

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.
Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997 (2a.ed.), 991 pp.

Por Diego Camaño Viera
(Universidad de la República Oriental del Uruguay)

Existe un antes y un después de *Derecho y razón*. A 15 años de la primera aparición de la obra (en 1989) no puede dudarse que la misma se ha constituido en un mojón ineludible en la historia del derecho penal: el nuevo garantismo penal.

Creo que *recién ahora* podemos distinguir claramente un “viejo” y un “nuevo” garantismo penal. Aquel, fundado por Beccaria y Carrara sobre los cimientos filosóficos y políticos que dan cuenta del moderno Estado de derecho y el pensamiento jurídico-penal liberal; este, sobre la base de aquel pero revitalizado y renovado por nuevas adquisiciones en términos de filosofía, epistemología, ética y teoría general del derecho y del Estado, que nutren la obra de Luigi Ferrajoli. Al igual que aquel, este también se caracteriza como un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo. A diferencia de aquel, este *sólo* sirve para fundamentar modelos de derecho penal mínimo, mientras que aquel también fue utilizado - debido a la ambigüedad de algunos de sus fundamentos - para fundamentar modelos de derecho penal máximo.

Derecho penal mínimo y máximo es la primera de una serie de contraposiciones marcadas por el autor, que se corresponde simétricamente con las de garantismo y autoritarismo, formalismo y sustancialismo, cognoscitivismos y decisionismo y puede comprenderse paralelamente a otras como las de separación entre derecho y moral, validez y justicia y punto de vista interno y externo. Es justamente de la mano de esta oposición de conceptos que el autor va construyendo las bases del modelo garantista a lo largo de toda la obra.

En términos generales puede afirmarse que mientras los autores clásicos ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, que se corresponde a la consolidación del Estado de derecho y donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está *limitado sustancialmente* por el proyecto político plasmado en las Constituciones modernas, fundamentalmente en los capítulos dedicados a los “Derechos, deberes y garantías”.

De ahí la importancia del desarrollo del principio de *estricta* legalidad en derecho penal, de modo que sólo puedan ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado (judicialmente) su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva.

A su vez, el juicio deja de ser un silogismo perfecto para convertirse en una especie de *razonamiento* informado por distintos tipos de inferencias, donde coexisten una serie de *poderes* (de denotación, de verificación, de connotación y de disposición) que determinarán el *grado* de garantismo de los pronunciamientos judiciales. Siempre considerando la máxima de que es la *verdad* y no la autoridad la que hace al juicio (*Veritas, non auctoritas facit iudicium*), conformando así el cognoscitivismos jurisdiccional, en contraposición con el voluntarismo legislativo, que explica la producción legislativa como una serie de artificios o convenciones basadas, en cambio, en la mera *autoridad* del legislador (*Auctoritas, non veritas facit legem*). De este modo se comprende por qué es fundamental para la actividad jurisdiccional (al estar tendencialmente destinada al saber) el contar con una adecuada *teoría de la verdad*, desarrollando el autor la teoría *semántica* de la verdad (Tarski y Popper), donde no interesa tanto el dato metafísico de la existencia de una “correspondencia

ontológica” entre las tesis predicadas como verdaderas y la realidad sino que más bien la verdad se constituye en un “predicado metalingüístico de un enunciado”, constituyendo así una definición nominal y no real. Siendo el concepto de verdad contingente y aproximativo, la verdad procesal no puede escapar a esta definición, por lo que siempre estaremos ante una verdad *aproximativa* respecto del ideal de la perfecta correspondencia.

A todo ello se suma la elaboración de una tabla analítica y sistemática de los *axiomas garantistas*, constituido por garantías relativas a la pena, al delito y al juicio y relacionados entre sí de modo que cada uno de los términos implique a su vez al sucesivo. Puede decirse entonces que en un sistema garantista no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley penal sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa. A partir de este modelo puede establecerse entonces una *tipología de los sistemas punitivos*, que podrán caracterizarse por un mayor o menor *grado* de garantismo. El grado de garantismo es entonces algo que se obtiene *a posteriori* ya que la caracterización de un sistema como garantista nunca viene dada de antemano sino sólo después de la confrontación con el modelo.

De este modo quedan configuradas las bases *epistemológicas* del nuevo garantismo penal, para luego dar paso a la *axiología* y a la *teoría*, es decir a las justificaciones ético-políticas de las penas y a la dogmática penal.

En relación con la *axiología*, el autor reelabora todo el discurso tradicionalmente llamado de las “teorías” de las penas, tomando en cuenta las doctrinas abolicionistas y justificacionistas. A pesar de que las primeras tienen el mérito de colocarse del lado de los que sufren las penas, en realidad son criticadas por eludir las cuestiones de justificación y deslegitimación del derecho penal. Las justificacionistas son divididas en absolutas y utilitaristas, señalando que sólo éstas caracterizan la tradición ilustrada y liberal, al disociar los *medios* (penales) de los *finés* (extra-penales). Sin embargo, el utilitarismo ilustrado no es suficiente para fundamentar sistemas de derecho penal mínimo, al basarse en la máxima utilidad de la mayoría y relegando a un segundo plano el mínimo sufrimiento necesario para las minorías, siendo que sólo sobre esta base puede construirse una doctrina de intervención penal mínima. Por ello, aquel es un utilitarismo “a medias”, al no tener en cuenta la prevención de reacciones arbitrarias o excesivas que tendrían lugar en la sociedad de no existir las garantías penales, único parámetro de tutela de las minorías.

Luego de criticar las ya conocidas concepciones acerca de la pena, el autor sienta las bases para un “utilitarismo penal reformado”, donde deben distinguirse claramente las cuestiones relativas al por qué se castiga (de hecho o de derecho) de las relativas al por qué se debe castigar. Sólo esta es una cuestión filosófica, que no admite respuestas verdaderas ni falsas (como aquella) sino que sólo puede responderse desde la ética política, a través de proposiciones normativas aceptables o inaceptables por ser justas o injustas. Es decir que no estamos ante “teorías” o explicaciones sino ante *doctrinas de justificación*.

A todo ello se le aplica la ley de Hume, en cuanto a la prohibición de derivación de consecuencias de deber ser desde el ser y viceversa; por lo tanto, admitir un fin (normativo) no implica que el mismo sea efectivamente satisfecho y el derecho penal justificado. Por el contrario, la justificación (o no justificación) siempre será *a posteriori*, una vez analizada la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas. Esto quiere decir que ante todo, las doctrinas de justificación son parámetros de *deslegitimación* y no necesariamente de legitimación del sistema penal.

En definitiva, Ferrajoli se inclina por un doble fin de prevención general negativa; uno referido a la prevención de los delitos a través de la amenaza legal de pena (límite mínimo) y el otro a la prevención de penas arbitrarias (límite máximo), siendo este último el fin más significativo, ya que sólo este permite fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista basado en la tutela del inocente y la minimización de la reacción violenta frente al delito. Si lo que legitima la necesidad política del derecho penal es la tutela de los derechos fundamentales, entonces no estamos hablando de una legitimidad democrática (basada en las mayorías) sino garantista, es decir aún *contra* los intereses de las mayorías.

En lo que tiene que ver con la *teoría* se insiste en la divergencia entre vigencia y validez, lo que constituye una crítica al positivismo tradicional y señalando que las constituciones de los modernos Estados de derecho contienen indicaciones *sustanciales* que condicionan la tarea del legislador, tornando inválidas sustancialmente las leyes que incumplan con aquellos contenidos. En relación con la teoría del delito se destaca la importancia del bien jurídico, los principios de necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad, manteniendo en esta sede una concepción normativa, con importantes críticas a la reprochabilidad y a la infidelidad a la norma, aunque sin alterar el tradicional esquema italiano del dolo y la culpa como “grados” de la misma.

Pasando al proceso, Ferrajoli desarrolla el principio de *estricta* jurisdiccionalidad, basado en la verdad del juicio y la libertad del inocente (que son las dos fuentes de legitimación de la jurisdicción penal), postula la necesidad de separar al juez de la acusación, la independencia del juez y del ministerio público y formula severas críticas al proceso mixto y al sistema anglosajón, en cuanto admite la discrecionalidad y disponibilidad de la acción penal a través de mecanismos premiales y transaccionales que contradicen los caracteres fundamentales del derecho penal.

Estas críticas son desarrolladas en la *fenomenología*, momento donde se compara el modelo garantista elaborado con el sistema penal italiano. Es aquí donde se señalan las divergencias entre normatividad y efectividad, contrastando los niveles más altos con los más bajos del ordenamiento, ya que se constata que a medida que “se desciende” en el mismo (de la constitución al subsistema penal ordinario y de ahí a la praxis judicial y policial) se van perdiendo garantías. Se señala la creciente *administrativización* del derecho penal, producida por una falta de efectividad de las garantías constitucionales, por el crecimiento de una legislación especial de emergencia (anti-terrorista y anti-mafia) paralela a la ordinaria (pero de signo anti-garantista) y en definitiva por una crisis de la razón jurídica. Se critican tanto los poderes instructorios otorgados a la acusación como la distorsión del sistema punitivo producida como consecuencia de la proliferación de los procesos abreviados y acuerdos entre partes, que desvirtúan todos los principios del derecho penal y transforman al proceso en el verdadero momento punitivo. En definitiva, este *cambio de paradigma* del sistema penal se ha caracterizado por una reforma indirecta (no declarada) del derecho penal a través de la utilización de técnicas persuasorias de tipo premial, dirigidas a coartar el comportamiento procesal del imputado, transformando al proceso en el lujo de unos pocos y creando la ilusión de una reducción de las penas.

La última parte, destinada a elaborar una *teoría general del garantismo* es la que establece las pautas de consolidación y desarrollo futuro, señalando que el garantismo no es sólo un *modelo normativo de derecho* (el modelo de estricta legalidad) sino además una *teoría jurídica de la validez y efectividad* (operando como doctrina de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal) y por fin una *filosofía política* (basada en la primacía del individuo). Dentro del *modelo de derecho* propuesto se destaca la existencia de garantías liberales (o negativas), destinadas a

proteger los máximos espacios de libertad de los individuos, por lo que tienen por contenido prestaciones estatales negativas y garantías sociales (o positivas), destinadas a garantizar los derechos económicos y sociales de los individuos, por lo que tienen por contenido prestaciones estatales positivas. Aquellas conforman el Estado liberal y éstas el Estado social.

En lo que tiene que ver con la *teoría del derecho*, Ferrajoli se muestra partidario de un positivismo crítico, capaz de distinguir entre vigencia, validez y efectividad y de asignarle al juez y al jurista una tarea de permanente crítica al derecho vigente, a efectos de mejorar día a día la tutela de los derechos fundamentales. Aquel, porque no está obligado a aplicar una ley vigente pero sospechada de validez y a este porque nunca puede dejar de señalar las incoherencias y faltas de plenitud del orden jurídico. Es en este campo donde puede utilizarse con buenos resultados la filosofía analítica, como herramienta de trabajo intra-sistemática.

Como *filosofía política* el garantismo se basa en la doctrina hetero-poyética del Estado-medio (Hobbes, Locke), a la que se contrapone la auto-poyética del Estado-fin (Hegel, Luhmann). Mientras que aquella ve al poder como "malo" (por su tendencial falta de límites) y la sociedad como "buena", la cultura autoritaria ve al poder como "bueno" y la sociedad como "mala". Por ello se asume un *punto de vista externo*, es decir, desde abajo: es el punto de vista de las personas. La primacía de la persona y la tolerancia caracterizan la igualdad jurídica (formal o política y sustancial o social). Se postula la necesidad de desarrollar la distinción entre derechos fundamentales y situaciones jurídicas y de abandonar la "ambigua figura" del derecho subjetivo, que ha servido para equiparar los derechos de libertad con los de propiedad, constitutivamente heterogéneos. Ello se ha visto favorecido por la doctrina alemana de derecho público y la concepción de los derechos como producto de una creación estatal. Por otra parte, si asumimos la primacía axiológica de las personas, entonces podremos afirmar la ausencia de una obligación política de obedecer las leyes injustas, tesis a la que se llega luego de una crítica a la concepción de Bobbio.

En definitiva, el garantismo puede ser una instancia de transformación social, siempre y cuando se cuente con la garantía política de la "fidelidad de los poderes públicos" y la garantía social de la permanente "vigilancia de los ciudadanos", tal como lo proclamó la Constitución francesa del año III. Por lo tanto no es de extrañar que se termine exaltando la lucha por los derechos, que al reflejar las necesidades vitales insatisfechas produce cambios progresivos en la legislación y jurisprudencia y constituye una forma de democracia directa, que cuando se ejerce colectivamente constituye un contrapoder social externo al sistema político, no excluyente sino complementario de la democracia representativa.

Estamos, como puede verse, ante una obra de gran trascendencia para el moderno pensamiento jurídico-penal, compuesta también por una sección de notas, desarrolladas en forma exhaustiva y respaldadas por una abundante bibliografía, lo que será de gran ayuda para el estudioso que pretenda profundizar aún más en cualquiera de los temas abordados.