

Luigi Ferrajoli.

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.

Madrid, Trotta, 1995

I

El Estado de derecho en el constitucionalismo moderno tiene los siguientes rasgos estructurales: a) incorporación al cuadro jurídico positivo de una serie de valores: los derechos fundamentales del ideario liberal, dotados de garantías formales con algún grado de eficacia potencial; y también algunos derechos sociales, aunque más débilmente protegidos puesto que su prestación aparece prácticamente confiada a la discrecionalidad gubernamental. b) La consagración del principio de legalidad, es decir, la sumisión imperativa de todas las instancias de poder a la ley general y abstracta y, en consecuencia, al control judicial de legalidad de sus actos, es decir, la consagración del principio de jurisdiccionalidad. c) La funcionalización del ejercicio de todos los poderes a la garantía del disfrute de los derechos del primer orden y a la efectividad de los del segundo.

Una larga experiencia sobre el uso del Derecho como mera formalidad nos ha llevado a constatar que aún el modelo constitucional de contenido normativo democrático no es realizado. En este sentido no es posible aplicar con seguridad la etiqueta de Estado de derecho a los Estados que conocemos. En consecuencia, no es solamente la democracia la que no se realiza, sino que el mismo Estado de derecho como precondition necesaria, aunque no suficiente, de la democracia, es irrealizado. Porque, en contraste con el modelo, hoy podemos constatar que existe una divergencia interna al ordenamiento jurídico entre la proclamación del ideal constitucional de los derechos, su grado de desarrollo legal y, todavía más, sus tristes índices de eficacia real. En consecuencia, las promesas constitucionales son doblemente deficientes: tienen un limitado nivel de satisfacción en la ley ordinaria y multitud de prácticas institucionales esquivan la ley ordinaria.

El referente normativo más pertinente para medir a una gran parte de los principales y menos principales actores políticos, económicos y sociales de las sociedades como las nuestras es el código penal. Dada la inveterada propensión del poder a protagonizar huidas al derecho, si hay algún lujo que el Estado de derecho y los ciudadanos del Estado de derecho no pueden permitirse es la amortización de alguna de las instancias de control que, en el modelo ideal-constitucional, pueblan su estructura. Uno de ellos es el control de procedencia judicial. Frente a la degradación criminal el poder judicial debe actuar sobre el caso y, al hacerlo, encarna toda la legitimidad del Estado de derecho. Pero la forma en que el poder judicial actúa sobre el caso es parte de la política criminal del Estado, cualquiera que ésta sea. Y ello incluye, entonces, la responsabilidad del ejecutivo y del legislativo.

La política criminal, de la cual es expresión el derecho penal, hay que verla en el contexto de un problema que es común a todas las democracias contemporáneas; problema que, por supuesto, es más dramático en algunos países como el nuestro. Se trata de la creciente anomia del Estado, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones -y de los correlativos espacios de discrecionalidad- en la vida social y económica y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse

de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra institucionales.

Esto se agrava con la inflación legislativa como arma que persigue más una eficacia simbólica que real y por la apelación continua al derecho de emergencia, con el que se trata de exorcizar, sin éxito, a los fenómenos, no sólo los de la criminalidad sino, inclusive, desastres naturales o técnicos, o explosión de crisis acumuladas, por ejemplo.

La inflación legislativa (casi siempre penal) es originada -y al mismo tiempo sirve como causa- por la falta de certeza y la oscuridad del sistema normativo que dificulta su manejo cognoscitivo, pero también por la falta de formación adecuada de los operadores jurídicos en el nivel legislativo y jurisdiccional. No sobra tener en cuenta que esta táctica de utilizar el derecho de manera difusa es una táctica de ejercicio del poder. Por ejemplo, la legislación de emergencia que es utilizada para exorcizar las crisis, termina por exportar las crisis que no resuelven los gobiernos, a la jurisdicción. Es decir, se incluye a la jurisdicción en la crisis. Cualquiera de estos hechos favorece la tendencia al ilegalismo difuso -erosiona el principio de estricta legalidad-, resta credibilidad y eficacia a la acción jurídica -erosiona el principio de estricta jurisdiccionalidad- y, en consecuencia, propicia la corrupción y el arbitrio.

Por ello resulta muy pertinente tener un modelo teórico que sirva de referencia para analizar la política criminal existente. Que no sólo atienda a las llamadas causas

LIBROS

externas de la crisis de la rama judicial, sino fundamentalmente a las posibles causas técnicas, éticas, políticas y epistemológicas de las decisiones judiciales confusas y, en particular, las provenientes del derecho penal.

En este contexto, el libro de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, que propone un derecho penal mínimo y una reformulación garantista de la legislación penal, quiere ser una contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a esta crisis que, como hemos dicho, no es sólo crisis del Derecho en particular, sino también y quizás fundamentalmente, del Estado de derecho.

La hipótesis teórica en que se basa esa propuesta es la existencia de un nexo insoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Por esta razón -y sólo para centrarnos en una de las múltiples alternativas de lectura que presenta el texto- existe una consistente filosofía política que sirve de nicho al ideal de un derecho mínimo y garantista.

II

En una primera acepción el garantismo -en relación con el Derecho penal- designa un modelo de ordenamiento jurídico con capacidad para invalidar todo ejercicio del poder que contraría normas superiores establecidas para la tutela de derechos fundamentales; en una segunda designa una doctrina filosófico-política que permite la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la

rígida separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia, o entre punto de vista jurídico o interno y punto de vista ético-político o externo del ordenamiento.

Históricamente el pensamiento penal (pena, delito y proceso en relación con el si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar) se ha dividido en dos orientaciones opuestas: la idea de la autojustificación del derecho penal como valor en sí o como inmediata actuación de valores ontológicos y metajurídicos y la de su hetero-justificación como mal necesario para tutela de concretos y vitales intereses de los ciudadanos. Estas orientaciones -caracterizadas respectivamente por la confusión y la separación entre la legitimación interna o jurídica y la legitimación externa o moral- están en la base, una, de las culturas y de los modelos penales autoritarios, la otra, de las culturas y de los modelos penales garantistas.

Al ser el derecho penal el lugar donde el conflicto entre Estado y ciudadano o entre autoridad y libertad es más elemental y directo, estas orientaciones son el reflejo de otras más generales: la propia de las doctrinas políticas que fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el Derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos, y la de las doctrinas políticas que por el contrario los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos. Para las primeras

el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el Derecho y los derechos. Para las segundas, por el contrario, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza, más aun, si él mismo los viola. El primer punto de vista es el interno del Estado, que en cuanto fin o valor subordina a sí mismo tanto a la sociedad como a los individuos; el segundo es el punto de vista externo de la sociedad y de las personas que la componen, consideradas ellas mismas como fines y valores con respecto a los cuales es el Estado el que es un medio instituido para su tutela.

De las primeras formas parten todas las doctrinas de legitimación desde arriba, comenzando por las premodernas que fundamentan la soberanía del Estado en entidades metafísicas o metahistóricas como dios, la religión, la naturaleza o similares. De las segundas forman parte las doctrinas de legitimación secularizadas.

Aunque en la edad moderna se han roto los lazos con mundos trascendentes, se han desarrollado, sin embargo, doctrinas tanto realistas como idealistas del Estado que fundamentan igualmente desde arriba su legitimación política. Entre ellas -que han tenido una gran influencia en la cultura política- las idealistas en las múltiples versiones del positivismo ético: liberal nacionalistas, fascistas y

estalinistas, que de diversas maneras traen causa de la doctrina hegeliana del estado ético. (cfr. nota 34. p. 897)

Estas ideologías asumen el principio de legalidad no sólo como principio jurídico interno sino también como principio axiológico externo, plasmando la legitimidad política sobre la legalidad jurídica y confiriendo a las leyes valor, y no sólo validez o vigencia.

La teoría de un modelo penal garantista (MPG) se mueve entre la crítica de los fundamentos gnoseológicos y éticos del Derecho penal, en un extremo, y la crítica de la *praxis* judicial, en el otro. Huye de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios.

Se trata de la fundamentación de los límites del Estado de derecho que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder y en particular del Derecho penal. Se afina en la idea ilustrada en filosofía y liberal en política según la cual, frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana -a mayor libertad menos poder y viceversa-, es buena y por tanto deseable y defendible la solución que amplía la libertad y restringe el poder; es decir, el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.

De la antítesis libertad y poder nacen todas las restantes y específicamente en

la esfera del Derecho penal la que se da entre modelo garantista y modelo autoritario, entre garantismo y decisionismo. Se continúa con la antítesis entre gobierno de las leyes -*sub lege* (mera legalidad) y *per leges* (estricta legalidad)- y gobierno de los hombres; Estado de derecho frente a Estado absoluto o despótico; formalismo frente a sustancialismo; y, en fin, Derecho penal mínimo frente a Derecho penal máximo; el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte; y, en última instancia, certeza frente a arbitrio.

La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito, y en general del mal, de origen metafísico, cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de una criminología positivista.

A veces los extremos se tocan: la libertad regulada debe oponerse tanto a la antilibertad, es decir, a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, como a la carencia de reglas, o sea a la libertad salvaje. El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que no reconoce la exigencia de la equidad (poder de connotación) y la presencia de espacios en los que regularmente se ejerce el poder del juez.

Que los extremos se pueden tocar puede verse en el supuesto del positivismo jurídico según el cual el problema de la justicia está separado del de la legitimación

interna; el mismo supuesto vale tanto para la reducción del segundo al primero (iusnaturalismo clásico), como para la reducción del primero al segundo (legalismo ético).

Por otra parte, conviene anotar que la propuesta de Ferrajoli es un modelo que sirve como criterio de medida de las realidades existentes. Por ello, la noción de grado más o menos alto de garantismo (no sólo en el campo penal) es central en una propuesta que excluye la idea de que un ordenamiento, incluso el más perfeccionado, pueda nunca aspirar a una realización plena de los valores que forman precisamente sus fuentes positivas de legitimación. Y esta tesis, junto a la tesis del carácter siempre relativo e imperfecto de la legitimidad jurídica no menos que de la legitimidad política que de ello se sigue, conforman la base de la función crítica y reformadora asignada tanto a la ciencia como a la política del Derecho, entendido éste como un «artificio» o construcción humana confiada a la responsabilidad de los juristas y de los operadores jurídicos.

En la propuesta de un modelo garantista convergen el positivismo jurídico, que no debe confundirse con legalismo ético, separación del derecho y la moral en todas sus dimensiones, y método analítico y liberalismo político entendido como la doctrina de los límites y de los vínculos del poder del Estado y, aún más, teniendo en cuenta que ni el más perfecto sistema garantista puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte

de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que, aun cuando se encuentren normativamente declarados, no siempre están efectivamente protegidos.

Se trata de la teoría liberal de las relaciones entre individuo y Estado, conforme a la cual primero viene el individuo y después el Estado, y el Estado ya no es un fin en si mismo porque es, debe ser, solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y seguridad colectiva.

La contraposición entre la concepción técnica y la concepción ética del Estado y de todas sus instituciones políticas es central en la propuesta del modelo garantista. Uno de los enemigos mortales

del garantismo es el Estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad. La crítica del Estado ético es uno de los aspectos que asume la crítica de la confusión entre Derecho y moral, a través de los que pasa la salvaguarda del principio de estricta legalidad, en definitiva, el valor de la certeza, valor fundamental en la defensa del ciudadano frente a los poderes arbitrarios que encuentran su espacio natural en la definición no taxativa de los delitos, en la flexibilidad de las penas, en el poder dispositivo, no cognoscitivo, del juez, cuyos ejemplos mas nítidos los encontramos en las medidas de seguridad, la prisión preventiva y toda suerte de pactos entre el juez y el imputado o las legislaciones de emergencia.

Fabio Humberto Giraldo Jiménez
Profesor del Instituto
de Estudios Políticos,
Universidad de Antioquia