantismo original y su versión aplicada en México sea la idea de que

<sup>10</sup> Carbonell, Miguel, “La reforma penal en México”, *Congreso internacional. Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Puebla, UNAM-BUAP, 2010, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jLskrcQxN5U> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2019).

<sup>11</sup> Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2017/10/22/politica/012n1pol>.

<sup>12</sup> Ruiz Saldaña, J. R., *op cit.*, pp. 86-93.

la militarización de la seguridad pública no es garantista. Pero no era necesario elevar a esta teoría tan alto para llegar a dicha conclusión.

Adentrémonos ahora en las circunstancias sindicales e ideológicas que produjeron la crisis de violencia a la que responden el garantismo y la biopolítica italianos.

### III. LOS AÑOS DE PLOMO EN ITALIA (1960-1981)<sup>13</sup>

La represión policiaca en la fábrica de FIAT (empresa automotriz que contaba con sesenta mil obreros en 40 cadenas de montaje), en Turín, en 1955, es un antecedente histórico de los llamados *anni di piombo* (años de plomo). La siguieron las manifestaciones antifascistas en Génova contra la cohabitación de la democracia cristiana y el partido neofascista MSI en 1959 y 1960. Hay que decir que en esta misma época ocurría una importante migración interna en Italia hacia las zonas industriales, y que serviría de ejército de la protesta. Por ejemplo, en 1962 estallan nuevas manifestaciones violentas contra la renovación del convenio con la FIAT y se detiene a noventa personas, dos tercios de las cuales son migrantes venidos del sur. En este contexto, el dirigente demócrata cristiano Aldo Moro logra un pacto político de gobierno con el Partido Socialista Italiano que durará hasta 1968.

Otra huelga en la FIAT estalla en 1966, y cuando es levantada, las bases permanecen inconformes con el arreglo laboral. Dos años más tarde, el movimiento estudiantil de 1968, que cuenta originalmente con el apoyo del Partido Comunista Italiano (PCI), comienza a distanciarse de los partidos de izquierda. Los comunistas llaman a la ideología de los jóvenes “infantilismo anarquista y extremista”.<sup>14</sup> En resumen, miles de obreros y estudiantes se acercan a posiciones más anarquistas que propiamente sindicalistas, socialistas o comunistas. Por ejemplo, en 1969 vuelven a estallar luchas sindicales en la FIAT, pero la base obrera se enfrenta con los sindicatos, que entonces tienen, por ley, el monopolio de la representación en “comisiones internas”. Estas últimas son sustituidas por consejos de fábrica formados por trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. Se logra así, por la vía libertaria, la ansiada unidad de los trabajadores, antes imposible por la exis-

<sup>13</sup> Para esta sección hemos consultado, principalmente: Bascetta, S. Bonsignori *et al.* (eds.), 1963. *Una revolución mundial*, Madrid, Akal, 2001; Ruiz Saldaña, J. R., *op. cit.*; Negri, Antonio, *Los libros de la autonomía obrera*, Madrid, Akal, 2004.

<sup>14</sup> Estos vaivenes en el seno del comunismo se verán agravados por el alejamiento del PCI de la URSS, a causa de la invasión de Checoslovaquia.

tencia de sindicatos separados: católico, comunista y socialista con representación oficial al obtener la mayoría.

Las tendencias anarquistas coexisten en la época con una radicalización ideológica de los trabajadores que antes no militaban. La central sindical comunista pasa de 4 a 6.7 millones de afiliados entre 1965 y 1975. El sindicalismo católico (CISL) comienza a reivindicar la modificación del sistema capitalista y del poder obrero en las fábricas. La subjetividad obrera cambia del disciplinado militante sindical a un trabajador militante más radical y más espontáneo.

En los mismos años sesenta, los intelectuales de izquierda buscan acompañar, cada uno a su modo, las luchas obreras. La revista *Quaderni Rossi* surge en 1960 con colaboradores socialistas (como su director), comunistas y autonomistas (señaladamente Antonio Negri). Pero los divide un gran altercado en la Piazza Statuto en 1962, en el que son detenidos 1,212 trabajadores por tratar de asaltar la sede del sindicato socialista UIL. Entonces hay una ruptura en la revista, y los intelectuales comunistas y autonomistas fundan *Classe Operaia* en 1964. Pero, nuevamente, rompe entre sí el comité editorial formado por socialistas y autonomistas en 1967, y Negri funda *Potere Operaio*.

Los conflictos laborales y la violencia presente en las manifestaciones de estudiantes y trabajadores pronto acabarían transformándose en lucha armada, y los intelectuales autonomistas serían acusados de instigarla. En Milán, estallaron bombas en abril de 1969, que dejaron veinte heridos. Ocho atentados más ocurren en agosto de ese año en el resto del país. El 12 de diciembre de 1969 hubo cinco atentados, entre ellos en la Banca Nazionale dell'Agricoltura de Milán, dejando dieciséis muertos.

Desde entonces, estallan bombas o hay balaceras en las ciudades de Gorizia (1972), Milán (1973), Brescia (1974), Roma (1978) y Bolonia (1980). El 4 de agosto de 1974 explota una bomba en el tren *Italicus Express*, que viajaba de Roma a Munich, y mató a doce personas. El 16 de marzo de 1978 son asesinados cinco escoltas del dirigente demócrata cristiano Aldo Moro, quien es secuestrado y, más tarde, ejecutado. El líder sindical Guido Rossa es ejecutado en Génova por las Brigadas Rojas en 1979. A partir de 1982, varios terroristas se vuelven colaboradores de la justicia, gracias a una ley *ad hoc* de reducción de penas. No una ley garantista, por cierto. El último atentado de las Brigadas Rojas ocurriría el 16 de abril de 1988.

Cabe aclarar que la violencia no siempre partió de la extrema izquierda y que militantes neofascistas también cometieron atentados (a veces, encubiertos como si fueran militantes de izquierda). Como vemos, los años de plomo en Italia difieren profundamente de la situación de México a partir

de 2006, que llamamos la “Guerra de Calderón” o la narcoguerra. Allá se trataba de turbulencia ideológica en un contexto industrial; acá, de violencia social, principalmente en zonas rurales, fronterizas y puertos. Basta agregar que la narcoguerra mexicana rebasa las cien mil víctimas en diez años, mientras que las Brigadas Rojas privaron de la vida a 75 personas (todo el terrorismo en Europa entre 1960 y 2015, sumando atentados de ETA en España, ERI en Reino Unido y de las Brigadas Rojas en Italia, no llegó a causar más de cinco mil muertos.<sup>15</sup>

Más importante aún es que la italiana fue una guerra sucia legislativa fundada en la expedición de leyes especiales. Por eso, Agamben y Ferrajoli dirigen su obra filosófica contra el estado de excepción. Éste consistió, en Italia, en la ampliación de los poderes de la policía, la presunción de “posible peligro” atribuido a algunos grupos e ideologías, la creación de servicios especiales antiterroristas, el borrado de la frontera entre terroristas y simpatizantes de la extrema izquierda, entre otros.

Ahora es posible comprender el mensaje que los reformadores mexicanos creyeron recibir de los pensadores italianos: abolir las leyes especiales y terminar con el estado de excepción. Pero ese no era el principal mal de México, pues el funcionamiento del antiguo sistema penal estaba fundado en la informalidad (la tortura y la corrupción), más que en la formalidad autoritaria.

#### IV. LUIGI FERRAJOLI

En su juventud, junto con Riccardo Guastini, Ferrajoli era abiertamente un jurista marxista.<sup>16</sup> Durante toda su vida fue crítico de la derecha y de la alianza del Estado italiano con grupos mafiosos,<sup>17</sup> también ha condenado en conferencias, pero menos que en sus libros sobre garantismo, la violencia terrorista de las Brigadas Rojas (a las que asociaba con el estalinismo por su voluntarismo jacobino y por asumir al pie de la letra la filosofía de la historia marxista).<sup>18</sup> Una enorme contradicción en el Ferrajoli joven es que criticaba al marxismo por ignorar el derecho, pero él mismo desdeñaba la importancia de luchar contra la criminalidad por simple defensa del orden social y de la legalidad,

<sup>15</sup> Calle, Luis y Sánchez-Cuenca, I., “The Quantity and Quality of Terrorism: The DTV Dataset”, *Journal of Peace Research*, vol. 48, núm. 1, 2011, pp. 49-58.

<sup>16</sup> Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>17</sup> Ruiz Saldaña, J. R., *op. cit.*, p. 93.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 96 y 97.

recomendando enfrentar al “enemigo de clase” o “limitar al Estado”. Ferrajoli era alérgico a la palabra “orden”, que asociaba directamente con el estalinismo. La alternativa frente al orden era, para él, “la autonomía de lo social”, las luchas de masas que exigen su derecho desde abajo, en lo que era muy cercano a Negri. Sin embargo, las reflexiones filosóficas, cuando no se realizaban desde el derecho, le parecían a Ferrajoli vacías o poco analíticas.<sup>19</sup> El jurista italiano no estaba preocupado, en primer lugar, por la extorsión de la mafia a la sociedad, como la que sufre México. Ferrajoli buscaba, en cambio, luchar de manera progresista contra el autoritarismo estatal, desde el derecho.

Ahora bien, aunque el garantismo no sea decisionista, sino cognoscitivista, Ferrajoli rechazaba la “ideología burguesa”, el utilitarismo y la racionalidad calculatoria por sus abstracciones y falta de materialidad.<sup>20</sup> También rechazaba el realismo de Maquiavelo, por razones análogas (la separación de fines y medios). Todo ello lo colocó como un voluntarista cognoscitivista: los jueces constitucionales deben hacer realidad la justicia sin pretextar la complejidad de lo social, ni la política real, ni cálculos de bienestar. Pero, preguntamos nosotros: los jueces, burócratas no electos y formados en una vieja disciplina no científica, sino hermenéutica, ¿pueden cambiar el mundo materialmente por su mera voluntad de “conocer” la ley, fungiendo como una especie de computadora progresista?

En México, se suele pasar por alto que Ferrajoli es, desde su método axiomático y comprometido, un pensador jurídico radical; más aún, inició su carrera como un marxista libertario que consideraba a la democracia representativa como “tendencialmente absoluta y despótica”.<sup>21</sup> Pero, a cambio, su propuesta es una utopía burocrática supuestamente categórica, pero, en el fondo, ingenua. Además de Hart, ya evocado, otros juristas de gran prestigio, como el alemán Robert Alexy, han mostrado que el derecho está lleno de contradicciones y lagunas, de modo que un juez robot, un juez máquina, y por añadidura un juez robot revolucionario, es imposible. Es, incluso, una contradicción en los términos. El garantismo como formalismo progresista se enfrenta a muchas paradojas, la primera de las cuales es el carácter conservador de todo formalismo.

Y el supuesto marxismo de Ferrajoli tampoco es tal. Todavía en 1980, Ferrajoli escribía en entornos críticos del derecho donde participan intelectuales radicales marxistas, como Toni Negri. Pero la relación teórica entre ambos era tensa. Negri rechazaba a veces el garantismo por

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 86-93.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 101.

burgués, luego admitía que era una opción “revolucionaria”.<sup>22</sup> La urgencia del garantismo ante la guerra sucia legislativa era tal en Italia, que Negri recurre más tarde a este vocablo al postular la importancia de defender un “garantismo operario” (garantismo obrero). Bobbio llamará a la postura jurídica de Negri, “aguda, profunda, inquietante, pero en ciertos momentos al límite de un delirio pan-conflictual”.<sup>23</sup> El propio Ferrajoli, a pesar de su radicalidad, se apartará de esa otra radicalidad.

Es sorprendente que hoy, en México, Ferrajoli no sea un pensador heterodoxo, sino casi un canon en el gremio judicial. Una teoría excéntrica se ha convertido en dogma de fe.

## V. BIOPOLÍTICA ITALIANA: FERRAJOLI, NEGRI Y AGAMBEN

Mencionemos las conexiones entre los tres grandes filósofos políticos y jurídicos de los años de plomo en Italia. Junto con Ferrajoli, Agamben se ha nutrido de la historia del derecho. Junto con Negri, ha usado la biopolítica de Foucault para denunciar a la sociedad de control y ha recurrido a la filosofía de Spinoza para reivindicar la forma de vida que persigue la felicidad de la gente. Pero, a diferencia de Ferrajoli y de Negri, Agamben no está inspirado directamente por la teoría emancipadora de Marx. Sus fuentes, a veces preocupantemente cercanas a él, son Heidegger y Schmitt, autores que sostuvieron en alguna medida la ideología nazi (aunque también lo influyen Walter Benjamin y Hannah Arendt). Agamben rechaza el concepto de derechos hu-

<sup>22</sup> Para Negri, el comunismo es un sistema de valores de uso, mientras que el constitucionalismo (en el que incluye el garantismo) es un sistema de valores de intercambio (Torre, M., *Sobre derecho y utopía. Ensayos de filosofía política y social*, Murcia, Res Publica, 1999, p. 34; Negri, Antonio, “La norma revolucionaria. Sempre nel rompicapo della transizione. Appunti”, *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 14, mayo-agosto de 1978). Sigue Torre diciendo que “Es necesario sin embargo añadir que en un posterior escrito Negri se pronuncia «por un garantismo obrero» y afirma que «hoy batirse en términos garantistas es válido y revolucionario» considerado que «el interés por la libertad política y por el pluralismo en la expresión del pensamiento y por la verdad en la gestión de los conflictos (y en la regulación del conflicto)» es «definitivamente asumido dentro de la actual composición de la clase obrera y del proletariado»” (Torre, *op. cit.*, p. 34; Negri, Antonio, “Per un garantismo operaio”, *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 15, septiembre-diciembre de 1978). Pero Torre cree refutar a Negri afirmando, desde una elemental lógica binaria, que al garantismo no hay que verlo del lado del poder, sino del de la sociedad ¡Pero los asaltantes que se benefician del garantismo penal de Ferrajoli están contra ésta última, sin formar parte del primero!

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto, *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere: atti del Convegno di Anacapri, giugno 1981*, vol. 81, Nápoles, Guida Editori, 1988, p. 191.

manos y reivindica la libertad absoluta de la vida, literalmente como lo haría un monje franciscano frente a imperios y Estados.

Negri, por su parte, lucha contra el capitalismo, al que ve en una fase imperial global, mientras que Ferrajoli mantiene los instintos antifascistas de su juventud. Los tres son, en el fondo, libertarios, aunque cada uno vea al poder encarnado en un fantasma distinto (respectivamente: el derecho occidental, el imperio global o la cultura fascista inscrita en las leyes autoritarias).

Como si hubieran decidido repartirse el trabajo Agamben, Negri y Ferrajoli, cada uno desarrolla una de las tres grandes dimensiones de la noción de “ciudadanía”: la ciudadanía como pertenencia jurídica, como participación política y como identidad cultural. Ferrajoli quiere sustituir los criterios políticos y culturales de ciudadanía por un garantismo democrático: todo ciudadano debe tener la garantía *jurídica* de que pertenece a la comunidad política, sin consideraciones fascistas acerca de su raza, cultura u origen. Eso sería la democracia. Negri, por su parte, traduce esta misma idea en el concepto de la multitud heterogénea. No debemos aspirar a ser el pueblo italiano, catalán o mexicano, sino la multitud indómita frente al imperio (ciudadanía como participación política). Agamben, finalmente, pretende terminar de liquidar la noción de ciudadanía fundada en la nación u otra ficción cultural al denunciar que ella lleva a la exclusión de algunos como vidas desnudas, incluso mediante dispositivos aparentemente progresistas como son los derechos humanos, lo cual genera una reacción, un anticuerpo, que es la violencia terrorista:

La forma que la guerra civil ha adoptado en la actualidad en la historia mundial es el terrorismo. El terrorismo es la “guerra civil mundial” que ataca una u otra zona del espacio planetario. No es resultado del azar que el “terror” haya coincidido con el momento en el cual la vida como tal —la nación, es decir, el nacimiento— se convertía en el principio de soberanía. La única forma en la que la vida como tal puede ser politizada es la incondicionada exposición a la muerte, es decir, la vida desnuda.<sup>24</sup>

Esa vinculación entre Estado-nación y terrorismo parece incomprensible si no fuera escrita por un autor que vivió los años de plomo en Italia. Agamben cree que la guerra civil (los años de plomo), son el resultado de tratar de controlar la vida para meterla en moldes preconcebidos que, necesariamente, incluirán a algunos y excluirán a otros. Por eso a los naciona-

<sup>24</sup> Agamben, Giorgio, *Stasis. La guerra civil como paradigma político*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2017, pp. 32 y 33.

lismos corresponden, como correlato, el terrorismo. Al capitalismo italiano que quería aplastar la subjetividad de los jóvenes para transformarlos en proletarios corresponden las Brigadas Rojas. A Occidente, que ha ido ampliando la noción de los parias, desde el *homo sacer* hasta los campos de concentración masivos, corresponde el terrorismo islámico.

Pero, por atractiva que parezca esa lectura, la guerra del narcotráfico en México no se resolverá porque se reduzca la dominación estatal sobre narcos y extorsionadores, caciques y empresarios criminales. El garantismo no impedirá la barbarie. Ello, por el simple hecho de que lo que en Italia era el problema, el Estado asociado a la FIAT y otras empresas, en México lo es, además, el paraEstado, formado por criminales y grupos políticos corruptos. Lo que en Italia y España fue la derrota del terrorismo por vías no garantistas, en México es la derrota de la sociedad y del Estado a manos de las máquinas de guerra paralegales, hoy protegidas por el hipergarantismo. Veamos.

## VI. RECEPCIÓN DEL GARANTISMO Y LA BIOPOLÍTICA EN MÉXICO

Luego de la entrada en vigor de la reforma constitucional en 2016, la tasa de consignación de acusados por delitos ha disminuido drásticamente. Podría creerse que en el pasado muchos sentenciados eran inocentes, pero el aumento de los crímenes luego de la reforma sugiere que el viejo Estado mexicano era un dique frente a la violencia criminal. El autoritarismo político a veces operaba para disminuir la criminalidad. Los policías judiciales ignoraban protocolos, pero actuaban contra verdaderos culpables cuando testigos y voluntad política se juntaban. Hoy, en cambio, ni siquiera los testimonios verosímiles de la sociedad civil son efectivos para encarcelar a los culpables. Un policía de investigación de la Ciudad de México afirma: “Lo malo es que ahora los detenidos denuncian que se les violan los derechos humanos. De cajón a todos nos iniciaron quejas, eso ya es una regla, ya se desvirtuó. Yo fui duro, pero sólo con los que eran malos”.<sup>25</sup> Si era preciso acabar con el autoritarismo, también lo era hacerlo de manera responsable, sin exponer a la sociedad.

Por más respeto que nos merezcan Negri, Agamben y Ferrajoli, no fueron sus libros los que consiguieron la paz en Italia o España, sino la negociación con los terroristas gracias a leyes fuertes y pragmáticas. No hay negociación posible entre una posición de debilidad (como las instituciones

<sup>25</sup> Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/muertos-mexico-homicidios-impunidad/presentar-un-detenido-inocente.php>.

mexicanas) y la impunidad criminal. ¿Qué va a negociar el Estado mexicano con el crimen organizado, si éste ya tiene abogados y leyes garantistas que no lo invitan a ceder sino a aprovecharse?, ¿qué le va a ofrecer a cambio de que deje de asesinar, si decenas de cártel buscan apropiarse de más y más privilegios cada vez, luego de que ya controlan Tamaulipas, Guerrero, Sinaloa y millones de hectáreas en las sierras? Mientras que los terroristas italianos y españoles tenían interés en salvar su vida y negociar su libertad, los narcos mexicanos están en fase de conquista. Son, para usar el concepto utilizado por Mbembe, “máquinas de guerra”.

Castresana funda su crítica contra el hipergarantismo en el hecho de que el viejo Estado autoritario (en su caso, el Estado guatemalteco de la segunda mitad del siglo XX, pero haciendo una analogía explícita con el mexicano) ha dejado de ser la principal amenaza para la sociedad. “Y ¿cuál es la realidad que enfrentamos hoy? Una muy distinta a la de la Guerra Fría. En ese tiempo eran los Estados los principales transgresores. Hoy crecientemente desafiamos a violadores de los derechos humanos que no tienen ligas con el aparato del Estado”.<sup>26</sup> Mientras la Constitución guatemalteca buscó imponer términos breves de presentación de detenidos para combatir la desaparición forzada, hoy esos términos constitucionales son camisas de fuerza que impiden combatir al crimen organizado. Lo mismo ocurre con la prohibición de la prueba ilícita. Los excesos interpretativos en favor de los derechos del acusado constituyen una violación de los derechos de las víctimas. Los tribunales deben ponderar, señala Castresana. La crítica en México contra el arraigo y otras figuras de derecho penal son casos similares.

En México, el garantismo ha llegado con juristas que lo trajeron luego de estudiar sus doctorados en Italia o España. Algunos de ellos fueron muy influyentes al momento en que fueron preparadas y aprobadas las reformas constitucionales penal y de derechos humanos de 2008 y de 2011 en México.

El nuevo sistema penal mexicano es más benéfico para los acusados, porque los actos de investigación que antes se realizaban en la entonces llamada averiguación previa eran actos de autoridad y, ahora en la carpeta de investigación, ya no lo son. Los actos de molestia desde las primeras actuaciones ahora deben ser autorizados por el juez de control. Los medios de prueba presentes en la carpeta de investigación pierden su validez al momento de formular la acusación, no conservan validez hasta la sentencia. En vez de declaraciones ministeriales, se practican entrevistas. Los partes informativos de la policía y los peritos ya no tienen validez como testimonios

<sup>26</sup> Castresana, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

y dictámenes, de modo que el agente de seguridad y los peritos deben acudir a la audiencia de juicio. Finalmente, el Ministerio Público ya no goza de fe pública.<sup>27</sup>

Otros aspectos, al contrario del enfoque garantista, han endurecido el poder punitivo del Estado contra la criminalidad, como el hecho de que los actos puedan fundarse y motivarse en la audiencia, no antes. O que el “cuerpo del delito” no tenga que acreditarse en etapas demasiado tempranas de la investigación. O la figura de la extinción de dominio.<sup>28</sup> Pero el balance de las reformas constitucionales es, sin duda, garantista.

Se puede creer que las reformas constitucionales de 2008 y 2011 no son hipergarantistas, porque están dentro del marco de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Pero sería un textualismo ingenuo afirmar que la transposición de normas garantistas es suficiente para evitar laxismo extremo en la práctica, sin tomar en cuenta la interpretación y aplicación razonable de las mismas. Lo que es garantismo en un contexto se puede convertir en hipergarantismo en otro, cuando las autoridades adoptan una actitud formalista, que no vigila que, en los hechos, se dé un reparto equitativo de riesgos entre acusados, víctimas y sociedad en general. cuando se idealizan las fórmulas lógicas del profesor Ferrajoli, y no el ruego realista del juez Falcone.

Hoy, la obra de Ferrajoli es evocada en muchos de los libros de texto sobre derecho penal acusatorio, abierta o implícitamente.<sup>29</sup> Es mal comprendida e, incluso, radicalizada. Muy pocos abogados entienden qué significa un sistema axiomático, como los que fundan la teoría de Ferrajoli. El garantismo ha dejado de ser pensamiento crítico para convertirse en canon. Han tomado el relevo garantista autores como la antropóloga Catalina Pérez Correa, que ha denunciado con datos cuantitativos la situación lamentable de las prisiones y la discriminación a sectores vulnerables que están sobrerepresentados en las cárceles, pero sin considerar los datos cuantitativos de las afectaciones del crimen a esos mismos sectores pobres de México.<sup>30</sup> Mientras que los etnógrafos hipergarantistas nos presentan los testimonios de civiles afectados por soldados, para denunciar la militarización del país, no entrevistan a los civiles dañados por el crimen

<sup>27</sup> Ruiz Sánchez, Miguel Ángel, *Derecho penal acusatorio*, México, Editorial Flores, p. 139.

<sup>28</sup> Benavente Chorres, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio*, 4a. ed., México, Editorial Flores, pp. 3-14.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>30</sup> Pérez Correa, Catalina, “De la Constitución a la prisión. Derechos fundamentales y sistema penitenciario”, en Carbonell, M. y Salazar, P., *op. cit.*; Pérez Correa, Catalina *et al.*, *De la detención a la prisión: la justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015.

organizado. Menos aún, cuantifican la probabilidad de morir a manos de uno u otro para un mexicano promedio. Mientras que se da eco a las peticiones de colectivos en Ciudad Juárez para que el ejército mexicano deje la ciudad, los garantistas mexicanos no hacen lo mismo con tamaulipecos que imploran por que el ejército permanezca y su estado sea recuperado de las máquinas de guerra de los cárteles.

Uno de los mecanismos en los que el hipergarantismo ha contribuido al aumento de la inseguridad es a través de la dinámica de la llamada ladera resbalosa (*slippery slope*). Se llama así a un dispositivo en el que un primer paso, relativamente pequeño, conduce como consecuencia a una cadena de eventos que finalizan en un efecto negativo de amplias proporciones, como un accidente grave en una pendiente resbaladiza. Resultado de las reformas constitucionales, se publicó en 2014 el Código Nacional de Procedimientos Penales. Éste conducirá gradualmente a que los abogados, fiscales y jueces que aplican las normas del derecho penal en un rincón de la República presten atención a las interpretaciones elegidas al otro lado del país. Y como los jueces han sido mandatados a elegir la interpretación *pro personae*, la interpretación garantista que se aplique en Villahermosa podría ser progresivamente sustituida por la lectura hipergarantista que surja en Tepic o Chetumal. Éstas, por su parte, tenderán a ser reemplazadas por la interpretación de algún imaginativo juez de Aguascalientes o Chilpancingo que sea aún más benéfica para el acusado. Y así sucesivamente, a menos que la presión social y la definición del principio *pro personae* tome en cuenta los derechos de las víctimas y de la sociedad en general.

Junto con esta ladera resbalosa hacia el laxismo penal, está la esencia misma del sistema acusatorio adversarial. Dado que la responsabilidad de investigar los hechos, presentar pruebas y argumentar, recae en las partes, la ley del más fuerte (narcotraficantes, poderosos políticos o empresarios coludidos con el crimen) se vuelve determinante. No tienen la misma capacidad de defenderse los ciudadanos ordinarios y los grandes poderes fácticos. Antes, todos enfrentaban a un Estado autoritario; ahora se ha privatizado buena parte de la arena contenciosa.

Para Volpi, la necesidad de instaurar los juicios orales era obvia. El sistema anterior, señala:

...fue diseñado para garantizar que los poderosos queden siempre impunes, que quienes los perturban no tengan modo de defensa y, en medio de ello, miles de inocentes terminen en la cárcel. Con su preferencia por la argumentación escrita, que sólo acentúa el papeleo burocrático —y alarga al infinito los procesos—, su entronización de las confesiones —que alienta la tortura,

casi ineludible— y la falta de transparencia en sus prácticas, todo funciona para que la verdad quede sepultada bajo intereses económicos o políticos.<sup>31</sup>

Aunque Volpi describe un verdadero Estado de excepción, él mismo sugiere que la solución a este no estaba en un nuevo formalismo y empoderamiento de los ya poderosos, sino en la oralidad y en la protección de los débiles. Pero la transición hacia un mejor sistema ha sido un camino complejo. Junto con el fin de algunas injusticias ha aumentado la inseguridad. Por ello se hace necesario hilar más fino. Hacer, como recomendaba Popper, ingeniería social modular, miniaturizada (*piecemeal approach*). Es preciso distinguir el formalismo garantista de la oralidad transparentadora. Admirar más al juez mártir y pragmático Giovanni Falcone que al juez geométrico Luigi Ferrajoli.

## VII. CONCLUSIÓN

La biopolítica es un campo importante en la filosofía política continental. Popularizada por Foucault, fue refundada por Agamben y apropiada por los neomarxistas italianos Negri, Federici y Virno, entre otros. El garantismo, por su parte, es una teoría jurídica surgida en la misma época en Italia a partir de la obra del juez y académico Luigi Ferrajoli. Es sorprendente que ambos enfoques teóricos, que tienen escasa presencia en Europa del norte y Estados Unidos, se hayan convertido en los anteojos teóricos privilegiados para abordar la crisis de violencia que enfrenta México. En efecto, mientras que partidarios y opositores a la reforma penal se asumen o se acusan de ser “garantistas” o “hipergarantistas”, la izquierda suele denunciar la narcoguerra en México ubicando a su agente como el “biopoder” o “necropoder”. Ahora bien, el contexto histórico italiano a partir de los sesenta del siglo XX tiene, efectivamente, algunas semejanzas con el mexicano, en particular la expansión del crimen organizado (la mafia siciliana). Pero la narcoguerra en América del norte, con la complicidad de un paraEstado, difiere radicalmente del encarcelamiento formal de miles de italianos acusados de tener vínculos con las Brigadas Rojas y otros grupos terroristas. Muchos de estos europeos perseguidos (como Virno y Negri) se convirtieron en teóricos de la biopolítica que denunciaron el autoritarismo estatal y los maxiprocesos. Agamben se solidarizó con ellos y buena parte de su obra gira en torno al estado de excepción. Ferrajoli, como juez, también dedicó su obra a combatir esos juicios masivos contra presuntos mafiosos y subversivos.

<sup>31</sup> Volpi, Jorge, “El derecho penal a los ojos de un novelista”, en Laveaga, Gerardo (coord.), *Sin literatura no hay derecho*, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2017, p. 278.

En México, en cambio, se vive más bien una crisis e ineeficacia de la presencia estatal, aunada a la corrupción. Por otro lado, existen limitaciones metodológicas importantes de los enfoques italianos mencionados. Mientras “biopolítica” y “garantismo” son teorías de corte cualitativo que carecen de conceptos de medida, ponderación, contrastación empírica y diagnóstico criminológico empírico, hay en el mundo enfoques que podrían adaptarse mejor a la situación única que vive la seguridad en México. En particular, la epistemología del derecho penal que Larry Laudan desarrolló desde este último país es fundamental para ponderar los derechos de víctimas y acusados.<sup>32</sup>

Lo anterior no significa que el Estado mexicano sea respetuoso de los derechos fundamentales en contraste con el Estado italiano de los años ochenta. Pero la ausencia de un Estado democrático de derecho en ambos casos responde a causas diferentes. En Italia, los autores que hemos analizado coinciden en denunciar los restos del fascismo en el sistema jurídico italiano, mientras que el mexicano se asemeja más bien a un Estado fallido que ha terminado siendo desafiado por poderes fácticos, como el crimen organizado.

Para considerar estos argumentos criminológicos, las mejores teorías no son la biopolítica y el garantismo italianos. En todo caso, la necropolítica de Mbembe sería un enfoque más útil, pues no denuncia una guerra sucia legislativa<sup>33</sup> como la que ocurrió en la península italiana en los setenta, sino una guerra sucia paralegal. Es, por lo tanto, más adecuada para el contexto mexicano, donde existe un paraEstado o anEstado de derecho.

Los maxiprocesos italianos contra el terrorismo y, de manera abusiva, contra la izquierda autonomista ¿disminuyeron la violencia en Italia? Sí. En dieciocho años desapareció el terrorismo, y muchos terroristas arrepentidos se acogieron a los beneficios de la colaboración con la justicia. La izquierda autonomista, por su parte, debió clarificar sus posiciones y fue forzada a deslindarse de la violencia terrorista. Hubo injusticias contra muchas personas, parcialmente reparadas, pero no ejecuciones irreparables de decenas de miles de civiles, como en México. Algunas de las leyes especiales que escandalizaron a Ferrajoli, Agamben y Negri fueron aprobadas por referendo. La Ley Reale, por ejemplo (del 22 de mayo de 1975), que autorizaba a la policía el uso de armas de fuego en algunos casos, y fue aprobada el 11 de junio de 1978, por

<sup>32</sup> Laudan, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

<sup>33</sup> Debo el concepto de “guerra sucia legislativa” a José Adrián Muñoz López, estudiante en uno de mis cursos de filosofía política.

76.46% de los votos a favor y 23.54% en contra (Ministerio dell'interno, 1978). En México, las leyes que han permitido tomar medidas excepcionales contra el crimen organizado han carecido de la misma legitimación popular y no se han discutido, más allá de los artículos académicos y periodísticos de los garantistas.

Mientras “biopolítica” y “garantismo” son teorías de corte cualitativo que generalmente carecen de conceptos de medida, ponderación, contratación empírica y diagnóstico criminológico, hay en el mundo enfoques criminológicos y de filosofía política que podrían adaptarse mejor a la situación única que vive la seguridad en México. En particular, la criminología cuantitativa (que calcula la esperanza psicológica promedio acerca del castigo en la mente de los criminales o la probabilidad de la población de ser víctima del delito).

El autoritarismo en Italia sirvió de pretexto para que algunos obreros y estudiantes cayeran en la tentación terrorista, mientras que la guerra de Calderón fragmentó un oligopolio criminal. Es más afín al caso mexicano el de la guerra contra los carteles de la droga en Colombia, pero también en este caso ha sido un fracaso la copia acrítica del modelo, dada la descentralización del Estado federal mexicano y el carácter unitario de aquel país sudamericano. Como resultado, mientras que allá se empoderó al Estado colombiano, aquí se fortaleció a gobernadores gansteriles.

El garantismo original de Ferrajoli debe ser empleado para proteger a la población vulnerable, débil y pobre: presunción de inocencia y estricta legalidad en materia penal. Pero un juez no debe ser ciego ante el poder de los carteles de la droga. El juez Falcone no era un garantista formalista.<sup>34</sup> El formalismo no fue lo que pacificó a Italia ni pacificará a México. Los abogados del crimen organizado saben encontrar los detalles que liberarán a sus clientes: un sello faltante, la fracción de un artículo mal citado, una notificación imperfecta. Ante esos errores de forma, el hiper-garantismo debe ceder, en nombre de la sociedad, y debe privilegiarse un enfoque en el cual el juez ejerza la (juris) prudencia. Mbembe nos mostró que el enemigo en el tercer mundo no es la guerra sucia legislativa, como

<sup>34</sup> Falcone, Giovanni, “Italia: lucha contra la criminalidad organizada y nuevo modelo procesal”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989, pp. 46-53. En este artículo, el juez mártir argumenta que la crítica garantista contra los maxiprocesos a los mafiosos no debe eclipsar el hecho de que los delitos del crimen organizado se cometen en el seno de grupos, de modo que la individualización de las investigaciones sería incosteable para el Estado. Falcone implora que sean reconocidas las necesidades prácticas de los fiscales que enfrentan al crimen organizado, así como el interés social, no solamente los derechos de los acusados.

en Italia y en España, sino las máquinas de poder privadas y paralegales, máquinas de terror informal.

Ferrajoli ni siquiera ha sido correctamente interpretado por quienes lo han traído a México. Él mismo ha llamado a su garantismo “la ley del más débil”. Pero en México el hipergarantismo es la ley del más fuerte, del narcotraficante contra el pequeño comerciante, del policía corrupto contra la madre de una víctima, del narcopolítico contra los escasos fiscales que se atreven a perseguirlo. Ferrajoli buscaba la estricta neutralidad en los procesos entre el Estado italiano y los disidentes políticos que atacaban a políticos y policías. En México, algunos favorecen una estricta neutralidad judicial entre los narcopoderes y la inerme sociedad civil, es decir, se pretende instaurar la ley del más fuerte. En nombre del proceso penal acusatorio (mal entendido) y en contra de los procesos inquisitoriales, hemos protegido a las máquinas de guerra paralegales.

Los hipergarantistas no reconocen igual valor a todas las vidas, aunque algunos afirman lo contrario, dado que defienden un formalismo asimétrico (hipergarantías en el caso de los acusados y carga de la prueba en el caso de las víctimas). Los hipergarantistas sólo combaten la represión estatal y no la barbarie paralegal. Los hipergarantistas no saben comparar la probabilidad de sufrir de represión estatal y la probabilidad de ser víctima del crimen.<sup>35</sup> La probabilidad de ser declarado culpable siendo inocente de un crimen, en México, es menor que la de ser víctima del crimen. Y este desequilibrio se ha agravado recientemente: delitos de alto impacto (homicidio, secuestro, robo con violencia y extorsión) se incrementan desde 2014. En 2018 vivimos el año más violento de la historia reciente de México, precisamente después de la entrada en vigor definitiva de la reforma garantista (aunque ésta no explique toda la crisis de seguridad).

Los años de plomo en Italia fueron una guerra sucia legislativa. La Guerra de Calderón fue una guerra sucia militar y policiaca. Al adoptar el paradigma garantista en la reforma constitucional de 2008, el Estado mexicano trató de “corregir” una guerra sucia legislativa que no existió realmente, creyendo que renunciaba así a la guerra sucia militar y policiaca. Como resultado, la transición que vivimos de aplicación de las reformas de derechos humanos y al sistema penal acusatorio (juicios orales) han dejado al Estado mexicano sin suficientes armas para negociar la paz con los criminales.

Como nos ha recordado el profesor de derecho antiguo Giorgio Agamben, griegos y romanos consideraban infame el no tomar partido durante

---

<sup>35</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*

una guerra civil.<sup>36</sup> Quienes promovieron el actual sistema penal lo hicieron neutro, sin partido, en medio de una narcoguerra civil. En una palabra: infame. Hay que pedir cuanto antes a los jueces mexicanos escribir nuestro propio garantismo, nuestra propia biopolítica afirmativa. Juzgar con perspectiva de género, con afán de justicia, sin formalismo. Para la sociedad, no para la teoría.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Stasis, La guerra civil como paradigma político*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2017.
- AGUILERA GARCÍA, E. R., “¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”, *Isonomía*, núm. 40, 2014.
- BASCETTA, S. Bonsignori *et al.* (eds.), 1968. *Una revolución mundial*, Madrid, Akal, 2001.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990.
- BERMAN, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *La cultura filosófica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere: atti del Convegno di Anacapri, giugno 1981*, vol. 81, Nápoles, Guida Editori, 1988.
- BURGOA TOLEDO, C. A., “Los problemas del neoconstitucionalismo: entre las razones políticas y las razones normativas”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Disertaciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 2013.
- CALLE, Luis, “Metodologías y herramientas para la caracterización de las violencias y las criminalidades”, *Conferencia internacional seguridad, democracia y derechos humanos: la vía civil*, México, Universidad Iberoamericana, 25 de octubre de 2017.
- CALLE, Luis y SÁNCHEZ-CUENCA, I., “The Quantity and Quality of Terrorism: The DTV Dataset”, *Journal of Peace Research*, vol. 48, núm. 1, 2011.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- CARBONELL, Miguel, “La reforma penal en México”, *Congreso internacional. “Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”*, Puebla, Ins-

<sup>36</sup> Agamben, *op. cit.*

- tituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2010, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jLskrcQxN5U> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2019)
- CASTRESANA, Carlos, *Hipergarantismo: el caso de Guatemala*, México, Inacipe, 2017.
- DI LUCIA, P., *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011.
- DIÉGUEZ, I., *Cuerpos sin duelo. Iconografías y teatralidades del dolor*, Monterrey, UANL, 2013.
- DONATI, C. (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Roma, Savelli, 1980.
- FALCONE, Giovanni, “Italia: lucha contra la criminalidad organizada y nuevo modelo procesal”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Campo de guerra*, Barcelona, Anagrama, 2014.
- KEUCHEYAN, R., *Hémisphère gauche: une cartographie des nouvelles pensées critiques*, París, La Découverte, 2017.
- LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MINISTERIO DELL'INTERNO, *Archivio storico delle elezioni-Referendum del 11 giugno 1978*, Roma, disponible en: <http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=11/06/1978&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S> (fecha de consulta: 27 de octubre de 2017).
- NEGRI, Antonio, “La norma rivoluzionaria. Sempre nel rompicapo della transizione. Appunti”, *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 14, mayo-agosto de 1978.
- NEGRI, Antonio, “Per un garantismo operaio”, *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 15, septiembre-diciembre de 1978.
- NEGRI, Antonio, *Los libros de la autonomía obrera*, Madrid, Akal, 2004.
- PÉREZ CORREA, Catalina, “De la Constitución a la prisión. Derechos fundamentales y sistema penitenciario”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- PÉREZ CORREA, Catalina *et al.*, *De la detención a la prisión. La justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015.
- RUIZ SALDAÑA, J. R., *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli* (tesis doctoral), Madrid, Universidad Carlos III, septiembre de 2011.
- SALAZAR, Pedro, “Garantismo”, en PEREDA, Carlos (ed.), *Diccionario de justicia*, México, Siglo XXI, 2017.

- SERVET, V. M., “La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 54, 2008.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.
- TORRE, M., *Sobre derecho y utopía. Ensayos de filosofía política y social*, Murcia, Res Publica, 1999.
- VOLPI, Jorge, “El derecho penal a los ojos de un novelista”, en LAVEAGA, Gerardo (coord.), *Sin literatura no hay derecho*, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2017.