

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº
703

DECRETOS LEGISLATIVOS

Impacto en las obligaciones tributarias

Págs. 2 y 3 Víctor Zavala Lozano

Págs. 4-5
GARANTISMO PENAL. Montesquieu: un penalista olvidado. **José Ávila H.**

Pág. 6
SUPERVISIÓN. La Ley de Cooperativas: avances en inclusión financiera. **Francisco Montoya**

Pág. 7
EMPLEADORES. Conozca las pautas para la contratación del personal en planilla. **César Puntriano Rosas**

Pág. 8
LAS DECISIONES. Realidad social y argumentación. **Edwin Figueroa Gutarra**



**JOSÉ AVILA
HERRERA**

**Magister en Derecho Penal y
Doctor en Filosofía.
Profesor de Filosofía del
Derecho.**

En una ocasión especial (1), el profesor Luigi Ferrajoli señaló acerca de una renovada dimensión cívica y democrática de los estudios penales. Dijo que, entre ciencia penal y filosofía jurídica existe y debe existir una relación esencial para ambas. Porque el Derecho penal, o bien cumple con la exigencia de dotarse de una cimentación axiológica, y por ello filosófico-política, o bien corre el riesgo de quedar reducido a pura técnica de control social y policial. Del mismo modo que, a la inversa, o bien la filosofía jurídica se compromete con los grandes temas de las libertades y de la fundamentación y la crítica ético-política del derecho y de las instituciones existentes, comenzando por las instituciones represivas del Derecho penal y procesal, o bien está condenada a quedar en una estéril evasión académica.

Por lo demás, la relación entre Derecho penal y filosofía jurídica sobre los fundamentos de ese “terrible derecho” que es el derecho de castigar, ha sido siempre muy estrecha, desde los orígenes de la modernidad jurídica. Fue justamente el Derecho penal el terreno en el que, durante los siglos XVII y XVIII, la gran filosofía política del iusnaturalismo racionalista –de Hobbes a Locke, de Thomasius y Pufendorf a Montesquieu y Voltaire, hasta Beccaria, Bentham, Filangieri y Romagnosi– libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo propio del *ancien régime* y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras de Estado de derecho.

Darío Ippolito

En estas líneas, quería comentar el libro de Darío Ippolito (2) titulado *El espíritu del garantismo: Montesquieu y el poder de castigar* (3), con prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Darío Ippolito es profesor de Filosofía del Derecho. Es un jurista a quien no se le debería perder la pista; en él se muestra una vena crítica y suficientemente sustancial como para considerarlo punta de lanza de la siguiente generación de filósofos del Derecho en Italia. Es un colaborador cercano de Luigi Ferrajoli.

La lectura de este erudito libro es una necesidad en tiempos en los que nuestro “sistema jurídico – penal” viene siendo escrutado por la comunidad política en su rol de lucha contra la criminalidad, la delincuencia y la corrupción. El libro tiene una impecable presentación editorial y una pluma muy culta del profesor Darío Ippolito. ¿Qué prohibiciones legales son justificables? ¿A qué fin y con qué medios castigar a los transgresores? ¿Cómo aceptar la responsabilidad personal de una acción criminal? Las respuestas a estas preguntas tienen que ver con la línea de demarcación entre libertad y opresión. Porque desde el ámbito de las prohibiciones, de las reglas del



MONTESQUIEU: UN PENALISTA OLVIDADO

El espíritu del garantismo

A MONTESQUIEU SE DEBE LA CRÍTICA DE LA BARBARIE PUNITIVA MEDIEVAL, Y EN ÉL DESPUNTA UN NUEVO DERECHO PENAL RENOVADO POR LOS PRINCIPIOS DEL LEGALISMO Y LIBERALISMO.

proceso, de las modalidades punitivas depende la posición de la persona frente a la autoridad.

El poder de castigar es un poder trágico, pues protege amenazando y contiene la violencia mediante el uso de la fuerza del Estado. Halla su legitimación en la tutela de la vida, la integridad y la libertad de las personas, que en ausencia de prohibiciones legales y de una potestad sancionadora quedarían a merced de la ley del más fuerte. Pero inquiriendo, imputando, construyendo y condenando quebranta esa misma inmunidad que guarda. Poder necesario y terrible, su ejercicio siempre puede degenerar en formas opresivas. Invocamos el poder de castigar para defender nuestra seguridad, pero ¿cómo defendernos de él?

En los últimos dos siglos, dice el profesor Ippolito, la filosofía, la ciencia del derecho y la legislación han elevado, en el terreno penal, los muros maestros del Estado de derecho. Desde el constitucionalismo revolucionario de finales del

siglo XVIII hasta las constituciones rígidas de la segunda posguerra, pasando por las codificaciones liberales del ochocientos, las garantías penales y procesales de los derechos fundamentales han entrado a formar parte del derecho positivo.

Montesquieu, padre de la moderna separación de poderes como garantía del principio de legalidad, se revela en esta “relectura” de su obra fundamental: *Del espíritu de las leyes*, como un gran y versado penalista que enseña cómo la libertad ciudadana depende de la bondad de las leyes penales, de la configuración de la esfera de los delitos, de la composición del arsenal de las penas, de la organización jurisdiccional y fiscal, las reglas del proceso penal y el sistema penitenciario.

La lección política de Montesquieu inspiró a otro gran filósofo del Derecho penal: Cesare Beccaria, quien fecundó el debate ilustrado y contribuyó a la laicización, humanización y racionalización del sistema penal. En él cabe reconocer



a un pionero del paradigma del Estado de derecho y de la democracia constitucional como sistema de límites a los poderes salvajes.

Montesquieu es conocido por la doctrina de la separación de poderes que formula en su libro *El espíritu de las leyes*, como aquel “código de la razón y de la libertad” con el que recordó a los hombres que eran libres. Aquella doctrina se consagra como dogma político al ser proclamada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés: “no hay Constitución si en ella no queda establecida la separación de poderes”.

El interés del libro de Ippolito radica en los aspectos de la obra capital de Montesquieu que rescata y estudia, y que no son sino postulados de un naciente derecho penal liberal, lo que hace de él un precursor de Beccaria. A Montesquieu se debe la crítica de la barbarie punitiva medieval, y en él despunta un nuevo derecho penal renovado

por los principios del legalismo y liberalismo. No olvidemos que en la época de Montesquieu, los ordenamientos jurídicos se caracterizaban por connotaciones confesionales. La ortodoxia de la fe y el conformismo moral con los valores religiosos constituían un componente importante de las pretensiones de obediencia del poder político.

Su argumentación es radical: los hombres no pueden castigar en nombre de Dios, porque no conocen los criterios de su justicia divina. Obviamente esta tesis suscitó escándalo en su época. Fue censurada por las autoridades religiosas y por los juristas tradicionalistas. Sin embargo, al otro lado de la orilla, suscitó entusiasmo. Fue retomada y desarrollada por todos los exponentes del iluminismo (4) penal.

Teórico de la moderación

Cuarenta años después de la publicación de *El espíritu de las leyes*, con la Revolución Francesa,

La influencia del iusnaturalismo

Montesquieu cree en la existencia de relaciones de equidad, anteriores y superiores al Derecho Positivo. Cree que el Derecho Penal debe respetar y reflejar estas relaciones para garantizar la libertad del individuo. El poder de castigar es constitutivamente trágico porque protege amenazando. Contiene la violencia en el doble sentido del verbo: La frena y la incorpora. Invade la misma esfera de inmunidad que presidía. Tiene un doble perfil, que no puede disimular:

debe intimidar para tranquilizar; blandir sus armas para desarmar. Es el poder que invocamos en defensa de nuestra seguridad; pero al mismo tiempo es un peligro para nuestra seguridad. El Derecho Penal debe servir para protegernos de este peligro. A protegernos, entre otras cosas, de la violencia ilegal de los delitos, de la violencia institucional de los aparatos represores: de las prohibiciones ilegítimas, de las acusaciones infundadas, de las condenas arbitrarias, de las penas excesivas.

el principio de laicidad llegó para quedarse en el Derecho Positivo. Montesquieu fue un teórico de la moderación, aunque sus ideas influenciaron a los artífices de la revolución. De esa manera, el camino estaba ya abonado para que Cesare Beccaria asestase el golpe definitivo contra aquel derecho penal cruel y bárbaro con su polémico libro: *De los delitos y las penas*, donde acertó a sintetizar y transmitir con vigor ideas que estaban ya en el ambiente.

Aboga también Montesquieu por la limitación del repertorio de delitos a solo las acciones externas, nunca a las ideas, e igual ocurre con las palabras que no van más allá de la idea. Predica el principio de taxatividad, que pone coto a los intentos de utilización despótica del derecho penal, a la vez que reclama para las normas penales univocidad semántica; sin ella, el hombre ni es libre ni puede sentirse seguro porque la indeterminación semántica de los tipos penales supone un portillo abierto a la utilización arbitraria del derecho penal. Como luego hará Beccaria, se pronuncia en contra de la extrema severidad de las penas advirtiendo de algo que no parece haber calado en la conciencia de los legisladores actuales, empeñados en una correlación simplista según la cual a mayor endurecimiento de las penas, menos delitos; frente a esta creencia, enseñaba Montesquieu que “los castigos más o menos crueles no consiguen que las leyes sean más acatadas”.

Hoy, no menos que en la época de Montesquieu, el Derecho Penal es un campo de tensión. Alrededor de sus instituciones se enfrentan visiones duras e inconciliables. Ideologías de seguridad

contra enfoques liberales; modelos de justicia restaurativa contra incitaciones a la venganza, proyectos de derecho penal mínimo contra recetas populistas o el propio derecho penal del enemigo.

En la actualidad de estos conflictos, la modalidad punitiva característica de los órdenes jurídicos contemporáneos, es decir, la privación de la libertad mediante el encierro carcelario (“los excesos de la famosa prisión preventiva”), surge como cuestión fundamental y dirimente: por un lado, sus apologistas, que sostienen su necesidad y propugnan su uso expansivo; por otro lado, sus críticos que remarcan su ineficacia, denuncian su injusticia, proyectan su superación. En suma, la cárcel está en el centro de un enfrentamiento crucial sobre la civilización del derecho como los suplicios lo estuvieron en la época de Montesquieu, alineados en defensa del orden penal tradicional, levantaron los escudos de la conservación frente a las reclamaciones humanitarias y garantistas del movimiento de las Luces.

Por otro lado, la lectura del libro del profesor Dario Ippolito, nos hace recordar esas ideas de *El espíritu de las leyes*, en la que Montesquieu enseña a mirar al Derecho como fenómeno social, a estudiarlo a partir de su relación con las formas de poder, con la religión, con las costumbres, con la economía, con la geografía.

La idea de libertad de Montesquieu advierte el eco de la doctrina política de Locke. “Libertad” es una palabra polisémica. Puede ser definida en términos de independencia, autonomía, emancipación, poder, participación, ausencia de normas imperativas. Sin embargo, la inteligencia de Montesquieu la conecta a los conceptos de seguridad y de ley, identificándola en la situación jurídica de quien se siente seguro de no poder ser constreñido a hacer lo que la ley no prescribe y a no hacer lo que la ley permite. Esta connotación de la palabra nos transmite una advertencia política: La seguridad a la que debemos aspirar es la “seguridad de la libertad”.

Bienvenido sea este sugestivo y culto trabajo de Dario Ippolito que ilumina un aspecto de la ingente obra de Montesquieu, de sumo interés para la historia del garantismo penal. Nuestros jueces y fiscales deben hacer un esfuerzo por leer y reflexionar sobre este libro. El interés se potencia, si cabe, ante los embates de un inquietante “involucionismo” punitivo actual. ▀

[1] Lección expuesta el 5 de septiembre de 1997, en ocasión del otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires. [2] Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Roma Tres. Pero también enseña Historia de las doctrinas políticas e Historia Moderna en la Universidad de Roma la Sapienza y es profesor invitado en la École Normale Supérieure de Lyon. Entre sus numerosos trabajos destaca los libros de Mario Pagano. El pensamiento giuspolitico di un illuminista y Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale y en castellano, Itinerarios del garantismo. La filosofía penal de las luces entre el utilitarismo y retribucionismo, y libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. Finalmente, es editor de la obra de Luigi Ferrajoli: El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal (2018). [3] Editorial Trotta, 2018. Estructuras y procesos. Derecho. Estructuras y procesos. Derecho. [4] El iluminismo es, más que un sistema de ideas o una escuela filosófica, un estado general de opinión en las sociedades inglesa, alemana, francesa o italiana de la época. Una actitud cultural y espiritual de confianza en la razón como medio para solucionar los problemas y desajustes sociales.