

Presentación

La teoría garantista de Luigi Ferrajoli

Una de las materias que mayor espacio ha ocupado y sigue ocupando en el conjunto de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli es el derecho penal. Para Ferrajoli es en este campo donde se juega su legitimación el Estado constitucional de nuestros días, pues es ahí donde se enfrentan en toda su crudeza y toda su violencia el Estado y el individuo.

Por eso es que desde hace décadas ha venido construyendo un sistema conceptual de alta precisión que sirva para alcanzar un derecho penal garantista. Un derecho penal de este tipo tendría que tener un carácter mínimo, el cual se expresaría al menos en dos sentidos: como minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delito y qué penas deben imponerse a quienes las realicen, por un lado, y para establecer qué respuesta procesal puede dar el Estado frente al fenómeno delictivo, por otro. Ambas cuestiones tienen un único propósito: disminuir la violencia, tanto la perpetrada de los particulares hacia otros particulares, como del Estado hacia los particulares.

La idea de un derecho penal mínimo, y de la correspondiente cultura jurídica garantista que le ofrezca soporte teórico y discursivo, no encuentra muchos adeptos en el México de nuestros días (aunque tampoco en otros países). Tal parece que, lejos de las indicaciones del sistema penal garantista construido por Ferrajoli en muchos de sus trabajos (entre ellos los que el lector encontrará en las páginas siguientes), las autoridades mexicanas de todos los niveles y de todos los poderes parecen empeñadas en continuar con una absurda carrera hacia el incremento de las penas y hacia la inflación de los catálogos delictivos.

Frente a esta tendencia absolutista (que además de poner en riesgo distintos derechos fundamentales es inservible para combatir la de-

lincuencia), son pocas las voces que se alzan y que se ponen del lado de los sujetos más débiles para exigir una racionalización del sistema represor del Estado. Para quienes están convencidos que aumentar los castigos y el número de delitos no es la mejor solución, la lectura de los textos de Ferrajoli seguramente será muy provechosa.

La ideología que está detrás de todo el sistema filosófico de Ferrajoli es el garantismo. El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra del propio Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo aplicado a la materia penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha 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 neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).¹

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, 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.² 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”.³

¹ Cfr. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. Ferrajoli ha escrito una extensa respuesta a los trabajos contenidos en el este libro: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

² Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 31.

³ Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 22.

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de “garantía”. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.⁴

Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional.

Precisando el concepto general que se ha citado, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.⁵

Si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos nos encontraremos ante una garantía negativa, que obliga a abstenciones a los sujetos obligados; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a acciones o comisiones a los sujetos obligados.

Existen también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, op. cit., p. 29.

⁵ *Idem*, p. 33.

principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías.

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo,⁶ 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.⁷

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.⁸

Es claro que si atendemos a los postulados sobre el derecho penal mínimo de nuestro autor, tendríamos que hacer una revisión profunda de nuestras disposiciones penales, tanto las que figuran en la Constitución como las que se encuentran en los códigos penales e incluso las que observamos en la jurisprudencia.

Así por ejemplo, deberíamos limitar a su mínima expresión desde el propio texto constitucional a la prisión preventiva, que vulnera la presunción de inocencia y supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de un individuo que no ha sido declarado culpable de nada.

Como lo señala el propio Ferrajoli, “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio

⁶ *Idem*, p. 38.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*, p. 39.

pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.⁹

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, sino fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión. Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar. No parece una norma muy congruente con el modelo de derecho penal garantista.

En una tesis parecida se encuentra el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que permite, de hecho, la imposición de penas de prisión perpetua (sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 20/2003, dictada con mayoría de ocho votos bajo la ponencia del Ministro Juan Díaz Romero). Con este tipo de criterios se amplía de forma irracional el poder sancionador del Estado y se permite que el legislador reduzca a nada el contenido del derecho a la readaptación social establecido en el artículo 18 de la Constitución mexicana. Porque ¿cómo se va a readaptar socialmente una persona que saldrá de prisión cuando haya muerto?

Con estos ejemplos y otros que podrían ponerse se acredita la necesidad de atender las sugerencias de Ferrajoli y avanzar hacia una “desprisonalización”, lo que equivale a racionalizar la medida del castigo que priva de la libertad a las personas.

Hay otra propuesta de Ferrajoli que tiene gran interés para México. Me refiero a su idea de la “reserva de Código Penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 559.

(con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

Esta reserva de código habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.¹⁰

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único

¹⁰ “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 112.

ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

En todo caso, las que se han comentado y muchas otras ideas que se derivan del enorme edificio conceptual que ha construido Ferrajoli en los últimos años merecen ser estudiadas y discutidas. Estamos frente a uno de los teóricos más importantes de Europa y, con toda probabilidad, uno de los más importantes del mundo. Por eso es que cada nueva publicación de sus trabajos es un motivo más para el optimismo y para la esperanza. Significa que la cultura garantista no permanece muda ni está secuestrada en los cubículos de los académicos. Por el contrario, publicar, difundir y discutir los trabajos de Ferrajoli significa apelar a los mejores valores de la Ilustración; valores que están dirigidos a alcanzar mayores ámbitos de libertad y de igualdad en las sociedades de nuestro tiempo. Se trata de una causa en la que vale la pena militar.

MIGUEL CARBONELL