

GARANTISMO PENAL. CRISIS DEL DERECHO

I.- Introducción.

II.- Evolución histórica del garantismo

III.- ¿Qué es el garantismo?

IV.- Derecho penal garantista versus derecho penal como sistema de garantías

V.- Justificación de la pena para Ferrajoli

María Ángeles Vílchez Gil

GARANTISMO PENAL. CRISIS DEL DERECHO

I.- Introducción.

Nuestra Constitución Española, así como los Tratados internacionales, recogen las llamadas garantías penales, y en concreto el Código penal, establece de forma preliminar, un título dedicado a las Garantías Penales y Aplicación de la Ley Penal en el Código Penal Español, encontramos la respuesta a la aplicación de esta norma y cómo se procede a su aplicación a toda persona que se encuentre inmersa en un procedimiento.

Reflejo por parte de la importancia de las mismas en nuestro ámbito jurídico, constituyendo por tanto principios básicos del derecho, teniendo siempre que tener en cuenta respecto de la aplicación del derecho penal sus principios rectores: principio de legalidad, principio de irretroactividad de la ley penal, principio de analogía, principios básicos del derecho penal.

El Legislador ha incorporado Garantías relativas al Principio de Legalidad, como son la Garantía Criminal (Art. 1.1 CP y Art. 4.2 CP, también presente en el Art. 25 CE), la Garantía Penal (Art. 2.1 CP, también presente en el Art. 25.1 CE), la Garantía Jurisdiccional (Art. 3.1 CP) y la Garantía de Ejecución (Art. 3.2 CP, también presente en el Art. 25.2 CE).

Sobre los Principios relativos al Principio de Legalidad, aparece el Principio de Irretroactividad de la Ley Penal, que establece la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes punitivas no favorables al reo (Art. 2.1 CP, también presente en los Arts. 9 y 25.1 CE), siendo regulada una excepción a este principio en el Art. 2.2 del CP, cuando la ley penal posterior sea más favorable para el reo. Encontramos también la Prohibición de la Analogía en el Art. 4.1 CP.

II.- Evolución histórica del garantismo

El garantismo es una corriente de pensamiento criminológico de sesgo contractualista y utilitarista nacida en el seno de la Ilustración italiana que proporcionó a Estados modernos, ideas sustanciales para transformar el procedimiento judicial y suavizar la ejecución de la pena. Involucra al principio de legalidad, surgido para impedir la arbitrariedad del poder, con mecanismos que comprendieron la averiguación de la verdad a través de la oficialidad, la imparcialidad, la prontitud y la publicidad, como también la supresión de los castigos crueles y la proporcionalidad entre el delito y la pena. En la última parte del siglo XX el concepto trascendió el marco específico de la criminología, el derecho penal y la filosofía jurídica, para canalizar un programa

alternativo a los condicionamientos de mercado con los que funciona el Estado de derecho bajo la égida del neoliberalismo. La concepción de limitaciones a las arbitrariedades del Estado despótico que caracterizaron la emergencia del garantismo, se expandieron así hacia cualquier forma de ejercicio del poder (pública o privada), para colocar al derecho como garantía de los más débiles frente a los más poderosos (Ferrajoli).

Desde la obra medular del milanés Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicada en 1764, el garantismo constituyó un principio jurídico básico dentro de las modernas formas de organización social. Considerado peligroso y revolucionario, sujeto al pecado de “socialismo”, el libro de Beccaria fue introducido por la Iglesia católica en el “Índice” de prohibición inquisitorial, donde se lo mantuvo cerca de 200 años (Anitua). Paralelamente, la Ilustración convertía a esa obra en un emblema de la defensa de libertades, por tratarse de un programa jurídico alternativo al del Antiguo Régimen oponiéndole al absolutismo la noción de “Estado limitado”, donde los jueces eran limitados por la ley y, a la vez, el legislador lo era por la necesidad social. En adelante, el garantismo se afirmaría como corriente reguladora de los poderes, exaltando los beneficios de la prevención del crimen en el marco de un “derecho penal mínimo” (Baratta).

Después de oponerse al absolutismo, el garantismo adquirió un rol protagónico en los últimos años, cuando, el neoliberalismo, tras reducir al Estado a su mínima expresión canalizó la voluntad de crear, a la vez, un Estado fuerte desde lo punitivo. Desvinculando los condicionantes sociales de la comisión del delito, o peor aun, criminalizando la pobreza a través de una especie de generalizada sospecha predelictual, el universo de “quienes detentan derechos” devino en estatus diferenciados según la inclusión o exclusión de los individuos en la sociedad de mercado. Esa oposición binaria alentó una acción punitiva del Estado ajustada a la medida del reclamo de los incluidos para desplegar sobre quienes no lo están penas ejemplarizadoras, “endurecidas” por un afán autoprotectorio y segregacionista que reconvierte el utilitarismo de la Ilustración y lo reduce tan sólo al aislamiento y vigilancia de la otredad. Ante este estado de cosas, la alternativa garantista busca revertir aquellas estrategias que refuerzan las asimetrías sociales; oponiéndose, de ese modo, a un conjunto de prácticas fundadas en sospechas predelictuales que entrañan un relajamiento de controles sobre las clases altas y el incremento de ellos sobre las bajas (Anitua).

En los orígenes del garantismo, Beccaria sentó las bases de un principio fundamental: la pena no podía justificarse en la venganza sino en la utilidad, es decir, en la prevención de otros delitos. Asociado a ello surgía una defensa del contrato social, en la idea de que lo justo debía ser socialmente útil. Posteriores relecturas del garantismo ampliaron la perspectiva en la segunda mitad del siglo XX, para vincularlo a una nueva realidad política signada por la positivización de los Derechos Humanos (1948). Esta tendencia cobró particular impulso en la necesidad de contener los avances de una legislación

antiterrorista que, tanto en Italia como en España, socavaba los principios del derecho penal Ilustrado. En ese marco, Alessandro Baratta, desde el “derecho penal mínimo” promovió el respeto a los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. Propuso, asimismo, una nueva concepción de democracia basada en el principio de inclusión de las víctimas y de todos aquellos que más sufren, es decir, de una nueva ciudadanía incluyente (Baratta). Por su parte, Luigi Ferrajoli sostuvo que el progreso de un sistema político debía medirse por su capacidad de tolerar “la desviación como signo y producto de tensiones y de disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado, de prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causas materiales” (Ferrajoli). Estas ideas se vincularan con las de Eugenio Zaffaroni, principalmente dirigidas a propender la ayuda del Estado a los criminalizados con el objeto de reducir sus niveles de vulnerabilidad al sistema penal (Zaffaroni).

Con la crisis del Estado de bienestar y ante las dificultades de atender problemas sociales, afloró en los Estados Unidos, a principios de la década de 1980, una tendencia destinada a erradicar el delito negando el ideal resocializador de la pena. A partir de allí, se decretó la caída de la época del tratamiento de quien delinque y su reemplazo por la “mano dura”, algo que no era nuevo en la ciencia penal sino una reactualización del viejo paradigma inquisitorial. Esa tendencia se propagó internacionalmente y en la Argentina adquirió particular notoriedad a partir de la “larga década del '90”, sostenida con el apoyo de medios masivos de comunicación que la pusieron a tono con la prédica del neoliberalismo. Bajo esta interpretación, el garantismo no es sino un eufemismo utilizado para descalificar frecuentemente la pretensión de situar la Justicia dentro de un estado de derecho. En consecuencia, si en la Ilustración el garantismo nació para oponerse al Estado ilimitado, en los últimos años se enfrenta a un “estado de excepción”, un espacio vacío de derecho, zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas y sobre todo, la distinción misma entre público y privado, son desactivadas (Agamben) a partir de la subordinación “absoluta” de lo político a lo económico. De esta manera, el reclamo por un no-garantismo que asegure que el contenido de la sentencia será acorde a la demanda de los que tienen voz en los *mass media*, es también, en gran medida, paralelo al cuestionamiento al Estado de derecho en sí. En otro momento histórico, esos mismos reclamos y esos mismos cuestionamientos convergieron en Argentina para colocar la Justicia bajo el signo del terrorismo de Estado.¹

¹ Fuentes: **Proyecto: Diccionario del pensamiento alternativo II. por Marisa Miranda, Gustavo Vallejo (CONICET):** AGAMBEN, G; *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004 (1ª edición 2003). ANITUA, Gabriel I; *Historias de los pensamientos criminológicos*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

BARATTA, A; “Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, en *Doctrina Penal*, Año 10, Nº37-40, Buenos Aires, 1987, pp.623-650.

BECCARIA, C, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955 (1ª edición 1764).

FERRAJOLI, L; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001 (1ª edición 1989).

PAVARINI, M; *Control y dominación, teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003 (1ª edición 1980).

ZAFFARONI, E; PLAGIA, Ay SLOKAR, A; *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000

III.- ¿Qué es el garantismo?

La obra que más espacio ha ocupado y sigue ocupando en el conjunto de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, es el derecho penal, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal, viene a establecer una definición de “*garantía*”, como “*cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, pudiéndose entender 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)*”.

Desde hace décadas, este autor ha venido construyendo un sistema conceptual de alta precisión que sirva para alcanzar un derecho penal garantista

El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho.

En sus trabajos posteriores a 1989, Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neo constitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “*poderes buenos*”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales

Sobre este punto 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.*”

Otro postulado básico del garantismo es la separación entre derecho y moral, entre delito y pecado, entre validez y justicia. De esta separación deriva, a su vez, la distinción entre punto de vista interno y externo del derecho.

IV.- Derecho penal garantista ² versus derecho penal como sistema de garantías

² FERRAJOLI, L, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías.

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 del poder punitivo del Estado.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales 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

Las garantías penales sustantivas tienen por 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 por objetivo la averiguación de la verdad fáctica.

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.

Ferrajoli, en una ponencia expuesta en las jornadas sobre “La crisis del derecho y sus alternativas”, organizada por el Consejo General del Poder judicial, en Madrid en 1992, ya exponía que en los países de democracia más avanzada, existía una crisis profunda y creciente del Derecho, la cual se manifiesta en diversas formas y múltiples planos, destacando tres aspectos de esta crisis.

Ferrajoli, comienza por el primer aspecto, al que denomina crisis de la legalidad. Expresado a través de la ausencia de control y su ineficacia, lo que deriva hacia la fenomenología de la ilegalidad del poder; manifiesta y pone ya, en dichos años, la evidencia, tanto en Italia, como en Francia y en España, las investigaciones policiales que han sacado a la luz un importante y gigantesco sistema de corrupción, que viene a envolver a la Administración pública, finanzas, economía y la política, en estos casos habla de las denominadas sedes extralegales y extrainstitucionales gestionados por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios que tiene sus propios códigos de comportamiento.

Ya adelantado a sus tiempos, Ferrajoli, pone en evidencia el sistema político, administrativo, económico del estado Español y de otros, señalando un sistema gigantesco de corrupción, la cual en la actualidad viene y continúa siendo la metástasis del sistema político, financiero y económico de un país.

El segundo aspecto de la crisis, es el de la inadecuación estructural de las formas del estado de derecho a las funciones del welfare state, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del estado social. Esta crisis ha sido asociada a la contradicción entre el paradigma clásico del estado de derecho , que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos y el estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, y por tanto eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad.

El tercer aspecto de la crisis del derecho está ligado a la crisis del estado nacional y se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía y políticas sociales, fuera de los confines de los estados nacionales.³

V.- Justificación de la pena para Ferrajoli

Ferrajoli, justifica el castigo de la pena con una doble respuesta:

1º.- Se castiga porque la pena existe, estamos en el ámbito del deber ser, y donde ya se habla de la función de la prueba. Siendo a través de datos empíricos como se ha de responder.

La función de la pena se refiere a los usos descriptivos. Siendo por tanto teorías explicativas las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función que cumple el derecho penal y las penas.

Estamos en el “ser” de la pena, porque “se” castiga

2º.- Se castiga porque la pena debe de existir, 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 y por tanto admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas.

El fin de la pena indica los usos normativos. Son doctrinas axiológicas o de justificación las respuestas a las cuestiones ético filosóficas sobre el fin que ellas deberían perseguir.

Estamos en el “deber ser” de la pena

Ambas cuestiones suelen confundirse, el “ser “ de la pena y el “deber ser” de la pena.

³ FERRAJOLI, L “La crisis del derecho y sus alternativas”, 1992, pp 119-120

Confundiéndose entre las teorías sociológicas de la pena presentándose como doctrinas de justificación.

Pero lo que es evidente y defiende Ferrajoli, es que 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 solo, 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.

La mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos no puede ser el reducto del fin del derecho penal. El fin del derecho penal supone la protección del débil frente al más débil y por tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, 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.

Se trata de la tutela de los derechos del más débil contra la violencia arbitraria del más fuerte. De ahí que los derechos fundamentales constituyen precisamente parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puciones.⁴

La pena está justificada como mal menor, sólo si es menor, es decir menos aflictiva 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.

Este modelo normativo de justificación, satisface las condiciones de adecuación ética y de consistencia lógica requeridas para el plano metaético.

Ferrajoli ha precisado y subrayado la importancia, igualmente, del establecimiento de una "regla semántica metalegal" para el garantismo penal:

"Principio de estricta legalidad y principio de estricta jurisdiccionalidad se pueden, pues, configurar como dos reglas semánticas complementarias, una dirigida al legislador y otra dirigida a los jueces, con las que garantizar, mediante la verificabilidad de las denotaciones jurídicas y de las fácticas, la reserva absoluta de ley en materia penal y la consiguiente sujeción del juez penal solamente a la ley. Teóricamente, allí donde estos principios fueran ambos plenamente satisfechos, la denotación penal de un hecho concreto mediante un predicado penal no requeriría ningún poder judicial de decisión, puesto que sería la conclusión de una deducción que tiene como premisas una aserción fáctica empíricamente verificable y un aserción jurídica analíticamente verdadera, es

⁴ FERRAJOLI, L., Derechos y garantías. La Ley del más débil

decir, conforme al significado de los términos empleados en ella. En tal caso la subsunción o verificación jurídica se produce por definición, es decir, conforme a la regla de uso legal de (por ejemplo) la palabra "homicidio" que permite, gracias a su (relativa) precisión y univocidad, la sustitución de las palabras cointensas y coextensas que denotan el hecho en la premisa fáctica sin que ésta vea alterado su contenido informativo ni su valor de verdad".⁵

VI.- Conclusiones

La pregunta sería: ¿Cuál es el riesgo que corre nuestro estado de Derecho?, evidentemente, y tras lo que Ferrajoli, decía en 1992, el riesgo es que esta crisis del derecho se traduce en una crisis de la democracia, y por ende y equivalencia a una crisis del principio de legalidad, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, y por tanto en la desestabilización del sistema jurídico y del estado social y democrático de derecho.

Enlazando todas y cada una de las cuestiones, planteadas es evidente que estas crisis y sistemática de corrupción y corruptela en el derecho y en las estancias de los poderes de la administración, fiscal, social, política y financiera del estado, es el fiel reflejo del quebrantamiento y resquebrajamiento que está padeciendo los principios que rigen nuestro sistema judicial. Para ello, se requiere un reforzamiento del sistema jurídico penal, en aquellas conductas que afecten al orden público general, al orden económico, de ahí, que tras la reforma de la Ley 1/2015, del Código Penal, todos los delitos penales económicos, se hayan reforzado, en orden al control de la corruptela y por tanto en orden a la protección y tutela de nuestro estado político judicial. Los llamados delincuentes económicos, fiel reflejo, alguno de ellos, del quebrantamiento del principio de legalidad, van siendo controlados a través de condiciones objetivas de punibilidad establecidas en estas conductas delictivas que conllevan a la falta de confianza en el orden económico y financiero de un Estado.

El derecho penal trata de tutelar y valorar los derechos constitucionalmente garantizados, como dice Ferrajoli: "Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

⁵ FERRAJOLI, L. Derechos y garantías. La Ley del más débil.
FERRAJOLI, LI, Derecho y razón. Editorial Trotta.