

UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GARANTISMO PENAL

DANIEL EDUARDO RAFFecas *

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos años, el Centro de Estudiantes de esta Casa de estudios, publicó la obra *Democracia - 15 años de Estado de Derecho*, en la cual distinguidos profesores de la materia “Teoría del Estado” aportaron un panorama actualizado de las preocupaciones de quienes investigan y ejercen la docencia en ese ámbito.

Por cierto, dichas inquietudes —que circundan en torno a cómo hacer para consolidar las conquistas democráticas, o en otras palabras, cómo trascender de una democracia *formal* a una *sustancial*—, se aproximan notoriamente al objeto de este trabajo, de modo tal que no puede ser mejor la introducción al tema aquí a tratarse que mediante un enlace invisible que lo una teleológicamente con dichos textos, en el sentido de que se pueda percibir una continuación de esas mismas preocupaciones, sólo que ahora desde el punto de vista del Derecho Penal, con sus finalidades, instituciones y conceptos propios.

Y es que desde el Derecho Penal —en tanto un derecho que pretende asegurar libertades, en especial, frente a los avances del poder estatal sobre aquellas— también se lucha en definitiva por dicho objetivo, si tenemos en cuenta que lo que en el plano individual constituye el afianzamiento de las garantías constitucionales y el cumplimiento de la ley, en el plano social no es otra cosa que la consolidación de los valores democráticos de libertad, dignidad, tolerancia e igualdad; “no puede haber autonomía del derecho —afirma Habermas (1986)— sin democracia realizada”.

* Secretario y profesor adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Con esto quiero decir que en el marco de una democracia meramente formal se va a enseñar, estudiar y aplicar un Derecho Penal también meramente formal —simbólico, puramente normativo—; mientras que en una democracia real, se va a tender a enseñar, estudiar y aplicar Derecho Penal en serio. El garantismo sólo es concebible en este segundo esquema.

II. ¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

Enseña Ferrajoli (1989) que el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen.

Si leemos los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en nuestra Constitución y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a los que la Argentina se adhirió —y que poseen rango constitucional a partir de 1994—, veremos que, por ejemplo, el habitante de nuestro país no puede ser detenido sin una orden de un juez; que tiene un ámbito de intimidad en el cual el Estado no se puede inmiscuir; que su domicilio y correspondencia son inviolables; que frente a la acusación por un delito o falta, tiene derecho a un juicio —en el cual se lo trate como inocente— y a ejercer su defensa; que en caso de que sea condenado a prisión, debe ser alojado en una cárcel sana y limpia; que se le asegura igualdad ante la ley, que no será discriminado.

Es en estas cuestiones donde advertimos que el *formismo jurídico* como objeto de estudio de la ciencia del derecho, con especial resonancia en el Derecho Penal, no puede quedarse en el mero análisis de la “norma”, que esta visión unidimensional del derecho debe ser completada, o mejor, reformulada, tal como, entre nosotros, Cossio y Goldschmidt procuraron en sus obras, para que el derecho cumpla su misión específica.

Desde los albores del luminismo, y hasta las primeras décadas del siglo XX, los esfuerzos se concentraron por plasmar los ideales de libertad e igualdad en las normas jurídicas, mas se advirtió pronto que esto no era suficiente, que juristas y ciudadanos debían trasladar sus esfuerzos de interpretación (los primeros) y de control (los segundos) a las prácticas de los gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían.

De hecho, Ferrajoli enlaza históricamente la época en que la ciencia del derecho se dedicaba pura y exclusivamente al análisis descriptivo y valorado de las normas (en donde *validez* equivalía a *vigencia* o mera existen-

cia de las normas en el ordenamiento), con la regencia del *Estado legislativo de Derecho*, dedicado más que nada a vincular legalmente el poder del juez, quien no debía apartarse, según reclamaba Montesquieu, de su papel de ser “la boca de la ley”: paradigma que quedó totalmente desplazado a partir de la imposición del *Estado constitucional de Derecho* —que recién alcanzó su consolidación en Europa a mediados del siglo XX—, por medio del cual se consagraron los derechos fundamentales en la norma superior del sistema normativo, y de este modo, se reorientó su finalidad a fijar límites y condicionamientos al poder estatal.

A partir de entonces, a la antigua “dimensión formal” trillada hasta el cansancio por el positivismo formalista, se le sumó una “dimensión sustancial” que no formaba parte del ideario del jurista de aquel entonces, según la cual condición de validez de toda norma que pretenda integrarse a un ordenamiento dado, deberá cumplir no sólo con las formalidades preestablecidas, sino que además —y esto es lo más importante— su contenido deberá guardar estricta coherencia con aquellos imperativos de orden sustancial, es decir que la legitimación del sistema político que está detrás de ese orden jurídico estará condicionado a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales.

Así, desde la óptica del garantismo, especialmente en el ámbito del Derecho Penal, es fundamental diferenciar no sólo entre “validez” y “eficacia” de las normas, sino también entre “validez” y “vigencia” (o “mera existencia”) de las normas.

En este sentido, el garantismo, en tanto mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho, propone que la siguiente divergencia existente en los ordenamientos jurídicos:

“modelo normativo” (tendencialmente garantista) eslabones superiores de la pirámide	vs.	“prácticas operativas” (tendencialmente anti-garantista) eslabones inferiores de la pirámide
---	-----	--

sea interpretada como una contradicción entre:

validez (e invalidez) del modelo normativo	vs.	eficacia (e invalidez) de las prácticas operativas
--	-----	--

En los Estados de Derecho, las constituciones no se limitan a dictar condiciones formales, sino que establecen los derechos inviolables de los ciudadanos, cuya garantía es condición de validez *sustancial* de las nor-

más que aquel produce. Los parámetros de validez constitucionales consisten en valores o, en todo caso, en términos imposibles de comprender sin una valoración, como igualdad, libertad, dignidad de la persona, legalidad, y otros.

El triste ejemplo universal del profesor Kelsen abandonando abruptamente su cátedra en la Universidad de Viena ante los ataques de que era objeto por su ascendencia judía, de parte de jóvenes estudiantes fanáticos de un partido totalitario cuyo asenso al poder parecía irresistible, y que de algún modo él había contribuido a legitimar con su "Teoría pura del derecho" (1934), muestra claramente lo atrofada —y peligrosa— que era esa visión. El mismo Kelsen, luego instalado en Berkeley, California, morigeró su posición al respecto, y reflexionó mucho acerca de la importancia de los valores (y de su relativismo) en el derecho, viéndose cristalizada su labor en ese maravilloso trabajo denominado *¿Qué es la justicia?*, con el que en 1952 se despidió, conferencia mediante, del ámbito académico.

III. CONCEPTOS VINCULADOS AL GARANTISMO: DERECHOS FUNDAMENTALES; ESTADO-INSTRUMENTO; PODER ESTATAL

Teniendo en cuenta que este trabajo está dirigido más que nada a estudiantes, es del caso señalar que, lamentablemente, no resulta fácil dar con las coordenadas precisas que nos lleven a determinar en qué momento de la carrera hacia el título de abogado, el estudiante debe ir al encuentro de esta concepción (y viceversa).

En verdad, a primera vista parece ser una cuestión inherente al Derecho Penal —de hecho el garantismo se gestó en el ámbito de reflexión sobre el derecho y el sistema penal, en la perspectiva del "Derecho Penal mínimo"—, pero si hacemos un esfuerzo más penetrante acerca de su significado, importancia y consecuencias, veremos que la cuestión no es ajena a otras ramas del derecho como son la Teoría del Derecho y del Estado, el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho.

Su tratamiento también parece inevitable en las Ciencias Políticas y en la Sociología Jurídica.

Los derechos fundamentales son las facultades o expectativas de cada uno de los individuos que están, por disposición constitucional, fuera del alcance del arbitrio de las mayorías, como límites insalvables de las decisiones de gobierno, entre ellos —y en lo que nos interesa en este trabajo—, las libertades ciudadanas.

Ahora bien, para terminar de delinear el alcance de este concepto, es imprescindible referirnos mínimamente a la idea de Estado, que es quien

opera como garantizador, y al mismo tiempo, como límite para dichas libertades.

En este sentido, el enfoque garantista requiere de modo indispensable partir del concepto de Estado como un *instrumentum*, como un medio para la realización de tales derechos fundamentales que defendía toda la tradición ilustrada de los siglos XVII y XVIII). Se trata de un fin utilitarista, de asegurar el máximo de satisfacción de esas expectativas, que proviene de la idea del contrato social, de que la comunidad es anterior al Estado, y de que éste no es otra cosa que un "hombre artificial" (el *Lewiatán* de Hobbes) construido por la comunidad con ese único fin, y que cuando el Estado no persigue ese fin y se vuelve en contra de los ciudadanos, oprimiéndolos, contraría su esencia y noción de ser.

Esta concepción difiere con la del idealismo (Hegel, con raíces ya en la antigua Grecia), que defendía la idea de que el Estado no es instrumento ni medio para alcanzar otras metas, sino un fin en sí mismo, prevaletente ante la comunidad. Nótese que con esta idea de Estado, desvinculado de todo fin que no sea su propia existencia, se pueden justificar hasta regímenes totalitarios que avasallen de raíz los derechos fundamentales y supriman todos los espacios de libertad (al respecto, Arendt, 1951).

A esto hay que agregarle que, en la evolución del concepto hacia un Estado moderno, el lema utilitarista que guió la teoría política en la etapa del contractualismo ("la mayor felicidad para el mayor número"), se moderó en sus alcances y consecuencias mediante otro principio que contrarresta el anterior ("el mínimo de sufrimiento para la minoría desviada") y que le da al sistema una racionalidad y legitimidad que permite la compatibilización con uno de los ideales y valores fundamentales de toda sociedad civilizada: el respecto por la dignidad de las personas.

Otra noción que debe ser comprendida para terminar de aprehender el alcance del concepto de los derechos fundamentales, es la noción de "poder" estatal, que en la doctrina garantista tradicional ha sido siempre el contrapunto, desde el Estado, de las libertades de los ciudadanos, en el sentido de que cuanto mayor sea el poder estatal, menores serán las libertades establecidas.

En tal sentido, sostiene Bobbio (1985) que el presupuesto de todo totalitarismo radica en una visión optimista del poder estatal como bueno o en todo caso, dotado de valor ético gracias a la concepción del Estado como fin en sí mismo; por el contrario, presupuesto del garantismo tradicional ha sido siempre una concepción *primitiva* del poder estatal como algo malo en sí mismo, sea quien fuere quien lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo (re-

cientemente, Zaffaroni-Alagia-Slokar (2000) han expuesto claramente esta tensión permanente en todos los ámbitos del sistema penal, entre Estado de Derecho y ejercicio de poder punitivo y cómo ello repercute en cada uno de los conceptos de la teoría de la pena y del delito).

Sin embargo, creo que a partir de las objeciones de Melossi (1989, 1991) hoy en día esta visión dogmática en la que se enfrentan "sociedad buena" versus "poder estatal malo", debe ser superada, ya que como dice este autor, equiparar en todos los casos al ciudadano con la parte débil y al poder público con la parte fuerte, puede terminar protegiendo a los elementos dominantes de la sociedad civil (grandes corporaciones económicas, mediáticas, políticas, cárteles de tráfico ilícito, etc.) que están en condiciones de penetrar y manipular a un poder estatal debilitado, de acuerdo con sus intereses y a expensas del interés público, inclusive en un sistema democrático (y que ha llevado a un fortísimo debate en Europa acerca de la definición del término "democracia"). Más bien, sigue Melossi, a los estratos sociales débiles sólo les queda defenderse frente a esta prepotencia de los socialmente fuertes, asociándose a un poder público que les garantice efectiva protección frente a los embates de los poderosos, mediante el aseguramiento de los derechos fundamentales para todos y con el mayor ámbito de libertad posible.

IV. EL GARANTISMO EN EL DERECHO PENAL

Si decimos —en palabras de Ibáñez (1999)— que el derecho ha abandonado su papel de *racionalizador acético de la legalidad unidimensional del Estado legislativo de Derecho*, derivando entonces de la nueva realidad normativa que brinda el modelo garantista de la democracia consociacional, la obligación para el legislador de disponer los medios necesarios para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por éste, parece indiscutible que el objeto de abordaje del Derecho Penal, tal como lo sostiene entre nosotros Binder (1997), debe comprender no sólo el estudio de la norma penal —indudable eje central del sistema desde nuestro campo de conocimientos—, sino también cómo se la fundamenta (valores jurídicos) y cómo es su funcionamiento real (las prácticas operativas estatales), para lograr de ese modo una visión abarcadora que nos permita ejercer una suerte de *falsación* de dichas normas a la luz del contenido de los principios y derechos fundamentales que en materia penal están consagrados en nuestra Constitución.

En un país donde los gobernantes y las usinas de poder logren imponer la idea de que al Derecho Penal sólo le incumbe el estudio de la norma penal, esto es, que se insista con reducir su ámbito de análisis al paradigma

acrítico-formalista, esto se verá acompañado por síntomas casi inevitables tales como:

a) Escasa participación ciudadana en los asuntos penales, por que éstos se exponen sólo regidos por normas jurídicas, inaccesibles e incomprensibles para el hombre común, y sólo reformables por mecanismos contenidos también en normas, de modo tal que en definitiva, el cómo se apliquen esas normas no es asunto de la comunidad, que se debe limitar a obedecer.

b) Consideración de la política criminal del Estado —lejos de la importantísima misión que le corresponde en un sistema garantista— como una oficina intrascendente, dedicada más que nada a administrar formalmente las cárceles: “política criminal” se la subvierte por “política del criminal” o cómo se trata al criminal desde el Estado.

c) Tribunales de justicia penal dedicados a la aplicación de la norma de un modo automático, ciegos frente a la realidad social imperante y sin reaccionar frente al hecho palmario de que las personas seleccionadas que son llevadas a juicio son, en la gran mayoría de los casos, del mismo estrato social: pobres, desempleados, marginados, enfermos mentales, analfabetos, inmigrantes ilegales: que juzgan siempre los mismos delitos (la denominada “pequeña criminalidad urbana”), pese a que el catálogo de ilicitudes es amplísimo y que las afectaciones más graves a los bienes jurídicos valiosos en nuestra comunidad difícilmente llegan a ser juzgadas (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000).

d) Cárceles y otros lugares de detención convertidos en muchos casos en sitios que niegan toda dignidad humana, pero claro, el momento de la *reafirmación del derecho frente al acto antijurídico* ya tuvo lugar con el acto comunicativo constituido por la sentencia (o con el auto de procesamiento en el caso de la prisión preventiva), y entonces no es cuestión del Derecho Penal preocuparse mayormente acerca de cómo se ejecuta la pena en la realidad, sólo importará... ¡que se cumpla la sentencia (o la prisión preventiva)!.

Podemos resumir esta serie de sucesos inevitables que van de suyo con el unidimensionalismo normativo, en que todas las manifestaciones del Derecho Penal y sus instituciones pasan a ser simbólicas (es decir, desprovistas del contenido para el cual fueron pensadas por el legislador originario): los derechos constitucionales son simbólicos; el rol ciudadano en la participación en las decisiones de poder también lo es; como simbólicos son la política criminal del Estado, los tribunales penales y las cárceles. Nada de esto parece servir a afianzar los valores de justicia, libertad e igualdad que fermentaron en los orígenes del Estado moderno.

Dicho de otro modo: al salir del plano de lo que “debería ser” (deber-ser) y pasar al plano de lo que “es” (ser), advertimos de inmediato que lo que proclaman las garantías penales está lejos de cumplirse: en numerosas ocasiones nos enteramos de que existen detenciones ilegales o ejecuciones por parte de la policía, fuerzas armadas y otras fuerzas de seguridad; que el Estado invade ámbitos privados de los ciudadanos; que toma medidas en contra de individuos sin escucharlos previamente, y a veces sin siquiera un juicio previo; que, como ya dijimos, mantiene personas detenidas en prisiones y otros sitios en condiciones inhumanas; que discrimina; etc.

Hay que aclarar que es totalmente ilusorio pensar que los planos del “deber ser” y del “ser” van a coincidir alguna vez, porque eso significaría admitir la existencia de una sociedad perfecta. Lo que consagran las normas superiores nunca es perfectamente realizable, admite siempre una satisfacción sólo imperfecta, parcial, relativa. Siempre va a existir esta divergencia entre lo que dicen las normas de rango superior y lo que pasa en la realidad —en donde se nota que aquellos derechos y garantías, muchas veces, no son efectivos—.

La cuestión es si el Estado, a través del Derecho Penal y de las instituciones a él vinculadas (Poder Judicial; dirección de la política criminal y de seguridad en el ámbito del Poder Ejecutivo; contenido de las leyes de naturaleza penal sancionadas por el Poder Legislativo, etc.), tiende a reducir esta divergencia o a aumentarla.

Precisamente, el garantismo penal es la corriente de pensamiento que, básicamente a través de la crítica simultánea de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales inválidas, tiende a reducir la brecha entre el plano normativo y lo que acontece en la realidad, entre el “deber ser” y el “ser”, en el ámbito de la penalidad.

Éste es el camino que debe recorrer todo Estado constitucional de Derecho que desee el progreso real —y no sólo formal— de su comunidad, desde que en las constituciones y, por ende, en los derechos positivos vigentes, están incorporadas la mayoría de los principios que en el siglo XVIII conformaban los “derechos naturales” (y es por ello que hoy en día ha perdido vigencia la disputa entre positivistas y iusnaturalistas: los derechos naturales forman parte hoy en día del derecho positivo vigente en la mayoría de los Estados).

Al tratarse el modelo normativo de un “ideal”, será preciso hablar de grados de garantismo penal, y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema penal. Así diremos, por ejemplo, que el grado de garantismo penal del sistema argentino es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales,

mientras que desciende a niveles bajos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas (policía, servicio penitenciario, órganos que controlan el pago de impuestos, agencias que tienen a su cargo el control migratorio, servicios de inteligencia, etc.).

En este sentido, es importante verificar si la Constitución prevé acciones e instrumentos concretos que permitan contrarrestar el ejercicio del poder ilegítimo, porque puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que consagra y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel que el propio Estado incumple impunemente.

V. IMPORTANCIA DEL GARANTISMO PENAL

La parte más significativa del garantismo es la que incumbe al Derecho Penal, simplemente porque en esta área del derecho se tratan las cuestiones más sensibles a los derechos y garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos de las pulsiones del Estado sobre sus libertades.

Es a través de las sanciones penales como se pueden afectar más sensiblemente los bienes jurídicos de los ciudadanos (la libertad, pero también la propiedad, el honor y hasta la vida misma).

No sólo ello: mediante las definiciones de ilegalidades (delitos, contravenciones, infracciones) y las restricciones procesales durante el procedimiento penal (medidas compulsivas a imputados, testigos, etc.) también se restringen notablemente nuestros espacios de libertad.

No vamos a discutir aquí acerca de cada una de estas cuestiones, porque desbordaría el tema que nos ocupa.

Si diremos que la forma óptima para que el garantismo penal pueda ser comprendido en su verdadera dimensión viene dado con un enfoque que abarque el estudio del Derecho Penal en su completitud, con sus cuatro grandes conceptos (política criminal, pena, delito, proceso penal), tal como lo prevé la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de nuestra Facultad.

Ya se enseña en muchas cátedras conforme al sistema garantista que plasmó Ferrajoli en su formidable obra *Derecho y razón* (1989), según el cual, para afirmar la existencia de un Estado de Derecho que responda a una concepción de *derecho penal mínimo* y, por lo tanto, pueda considerarse garantista, sus normas jurídicas deben consagrar —y sus prácticas operativas deben tender a— que: no haya pena sin delito; no haya delito sin ley previa; no haya ley sin necesidad; no haya necesidad sin ofensa; no haya ofensa sin acción; no haya acción sin culpabilidad; no haya culpabilidad sin juicio (aquí, el sutil y aparentemente intrascendente paso de las garantías penales a las

procesales, pero que cierra un abismo bajo los pies del Derecho Penal en su conjunto: no haya juicio sin acusación; no haya acusación sin prueba; no haya prueba sin defensa.

De este modo, no se podrá castigar desde el Estado si no es frente a la comisión de un delito; en especial, no se condenará por hechos posteriores a la creación o reforma más grave de un delito; no se recurrirá a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso (*ultima ratio*); no se afirmará la comisión de un delito si no hay afectación a un bien jurídico; no podrán imponerse tipos penales que correspondan a un Derecho Penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin conciencia; no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva (*verum in re delicto*); ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado; no podrá castigarse sumariamente ni caer en un *terrorismo de Estado*; no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo; no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión; ni se podrá castigar sin que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su descargo, mediante la formulación de su verdad procesal, como hipótesis en competencia con la del acusador.

Un esquema que enmarca las principales garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución, y que hacen a una teoría de la ley penal (los cuatro primeros axiomas), a una teoría del delito (los dos siguientes) y a una teoría del proceso penal (los últimos cuatro).

Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, por que si no, lo que se logra en un estado, se lo puede desbaratar en el otro.

Esto no quiere decir que la forma, digamos, *tradicional* de estudiar el Derecho Penal en materias separadas, o como les gustaba decir a los profesores de derecho de mi época, en *compartimientos* estancos, responda a una conspiración para que los alumnos no comprendan el fenómeno en su conjunto. Más bien, responde a una forma estructural de ver todo el derecho, que está en proceso de revisión no sólo en el ámbito del Derecho Penal, y que tiene que ver, como decíamos al comienzo, con un proceso social mucho más abarcador, vinculado al lento tránsito en el que estamos embarcados como Nación, de una democracia meramente formal a una democracia en serio.

VI. VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA EN DERECHO PENAL

Como ya dijimos, *"derecho penal vigente"* no coincide con *"derecho penal válido"*: está vigente, aunque sea inválida, una norma penal efectiva que no cumple con el análisis de validez sustancial, es decir, cuyo contenido contradice o es contrario al contenido de una norma de rango superior (por lo general, la Constitución o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos).

Pensemos, por ejemplo, en una ley que autoriza el allanamiento domiciliario sin orden judicial, un decreto que crea delitos y por ende, invade facultades legislativas o una sentencia que no respeta el derecho de defensa en juicio: mientras estas normas no sean retiradas del ordenamiento de acuerdo con los mecanismos previstos, las mismas continúan vigentes, pese a su invalidez.

"Derecho penal vigente", a su vez, no coincide con *"derecho penal efectivo"*: está vigente, aunque sea inefectiva, una norma penal válida no observada por las normas de rango inferior que la contradicen en su contenido (pueden ser reglamentaciones, decretos, edictos, etc.).

Por ejemplo, la cláusula constitucional que establece que las cárceles serán sanas y limpias es una norma vigente (y además, válida), pero que no es efectiva, porque las "prácticas operativas" no la respetan.

Tampoco es del todo efectiva pese a ser vigente (y además, válida), la cláusula constitucional que consagra el principio de inocencia, ni la que establece la igualdad ante la ley, así como tampoco aquella que consagra la abolición de todo tipo de discriminación, ya que hoy en día aún subsisten muchas normas de rango inferior (reglamentos, ordenanzas, incluso leyes) que las contradicen en su contenido.

Una teoría garantista del Derecho Penal parte entonces de la distinción de la vigencia de las normas penales tanto de su validez como de su efectividad.

¿Qué quiere decir que una ley penal existe o está vigente? Significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado. Pero esto no quita que la misma pueda también no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. Puesto que los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contradecir el contenido de la Constitución, no se puede decir, en rigor, que tengan la obligación jurídica de aplicarlas. Que una ley penal se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva, pero no necesariamente que sea válida.

Es bien cierto que la invalidez de una ley penal debe ser reconocida y declarada por el juez, ya que todas las normas gozan de una presunción de

validez, por razones obvias de certeza y de funcionalidad, pero esta presunción es sólo relativa.

Por eso es que nada le impide al juez o al estudioso del derecho (¡incluidos los alumnos universitarios!), la valoración y la crítica del Derecho Penal vigente, desde el punto de vista de la validez de sus normas: precisamente porque es su tarea valorar la validez o invalidez de las normas penales conforme a parámetros tanto formales como sustanciales, fijados a tal efecto por las normas jurídicas de rango superior, en especial, los principios que emanan de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados.

Sólo una ley penal válida comporta para el juez la obligación de aplicarla: precisamente, el poder de disposición del juez está en que puede declarar inválida ("inconstitucional") una ley.

Jueces y estudiosos del derecho deben valorar la posible invalidez de las leyes penales censurándolas en el plano jurídico. La crítica del Derecho Penal es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y de la doctrina penales, así como también de las investigaciones, seminarios y cursos en el ámbito académico, en el cual participan los estudiantes, todo lo cual permite la permanente posibilidad de autotransformación (y consiguiente evolución y adaptación) del ordenamiento jurídico-penal a partir de sus propios principios, y en la que reside la superioridad política del Estado de Derecho frente a cualquier otro régimen jurídico.

Nelsen (1934) hacía referencia a las notas de "coherencia" y "exhaustividad", como dos características de todo ordenamiento jurídico. Pues bien, Ferrajoli (1989, 1992) aclara que en el Estado de Derecho, "coherencia" y "exhaustividad" no son propiedades del derecho vigente, sino ideales-límite del derecho válido, que no reflejan el "ser" efectivo, sino sólo el "deber ser" de las normas (incluidas las garantías penales), con respecto a sus normas superiores.

Es decir que en el plano del "deber-ser", el ordenamiento jurídico es "coherente" y "exhaustivo", pero en el plano del "ser", en el derecho que se aplica efectivamente, especialmente en el Derecho Penal, sus caracteres estructurales son la incoherencia y la falta de plenitud.

La tarea del jurista —afirma Ferrajoli (1989)— no es estudiar las normas para presentarlas con una coherencia y una plenitud que efectivamente no tienen, sino, por el contrario, dejar al descubierto la incoherencia y la falta de plenitud, poniendo en evidencia aquellas normas inferiores y prácticas operativas que considera inválidas y aquellas normas superiores que considera inefectivas.

No se puede ocultar la contradicción entre normas, ni las lagunas del derecho, y menos sostener la validez simultánea tanto de las normas que permiten como de las que prohíben un mismo comportamiento, lo cual es incoherente e inconsistente científicamente como discurso sobre el derecho, que es precisamente lo que hacen algunos autores (y así se sigue enseñando en algunos cursos de nuestra facultad), a causa de la ausencia de distinción entre vigencia y validez.

De este modo, en nuestro ámbito podemos emender por qué es importante la "vigencia" como concepto autónomo: ¡es que tanto el derecho penal válido como el derecho penal efectivo están vigentes en el ordenamiento!

Por eso el garantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando estas contradicciones y quitándoles legitimidad así a las "prácticas operativas" arbitrarias del derecho penal efectivo, al mismo tiempo que reclama se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido.

VII. EL DERECHO PENAL COMO ESCENARIO DE TENSIÓN ENTRE LIBERTADES CIUDADANAS Y PODER ESTADAL

Las sociedades progresistas tienden a achicar los poderes y por ende a aumentar las libertades; en procura de reducir toda clase de violencia y opresión; las sociedades autoritarias tienden a hacer exactamente lo opuesto. El grado de desarrollo de una sociedad puede estudiarse desde esta óptica.

Ya Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, autor de la ilustración italiana del siglo XVIII, en su obra *De los delitos y las penas* (1764), decía que las sociedades primitivas y bárbaras, para imponer la paz social, requerían de poderes estatales fuertes que restringían a un mínimo las libertades de los individuos (el control sobre sus comportamientos era total, no se admitían espacios de intimidad); se fijaban innumerables conductas como delitos, se imponían penas feroces, incluida la pena de muerte, etc.), y que se va "civilizando" (término que bien puede entenderse como la transformación de reacciones penales en civiles) a medida que esa sociedad evoluciona, con lo cual las libertades ganan espacio (a veces en forma pacífica, otras a través de la lucha), al tiempo que el poder estatal se reduce (se admiten espacios de intimidad; muchas conductas dejan de ser delitos; se eliminan las penas crueles y las restantes se aplican en forma más racional).

Sobre este tema también puede citarse la gran obra del sociólogo Norbert Elias: *El proceso de la civilización* (1936), que demuestra empíricamente que esta evolución de la penalidad ha sido permanente, enmarcada

en el fenómeno más vasto de un aumento generalizado de la cultura y de las sensibilidades en la historia de la humanidad.

Pues bien, ese camino que se iniciara mucho tiempo atrás con la comunidad prestatutal continúa hasta hoy en día, en que el grado relativo de civilización alcanzado siempre es factible de ser superado; no nos olvidemos que hace apenas poco más de medio siglo funcionaban las cámaras de gas en la Europa central —donde quiso el destino que terminara su vida la madre del profesor Elías—, ejemplo que cito para no tener que mencionar el triste pasado mucho más inmediato de nuestra realidad argentina y latinoamericana.

Queda clara entonces la misión del Estado de Derechos: aumentar paulatinamente las libertades ciudadanas, en un clima de respeto y tolerancia para con las minorías, incluso las desviadas, como base para el crecimiento y desarrollo social, económico, político, cultural e intelectual de cada uno de sus integrantes y de la sociedad misma.

Entre nosotros, y en el ámbito del Derecho Penal, este camino evolutivo en pos de aumentar libertades ciudadanas y reducir el poder despótico fue emprendido desde su cimientos (baste recordar el Decreto de Seguridad Individual de 1811, sobre el que nos ilustró el profesor Bunge Campos en un Seminario hace unos años) y, con avances y retrocesos, llega hasta nuestros días, en donde la pugna entre ambos extremos no cesa.

En este mismo momento, legisladores, jueces, policías, personal penitenciario y demás agentes estatales inciden con sus decisiones cotidianas en la pugna por el afianzamiento o el desbarratamiento de los preceptos constitucionales que nos incumben a todos.

Y entonces cabe preguntarse: ¿hemos avanzado lo suficiente? ¿podemos quedarnos tranquilos los ciudadanos con las libertades conquistadas?

Mi impresión es ésta: el hecho de que hoy en día nuestra sociedad aparezca, ante una mirada superficial, como “moderna”, ante tantos avances científicos y tecnológicos (internet, comunicaciones, etc.), nos puede llevar a engaño en materia de efectivización de derechos y garantías penales fundamentales, dado que tanto el presente como el horizonte de proyección a futuro de las prácticas operativas de nuestro sistema penal revelan muchas sombras: podríamos decir, que nuestro presente en esta materia sigue estando más apegado a un pasado tendencialmente autoritario, que a un futuro con avances tendencialmente garantistas.

Muestra de ello es el ejemplo siguiente: hace muchos años, a fines del siglo XIX, nuestro país adoptó a través de la sanción del *Código de Procedimientos en Materia Penal para la Justicia Nacional*, el procedimiento penal característico de la época: una instrucción llevada a cabo por un órgano

judicial que era, en la práctica, juez y parte, un ritual secreto, por escrito y con escasas posibilidades de defensa, y un plenario igualmente escrito, que le obligaba al juez de sentencia, en algunos casos, a valorar la prueba en forma tasada: estableció instituciones tenebrosas como la *rueda de testigos*, el incidente de *retractación de la confesión*, los *pliegos de preguntas* que se guardaba en sobre cerrado, la *confesión* como base para la condena sin más, y la increíble *plena prueba* que llevaba a una condena directa con sólo presentar dos testigos hábiles contextes en modo, tiempo y lugar. Al efectuar un seguimiento a lo largo de la historia de estos institutos, vemos claramente cómo la larga mano de la Inquisición, que aterrizó a Europa y América durante largos siglos de oscurantismo, pervivió en este Código, que fue derogado en la República Argentina... ¡en septiembre de 1992!, luego de cien años de vigencia, y cuyos ecos siguen retumbando hasta hoy en día en prácticas judiciales perniciosas que se resisten a desaparecer, nostálgicos de aquellos tiempos de completo sustancialismo penal.

También puedo citar una experiencia que me toca vivir en este mismo momento como operador judicial: me refiero a la constatación de que funcionarios policiales, con armamento y drogas que obtienen ilícitamente, "fabrican" procedimientos (tenencia de drogas para comercio, intentos de asalto, portación de armas, falsos enfrentamientos armados) involucrando a personas inocentes con escasa capacidad de reacción y fuertemente estigmatizadas por el sistema penal (drogadictos, personas con antecedentes penales, inmigrantes ilegales, desocupados, disminuidos mentales, etc.), con el aparente objeto de satisfacer las exigencias internas para obtener ascensos y las demandas de seguridad externas a la institución, sin importar en absoluto que esas personas puedan pasar años en prisión hasta que se revele la verdad (si es que se logra llegar a ella), porque la agencia judicial, por lo menos hasta que las denuncias se hicieron públicas, los tomó en general inadvertidamente como procedimientos regulares, al menos hasta la instancia oral. Esto ocurre hoy en día en la ciudad de Buenos Aires (en la Procuración General de la Nación existe un informe con más de sesenta casos comprobados, distribuido en todas las fiscalías penales), y no es improbable que, pese a las denuncias e investigaciones, algunos de esos casos no puedan ser detectados y terminen en condenas, engrosando lo que Ferrajoli (1989) ha dado en llamar *la cifra negra de la injusticia*.

Por eso, si en materia de avances tecnológicos se oye a menudo hablar de que la Argentina "ha ingresado en el futuro", permítaseme decir que en materia de consolidación de garantías penales, todavía estamos luchando por dejar atrás el pasado.

Además, el avance de las libertades en una sociedad siempre se enfrenta con enemigos nuevos, o mejor dicho, con el mismo enemigo que una y otra vez contrastada con nuevas apariencias. El último ropage con que el autoritarismo pretende recuperar el terreno perdido viene dado por implantar en la opinión pública la certeza de que el sistema penal es el remedio apropiado para dar solución a los crecientes problemas de violencia e inseguridad que se detectan en el seno social, afirmación que no para de ser ilusoria —Zaffaroni (1989, 1993, 2000) ha tratado este tema con profundidad, señalando inclusive que esta táctica, por demás efectista y superficial, sirve además como una eficaz “cortina de humo” para evitar tener que abordar las soluciones reales del problema—, y que distorsiona en forma perversa lo que aquí estamos sosteniendo: a tal punto choca esta engañosa visión con el rol que le cabe al juez penal, que a menudo en los medios de comunicación se lo señala (¡despectivamente!) como “demasiado garantista”, cuando el hacer cumplir en el caso concreto las garantías constitucionales es su misión ineludible (desnuda esta paradoja el propio sentido de la frase “juez garantista”, que no es más que un reduccionismo de “juez que decide en sus fallos conforme lo que consagran las garantías constitucionales”). Será necesario recordar, una vez más y tal como lo sostiene Cáceres (1998) “...que lo que no se siembra en moneda de equidad, social y políticamente hablando, se recoge en moneda de rebelión y violencia”.

Frente a semejante panorama, de todos modos, hay espacio para el optimismo, ya que la consolidación democrática y la imparable vocación de mayor participación de la ciudadanía en las decisiones estatales y en el control sobre la actuación de los funcionarios públicos, son factores que necesariamente ayudarán a que el garantismo penal salga de los meros preceptos teóricos y se afiance en la realidad.

La reacción de indignación de la opinión pública frente a las últimas denuncias que revelaron ciertas prácticas judiciales, policiales y penitenciarias corruptas, muestran los límites cada vez más estrechos para la existencia de acciones u omisiones operativas inválidas en nuestro sistema penal.

VIII. Conclusión

Declamamos al comienzo que en una primera etapa, las luchas del Iluminismo apuntaron a que sus ideales se reflejaran en las constituciones y demás leyes de los Estados. Hoy en día, completada ya esa labor en gran medida por el positivismo jurídico y como una evolución dialéctica —ya que el garantismo no hace más que llevar hasta las últimas consecuencias la aplicación coherente y rigurosa del nuevo paradigma normativo liderado por un

constitucionalismo rígido—, la lucha se centra ahora en hacer cumplir al Estado esas declaraciones normativas, para que de una vez y para siempre los derechos ciudadanos salgan "...del descomprometido y envilecedor vacío de cierta retórica jurídica, para integrarse eficazmente en el orden jurídico" (Ibáñez, 1999).

Este objetivo, que hace al fortalecimiento y a la consolidación de la democracia sustancial, es la razón de ser del garantismo. A esta lucha estamos llamados todos los que amamos el derecho —en especial el Derecho Penal—.

¿Y cuál es el rol en todo esto de la Universidad y de los que formamos parte de ella?: como una caja de resonancia que extiende su influencia hacia todo el tejido social y político de una nación —Zaffaroni (1999, 2000) la describe como la *usina de reproducción ideológica* por excelencia—, creo que nuestra misión no sólo es fomentar en todos el conocimiento de los derechos y garantías ciudadanas, rompiendo lo que Cúrcova (1998) denomina la "opacidad" del derecho como estrategia de reproducción del poder, sino también desarticular los discursos reaccionarios, demostrar a través de nuestras herramientas discursivas la falacia de los argumentos autoritarios, su invalidez normativa e inconsistencia científica, y formar nuevas generaciones de futuros operadores del sistema de justicia (abogados, funcionarios, jueces, legisladores) que aseguren el rumbo trazado a partir de las luchas de la Ilustración en esta segunda etapa posiluminista: que el Estado haga efectivo lo que la Constitución y demás leyes inferiores consagran en materia de derechos fundamentales y garantías penales.

Éste es el desafío que deberían tener en mente los que ahora recorren como alumnos las aulas de esta querida Casa de estudios. Mi deseo sincero es que sus corazones se insuflen y sus espíritus e intelectos se preparen cuanto antes, frente a todo lo que, en este sentido, todavía resta por hacer.

Creo que la universidad pública es el mejor lugar para intentarlo. La producción doctrinaria de los últimos años, tanto de catédricos como de jóvenes docentes y hasta de ayudantes alumnos es notoria, relativa a estudios vinculados a garantías constitucionales que deben afianzarse en nuestro sistema penal. Ellos son la acabada muestra de que la senda está abierta, sólo hay que sumarse a ella desde las inquietudes que cada uno albergue.

Termino con una anécdota personal. Durante algunos años, el profesor (y magistrado) Luis Caimmi me invitó a seguirlo en el ejercicio de la docencia en la materia Teoría del Derecho que coordinaba en una universidad privada. Si bien tenía muchos años de existencia, el programa de estudios era muy atrasado, y por ello pusimos manos a la obra y nos dedicamos durante más de un año a su reforma, que era determinante en la formación

de los miles de alumnos que allí iniciaban, año tras año, sus estudios de Derecho. Sin rendirse ante nada ni nadie, Caimmi impuso su programa, de neto corte garantista: Ferrajoli, Dworkin, Bobbio, David y los últimos textos de Kelsen dominaban, entre otros, la grilla de autores cuya lectura se fomentaba. Después de un cuatrimestre de grandes satisfacciones, la tragedia se hizo presente con el fallecimiento de Caimmi, y, a partir de allí, todo volvió a las sombras. Esbirros y conspiradores se impusieron y lograron anular todo lo que se había hecho. En su puesto fue designado alguien a quien Caimmi había echado. Por supuesto, en silencio y muy dolido, tuve que admitir la derrota y no volví más. Lo lamenté sobre todo por los alumnos, por el entusiasmo con el que algunos de ellos recibieron aquellas reformas, entre tanta mediocridad. Cuando escribía este trabajo, me llamó una ayudante alumna para hacerme recordar que se cumplía un aniversario de la muerte de Luis. De un modo misterioso sentí que él estaba siendo partícipe de estos pensamientos que les quiero transmitir, que las banderas que él defendió, fueron recogidas y se siguen empujando, que lo que se perdió fue esa batalla, pero que la pelea de fondo continúa con final abierto. A su memoria está dedicado este trabajo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Ausio, Horacio, *Los orígenes del totalitarismo* (1ª ed., 1951), t. III, Alianza, Madrid, 1981.
- BUCARIA, Cosato, *De los delitos y de las penas* (1ª ed., 1764), Araya, Buenos Aires, 1979.
- BONER, Alberto, *Política criminal, de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BONER, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad* (1ª ed., 1985), Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- CARRER, Carlos, *La opacidad del derecho* (1ª ed., 1998), Tróika, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (1ª ed., 1989), Tróika, Madrid, 1994.
- "El derecho como sistema de garantías", en *Teoría del garantismo penal - La ley del más débil* (1ª ed., 1992), Tróika, Madrid, 1999.
- "Derechos fundamentales", en *Teoría del garantismo penal - La ley del más débil* (1ª ed., 1998), Tróika, Madrid, 1999.
- HOMBERGER, Jürgen, *Fuerzidad y rebeldía. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en tiempos de crisis del sistema* (1ª ed., 1994), Tróika, Madrid, 2000.
- JAUREGUI, Pedro A., "Prólogo", en *Derecho y garantismo - La ley del más débil*, Tróika, Madrid, 1999.
- MARTÍN, Darío, *Estado y control social* (1ª ed., 1989), Siglo XXI, México, 1993.
- "Garantismo y criminología crítica" (1ª ed., 1991), en *Pena y Estado*, PPU, Barcelona, 1991.
- ZAFFARON, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- *Criminología Apasionada desde su origen*, Temis, Bogotá, 1993.
- ZAFFARON, Eugenio R. - ALZOLA, Alejandro - SUTAR, Alejandro, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000.