EL GARANTISMO PENAL FRENTE A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA¹

1. INTRODUCCIÓN

En los sistemas constitucionales encontramos dos conceptos que normalmente se subrayan y elogian doctrinalmente como son el garantismo penal y el fomento de la participación ciudadana. El objetivo de este trabajo es poner en relación ambos elementos situados, *a priori*, en planos muy diversos. Así, respecto del garantismo podemos fácilmente encontrar elementos positivos auspiciados por los órdenes constitucionales en los que se acomodan. La limitación de la omnipotencia del Estado que puede menoscabar los derechos de los ciudadanos individualmente considerados es una idea fácilmente plausible desde el sentido común. Y respecto de la participación ciudadana debemos destacar razones tales como que en la toma de decisiones, el hecho de que se produzca una participación real y efectiva por parte de la ciudadanía resulta fundamental. Ello permite que los ciudadanos manifiesten opiniones que pueden ser pertinentes para el desarrollo político del entorno y que las autoridades decisorias pueden tener en cuenta. Todo esto favorece la responsabilidad y la transparencia del proceso conducente a tomar decisiones y, al mismo tiempo, ayuda a que los ciudadanos asuman responsabilidad sobre los asuntos de interés general. El ciudadano no puede verse limitado al mero papel de elector, sino que aspira a intervenir más activamente.

Ahora bien, esta corriente favorable a la participación ciudadana, que necesariamente ha de surgir de la propia ciudadanía, no queda más que en un catálogo de buenas intenciones si no le sigue el correspondiente desarrollo que asiente y refuerce las distintas formas de participación, por lo que el ciudadano participativo y concienciado de su labor social y de tomar parte en los asuntos públicos debe tener al menos la sensación interna de que su participación “sirve” para algo. No pretendemos un alineamiento de los ciudadanos en la resolución de las disputas públicas ya que el fundamento de la democracia no es el consenso sino el disenso. Lo que pretendemos

¹ Trabajo realizado gracias a la financiación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (FPU014/02451).

indicar es que si el ciudadano se desenvuelve en una perspectiva de lo que es la sociedad, que en nada tiene que ver con lo que real y efectivamente percibe a su alrededor, difícilmente ese ciudadano persistirá en su empeño de involucrarse en los asuntos públicos y de participar en la vida pública. Y esa percepción no se centra solo en que su participación concreta en una determinada cuestión se lleve a cabo. En absoluto. Esa percepción se basa en un proyecto de vida en sociedad. Y en este punto se estrecha la aparente distancia inicial que encontrábamos entre los elementos del estudio, a saber: garantismo penal y participación ciudadana. La visión que tiene el ciudadano de su entorno, su vida social, política, comunitaria, está basada fundamentalmente en el derecho. Es famoso el brocardo latino que refrenda lo antedicho *ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius*. Pues bien, partiendo de que el fundamento del derecho debe ser la justicia, y que esa justicia es palpable por el ciudadano en las decisiones que toman los jueces, en las actuaciones de los gobernantes y en el modo de obrar del legislador, lo cierto es que el derecho si no es garantista, o si lo es en demasía, producirá decisiones injustas y ello será observable por el ciudadano. La consecuencia de tales injusticias será minar la capacidad de los ciudadanos de involucrarse en lo común, fomentando un individualismo, imperante en la sociedad actual, y una apatía y descreencia respecto de todo lo público, lo político y lo jurídico. Un desprestigio de todos estos sectores que implica un distanciamiento del ciudadano respecto de los núcleos decisionales, desvirtuando en este caso el fundamento último del concepto de ciudadano. Todo ello desemboca en problemas de enormes magnitudes, ya que como afirma Quesada Castro, «la democracia se está viendo sometida a un grado de absentismo y de apatía tales que se están erosionando los referentes de sentido de la política en general y de la vida democrática en particular»².

2. GARANTISMO COMO FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO

Ferrajoli estima que el garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un Derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación

² Quesada Castro, F. (2005). 'Democracia y virtudes públicas', en P. Cerezo Galán (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, p. 43.

del poder punitivo del Estado³. Por su parte, Marina Gascón sostiene que cuando hablamos de un derecho garantista, al menos desde un primer abordaje a la cuestión, de lo que tratamos es de una serie de instrumentos que se emplean para defender los derechos de los individuos frente a posibles agresiones de otros y, en mayor medida, ante eventuales agresiones del poder del Estado, siendo para ello necesario el establecimiento de límites a dicho poder de manera que pueda maximizarse la realización de esos derechos y minimizar sus amenazas⁴. Para Ferrajoli una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder. De este modo no se fomenta la idea de que puedan existir unos poderes que nazcan de la “bondad” y que de forma automática den cumplimiento a los derechos, al contrario, fruto de esa desconfianza lo que se persigue es que ese poder esté sujeto y vinculado a elementos jurídicos que lo acoten para, de este modo, preservar los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales⁵.

El garantismo es básico en un sistema democrático. Ese freno a los poderes del Estado en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos es un pilar sólido sobre el que establecer cualquier avance democrático posterior. De hecho cuando Ferrajoli plantea su teoría general del garantismo lo hace sobre un presupuesto metodológico basado en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser⁶. Lo que ya muestra que este concepto de garantismo va mucho más allá de un mero concepto jurídico. Sobrepasa unos aspectos estrictamente jurídico-penales para establecer una teoría general de esta materia basada en la separación comentada *ut supra*. Es más, argumenta el autor que esta separación, «elaborada en los orígenes del estado de derecho por el pensamiento ilustrado, debe ser considerada en todo su alcance -epistemológico, teórico y político- por dicha teoría como objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores ético-políticos externos, el jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas. Solo el reconocimiento de la divergencia -insuperable en cuanto ligada a la estructura deóntica

³ Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de (M. Carbonell, A. de Cabo y G. Pisarello, Trads.), México, CNDH, p. 38.

⁴ Gascón, M. (2006). ‘La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y razón” en J. O. Sotomayor Acosta (coord.) *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis, p. 13.

⁵ Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de (M. Carbonell, A. de Cabo y G. Pisarello, Trads.), México, CNDH, p. 31.

⁶ Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (9a ed.). Madrid: Trotta, pp. 854-892.

de las normas- entre normatividad y efectividad permite en efecto plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos»⁷.

La relación entre garantismo y ámbito constitucional es obvia. El propio Ferrajoli habla de modelo constitucional-garantista sobre aspectos como la validez, de la que sostiene que ya no es un dogma ligado a una formalidad, la existencia de una ley, sino que la validez se remite a la coherencia con los significados de la propia Constitución, dirigida a su vez a la valoración del juez. De ahí que sostenga que «la interpretación judicial de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir solo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas»⁸. Pero además de la validez, en esta sede se expresa acerca de las funciones propias del Estado social, de su masiva acumulación de funciones en materias tales como la salud, la educación, la previsión social, la subsistencia, entre otros. De hecho critica esta expansión masiva de funciones sin la existencia clara de garantías efectivas de los nuevos derechos, dándose además, y en paralelo a ello, una ausencia de controles políticos y administrativos eficaces. La consecuencia de todo ello es una crisis de legalidad en la esfera pública que se manifiesta «de un lado, por el aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos; del otro, por su creciente ilegalidad, que se manifiesta, en todas las democracias avanzadas en el desarrollo de la corrupción y, más en general, de los procesos de desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales.

Es claro que semejante fenómeno ha atribuido a la jurisdicción un nuevo papel: la defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder. Un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos, propio del Estado de derecho, que es, a su vez, presupuesto esencial de la democracia: que quiere decir sujeción a la ley de los poderes públicos, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de las funciones públicas, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles estados, de dobles niveles de acción política y administrativa»⁹. Y esta es, sin duda, la cuestión central que nos ocupa. Esa crisis de la legalidad en la esfera pública que se manifiesta en ámbitos como

⁷ *Ibidem*. pp. 854-855.

⁸ Ferrajoli, L. (2006). 'Jurisdicción y democracia' en J. O. Sotomayor Acosta (coord.) *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis, p. 125.

⁹ *Ibidem*, p. 129.

el de la corrupción y para el que el garantismo no tiene los mecanismos ni resortes jurídicos oportunos para hacer frente. Es más, esas corruptelas se valen de estas garantías jurídicas en su propio beneficio, con la desnaturalización del garantismo que ello implica.

Para disipar cualquier sospecha sobre nuestra crítica al garantismo hay que recalcar que es fundamental la presencia de garantismo en los ordenamientos constitucionales para que los ciudadanos tengan la percepción de que conviven en un ambiente democrático y respetuoso con los derechos de cada uno, generando así, por añadido, un espacio en el que se fomente la participación en los asuntos públicos. Este elemento democrático del garantismo como fuente de confianza institucional es difícilmente rebatible. Ahora bien, el problema que destacamos es qué ocurre cuando se pervierte este digno y necesario principio. Cuando el garantismo juega a favor de unos pocos. Cuando delitos con un especial reproche social se barnizan con elementos del garantismo para quedar cuasi impunes. ¿Qué despierta eso en el ciudadano? Obviamente recelo institucional y apatía política. Ello es un problema de enormes dimensiones puesto que la apatía, el desinterés y la falta de beneficios a corto plazo suelen ser los recursos más utilizados para explicar el escaso peso de la participación ciudadana en el funcionamiento institucional¹⁰.

Si un elemento tan positivo para los sistemas democráticos como es el garantismo se retuerce y utiliza de tal manera que se desnaturaliza totalmente, lo que conseguimos, por pura lógica, es alcanzar los objetivos opuestos de los inicialmente marcados. La apatía y desconfianza hacia lo público crece cada vez que se produce una decisión injusta y el excesivo garantismo genera, *per se*, injusticia.

3. DESINCENTIVO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Partimos de una premisa y es que la ciudadanía no entiende las injusticias que produce el excesivo garantismo. Amparados en aspectos técnicos y jurídico-formales en muchas ocasiones el ciudadano de a pie observa a través de los medios de comunicación como el derecho fundamenta actuaciones manifiestamente injustas en base a un mal

¹⁰ Gutiérrez Sastre, M. (2005). *La participación en los servicios públicos de bienestar: un análisis del poder de los usuarios en el ámbito de la salud, la educación y los servicios sociales*, Consejo Económico Social, Madrid, p. 45.

entendido garantismo de los derechos. Especialmente hiriente es el caso de las corruptelas políticas ya que a mayor corrupción y sensación de impunidad que llevan aparejadas incomprensibles decisiones judiciales y políticas, menor es la participación ciudadana. En cierto sentido la corrupción actúa como fuente y combustible de la apatía política lo que deviene, irremisiblemente, en un profundo desencanto democrático.

La relación que tratamos de trazar entre garantismo penal y participación ciudadana es la que se establecería sobre un inestable equilibrio entre limitar el poder omnímodo del Estado en su vertiente punitiva y la excesiva laxitud, sobre todo para según qué delitos. Ese exceso de garantismo genera frustración y una consecuencia tremendamente negativa: la sospecha de que en ocasiones no se aplica la justicia. Ni se pretende. Se desvirtúa ese elemento cuasi sagrado que conlleva el acto de impartir justicia. Cuando esa falta de fe se nutre de muchos ejemplos, y con la inestimable ayuda aumentativa del eco social que generan los medios de comunicación, todo ello deviene en desencanto con el sistema judicial. Cuando la laxitud se produce, en muchos casos, con sujetos que provienen del ámbito político, ese desencanto se extiende al espacio democrático, suponiendo una barrera, a veces infranqueable, para que los ciudadanos se animen a participar. No hay que olvidar que el derecho regula las relaciones sociales, siendo el ámbito punitivo una de las posibles consecuencias de las acciones que se realizan en sociedad. Si a determinado sector de la ciudadanía no se le aplica el derecho como a los demás, o se les aplica como a los demás pero con unas garantías excesivamente benignas para aquellos que juegan al borde de la legalidad, el desencadenante es una descreencia en el derecho y la justicia. No cabe perder de vista que derecho, justicia y sociedad son vasos comunicantes. La lacra de una de ellas se expande rápidamente dañando el prestigio de las otras.

Obviamente el derecho emplea tecnicismos y requiere cierta preparación. Pero no podemos convertir al derecho en una ciencia abstracta ininteligible para el ciudadano de a pie. No se puede tratar permanentemente al ciudadano como si fuera un menor de edad incapaz de gobernarse y entender las cuestiones que le rodean. Debe fomentarse la participación ciudadana, la implicación constante y gradual en los asuntos públicos y el derecho debe ser un posibilitador de esa circunstancia, no un dique de contención para que la ciudadanía considere que se trata de ámbitos que le son ajenos. Hacer el derecho entendible y razonable pasa por un único camino: retomar el concepto de derecho que

ya explicaba Santo Tomás de Aquino¹¹, el derecho es lo justo, aquello que conforme a cierta igualdad corresponde a cada uno. Acotando, el derecho es lo justo. Sin entrar en disquisiciones alrededor de la pugna entre el derecho natural y el derecho positivo lo suyo es reconocer que si se lleva el garantismo penal a unos extremos tales que la propia ciudadanía, desde una visión serena y sensata, considera que no se aplica en ningún caso justicia y que el derecho se pone así al servicio de aquellos que empañan y ensucian la convivencia, el derecho rompe con sus principios más fundamentales. Además estas circunstancias que rodean a casos que atacan al sentido común por un mal entendido garantismo siempre provocan discriminaciones e injusticias con el mismo trasfondo, a saber, es el ciudadano de a pie el que sale malparado.

Más allá de la corrupción, que puede considerarse como un mal endémico de los sistemas democráticos, no así su trato comprensivo y garantista al extremo para con los delincuentes que es fruto, única y exclusivamente de una aplicación y concepción del derecho contra natura, también encontramos, desafortunadamente, ejemplos sangrantes y de rabiosa actualidad de estos fallos del Derecho penal en otros ámbitos. Así los encontramos en los casos de los atropellos que aparecen cada vez con más frecuencia en los medios de comunicación, especialmente de ciclistas. Pues bien, si el conductor se da a la fuga elude el control de drogas y alcohol de manera que el reproche penal no aumenta por estas cuestiones, sin olvidar que si la víctima fallece desaparece la omisión del deber de socorro. Este disparate institucionalizado por el legislador es lo que pervierte la figura del Derecho penal de cara a la ciudadanía, genera ese clima de desconfianza hacia lo jurídico y por extensión a lo político. Otro caso sangrante sería el de la violencia de género, lacra de nuestra sociedad y ante la que el Derecho penal actúa, desde la perspectiva del ciudadano, con tibieza. Ese alejamiento del ciudadano y del derecho tiene como telón de fondo las distintas perspectivas de vida que tienen la inmensa mayoría de ciudadanos y aquellos que tienen capacidad directa en la creación e innovación del derecho. La figura del político, del juez, del fiscal, del propio abogado, ya no se ve recubierta por un halo de respeto y confianza, más bien lo contrario. El derecho es configurado por agentes tan alejados del día a día que la descreencia en ocasiones es total.

¹¹ Ver Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. - Parte II-IIae - Cuestión 57.

4. CONCLUSIONES

Pese a todo lo anterior no nos posicionamos en contra del garantismo penal, obviamente. Se ha subrayado desde el principio de este trabajo la importancia de su arraigo constitucional y su carácter necesario en el derecho. Por tanto, no abogamos por un derecho nacido de las entrañas, ni mucho menos. No pretendemos un derecho visceral y revanchista. La única aspiración es a un derecho justo. Ni más ni menos. Una perspectiva del asunto desde el sentido común nos da una respuesta mucho menos académica, pero sí más real. Se percibe el derecho como excesivamente garantista en algunas cuestiones, y este hecho desemboca en situaciones aberrantes en los que la justicia es un mero adorno carente de sustantividad. Y de ese desprestigio del derecho somos especialmente responsables los juristas. La imbricación que existe entre todos los elementos sobre los que hemos trabajado en este texto como es la democracia, el derecho, la participación ciudadana, la concepción de la democracia como una cuestión de todos y en la que el derecho tiene un papel preponderante obliga a que sea cual sea la perspectiva que se tome el derecho debe estar exento, en la mayor medida posible, de desencanto social. La sociedad, por el mero hecho de serlo, debe creer en la justicia y en que las decisiones que se toman desde los sectores decisionales del mundo jurídico se basan en la aplicación del derecho en aras de conseguir una sociedad más justa. El excesivo garantismo va en contra de los propios intereses de todos, retiene la capacidad participativa de los ciudadanos y genera una sociedad peor, más alejada de la justicia. Por todo ello revisando el concepto del garantismo penal podremos aproximar a la ciudadanía a las cuestiones de interés colectivo y fomentar, de manera mucho más práctica y efectiva, el crecimiento de una sociedad democrática y participativa. Y es que como afirma el profesor Vidal, solo la sociedad democrática, bien ordenada y con pretensión de justicia, puede afirmar el reconocimiento, protección y defensa de unos valores, principios y normas, y el derecho, con la legitimidad y la fuerza que le confiere su carácter democrático¹². Establecer esas bases participativas y de confianza en la justicia es fundamental para generar una sociedad de progreso, y para ese avance colectivo el derecho no debe estar bajo sospecha por la ciudadanía, siendo el excesivo garantismo una fuente de desconfianza entre los ciudadanos.

¹² Vidal, E. (2002). *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, p.156.