

II. GARANTISMO Y DERECHO PENAL

Hablar de garantismo remite, como referente obligado, al profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de Camerino (Italia) Luigi Ferrajoli, quien ha utilizado el pensamiento de distintos autores “como material para construir una teoría, [mas] no como teorías a las que permanecer fiel”.¹⁵ El propio Ferrajoli afirma lo anterior en un artículo en que expone el denominador común de los miembros de la comunidad iusanalítica, se trata del programa indicado por Bobbio como objetivo de la filosofía jurídica en su ensayo “Analisi del Linguaggio e Scienza Giuridica”.¹⁶

El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Se trata también de una serie de postulados en construcción que

¹⁵ Gianformaggio, Leticia, “Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere”, *Le Ragioni del Garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 26: “Ma queste opere ed i loro autori, a cui si é costantemente ispirato e con i quali per anni ha fecondamente dialogato—in primo luogo come tutti sanno le opere di Norberto Bobbio e di Uberto Scarpelli— Ferrajoli li ha utilizzati proprio come ha utilizzato i suoi classici, che si chiamino Hobbes, o Bentham o Beccaria: come materiale per costruire una teoria, non come teorie cui rimanere fedele”.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, “Ragione, Diritto e Democrazia nel Pensero di Norberto Bobbio”, *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudencia Analitica*”, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, p. 6: “Ma al di lá dissensi, era lo stile di pensiero insegnatoci da Bobbio che formava e, spero, continuerá a formare, il tratto comune de la nostra piccola cominita guis-analitica, insieme ad un secondo e altrettanto importante fattore: il programa indicato da Bobbio como compito della filosofia giuridica...”. Véase Bobbio, N., *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*, [*Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990], 1950.

conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho,¹⁷ vinculada estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo), y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).¹⁸

La teoría del garantismo desconfía del poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. Ante ellos no se da de manera espontánea un cumplimiento espontáneo de los derechos, por tal razón se les debe limitar, sujetarlos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.¹⁹ Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea —presente ya en Locke y en Montesquieu— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”.²⁰

El garantismo afirma la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia, construyendo los fun-

¹⁷ Ferrajoli, L., *La Cultura Giuridica dell'Italia del Novecento*, Bari, Editores Laterza, pp. 112 y 113: “... perché il diritto non è un fenomeno naturale, bensì una costruzione artificiale che ha alle spalle una teoria che si tratta appunto di specificare nella maniera più conseguente e razionale. Possiamo infatti parlarci di una ‘logica’ dello stato di diritto... Esige, in breve, che quel ‘rigore’ come coerenza interna al linguaggio giuridico, che Bobbio difese nel suo classico saggio del 1950, sia perseguito non solo nella teoria in essa scienza, ma anche e soprattutto nell’ordinamento in essa pratica giuridica, tremite costante trasformazioni del diritto vigente e senza che possiamo illuderci che eso possi mai esser pienamente realizzato”. Probablemente se refiere a su obra *Principia Iuris: Teoria Giuridica della Democrazia*.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Democrazia y garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

²⁰ Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 22.

damentos, desde su óptica, para la función del derecho penal y la finalidad de la pena, que más adelante analizaremos.

1. *Garantía*

En el centro de la teoría del garantismo encontramos el concepto de “garantía”. Ferrajoli la define como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”;²¹ puede entenderse como tal “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y considerar «derecho subjetivo» a toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.²²

Distingue entre garantías negativas y positivas. Se trata de negativas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos; la garantía obliga a abstener de realizar ciertas conductas. Por otro lado, son positivas si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer, e implica tomar acciones o desarrollar comportamientos activos por parte de los sujetos obligados.

Otra categoría son las garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Las garantías secundarias son dependientes, requieren para su activación y entrada en funcionamiento de, por lo menos, una presunta violación a las garantías primarias. Por su parte, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aun en ausencia de las garantías secun-

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 29.

²² *Ibidem*, p. 33.

darias. Esta autonomía es fundamental para distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías.

2. *Derecho penal garantista*

El garantismo en materia penal corresponde con la idea de un derecho penal mínimo,²³ con fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.²⁴ Las garantías penales sustantivas tienen como objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen como objetivo la averiguación de la verdad fáctica.²⁵

Para la teoría garantista la justificación del derecho penal se sostiene en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos, y como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal. No es abolicionista,²⁶ considera que des-

²³ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 38.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁶ El modelo justificativo propuesto por Ferrajoli, “permite una réplica persuasoria —aunque siempre contingente, parcial y problemática— frente a las doctrinas normativas abolicionistas. Si estas doctrinas ponen de manifiesto los costos del derecho penal, el modelo de justificación... revela los costos del mismo tipo pero más elevados que pueden generar —no

aparecer el derecho penal puede provocar mayores males que aquellos que se pretende reparar, particularmente en un contexto de crisis como el actual,²⁷ en el cual lo que se impone son justamente medidas que tienden a negar el derecho penal de garantías, optando por otros mecanismos informales de control social, más restrictivos aún de las libertades individuales.

El verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario. Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto.²⁸

sólo para la generalidad, sino también para los reos— la anarquía punitiva nacida de la ausencia de un derecho penal. Estos costos son de dos tipos y no necesariamente se excluyen entre ellos; ellos son el del libre abandono del sistema social al bellum omnium y a la reacción salvaje e incontrolada contra las ofensas, con un inevitable predominio del más fuerte, y el de la regulación disciplinaria de la sociedad, en condición de prevenir las ofensas y las reacciones a éstas con medios diversos y quizá más eficaces que las penas pero seguramente más costosos para la libertad de todos. Estas son las alternativas abolicionistas que es oportuno analizar ahora para cumplir, con base en el esquema utilitarista aquí esbozado, con la obligación de la justificación de lo que he llamado «derecho penal mínimo» y precisar con mayor exactitud el sistema de garantías que lo define”. Ferrajoli, Luigi, “Derecho penal mínimo”, *op. cit.*, p. 73.

²⁷ El mundo se encuentra de frente a la antinomia que produce la recomendación de un derecho penal mínimo basado en principios humanistas y las necesidades crecientes de protección en una sociedad cada vez más compleja. Mientras no aparezca algo mejor, no puede sustituirse el derecho penal, según lo expresa Hans Schultz, “la pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas”, cit. por Roxin, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, p. 98.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo*, trad. de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores,

3. ¿Por qué castigar? *La ley penal como la ley del más débil*

Ante la pregunta ¿por qué castigar?, Ferrajoli distingue dos sentidos distintos para la respuesta:

a) Se castiga porque existe la pena. Porque *se* castiga.

Estamos entonces en el ámbito del deber ser, donde se habla de la función de la pena. La pregunta se transforma en un problema científico, empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como verdaderas o falsas.

b) Se castiga porque debe existir la pena. Porque *se debe* castigar.

Nos encontramos en el ámbito del deber ser donde cabe referirse al fin de la pena. El problema es de naturaleza filosófica que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas las que sin ser verdaderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas.

La función refiere a los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos. Por tanto, son teorías explicativas las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función que de hecho cumplen el derecho penal y las penas, mientras son doctrinas axiológicas o de justificación las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas sobre el fin que ellas deberían perseguir.

Es un grave, pero frecuente error metodológico, confundir entre función y fin, entre el ser y el deber ser de la pena, asumiendo las explicaciones como justificaciones o viceversa. Ferrajoli men-

Prevención y teoría de la pena, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 25-48.

ciona que se trata de una ideología naturalista o realista que cae en la falacia naturalista confundiendo el ser con el deber ser. Esto ocurre entre quienes producen o sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la pena”. Al referirse a los fines de la pena refieren a teorías absolutas o relativas; teorías retributivas o utilitarias; teorías de la prevención general o de la prevención especial; asumiendo que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador; que previene (antes de que deba prevenir) los delitos; que reeduca (antes que debe reeducar) a los condenados; que disuade (antes que deba disuadir) a los ciudadanos de cometer delitos.

Confusión equivalente ocurre entre quienes sostienen teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrinas de justificación. Se habla entonces de una ideología que incurre en la falacia positivista o idealista, que deriva el ser del deber ser. A diferencia de los primeros, confunden los fines con las funciones o los efectos de la pena o del derecho penal verificados empíricamente; afirman que la pena debe ser aflictiva sobre la base de que lo es concretamente, o que debe estigmatizar, aislar o neutralizar a los condenados en cuanto ya es así.

El fin general del derecho penal, en su tarea preventiva, consiste en impedir la razón construida, en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito y la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales.

El fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Este fin supone la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito,

como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios. Monopolizando la fuerza, delimitando los presupuestos y las modalidades e impidiendo el ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados, la prohibición y la amenaza de las penas protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas. En ambos aspectos la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte. De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puciones.²⁹

Para Ferrajoli sólo concibiendo de esta manera el fin del derecho penal es posible formular una adecuada doctrina de justificación, como asimismo de los vínculos y de los límites —y por lo tanto de los criterios de deslegitimación— de la potestad punitiva del Estado. Un sistema está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puciones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas. Naturalmente, un cálculo de este género es imposible. Se puede decir, no obstante, que la pena está justificada como mal menor —sólo si es menor, es decir menos afflictiva y menos arbitraria— respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está justificado cuanto más bajos son los costos del derecho penal respecto a los costos de la anarquía punitiva.³⁰

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, pp. 55 y ss.

³⁰ Esto es evidentemente contrario a lo que afirma el representante de los postulados del “Derecho penal del enemigo”. Según Jakobs la pena no persigue fines preventivos, sino la confirmación del valor de la norma como pauta de conducta para todos los ciudadanos: “die Sanktion hat nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung, sc. Feststellung der unverän-

Tal modelo normativo de justificación satisface las condiciones de adecuación ética y de consistencia lógica requeridas para el plano metaético. En primer lugar, orientando el derecho penal hacia el único fin de la prevención general negativa —de las penas (informales) además que de los delitos—, se excluye la confusión del derecho penal con la moral que distingue las doctrinas retribucionistas y las correccionalistas, por tanto, impide la auto-legitimación moralista y la naturalista.

En segundo lugar, se responde así tanto a la pregunta “¿por qué prohibir?” como a la de “¿por qué castigar?”, imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes que son, respectivamente, el máximo bienestar posible de los que no se desvían y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad. Asignando al derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados, se evitan así las autojustificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y se aceptan únicamente las justificaciones *a posteriori* de modelos de derecho penal mínimo.

En tercer lugar, este modelo reconoce que la pena, por su carácter afflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, al que no sirve encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializante y de hecho, por último, siempre afflictivo. Siendo un mal, sin embargo, la pena es siempre justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales, y si (y sólo si) el condenado obtiene el bien de substraerse —gracias a ella— a informales puniciones imprevisibles, incontroladas y desproporcionadas.

erten Wirklichkeit der Gesellschaft”. Véase Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2a., Auflage, Berlín, Duncker & Humboldt, 1999, p. 106.

En cuarto lugar, es suficiente para que dicha justificación no entre en conflicto con el principio ético kantiano —que por cierto es también un criterio metaético de homogeneidad y de comparación entre medios y fines— según el cual ninguna persona puede ser tratada como un medio por un fin que no es el suyo. La pena, en efecto, como se ha dicho, está justificada no sólo *ne peccetur*, es decir en el interés de otros, sino también *ne punietur*, es decir, en el interés del reo de no sufrir abusos mayores.