

Garantías y Derecho Penal*

Garantismo y Derecho Penal mínimo

Desde hace unos veinte años, ha entrado en el léxico jurídico y político italiano una palabra relativamente nueva, ‘garantismo’, con la que se designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos.

Según el tipo de derechos para cuya protección se establecen las “garantías”, es decir las técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, pueden distinguirse aún diversos tipos o significados de garantismo. Se habla así de *garantismo patrimonial* para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el resto de derechos patrimoniales; de *garantismo liberal*, y específicamente *penal*, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias; de *garantismo social* para designar el conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etcétera.

Con todo, la acepción prevalente de la palabra ‘garantismo’ es la de “garantismo penal”. Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la

* Traducción de Marina Gascón.

ilustración jurídica, de *minimización* de ese “terrible poder” —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo.

Precisamente por ello, una tal exigencia se ha venido identificando con el proyecto o programa de un “*derecho penal mínimo*”. “Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al *delito*, estos límites son las *garantías penales sustanciales*: desde el Principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al *proceso*, se corresponden con las *garantías procesales y orgánicas*: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.

Tres son las tesis que defenderé aquí de forma inevitablemente sumaria. La primera es que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, es decir los fines que lo justifican. La segunda es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. La tercera es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política del derecho penal, idóneas ambas para ser generalizadas como filosofía política y teoría crítica del Estado constitucional de derecho.

Garantismo y justificación externa del derecho penal

Comenzaré por la primera tesis, la del nexo entre garantías y justificación externa o política; es decir, los fines del derecho penal. Precisamente por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa —desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos— que se produciría en ausencia del derecho penal.

Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir o minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Las doctrinas abolicionistas tienen sin duda un mérito en este punto: el mérito, de carácter heurístico y metodológico, de revertir sobre ese artificio que es el derecho penal la carga de su justificación. El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos —cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje—, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas.

Es evidente que un paradigma de este tipo se contrapone no sólo a las tradicionales doctrinas retribucionistas de la pena —à la Kant o à la Hegel— que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean las de la prevención general o las de la prevención especial, que adoptan como punto de vista y parámetro sólo la utilidad de la mayoría no desviada. Frente a este utilitarismo demediado, el paradigma del derecho penal mínimo cifra la justificación del de éste en su papel de *ley del más débil* como alternativa a la *ley del más fuerte* que regiría en su ausencia: no,

por tanto, en la defensa social, genéricamente, sino en la *defensa del más débil*, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal es el reo.

De ahí el nexo que vincula el modelo de justificación del derecho penal mínimo —como justificación sólo *a posteriori*, esto es, condicionada a la efectiva capacidad del derecho para minimizar no sólo la violencia de los delitos sino también la de las penas— y el garantismo. Este nexo se funda precisamente sobre el segundo de los objetivos asignados al derecho penal por el paradigma garantista en adición al tradicional de la prevención de los delitos: el objetivo de la minimización de la violencia punitiva. Las garantías, en efecto —todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio—, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas.

De ahí, además, una segunda y no menos importante consecuencia. Todas las doctrinas de justificación de la pena, desde las absolutas o retribucionistas a las relativas o utilitaristas, tienen un rasgo en común. Ofrecen una justificación *a priori*, no de este o aquel concreto derecho penal o de esta o aquella particular institución del mismo, sino del derecho penal o de la pena en abstracto, cualquiera que sean sus contenidos. Y por eso su carácter ideológico. Tales doctrinas identifican, en efecto, los criterios o parámetros de justificación que proponen —por ejemplo, la prevención de delitos o la reeducación del reo— con la justificación misma, resultando así inconfutables por lo que de hecho sucede: por ejemplo, por la no prevención, de hecho, de los delitos, o por la ulterior deseducación de los reos producida por la expiación de la pena.

El paradigma de justificación ofrecido por el garantismo, en cambio, sólo permite fundar justificaciones *a posteriori*: un determinado derecho penal está justificado sólo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado y que lo diferencian de los sistemas de control no penal. La justificación del derecho penal con base en este paradigma, es decir la respuesta positiva

a la clásica pregunta de “si y por qué castigar”, depende, en efecto, de la existencia y de la efectividad del conjunto de las garantías —penales y procesales— que equivalen, a su vez, a otras tantas respuestas, a otras preguntas más específicas: cuándo y cómo prohibir; cuándo y cómo castigar; cuando y cómo juzgar. Y es una justificación solo eventual y sectorial —de este o aquel derecho penal; del derecho penal italiano pero no del nazi; de esta o aquella norma o institución— que depende de la satisfacción de los criterios de justificación establecidos por el modelo, es decir de las garantías. Con la consecuencia de que el paradigma vale no sólo como fuente de justificación y legitimación, sino también como fuente de deslegitimación —y, por tanto, de crítica, como se dirá en el último punto de este trabajo— del derecho penal existente o de alguna de sus partes, así como del poder judicial encargado de su aplicación.

Garantismo y legitimación de la jurisdicción penal

Llegamos así a la segunda tesis: la del nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica cuanto externa y política, del poder judicial.

La pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, es decir de la jurisdicción penal? En la opinión común, como en el pensamiento político dominante, “democracia” equivale a primacía de la voluntad popular, y por tanto de la mayoría. Es evidente que el derecho penal es el ámbito donde de manera más emblemática se manifiestan los límites de esta acepción puramente “política” de la democracia. Si el significado de “democracia” equivaliese a “voluntad de la mayoría”, quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, es decir máximamente represivo, carente de límites y de garantías. Ello por dos motivos. Ante todo, porque el punto de vista de la mayoría tiende a concebir el derecho penal esencialmente como un instrumento de defensa social —es decir, de prevención de los delitos y, por tanto, de defensa de los intereses de la mayoría no desviada— contra los atentados a la seguridad causados por la minoría de los desviados;

y es obvio que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no ofrece criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que ofrece, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, afirmaba hace un siglo Francesco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal. En segundo lugar, porque la desviación suscita siempre la movilización de la mayoría, que se ve a sí misma como no desviada, contra la minoría de los desviados, a los que ve como “diferentes” y fuente de oscuros peligros. Si tras la aparición de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* se hubiese realizado un referéndum sobre ella, sólo hubiera obtenido el consenso de Beccaria y de unos cuantos amigos.

Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del imputado, del reo y del detenido, existe de facto una antinomia; que la legitimación del poder judicial, en otras palabras, no es “democrática”, si por “democracia” se entiende únicamente voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. La batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, siempre ha sido una “batalla de la minoría”.

Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la “democracia” —no antitética, sino complementaria de la de “democracia política”— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho.

Esta esfera de lo “no decidible” —“lo que” no es lícito decidir (o no decidir)— no es otra cosa que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. ¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que son los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos a la mayoría, presupuestos de la convivencia civil y al mismo tiempo razones del propio pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean desviados o no

desviados— y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Por consiguiente la garantía de los derechos de todos, que es lo que son, precisamente por su universalismo, los derechos fundamentales. De ahí el carácter “democrático” de las garantías —que hace referencia no ya a la mayoría, según el modelo de la democracia política, sino a la tutela del individuo, donde individuo significa “todos”— y al mismo tiempo la dimensión “sustancial” que éstas introducen en la democracia política o formal: precisamente porque tienen que ver no con el “quién” o con el “cómo” de las decisiones, es decir con su fuente y su forma, sino con el “qué” de las mismas, es decir con su contenido o significado.

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción, no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, es decir la taxatividad y materialidad y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales, de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, es decir del derecho a la refutación conferido a la defensa. No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

De ello deriva también el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la imparcial comprobación de la verdad; precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías son, según la feliz expresión de Ronald Dworkin, derechos y garantías “frente a la mayoría”, también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente “frente a la mayoría” Por eso, el

carácter electivo de los magistrados o la dependencia del ejecutivo del ministerio público están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la frase de Brecht “habrá también un juez en Berlín” es que debe haber también un juez capaz de absolver o condenar contra la voluntad de todos cuando falten o existan las pruebas de la culpabilidad.

Garantismo como filosofía política y como teoría crítica del Derecho

Así pues, las garantías pueden configurarse como fuentes de justificación externa y de legitimación interna y al mismo tiempo —en cuanto ausentes o inefectivas— como criterios de deslegitimación tanto externa como interna.

Se concreta así el sentido de la tercera tesis que he avanzado al comienzo. El garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y a la vez una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía utilitarista sobre los fines y los fundamentos del derecho penal y, al mismo tiempo, una teoría del derecho penal mínimo —una y otra sobre el deber ser del derecho penal— que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados los ordenamientos evolucionados.

Como *filosofía política*, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho penal *desde un punto de vista axiológico externo*. De ahí su dimensión proyectiva además de normativa. En efecto, la doctrina filosófica del garantismo elabora —teniendo en cuenta los dos fines justificativos de la minimización tanto de los delitos como de las penas que asigna al derecho penal— los modelos normativos del derecho penal como ley del más débil, es decir, como sistema de garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas. Pero esa filosofía provee también los criterios de crítica y de deslegitimación externa de los rasgos de injusticia de un derecho penal concreto o de sus normas o instituciones particulares, en cuanto sean contrarias o incluso sólo inadecuadas a tales fines justificativos.

Como *teoría jurídica*, el garantismo es, en cambio, una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal *desde el punto de vista jurídico interno* de los principios de justicia

incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en nuestras constituciones. Como tal, el garantismo se identifica en gran parte con el constitucionalismo, es decir, con esa extraordinaria innovación del derecho moderno consistente en regular la creación del derecho desde el propio derecho. Y se configura de nuevo tanto como teoría proyectiva, dirigida a colmar o a integrar las lagunas con garantías que están presentes en el nivel constitucional pero no en el legislativo, cuanto como teoría crítica, dirigida a identificar los rasgos de invalidez y de incoherencia, respecto al modelo constitucional, de la legislación vigente y de la praxis judicial.

Concluyo observando que una tal concepción del garantismo se presta a ser extendida, como paradigma de la filosofía jurídica y de la teoría general del derecho, a todo el ámbito de derechos de la persona. Todos los *derechos fundamentales* pueden, en efecto, ser concebidos como leyes del más débil: como técnicas de tutela de los bienes primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por ‘garantismo’ se entenderá pues un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones.

En este sentido, el garantismo es sinónimo de “estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.

Deseo añadir que hoy la opción entre un uso restringido y un uso amplio de garantismo no es en absoluto políticamente neutral. En Italia, por ejemplo, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos únicamente a la jurisdicción penal se conjuga con frecuencia, entre las fuerzas de la derecha, con el rechazo de cualquier tipo de límite y control jurídico, en particular judicial, al poder político y económico. Significa por ello exactamente lo contrario de “garantismo” como paradigma teórico general, que quiere decir, en cambio, sujeción al derecho de cualquier poder en garantía de los

derechos de todos, a través de vínculos legales y controles jurisdiccionales idóneos para impedir que se formen poderes absolutos, sean públicos o privados.

La idea de la democracia constitucional expresada por el paradigma garantista es, por tanto, opuesta a la imagen de la democracia mayoritaria o plebiscitaria que hoy domina, al menos en Italia, y que se basa en la confusión entre democracia y principio de la mayoría. La democracia constitucional designa un complejo sistema de separaciones y equilibrios, de límites y contrapesos, de garantías para la tutela de los derechos de todos, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones. Desgraciadamente esta imagen de la democracia resulta hoy oscurecida en la opinión común y ha sido sustituida por la idea de “democracia” como omnipotencia de la mayoría, a la que le estaría permitido cualquier abuso, y por la correlativa de “liberalismo” como ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa. Es hoy tarea de la cultura jurídica —no sólo penalista sino también constitucionalista— restaurarla, ante todo en las propias doctrinas y, por tanto, en el imaginario colectivo.